

La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios (*)

«Es imposible que puedan pasar bien las gentes en el mundo si no se fía y se confía» (CERVANTES: *Coloquio de los perros*).

I.—INTRODUCCIÓN.

Debo comenzar recordando mi afición al tema de la buena fe desde que me inicié en el estudio del Derecho civil. La buena fe entendida, en su sentido más amplio y general, como criterio ético, inspirador de nuestro Ordenamiento jurídico, y de las diversas colisiones de intereses que en el campo del Derecho se plantean. Mas la buena fe tiene una amplitud de matices y una extensión de contenido problemático que desborda con mucho las limitadas posibilidades expositivas de una breve conferencia oral. El tema de la buena fe se alberga en la teoría general del Derecho o parte general. Pero, con mayor o menor intensidad según los casos, sus efectos se proyectan sobre instituciones propias del Derecho civil, Derecho mercantil, Derecho inmobiliario registral, Derecho procesal, Derecho administrativo, etc. Dentro ya del amplio campo del Derecho privado, los autores distinguen una buena fe en sentido objetivo, norma objetiva, interpretativa, que apunta a una manera de proceder objetivada a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de los negocios jurídicos o de las

(*) El presente trabajo reproduce el texto de la conferencia pronunciada por su autor el 3 de marzo último en el Colegio de Registradores, dentro del ciclo de conferencias sobre Derecho inmobiliario registral del presente año.

relaciones jurídicas (así, por ejemplo, artículo 1.258 del Código civil), y una buena fe en sentido subjetivo, psicológico, que matiza las consecuencias jurídicas de un acto en función de la conducta psicológica, subjetiva e intransferible del sujeto a que afecta. La buena fe como confianza en una determinada situación jurídica, confianza en la apariencia, o bien como ignorancia de una realidad previa, error excusable y tutelado por el Derecho. Como apunta el profesor Díez Pícazo, en todos los supuestos en que se recoge la idea de buena fe encontramos por lo menos una nota común, consistente en la interna honradez con que la persona actúa (1). La buena fe es requisito calificador de una conducta jurídicamente relevante, conducta socialmente considerada como necesaria para un determinado nivel de protección, conducta que, además, revela la posición moral o ética de una persona respecto a una determinada situación. Y a partir de este complejo planteamiento, se desemboca en el problema de si la buena fe debe reputarse como requisito de aplicación de un heterogéneo repertorio de normas o como un auténtico principio general del Derecho. Al lado de estas cuestiones básicas y generales, conviven otras muchas, más concretas e individualizadas, derivadas de la aplicación estricta de cada una de las normas que recogen este «standard» jurídico, y que amplían el espectro de problemas que esta figura, tan extensamente regulada, plantea.

Si consideramos el tema de la buena fe dentro del campo más limitado del Derecho hipotecario o inmobiliario registral, obtendremos por lo menos una doble impresión: la amplitud de proyecciones en que esta figura actúa, resultante de los diversos supuestos en que la normativa del Registro la contempla y, al mismo tiempo, la abundancia de bibliografía escrita acerca de estos temas.

La reciente publicación por nuestro compañero TIRSO CARRETERO, en la renovada REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, de un trabajo ya famoso, titulado *Retornos al Código civil*, cap. II: *Retorno al artículo 606* (2), y la polémica que sus agudas opiniones ha

(1) Vid. sobre estos conceptos generales y su matización, Díez Pícazo: *La doctrina de los propios actos*. Bosch, Barcelona, 1963, págs. 134 y sigs.

(2) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, enero-febrero 1965, núms. 440-441, págs. 75 a 138.

levantado, hasta el punto de dividir a los especialistas en esta materia (3), ha vuelto a poner de actualidad, en forma nada pacífica, el tema de la importancia del artículo 32 de la Ley Hipotecaria dentro de nuestro sistema registral y de su recta interpretación; es decir, determinar cuáles son los requisitos y efectos de aplicación de este artículo, supuesto que siga manteniendo su antigua vigencia. Se enfrentan en este debate nada menos que dos maneras contradictorias de entender nuestro Registro de la Propiedad: la concepción latina, de inoponibilidad del título no inscrito frente al inscrito, basada en la eficacia excluyente de la prioridad registral; y la concepción germánica, de protección por la fe pública registral del tercer adquirente que contrata fiado en la apariencia del Registro. El tema es realmente apasionante, por las consecuencias teóricas y prácticas que comporta, y tiene una enorme importancia, porque viene a condicionar o modalizar en gran medida la eficacia de nuestro sistema de publicidad registral.

Pero no nos vamos a ocupar extensamente de ese arduo problema que ha vuelto a plantear TIERO CARRETERO. Mas concreta y modestamente, queremos aludir ahora a uno de sus aspectos más pormenorizados, a saber: si el actual artículo 32 de la Ley Hipotecaria exige la buena fe para proteger al tercero a que hace referencia. *Si es necesaria la buena fe para que entre en juego el artículo 32.* A pesar de su menor extensión frente al primero, tampoco este problema parece sencillo, y también, como allí sucedía, encierra una indudable trascendencia.

En este momento debo disculparme ante ustedes por un doble motivo: 1) En primer lugar, porque el título atribuido a esta conferencia resulta demasiado pretencioso y no es congruente con su contenido. No me voy a ocupar de la buena fe en general como elemento interpretativo de todos los problemas hipotecarios, estudiando el juego de aquella figura en todos los casos que la Ley contempla. Ni, mucho menos, de bosquejar una teoría general

(3) Vid. ROCA SASTRE: *El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma*, en esta REVISTA, julio-agosto 1965, núms. 466-467, págs. 781-829.

VILLARES PICO: *La polémica entre hipotecaristas sobre la tesis dualista o monista del tercero hipotecario perjudica a la eficacia de la inscripción*, en esta REVISTA, marzo-abril 1966, núm. 453, págs. 363-378.

GÓMEZ GÓMEZ: *En torno a la polémica Carretero-Roca*; ídem, págs. 379-395.

interpretativa de Derecho inmobiliario registral, o de precisar el papel que la buena fe desempeña en ella. Sino, simplemente, reflexionar en voz alta con ustedes sobre la necesidad de que el tercer adquirente, contemplado por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, tenga—o deje de tener—buena fe. Aunque sospecho que la resolución de este más parvo problema puede arrojar nueva luz sobre la eficacia que el mecanismo de la buena fe tenga en el Derecho registral todo. 2) En segundo lugar, quiero ofrecerles mis disculpas por tratar de este tema ante ustedes, especialistas en la materia, de la cual muchos de ustedes sabrán más que yo. Esta consideración, unida al hecho de no haber podido consultar todos los trabajos aparecidos sobre tan extenso tema, prestan a mis palabras temor, torpeza e inseguridad. Y demandan de ustedes una mayor dosis de benevolencia. A pesar de ese cúmulo de limitaciones y deficiencias, no he querido renunciar a replantear ante ustedes el problema tal como yo lo veo, con toda honradez y con toda modestia, aunque no seamos capaces de resolverlo por medio de mis pobres palabras. Si el tema no se presta a originalidad constructiva, quisiera al menos resumir ante ustedes el estado de la cuestión acerca del mismo.

Les decía que vamos a tratar el problema de la buena fe en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria. Pero antes de entrar en ese problema de si el tercero del artículo 32 necesita—o no—de buena fe para ser protegido, aludiremos a otro problema previo, necesario para la más adecuada comprensión de nuestro tema: a saber, el problema de la conexión de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. Así, pues, vamos a tratar en forma sucesiva y conexa de dos cuestiones: la posible relación entre los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria y la buena fe dentro del artículo 32 de la misma.

II.—EL PROBLEMA DE LA CONEXIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 32 Y 34 DE LA LEY HIPOTECARIA.

El problema se plantea en orden a decidir si estos dos artículos responden a los mismos principios y son manifestaciones de un mismo criterio legal, o si, por el contrario, regulan casos distintos y tienen un fundamento diverso e irreductible, no sus-

ceptible de equiparación. Lo cual se traduce en precisar si la figura del tercero protegido por el artículo 32 es equivalente o distinta del tercero del artículo 34.

Como ustedes ya saben, los autores se encuentran muy divididos al tratar de este problema. Como no podemos recoger todas las opiniones surgidas, vamos a resumirlas en dos grupos, según sean partidarias o no de la equiparación de ambas normas legales.

a) Autores partidarios de la llamada «tesis monista» o de equiparación y tratamiento conjunto de ambos artículos.

1. Hace años don JERÓNIMO GONZÁLEZ decía: «Enfocado el principio de publicidad, desde este punto de vista sustantivo o sustancial (frente a la publicidad formal), presenta dos aspectos, positivo y negativo, según afirma la verdad de los pronunciamientos registrales o su indefectibilidad. Es decir, el Registro es exacto por corresponder a la realidad jurídica, e integro porque la agota. Lo inscrito es real y nada hay fuera de la inscripción que tenga ese carácter... A este criterio negativo de que lo no inscrito no perjudica a tercero, responden, en efecto, los artículos 23, 24 y 36 de la Ley Hipotecaria de 1861, que han pasado a través de todas las redacciones de la Ley» (4). Parece, pues, que don JERÓNIMO integra los artículos 32 y 34 en una visión unitaria de la fe pública registral, respecto de la cual reflejarían su dos aspectos, negativo y positivo, sin mayores distinciones.

2. Ha sido ROCA SASTRE el defensor más caracterizado de esta teoría. Según este autor, las aplicaciones concretas que la Ley Hipotecaria hace de la norma central de la fe pública del Registro, esto es, del artículo 34-1º, son desenvueltas por el artículo 32 y concordantes (5)... El caso de doble venta cuando se inscribe la segunda enajenación, hay que tratarlo como uno de los varios supuestos de actuación del principio de fe pública registral ante la inexactitud que aquel *factum* provoca en el contenido del Registro (6)... Ningún tercero en nuestro sistema puede ser pro-

(4) *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, tomo I, pág. 384.

(5) Citamos las opiniones de Roca vertidas en su último trabajo publicado sobre esta materia: *El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el 32 de la misma*, en esta REVISTA, julio-agosto 1965, núms. 446-447, pág. 792.

(6) *Idem*, pág. 804.

tegido con sólo inscribir el acto adquisitivo (7) .. El inmatriculante no puede ser protegido en ningún caso porque, por ser inmatriculante, nunca podrá valerse de su condición de tercero hipotecario, requisito éste indispensable para su protección (8)... Dada la multiplicidad de preceptos destinados a la fe pública registral en nuestra Ley Hipotecaria, el legislador, al consagrar ésta en su artículo 34, consideró que estaría faltar de elegancia normativa hacer que en los artículos 32, 31 y 37 y demás concordantes se repitieran los mismos términos de este precepto en cuanto hacen referencia a los requisitos que el artículo 34-1º exige para que el tercero resulte protegido y, por tanto, por economía legislativa generalmente se omiten, aunque no siempre todos, omisión que precisamente en el artículo 32 es absoluta, lo que lo convierte en el más inexpresivo de todos en este orden, hasta el extremo de silenciar incluso el requisito de haber inscrito el tercero su título o adquisición (9).

Así pues, para Roca, los artículos 32 y 34 representan ambas formulaciones complementarias del principio de fe pública registral y responden al mismo fundamento protector. El aspecto positivo se contiene en el artículo 34—lo inscrito afecta al tercero en la medida en que está publicado por el Registro. Su falta de exactitud (resolución o nulidad posterior) o su rectificación ulterior (art. 40) no afectan al tercero por él protegido—, y el negativo en el artículo 32—lo no inscrito es inexistente para el tercero—. Aunque ambas normas no pueden colocarse en un mismo plano, porque el artículo 34-1.º proclama en general el principio de fe pública, y el 32 sólo aplica este principio a un determinado supuesto, por lo que, partiendo de ese origen común, se concluye la superior jerarquía del 34 sobre el 32 (10). No hay distinción entre el tercero del artículo 32 y el del 34. Sólo se protege al tercero hipotecario, con los requisitos del artículo 34, aunque el 32 no los recoja. No cabe protección del tercero civil ni del titular registral de un asiento primero o de inmatriculación.

(7) Idem, pág. 824.

(8) Idem, pág. 826.

(9) Idem, pág. 800.

(10) Idem, pág. 797.

La enorme autoridad de ROCA como maestro de hipotecaristas ha influido poderosamente en generalizar esta opinión integradora.

3. También ANGEL SANZ se adhiere a la tesis monista de ROCA, y considera al artículo 32 como el desarrollo negativo del principio de fe pública que consagra el artículo 34. Defendió en la Ley de reforma de 1944—de cuya comisión redactora fue Vocal—la supresión del texto del artículo 32, por estimar suficiente el precepto del artículo 606 del Código civil, que lo copia, si bien aquella norma fue restablecida en la Ley Hipotecaria de 1946, ante la crítica de algunos autores (LA RICA, ROCA); en la actualidad, lo considera un artículo inútil por estimarlo absorbido por el 34 y pensar que por este último artículo interpretado en sentido amplio se llega al mismo resultado que por el artículo 32. Concluye afirmando que la amplitud dada al principio de fe pública por la última reforma hipotecaria de 1944-46 ha hecho perder mucho de su primitiva importancia a la que en otros tiempos fue la regla eje de todo el sistema hipotecario (11).

4. El profesor COSSÍO parece mostrarse partidario de la unificación de los artículos 32 y 34 dentro del concepto de fe pública y de su tratamiento conjunto (12).

5. Hace apenas tres meses (en un documentado trabajo publicado en esta REVISTA sobre la tradición y la inscripción como formas de adquirir), MARIANO HERMIDA parece inclinarse a la tesis de ROCA, de unificación de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. Interpreta en sentido amplio el artículo 34, y cree que el tercero del artículo 32 no es civil, sino hipotecario, y debe tener los mismos requisitos del 34... De los cuatro requisitos necesarios en nuestro Derecho para gozar de la protección registral, y supuesta siempre la inscripción del adquirente protegido, el más importante es el de la previa inscripción a favor del transmitente... Los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria no juegan a favor de las inscripciones de in-

(11) *Instituciones de Derecho hipotecario*, tomo I, Instit. Editor. Reus, Madrid, 1947, págs. 411-412.

(12) ALFONSO DE COSSÍO Y CORRAL: *Instituciones de Derecho hipotecario*, 2.ª edición, Bosch, Barcelona, 1956, págs. 216-217 y 220-221.

matriculación. Estas no producen otros efectos que las de los artículos 35 y 38 de la Ley Hipotecaria (13).

b) Autores partidarios de la llamada «tesis dualista» o de separación de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria.

1. El precedente de esta tesis se encuentra en los trabajos de ALONSO FERNÁNDEZ y DEL HOYO.

En su famoso trabajo sobre *La inmatriculación de fincas mediante el título público de su adquisición*, publicado hace ya más de veinte años, don JOSÉ ALONSO sostuvo que el asiento de inmatriculación practicado, conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria producía frente a tercero los efectos del artículo 1.473 del Código civil—doble venta en que triunfa la que primero se inscribe—, y esto aun antes de transcurrir los dos años de limitación legal de sus efectos. Luego, a los efectos de la protección del 1.473 del Código civil, el titular inscrito y protegido no necesitaba previa inscripción. Afirmó también que el tercero no perjudicado por la inscripción de inmatriculación durante dos años no era el tercero hipotecario sino el tercero civil a cuyo favor penden la acción de nulidad, rescisión o resolución (14). En igual sentido se pronunció DEL HOYO, al opinar que el titular inmatriculante del artículo 207 debe estar igualmente protegido que el del 34, una vez pasados los dos años de la restricción legal, y que el artículo 207 no es más que una consecuencia lógica de la norma absoluta sentada por el artículo 32 (15). En resumen, se afirmaba la no necesidad de previa inscripción para el juego protector de los artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 1.473 del Código civil, distinguiendo así, en cuanto a sus requisitos, al tercero del artículo 32 y al tercero del artículo 34.

2. RAFAEL NÚÑEZ LAGOS ha sido el más directo defensor de la tesis dualista o de los dos terceros, con distintos requisitos, y de la distinta finalidad de ambos artículos. Analizando los preceden-

(13) *La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles*, en esta REVISTA, noviembre-diciembre 1966, núm. 457, págs. 1.401-1.507, especialmente 1.477-1.482 y 1.498-1.501

(14) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, mayo 1945, núm. 204, páginas 315-316.

(15) *Otra vez el concepto de tercero*, en esta REVISTA, septiembre 1949, número 256, pág. 566.

tes históricos y la primitiva formulación de nuestra Ley Hipotecaria de 1861, subrayando su influencia latina (francesa y belga) y el principio de inoponibilidad de lo no inscrito frente al titular inscrito, señala las siguientes diferencias entre el tercero del artículo 34 y el de los artículos 13 y 32 de la Ley Hipotecaria.

a') *Por la relación jurídica determinante.*—En el 32, la relación jurídica determinante es ajena al Registro; en el 34, está dentro del Registro, en el asiento precedente al del tercero.

b') *Por la conexión transversal «ob rem».*—El tercero del 32 está conectado con la cosa por un título inscrito, gratuito u oneroso, y es tercero en tanto no sea parte o heredero de parte. El tercero del artículo 34 está conectado *ob rem* por la inscripción, y sólo por la inscripción, y su conexión es únicamente a título oneroso.

c') *Por el sujeto determinado.*—El tercero del artículo 32 es un tercero civil que inscribe. Las acciones reales perjudican directamente al tercero civil, salvo que inscriba. El tercero del artículo 34 es un tercero meramente hipotecario.

La tesis de NÚÑEZ LAGOS es bien conocida de todos ustedes, y su formulación demasiado extensa para ser expuesta aquí con más detalle. Baste retener la distinta función material y procesal que ambos artículos desempeñan, su diferente enfoque y los diversos requisitos de protección que ambos terceros presuponen (16).

3. ALBERTO BALLARÍN (17) y MANUEL GONZÁLEZ ENRIQUEZ (18) se adhirieron a la tesis separadora de NÚÑEZ LAGOS, si bien el primero de ellos con diversas atenuantes relativas a los requisitos del tercero del artículo 32. A alguna de ellas nos referiremos después.

4. VILLARES PICO también estimó que el concepto de tercero hipotecario es más amplio que el del tercero que resulta del artícu-

(16) *El Registro de la Propiedad Español*, separata de esta REVISTA, números 250-251, Madrid, 1949, págs. 69-70.

(17) *Notas críticas: El Registro de la Propiedad Español*, A. D. C., II-II, página 680.

(18) *Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral y otros problemas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1949*, A. D. C., II-IV, pág. 1.340, nota 26.

lo 34 de la Ley Hipotecaria; éste es sólo una modalidad del tercero protegido por la Ley... El artículo 32 tiene un contenido más genérico para determinar el tercero en su concepto más amplio... En la expresión genérica del artículo 32 cabe todo tercero amparado por el principio de prioridad, hermanado con el de oponibilidad... Si se hace la inmatriculación a favor del adquirente, éste será tercero al amparo del artículo 32. El artículo 32 es tan necesario hoy como lo fue el 23 en la Ley Hipotecaria de 1861, toda vez que seguimos con la misma necesidad de fomentar la inscripción como entonces (19). Luego el tercero del artículo 32 tiene otros requisitos que el del artículo 34, es distinto de éste y no necesita previa inscripción.

5. Al tratar de la eficacia ofensiva de la inscripción, el profesor LACRUZ BERDEJO distingue, dentro de nuestro Derecho registral, dos sistemas: el sistema latino de protección, que cristaliza en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, y el sistema germánico de protección, integrado por los artículos 34, 37, 31, 40 *in fine* y 220 de la Ley Hipotecaria. El primero basado en la idea de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito, sanciona la negligencia del que no acudió al Registro, frente a quien se acogió a su régimen protector. El segundo descansa en la protección de la apariencia y en la exactitud del Registro en beneficio del tercero. El artículo 32 limita su acción al conflicto entre un título inscrito y otro no inscrito, pero no protege contra la nulidad del propio título que se inscribió ni contra la de los anteriores previamente inscritos. Para lograr esta segunda protección nacen los artículos 34 y concordantes. En cuanto a la necesidad de previa inscripción, legalmente establecida en el artículo 34, cree LACRUZ preferible en teoría la opinión negativa de no ser necesaria para el tercero del artículo 32, siguiendo así la opinión de NÚÑEZ LAGOS; aunque duda de su eficacia práctica (20).

6. LA RICA se muestra partidario de la tesis según la cual en la Ley Hipotecaria existen pluralidad de terceros protegidos di-

(19) *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero*, en esta REVISTA, mayo 1949, núm. 252, pág. 289-317. Vid. también *La polémica entre hipotecaristas...*, citada, págs. 363 a 378.

(20) *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, 2.ª edición, Zaragoza, 1957, páginas 232 y sigs., especialmente 234, 235, 237, 243 a 246, 248 a 252, 255 a 257 y 261 a 263.

ferentes, y entiende que fuera, del tercero del artículo 34 hay que situar al tercero del artículo 32, el cual no necesita onerosidad, buena fe ni previa inscripción. Esto último, de acuerdo con la tesis de NÚÑEZ LAGOS ya expuesta (21).

7. Recogiendo las ideas de los autores ya apuntados, singularmente NÚÑEZ LAGOS y LACRUZ, estima FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL que no hay que confundir al tercero hipotecario del artículo 34 con el tercero civil de los artículos 32 y 13. El primero se define con referencia al asiento precedente y se le protege contra las acciones de nulidad o resolución dirigidas contra su causante o transmitente. Mientras que el 32 protege al titular inscrito independientemente de los asientos anteriores (22).

8. En su reciente trabajo antes referido, el contraste de cuyas afirmaciones motiva el tema de esta conferencia, TIRSO CARRETERO subraya la importancia del artículo 32 de la Ley Hipotecaria dentro de nuestro sistema, que interpreta de acuerdo con las ideas de los países latinos, y propugna la vuelta al primitivo artículo 606 del Código civil—que, como es sabido, recoge la letra del artículo 32—, para aclarar la eficacia de nuestro sistema de publicidad y fortalecer la inscripción registral. Según CARRETERO, la protección del artículo 32 tiene abolengo latino, romano... Es el renacimiento de la clásica inoponibilidad de la *actio publiciana* frente al verdadero dueño *ex iure quiritium*. Mientras que la protección del artículo 34 tiene un abolengo germánico. El tercero del artículo 32 es el que ha adquirido *ex iure quiritium* de un propietario, y al cual se le protege enérgicamente y sin condicionamientos frente a quien ha adquirido *ex iure gentium*. El tercero del artículo 34 es el adquirente que por haber confiado en un contenido tabular inexacto, por desconocer la inexactitud, se le protege con ciertos condicionamientos frente al verdadero propietario que generalmente tuvo antes también *gewere* tabular, cancelada precisamente por virtud del acto falso o nulo originador de la inexactitud tabular... A la luz de la Historia resulta fácil ver por qué dentro de nuestra Ley

(21) *Realidades y problemas en nuestro Derecho registral inmobiliario*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1962, págs. 72 a 75.

(22) *Introducción al Derecho hipotecario*. Editor. «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1963, págs. 165-166.

Hipotecaria hay dos terceros con distinto juego y distintos requisitos... Cuanto más profundicemos en los antecedentes inmediatos y en las posibles influencias de otras legislaciones en la Ley Hipotecaria de 1861, más nos confirmaremos en la idea de que los artículos 32 y 34 responden a finalidades distintas, exigen requisitos diferentes en el tercero por cada uno de ellos protegido y tienen un origen histórico diverso. Cosa que por otra parte resulta sobradamente demostrado por una interpretación literal, lógica y sistemática de la Ley, pues no tendría explicación ninguna dedicar dos artículos para establecer una misma y única norma, y menos cuando su texto literal es tan diferente (23).

9. En fin, MANUEL GÓMEZ GÓMEZ se muestra igualmente partidario de la tesis dualista, por la distinta finalidad de ambos artículos y porque sólo así se explica el aplazamiento que el primitivo artículo 34 experimentó en su vigencia por varios años, lo que no ocurrió con el originario artículo 23 (24).

c) *Mi opinión.*

¿Qué criterio adoptar en medio de tan divergentes opiniones?

1. LA SEPARACIÓN ENTRE LOS DOS ARTÍCULOS.

Si estudiamos el origen histórico de ambas normas, observamos que contemplan casos distintos y responden también a criterios diversos:

- | | | |
|-----------------------|---|---|
| a') El caso... | { | 1) Doble venta. Enajenación de finca gravada sin contacto posesorio como libre.
2) Nulidad o resolución del título anterior del transferente. |
| b') El fundamento ... | { | 1) Sanción de la falta de inscripción. Protección de la apariencia negativa creada por la falta de publicidad. Eficacia de la prioridad.
2) Protección de la confianza en el Registro. |

(23) Loc cit., págs. 88-93.

(24) *En torno a la polémica Carretero-Roca*, en esta REVISTA, marzo-abril 1966, núm. 453, pág. 385-387.

Opiniones históricas:

— Decía la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861: «No hay, pues, más que un sistema aceptable: el que tiene por base la publicidad y la especialidad de las hipotecas. Mas como es necesario fijar bien las palabras que pueden ser de distinto modo interpretadas, debe decir la comisión cómo entiende la publicidad. Consiste ésta en que desaparezcan las hipotecas ocultas; en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla escrita en el Registro; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él sólo es imputable al que, sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe...» (25). «En el interés de los que adquieren un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido a otro por error a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente. Fundada en estos principios, la comisión ha formulado un artículo en que se establece que, inscrito en el Registro cualquier título traslativo del dominio, no pueda inscribirse ningún otro de fecha anterior, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble. El que deja de inscribir el contrato anterior y da lugar a que el segundo se celebre e inscriba, no puede quejarse: la ley presume que renuncia a su derecho en concurrencia con un tercero: éste no debe por la incuria ajena ser perjudicado, perdiendo la cosa comprada, o minorándose su valor por cargas reales que no pudo conocer oportunamente» (26).

— Y don PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, en sus Comentarios a la Ley Hipotecaria de 1861, expresamente afirmaba que tenía razón el Ministro de Gracia y Justicia en considerar al artícu-

(25) *Edición Oficial de la Ley Hipotecaria, Reglamento general para su ejecución e Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro*, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1861, páginas 8-9.

(26) Loc. cit., pág. 32

lo 23 como el más importante de la Ley, por más que no sea el único fundamental (27).

- | | | |
|---------------------------------|---|---|
| c') La estructura técnica | { | 1) Regla general.
2) Excepción a la regla del artículo 33. |
| d') La fórmula expresiva | { | 1) Inoponibilidad de títulos.
2) Eficacia frente a terceros del derecho inscrito, aunque después resulte ineficaz. |
| e') El problema planteado | { | 1) Colisión entre un título inscrito y un no inscrito.
2) Colisión entre dos títulos inscritos cuando el antecedente resulta ineficaz por causa no inscrita. |
| f') La inspiración | { | 1) Romana: inoponibilidad de títulos no inscritos.
2) Germánica: presunción de exactitud del contenido del Registro en beneficio del tercer adquirente. |
| g') El destinatario | { | 1) El tercero del 23 no necesita previa inscripción, aunque esa previa inscripción no excluye naturalmente su juego protector. Basta que inscriba para que le sea inoponible lo no inscrito. Así lo confirman los antecedentes históricos de la norma. No precisa previa inscripción porque no se protege tanto la confianza en el Registro como el adelantarse a obtener el régimen de publicidad. Se sanciona frente a terceros al que no ha querido inscribir, ya que entonces su derecho carece de eficacia externa y de oponibilidad por falta de su adecuada publicidad.
2) El tercero del 34 necesita previa inscripción. Porque así lo exige la norma y porque así resulta de su fundamento: el Registro exacto en beneficio de tercero. |
| h') La eficacia normativa ... | { | 1) El 23, desde el principio.
2) El 34, después de sucesivos aplazamientos. |

Parece, pues, que nos encontramos con dos preceptos no homogéneos, que responden a criterios distintos, que deben ser interpretados con arreglo a su propia *ratio regal*, y a partir de ahí ser integrados en una visión general de nuestro sistema.

Recordemos el ejemplo de nuestro Derecho de sucesiones en el

(27) *La Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, tomo I, Imprenta de la «Revista de Legislación», Madrid, 1862, pág. 562.

Derecho civil, con principios inspiradores germánicos y latinos que se entrecruzan, y que por ello resulta especialmente difícil en su interpretación y desarrollo. Igual ocurre aquí y en otros muchos problemas de Derecho hipotecario.

2. OBJECIONES.

Veamos, en apretada síntesis, las objeciones que se pueden formular a algunas de las teorías antes expuestas:

a') Objeciones a Roca:

1) La construcción de Roca es impecable desde el punto de vista teórico y lógico. Pero la Historia no siempre es tan lógica y el Derecho es un producto histórico. Olvida el origen histórico de las normas y el influjo en nuestro sistema del principio latino de inoponibilidad. La fe pública registral, tal como la entiende la doctrina dominante a partir del Derecho alemán, podrá servir para explicar el artículo 34, pero no el 32.

2) Niega que el artículo 36 no pueda aplicarse al tercero del artículo 32. En contra está la propia letra del artículo 36.

3) «Ningún tercero en nuestro sistema puede ser protegido con sólo inscribir el acto adquisitivo». ¿Por qué? ¿Por los artículos 40, párrafo último, y 15-4.º, 36-1.º y 69? ¿Y el artículo 32? Esto en cuanto a la Ley. En cuanto a los motivos. ¿Hay alguna razón que se oponga a ello? ¿Por qué no proteger al inmatriculante, titular sometido a publicidad registral, frente a quien no ha inscrito?

b') Objeciones a ANGEL SANZ:

Lo mismo cabe decir en cuanto al origen histórico de los dos artículos.

Aunque se pretendiera suprimir el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, subsistiría el artículo 606 del Código civil que copia la misma norma. Vigente este precepto, habría que interpretarlo en todo caso.

Decir que el 32 supone el aspecto negativo de la fe pública registral exige la previa demostración de que esa fue su razón histórica de promulgación, lo que no parece real.

Cierto que lo inscrito no perjudica a tercero. Pero esto no sólo en base a la fe pública registral germánica, sino también a la inoponibilidad latina.

c') Objeciones a HERMIDA:

¿Por qué no se va a proteger, hasta cierto punto, al titular registral del asiento de inmatriculación? *De lege lata* no parece exigirse así. Y *de lege ferenda* tampoco parece razonable, teniendo en cuenta la voluntariedad de la inscripción y las muchas titularidades que aún están sin inscribir.

En el orden de las razones penúltimas tampoco parece injusto que se proteja al mero título inscrito frente al no inscrito, cuando ambos entren en colisión. Preferencia derivada de la publicidad como requisito intrínseco o constitutivo de eficacia externa.

3. MI OPINIÓN SOBRE EL ARTÍCULO 32.

1') Se trata de una *norma general* de inoponibilidad o falta de eficacia de lo no inscrito frente a lo inscrito.

Llegados a este punto debemos someter a examen crítico la opinión de NÚÑEZ LAGOS, que limita la eficacia del artículo 32 a las acciones confesorias e hipotecarias y lleva al artículo 34 la reivindicatoria. En contra de tal afirmación podemos esgrimir los siguientes argumentos:

a') La letra amplia del artículo 32 que no justifica aquella restricción.

b') El error que se padece al hablar de acción hipotecaria no inscrita cuando, desde que se instaure el Registro de la Propiedad en España en 1861, la inscripción registral es absolutamente necesaria para el nacimiento del derecho de hipoteca. La hipoteca no inscrita es inexistente como tal hipoteca y, por consiguiente,

no cabe el ejercicio procesal de acción hipotecaria sin previa inscripción.

c') La defensa del tercero es frente a acción o *derecho* no inscrito. Como las acciones no se inscriben en el Registro (más que en el caso relativamente excepcional de la anotación de demanda), sino los derechos que las originan, la protección del tercero implica—y no puede dejar de implicar—la ineficacia frente a él del derecho no inscrito. Y cuando éste es incompatible con el suyo, su extinción, ya que por definición es imposible un derecho real sin cosa sobre la que se ejerza (que desde la inscripción pertenece a un tercero) y sólo eficaz *inter partes*, sin posible repercusión frente a los terceros. En caso de doble venta, el primer adquirente no inscrito podrá dirigir su acción reivindicatoria contra el segundo inscrito, y éste podrá repelerla y que se declare su derecho de dominio en base al artículo 32 y no necesariamente al artículo 34. No hay razón alguna que impida el juego protector del 32 frente a la acción reivindicatoria. Por eso, plantear la protección del Registro como mera defensa procesal de acciones, sin entrar en las vicisitudes del derecho no inscrito, parece incompleto, inexacto y perturbador.

2') El artículo 32 dice que los títulos inscribibles no inscritos «no perjudican a tercero» (el texto original del artículo 23 decía: «no podrán perjudicar a tercero»). ¿En qué consiste este no perjuicio al tercero? ¿Cuál es la eficacia concreta de esa sanción?

Parece que el tercer adquirente que inscribe no es afectado por lo no inscrito. Para él es como si no existiera. El derecho concurrente—gravamen—o excluyente—dominio incompatible—de otro titular no le puede perjudicar. El tercero adquiere la finca como libre del gravamen no inscrito o adquiere el dominio pleno de la finca a pesar de que hubiera otro dueño anterior, preferente en el puro campo civil, si éste no inscribió. Luego el gravamen no inscrito o la venta no registrada son inexistentes para el tercero que inscribió. Frente a él se extinguen ambos derechos: la finca queda libre y el primer comprador resuelve su dominio. Razón: la falta de publicidad para hacer eficaz frente a terceros su derecho en la cosa. Salvo que se anule judicialmente la inscripción del segundo comprador o que éste hubiere tenido

noticia del dominio previo del primero, como luego veremos. Cabe, pues, a mi juicio la figura de la adquisición a *non domino* en el supuesto de doble venta protegido por el artículo 32. Como juega indudablemente en el supuesto del artículo 34.

3') La conexión entre el artículo 32 de la Ley Hipotecaria y el 1.473 del Código civil.

En mi opinión, el artículo 32 de la Ley Hipotecaria (antiguo 23) sienta la norma general de inoponibilidad o ineficacia de lo no inscrito frente a lo inscrito y el 1.473-2.º del Código civil aplica aquella norma general a un caso bien concreto: el de doble venta de un inmueble. La solución legal y el criterio inspirador de ambos preceptos es el mismo, aunque su ámbito objetivo de aplicación sea distinto, por ser más amplio el supuesto de hecho contemplado por el 32. En este sentido ANGEL SANZ (28), MANRESA, SCAEVOLA, MORELL y THERRY, y LÓPEZ DE HARO (29).

Resulta significativo a este respecto el texto de la Exposición de Motivos de la Ley de 1861: «Según el sistema de la Comisión resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se consideraran constituidos o traspasados en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción...» (30). «Cuando se trata de los derechos de un tercero, sólo se entenderá transmitido el dominio desde la inscripción, no desde la posesión y menos desde el convenio. Admitido el principio, no pueden negarse sus corolarios rigurosos. Así lo establece también el proyecto del Código civil, ordenando que cuando el propietario enajena

(28) *Instituciones*, I, pág. 257.

(29) Citados por VALLET: *La buena fe, la inscripción y la posesión...*, en «Estudios sobre Derecho de Cosas y Garantías Reales», Barcelona, 1962, página 234.

(30) Edición oficial citada, pág. 19.

unos mismos derechos inmuebles a varias personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título» (31).

Al tratar de la concordancia de estos dos artículos, NÚÑEZ LAGOS sostiene que el Código civil contiene una regla de fondo, sustantiva; la Ley Hipotecaria, una norma procesal; el Código civil, en la colisión, produce una decadencia del dominio; la Ley Hipotecaria, una preclusión del título. Frente a la pretensión del primer adquirente que no inscribe, el segundo inscrito opone, con arreglo al Código civil una excepción, con arreglo a la Ley Hipotecaria una inadmisión. Tales opiniones no resultan en verdad muy convincentes. Veintisiete años antes de que se consagrara la norma del artículo 1.473, ya estaba en vigor en España igual principio general relativo a los efectos de la inscripción frente a lo no inscrito. ¿Por qué la norma de la Ley Hipotecaria tiene sólo eficacia procesal y la del Código civil eficacia sustantiva o de fondo? No se hace en la Ley Hipotecaria ninguna referencia a los jueces ni al proceso. Sino que se formula un principio general sin limitación de sus posibles aplicaciones, ni en cuanto a los casos ni en cuanto a los niveles de eficacia. Decir lo contrario es ir en contra de la letra de la Ley. Y aun suponiendo que fuera cierta esa mera eficacia procesal—lo cual habría que demostrar previamente—, no es dable concebir, y menos en la mentalidad de los legisladores de 1861, una acción o una excepción procesal sin un derecho sustantivo vigente o deficiente en que encuentre su fundamento. ¿Cómo puede negarse en un proceso una acción alegando su ineficacia si no se justifica previamente la decadencia del derecho en que se funda?

Muchas veces, la Ley Hipotecaria contiene normas de estricta aplicación a la mecánica formal del Registro; así, por ejemplo, el artículo 20 sobre la necesidad de la previa inscripción del transferente de finca inmatriculada para que se pueda inscribir el derecho del adquirente derivativo. Así también el artículo 17, que impide al Registrador inscribir un título traslativo, aunque sea de fecha anterior, incompatible con otro inscrito antes. Pero otras veces, las normas de la Ley Hipotecaria sancionan los efectos funda-

(31) Idem, pág. 37.

mentales de la inscripción (así, por ejemplo, arts. 32, 34, 37, 38), cuando entran en colisión una situación inscrita con otra no inscrita. No se trata entonces de mecánica registral u orden de proceder en la oficina, sino de arbitrar criterios legales para dirimir esos casos de colisión. Entonces, la solución legal recoge un problema de fondo, sustantivo, de adquisición y pérdida de titularidades (adquisiciones a *non domino*, en su caso) que afecta tanto al Derecho civil como al Derecho registral. El principio de inoponibilidad del título—o mejor, diríamos nosotros, del derecho no inscrito—, tal como se recoge en el artículo 32 tan ampliamente, es algo que afecta a la propia subsistencia del título o derecho en cuestión. Impone la preferencia de una situación sobre otra y, por ser incompatible, la consagración de la primera y la extinción de la segunda. Como ocurre en todos los casos de colisión de títulos. Las palabras de la E. de M. antes referidas creo que justifican cumplidamente esta interpretación.

Lo que ocurre es que la dicción gramatical de ambos preceptos obedece a su respectivo efecto. El artículo 32 de la Ley Hipotecaria alude a la inoponibilidad del título no inscrito, a su ineficacia—«no perjudicará»—frente al tercero inscrito. Problema de colisión de títulos que la Ley resuelve a favor del inscrito. Mientras que el Código civil sanciona, dentro de los efectos del contrato de compraventa, quién adquiere el dominio en virtud de ese título contractual cuando un mismo inmueble se vende dos veces. Problema de eficacia del contrato y de atribución del derecho dominical resultante al titular precedente.

Según NÚÑEZ LAGOS, la lesión del tercero registral no implica la muerte de los derechos reales no inscritos. A su juicio, estos derechos reales, aun cuando no estén inscritos, existen por obra y gracia del título o del hecho constitutivo. Además de existir, son eficaces y valen en algún caso frente a derechos reales no inscritos, pero conexos *ob rem* con la cosa. El derecho real tiene siempre eficacia trascendental por fuero civil. Únicamente la pierde al chocar con el muro del Registro si detrás de este muro está cobijado el tercero. Mientras no haya tropiezo con la inmunidad del tercero inscrito, hay eficacia *erga omnes*. Cabe una acción real extrarregistral contra la nuda propiedad no inscri-

ta, estando inscrito solamente el usufructo (32). En nuestra modesta opinión, ocurre justamente lo contrario: En cuanto entra el tercero inscrito (supuesto de aplicación del art. 32), entonces es cuando surge el problema, porque *inter partes* no lo hay en la inscripción, y entonces, frente al tercero, no sólo no hay eficacia, sino que no hay derecho. Según acabamos de exponer. Decir que mientras no hay tercero inscrito el derecho real produce su eficacia *erga omnes*, es cierto, pero equivale a decir muy poco. El problema nace precisamente cuando hay un tercero acogido a la publicidad del Registro y ajeno al acto constitutivo del derecho real, que por eso para él es irrelevante. Por lo demás, el ejemplo puesto por NÚÑEZ LAGOS de un usufructo inscrito sin estar inscrita la nuda propiedad parece prácticamente imposible. Porque la primera inscripción será siempre de dominio (pleno o nudo), y la constitución de usufructo posterior se hará por cesión o desmembración, pero en ambos casos seguirá inscrita una nuda propiedad resultante. Sin previa inscripción del dominio o de la nuda propiedad a favor del constituyente, no cabe inscripción de usufructo.

4') El tercero del artículo 32 no necesita previa inscripción para estar protegido aunque, naturalmente, no excluye este requisito.

Razón: el fundamento de la norma. Criterio latino de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito. Se protege la mera diligencia o prioridad en inscribir más que la confianza en la apariencia registral, que puede no existir. Claro que aun desde el punto de vista de la confianza en la apariencia, que aquí se da muy indirectamente, es lógico que no afecte al tercero lo que no se inscribió. Si el transmitente prueba su dominio por primera vez en virtud de título válido anterior o su presunción por la posesión actual, basta para legitimar la adquisición del tercero frente al titular anterior no inscrito. Se sanciona con la ineficacia de su título y consiguiente pérdida de su derecho al que, pudiendo inscribir, no lo hizo. Así como el artículo 34 de inspiración germánica exige adquirir de un titular registral, el 32 no. Y en base a su razón justificadora es lógico que así sea.

Los autores de la Ley Hipotecaria de 1861 no se plantearon el problema porque—seguramente—para ellos era una cuestión tran-

(32) Loc. cit., pág. 57.

sitoria y temporal, confiados en la pronta inscripción de todas las fincas. Lo natural es que éstas fueran inscritas para la consiguiente protección de sus titulares. Pero la realidad hizo pesimista esta confianza. Y aun hoy, a los ciento seis años de la Ley Hipotecaria, hay muchas fincas rústicas sin inscribir.

A esta interpretación nos conduce el origen y el fundamento de la norma. Pero es que, además, tiene en su favor otra razón práctica y real de no pequeño peso: la necesidad de que resulte protegido el inmatriculante sin tener que esperar a una transmisión onerosa posterior. Porque, si no, ¿de qué le sirve formalizar y legitimar su situación, satisfacer gastos e impuestos? Si en el orden técnico la solución está fundada en el criterio latino a que obedece—preferencia de lo inscrito sobre lo no inscrito, sin más—, en el orden social y humano tiene, asimismo, cumplida justificación.

Si el vendedor que vende dos veces una misma finca o que vende como libre una finca gravada, aparece previamente inscrito, el comprador estará protegido frente a lo no inscrito por el artículo 32. Pero aunque el vendedor no hubiere inscrito su derecho, también el comprador resultará protegido en los mismos términos por imperativo del mismo artículo. Interpretado literalmente, el artículo 1.473 del Código civil tampoco exige la previa inscripción. Y si admitimos su interpretación integradora con el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, según acabamos de exponer, para armonizar en lo posible ambos textos legales, con doble motivo no será necesaria la previa inscripción. Recordemos un importante sector de doctrina que así lo reconoce y concede al inmatriculante la protección del artículo 32.

VALLET estima que el párrafo 2.º del artículo 1.473 sólo puede entrar en juego si el vendedor tiene su derecho inscrito. Para ello interpreta el párrafo 3.º del artículo 1.473 y las palabras «cuando no hay inscripción» como equivalentes de que la finca no esté inmatriculada; de lo contrario hay inscripción, aunque luego el comprador no inscriba (33). Argumento literalista y a contrario que no nos convence. La norma no se apoya en la fe pública registral ni en la protección de la apariencia, sino en el cas-

(33) Loc. cit., pág. 235.

tigo de quien, pudiendo inscribir, no inscribió. Y por ello no hace necesaria la previa inscripción para entrar en juego.

Por eso no cabe reconducir el 1.473-2.º del Código civil y el 32 de la Ley Hipotecaria al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, solución que adoptan todos aquellos autores que pretenden integrar al 32 dentro del juego de la fe pública, como formulación negativa del mismo. Ya hemos indicado que la estructura técnica de ambos artículos nos parece distinta y que sus principios inspiradores—inoponibilidad del título no inscrito, presunción de exactitud e integridad del Registro—no coinciden.

No estamos de acuerdo, en cambio, con don JOSÉ ALONSO, cuando afirma que la inscripción primera o de inmatriculación practicada de acuerdo con el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, goza de la protección del 1.473 antes de transcurridos los dos años desde su fecha (34). No parece ser esa la interpretación adecuada del artículo 207. En caso de doble venta, el comprador que inscribe, aunque sea inmatriculante, está protegido por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria y el 1.473-2.º del Código civil, según hemos expuesto. Pero cuando la inmatriculación se logra por el 205 de la Ley Hipotecaria, el artículo 207 excluye su eficacia frente a terceros hasta transcurridos dos años desde su fecha, sin duda para permitir que el *verus dominus* extrarregistral, si es que existe, pueda pedir la nulidad de la inscripción y no verse afectado por ella. Terceros aquí son tanto el causahabiente del inmatriculante (tercero registral) que ve paralizados los efectos protectores de la inscripción por dos años, como el *verus dominus* (tercero civil no inscrito respecto al acto de adquisición del inmatriculante) que tiene igualmente paralizados en su favor, y por el mismo plazo, los efectos ofensivos de la inscripción del otro comprador. Esta es la peculiaridad restrictiva del procedimiento inmatriculador del artículo 205 por sus menores garantías.

5') La importancia práctica actual del artículo 32.

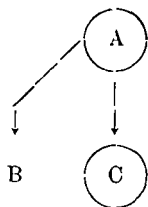
En su origen, el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 fue el más importante de la Ley. Según FERNÁNDEZ NEGRETE, contenía en sí toda la Ley. Según NÚÑEZ LAGOS, la regla del artículo 23 era la protagonista de la Ley. Recientemente, CARRETERO ha defendido la

(34) Loc. cit., págs. 315-316.

necesidad de volver al originario sentido del artículo 32 de inoponibilidad latina del título no inscrito, ha subrayado la importancia del artículo 32 en nuestro Derecho y de su adecuada valoración para evitar que nuestro sistema se convierta en una hermosa fachada vacía de contenido. No olvidemos que frente a la importancia del primitivo artículo 23 como norma general sancionadora de la ineficacia de lo no inscrito frente a lo inscrito, el originario artículo 34 era solamente una excepción a la regla del artículo 33 para defender al titular inscrito en aquellos casos en que no resultaba protegido por el artículo 23.

Pero el sistema registral español ha cambiado desde 1861 hasta hoy. Sobre todo en la última reforma legal de 1944-46 se ha subrayado la influencia germánica y se ha extendido la eficacia de la fe pública registral, haciéndose más borrosos los perfiles de la primitiva influencia latina. Por eso, algunos autores (ROCA, ANGEL SANZ) consideran disminuida la importancia actual del artículo 32 que, o bien reconducen al esquema de la fe pública, o bien consideran sustituido por la mayor eficacia del artículo 34 y concordantes. El problema de su importancia práctica sigue en pie, y buena prueba de ello son las alegaciones de TIRSO CARRETERO. Por eso no puede ser lícitamente eludida aquí la proyección de su eficacia, la determinación de sus supuestos de aplicación, como antecedentes del posible juego del requisito de la buena fe que luego vamos a tratar.

Recordando su origen histórico, decíamos que el artículo 32 (o 23 inicial) contempla por lo menos dos casos distintos: el de la doble venta de una finca y el de venta de un inmueble sujeto a gravámenes o afecciones resolutorias no inscritas. En ambos casos, la falta de inscripción del primer comprador o del titular de los gravámenes convertía a tales derechos en inoponibles frente al segundo o ulterior comprador que inscribía su adquisición. La previa falta de publicidad privaba a esas relaciones de eficacia frente al comprador que las desconocía y se acogía al Registro. Pues bien, pongamos el ejemplo de la doble venta que es el más típico. Y supongamos que el vendedor es titular inscrito, según el siguiente esquema:



A = Vendedor inscrito.

B = Primer comprador no inscrito.

C = Segundo comprador inscrito.

Supongamos también la validez del título $A = B$ y que ambos se han formalizado en escritura pública con tradición instrumental presunta, para que surja la colisión de derechos entre B y C.

La protección de C en este caso resulta indudable por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, reforzado por el 1.473 del Código civil. C es dueño y B dejará de serlo. Pero la protección de C, ¿puede también fundarse en el artículo 34? He ahí el problema. La cuestión tiene importancia práctica, porque los requisitos y efectos del artículo 34 aparecen más especificados y mejor desarrollados en la letra de este precepto que los del artículo 32. Su resolución depende de la forma en que se interpreten el artículo 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria.

a') Si se interpreta el artículo 34 de manera estricta y literal, parece que no estará incluido dentro de este precepto el caso que nos ocupa. El dominio de A no se anula. Tampoco resulta muy claro decir que *se resuelve* por la primera venta, la cual no opera como causa de resolución, sino de transferencia en sentido estricto. Pero aun admitiendo que la primera venta no inscrita resuelva el derecho de A, lo que parece claro es que tal resolución se produce *antes* y no *después* de la adquisición del tercero protegido C. Esto ocurre porque el supuesto inicialmente contemplado por el artículo 34 no era el de la doble venta, sino el de la nulidad o ineficacia sobrevenida del derecho del transferente por causa no registrada, que tampoco debía afectar al tercero registral protegido. Originariamente, la doble venta se albergaba en el artículo 23 (hoy 32) y no en el 34.

b') Pero si se interpreta el artículo 34 de una manera amplia, en conexión con los otros artículos inspirados por el mismo principio de fe pública registral y singularmente con el artículo 37 y el 40, párrafo último, podemos llegar a la solución con-

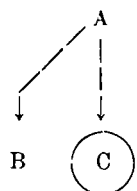
traria. Admitiendo las «causas de nulidad o resolución» en sentido extensivo, como sinónimas de toda causa de inexactitud registral; recordando que el artículo 40, párrafo último, impide que el tercero de buena fe quede perjudicado por la rectificación registral; partiendo de que la fe pública registral no se consigna en un solo precepto, sino que se desarrolla, parcial y fragmentariamente, en muchos artículos de la Ley, de donde se concluye que el principio de que el Registro es exacto e íntegro en beneficio de tercero está vigente en nuestro Ordenamiento, podemos llegar a la conclusión de que, en la actualidad, el caso de la doble venta puede también ampararse en el principio protector de la fe pública registral y se concreta a través de los artículos 34 y 40. Todavía queda una dificultad interpretativa: la palabra «después», que si se relaciona con la adquisición civil del segundo comprador que inscribe, hace que no llegue a encajar el caso que nos ocupa dentro de la órbita del artículo 34. Pero podría también pensarse que la adquisición a *non domino* del tercero protegido, en este caso el segundo comprador que inscribe, se produce *ex lege* desde la inscripción. Con tal presupuesto mental, la palabra «después» del artículo 34 habría que referirla al momento de la inscripción del comprador y el supuesto quedaría salvado dentro de la normativa de este artículo.

Si no, podría también salvarse su aplicación, pensando en la aplicación conjunta de los artículos 34, 37 y 40. Si en virtud de la fe pública al tercero registral sólo afecta lo que consta en el Registro, el derecho o la causa limitativa no publicada no deberán afectarle por igual razón.

Personalmente creo que el caso de doble venta, cuando el vendedor aparece inscrito y el segundo comprador resulta protegido al inscribir, puede ser válidamente llevado al principio de fe pública registral en sentido amplio y apoyado en la aplicación conjunta de los artículos 34, 37 y 40. Pero aunque así no fuera, siempre resultaría protegido el comprador que inscribe frente al que no lo hizo por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria.

La interpretación que aquí se defiende tiene la ventaja de que, como están más especificados los requisitos y efectos del artículo 34 que los del artículo 32, la aplicación de aquél será más segura y su eficacia más evidente. Ahora bien, si se admite esta

interpretación, entonces tenemos que la eficacia práctica de la norma contenida en el artículo 32 quedará vinculada a los casos de inmatriculación o primera inscripción. Como ya hemos dicho, el tercero del artículo 32 no necesita de previa inscripción para ser protegido. El titular registral de una inscripción primera tendrá a su favor la regla de inoponibilidad de lo no inscrito que consagra el artículo 32. Si el tercero registral, titular de una inscripción segunda o posterior, queda generalmente protegido de los derechos no inscritos por virtud de la fe pública registral (artículos 34, 37 y 40), entonces el campo propio de actuación del principio según el cual lo no inscrito no perjudica a tercero quedará vinculado a las inscripciones de inmatriculación. Y esto en el doble aspecto antes visto, ya se trate de una doble venta cuyo primer comprador no inscribió como de una carga, gravamen o afección resolutoria que no tuvo acceso al Registro. Frente a todo ello queda protegido el titular inscrito. Y por virtud del artículo 32 especialmente cuando se trata de una inscripción de inmatriculación siempre que, en el caso del 205, hayan transcurrido los dos años de limitación de sus efectos. Esta es, a mi juicio, la eficacia más característica del artículo 32: la protección del inmatriculante frente a lo no inscrito, el cual no puede ser protegido por el artículo 34. He aquí su esquema gráfico:



A = Vendedor no inscrito.

B = Primer comprador que no inscribe.

C = Segundo comprador inmatriculante, titular de una inscripción primera.

No es que el tercero registral deje de estar protegido por el 32; pero como también puede estarlo por el 34, su doble eficacia es concurrente. Mientras que en el inmatriculante, la protección del 32 es plena. Todo ello de acuerdo con sus antecedentes históricos y con las poderosas razones, antes expuestas, que justifican la protección del primer titular registral. Desde este punto de vista, el tercero del artículo 34 es el tercero registral, tercero frente a un asiento o contenido registral. Mientras que el tercero del artículo 32 puede ser, a veces, el mero tercero civil que inscribe.

III.—EL PROBLEMA DE LA BUENA FE EN EL ARTÍCULO 32.

Segundo y concreto problema: Se trata de determinar si el tercero del artículo 32 necesita de buena fe para ser protegido en los términos que este precepto consagra. O si, por el contrario, el requisito de la buena fe es ajeno al artículo 32, de modo que el tercero contemplado por este artículo puede resultar protegido sin necesidad de buena fe, aunque la concurrencia de ésta no excluya la protección.

Los autores están divididos también en este punto, como lo estaban al tratar del problema anterior. Es frecuente y lógicamente explicable que los autores partidarios de la tesis monista exijan el requisito de la buena fe en el artículo 32, y los que defienden la separación de ambos artículos sostengan que la buena fe no es necesaria para que el 32 entre en juego. Mas no siempre ocurre así. No pocos de los autores dualistas exigen también buena fe en el 32. Veamos en resumen algunas de las más importantes opiniones vertidas sobre este problema en nuestra Patria.

a) Autores contrarios a la buena fe.

1. Según NÚÑEZ LAGOS, los requisitos de onerosidad y buena fe no se exigen al tercero del artículo 32 y concordantes de la Ley. No cabe la analogía con el artículo 34, de otra contextura técnica... Los redactores de la Ley Hipotecaria, al redactar el artículo 32, no solamente prescindieron, sino que, teniéndolo en cuenta, lo *rechazaron el requisito de la buena fe*... En efecto, tuvieron de modelo el artículo 1 de la Ley belga de 1851, cuya génesis y antecedentes conocía maravillosamente GÓMEZ DE LA SERNA. El tercero, según la Ley belga, debe haber contratado *sin fraude*. Estas palabras no existían en la redacción primitiva del proyecto. Fueron introducidas por el Parlamento a consecuencia de la discusión tenida por M. JULLIEN con el Ministro de Justicia... Tal innovación fue criticada por el mejor comentarista de la Ley belga, MARTOU, el cual a su vez era bien conocido de GÓMEZ DE LA SERNA... Por éstas y otras razones, la Comisión que radactó la primitiva Ley española prescindió, *a sabiendas y con deliberada intención*, de

la frase «sin fraude» de su modelo la Ley belga. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el texto de la nueva Ley no autorizan tampoco a introducir en los preceptos que examinamos el llamado principio de buena fe. Por otra parte este principio, técnica e históricamente, acompaña a los modos de adquirir la propiedad. Pero el Registro español, por voluntad expresa de todos los legisladores en la materia—1861, 1869, 1909, 1936—, ha sido colocado al margen y fuera de los modos de adquirir y dentro de los medios de proteger al tercero. No afecta al nacimiento del derecho subjetivo, sino a su eficacia. Pero en el Derecho lo importante es la eficacia (35).

2. Con su pulcritud y claridad habituales, RAMÓN DE LA RICA ha estudiado el tema de las relaciones entre la buena fe y la publicidad del Registro. Como todos ustedes saben mejor que yo, LA RICA distingue, dentro de la eficacia de la inscripción en nuestro sistema, cuatro clases de efectos: constitutivos, presuntivos, defensivos o inmunizantes y activos u operantes. En principio, LA RICA exige la buena fe dentro del Registro y la entiende en su sentido civil común: titular de buena fe como el buen padre de familia. Pero los muy variados efectos que, en mayor o menor grado, produce la inscripción en nuestro sistema legal no quedan subordinados en todo caso ni muchos menos a la buena fe del titular inscrito, beneficiario de aquéllos. El ámbito de aplicación del requisito de la buena fe coincide con el de aplicación del principio de *fides publica* y se vincula al artículo 34... Los efectos defensivos o inmunizantes de la inscripción, entre los que se sitúa la norma del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, apenas son influidos por la conducta de buena o mala fe del titular. Con excepción de los artículos 34 y 36, las demás inmunidades de la Ley Hipotecaria quedan fuera del área del requisito de la buena fe... El tercero del artículo 32, como señaló NÚÑEZ LAGOS, no necesita onerosidad, buena fe ni inscripción previa (36).

(35) *El Registro de la Propiedad Español*, págs. 57-59. Vid. también *Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad*, R. G. L. J., mayo 1950, págs. 611 y siguientes.

(36) *La buena fe y la publicidad del Registro*, en esta REVISTA, septiembre 1949, núm. 256, págs. 537-562, especialmente 545-547; vid. también *Realidades y problemas en nuestro Derecho registral inmobiliario*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, leído el 12 de mayo de 1962, Madrid, 1962, págs. 50 y 75.

3. FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL parece limitar la buena fe al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y no aborda el tema de si la buena fe será necesaria o no en el artículo 32, a pesar de reconocer previamente el distinto régimen de ambos preceptos (37).

4. Según TIRSO CARRETERO, en el artículo 34 el tercero no es el dueño, sino que lucha contra el dueño, y es natural que se le proteja sólo con ciertos requisitos. En cambio, en el artículo 32 el tercero no es el dueño para una concepción consensualística, pseudofilosófica y de gabinete en la transmisión inmobiliaria; pero sí lo es en el sistema germánico y casi lo es en todos los sistemas históricos realmente vividos, en que la transmisión inmobiliaria se ha rodeado de formas de publicidad registrales o no. Por eso sólo necesita inscribir su título válido (38). Y, según este autor, ningún requisito más: ni buena fe ni título oneroso... Cuando al tercero del artículo 32 se le identifica con el del artículo 34; cuando se le exigen los requisitos de inscripción previa, onerosidad y buena fe, puede decirse que hemos dado muerte al principio de inoponibilidad que instauraron los legisladores de 1861... El tercero latino no requiere la buena fe en el sentido de desconocimiento de la anterior transmisión (39)... Cuando se trata de fundamentar los efectos protectores de la inscripción en el caso de la doble enajenación, en todos los sistemas cabe hacer referencia a la confianza en la apariencia, a la buena fe en las transacciones, etc.; pero en ningún sistema es la buena fe requisito de la protección: en los germánicos con el juego de la inscripción constitutiva, y en los latinos porque hay una constante opinión general de que el único dolo excluyente de la protección es el fraudulento. ¿Por qué una tercera postura en nuestro sistema? (40).

5. Aunque no se pronuncia directamente sobre el problema, MANUEL GÓMEZ GÓMEZ considera que el único medio de publicidad de los derechos reales inmobiliarios, salvo el dominio, es el Registro, de modo que el conocimiento de un derecho al margen del Registro parece no tiene eficacia en perjuicio del que lo cono-

(37) *Introducción al Derecho hipotecario*, págs 173 y sigs.

(38) *Loc. cit.*, pág 91.

(39) *Ibid.*, pág. 128.

(40) *Ibid.*, pág. 128.

ce. Si esto es así, la conclusión a que nos lleva es que no parece tener trascendencia la mala fe en perjuicio del titular registral que conoció algo que pudo afectarle y no estaba inscrito (41).

b) Autores partidarios de la buena fe.

1. Don JERÓNIMO GONZÁLEZ concibió a la buena fe no sólo como requisito de aplicación del artículo 34, antes de su última redacción en la reforma de 1944-46, sino como un auténtico principio hipotecario, vigente con carácter general en todos los casos de protección registral, al mismo nivel que los otros principios fundamentales del sistema por él elaborados. Influyó en esta opinión no ya los antecedentes constructivos del Derecho alemán, sino especialmente el fundamento histórico de la E. de M. de la Ley de 1861, la interpretación jurisprudencial de los artículos 34 de la Ley Hipotecaria y 1.473 del Código civil, y la razón evidente de que la protección registral carece de base cuando el que la alega conocía la inexactitud registral, no había sido inducido a error por las declaraciones del Registro y sólo pretendía la ventajosa situación del titular inscrito. Decía don JERÓNIMO que de igual modo que la contratación sobre muebles gira alrededor de la posesión con buena fe, la protección hipotecaria se desenvuelve sobre la inscripción y la buena fe... El requisito de la buena fe responde a una necesidad perentoria, porque la ruina de la legislación hipotecaria sería inminente si, lejos de mantener su carácter sustantivo y moderno, toleramos sin protesta la afirmación de que el asiento más solemne del sistema es una mera formalidad. De donde el título del tercero que ha obrado de buena fe será irrevocable y el perjudicado podrá ejercer tan solo contra el enajenante las acciones de enriquecimiento torticero, falta de cumplimiento contractual, daños y perjuicios, etc (42). No contempla don JERÓNIMO expresamente el problema de la buena fe en el artículo 32. Pero partidario de la tesis monista y de su integración con el 34 dentro del amplio campo de la fe pública, parece que a ambas normas considera aplicables la buena fe. Con doble motivo, cuan-

(41) Vid. *En torno a la polémica Carretero-Roca*, en esta REVISTA, marzo-abril 1966, núm. 453, pág. 394.

(42) *Estudios* .., I, págs. 397 a 405.

do considera a esta última como principio de aplicación general en todo el Derecho hipotecario y no estima al artículo 32 como excepción a este principio.

2. Por el mismo camino de unificación de requisitos discurre la opinión de don IGNACIO DE CASSO, para quien la buena fe, enlazada con la *fides publica* del Registro, venía establecida en la Ley Hipotecaria de 1909, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los artículos 23, 34, 37, etc. (43).

3. Comentando las ideas de NÚÑEZ LAGOS sobre el Registro de la Propiedad español, ALBERTO BALLARÍN, aunque comulga en principio con la separación de los dos sistemas representados por los artículos 32 y 34, cree sin embargo que no se puede mantener en nuestro Derecho la tesis que niega buena fe al tercero del artículo 32. El Registro creado para «poner límites a la mala fe»—dice—, no puede ser un instrumento al servicio del fraude... La exigencia del requisito de la buena fe, construido por la jurisprudencia con referencia al párrafo 2.º del artículo 1.473, significa que debemos tenerlo en cuenta en el sistema del artículo 32 (44).

4. También GONZÁLEZ ENRIQUEZ estimó hace años que son aplicables al tercero del artículo 32 los requisitos del artículo 34, según su redacción posterior a la reforma de 1944-46 (45).

5. VILLARES PICO considera como tercero hipotecario protegido tanto al del artículo 32—inmatriculante—como al del artículo 34, y en general a todo titular de un acto o contrato legal inscrito sin la limitación de los artículos 28 y 207 de la Ley Hipotecaria, siempre que no haya tenido antes de la adquisición conocimiento de cualquier situación jurídica de la cual proceda la acción o derecho, cuya ineficacia asegura por virtud de la inscripción a su nombre (46). El tercero del artículo 32 es el adquirente a título oneroso

(43) *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 3.ª edición, Madrid, 1946, págs. 144-147.

(44) *Loc cit.*, págs. 682-684.

(45) *Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral y otros problemas. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1949)*, A. D. C., II-III, pág. 1240, nota 26.

(46) *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero*, en esta REVISTA, mayo 1949, núm. 252, pág. 294.

y con buena fe que haya cumplido con el requisito de la inscripción, como se decía en la E. de M. de la Ley de 1861 (47).

6. Con referencia a la Ley vigente después de la reforma de 1944-46, ANGEL SANZ estima que la buena fe es un requisito indispensable para estar protegido por la fe pública, y que siempre que la Ley Hipotecaria se refiera a tercero en esta situación debe exigirse la buena fe, aunque no se haga referencia expresa a ella (48). Como el artículo 32 actual se lleva por este autor al sistema del artículo 34, parece que la buena fe debe predicarse respecto a ambos.

7. Por esta línea de pensamiento discurre el profesor Cosío. Al no separar el sistema del artículo 32 respecto al 34, parece que la exigencia de buena fe necesaria para el segundo lo es también para el primero. No puede afirmarse—dice—, en el caso de doble venta de un inmueble contemplado por el 1.473-2.º del Código civil, que no sea necesaria la buena fe, a pesar de no mencionarse en el texto del precepto, por la indisoluble vinculación de nuestro sistema mantiene entre Derecho inscrito y su causa obligatoria y, sobre todo, porque admitiendo que el tercero puede ser afectado por acciones meramente personales, cuando éstas consten explícitamente en el Registro (vid. art. 37 de la L. H.), ninguna razón existe para ponerlo a salvo de ellas cuando tuviere conocimiento extrarregistral de la existencia de las mismas (49).

8. Como se recordará, ROCA SASTRE parte de la tesis monista o de integración de los artículos 32 y 34. Sin embargo, en una Conferencia pronunciada el 5 de mayo de 1961 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación sobre la «Trascendencia de la Ley Hipotecaria del año 1861» estudia ya separadamente el artículo 23 de la primitiva Ley, en relación con el problema de la doble venta y las posibles soluciones legales que esta cuestión suscita. Cree que, si bien el artículo 23 de la Ley de 1861 se redactó con arreglo a los moldes legislativos de los llamados sistemas registrales de transcripción, es de destacar que fue pensado bajo el clima

(47) *La polémica entre hipotecaristas...*, citada, pág. 365.

(48) *Instituciones*, I, pág. 456.

(49) *Loc. cit.*, pág. 224.

de la buena fe concurrente en el tercer adquirente protegido. Funda su opinión en la E. de M de la Ley, en los Comentarios de GÓMEZ DE LA SERNA (50) y en la jurisprudencia continuada de nuestro Tribunal Supremo al respecto (51).

9. VALLET DE GoytisoLo es uno de los partidarios más definidos de la necesidad de buena fe, y de una buena fe especialmente calificada, en todo caso de protección registral. Parece inclinarse a la unificación de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria cuando dice que los «derechos reales que no supongan inmediato disfrute, las condiciones resolutorias y las sustituciones fideicomisarias que no estén inscritos en el Registro, no perjudicarán jamás al adquirente de buena fe de la finca o derecho gravado. Ello tanto en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria como *especialmente por prescripción del artículo 32*. El logro de este resultado, que es el más importante de todos, fue lo que motivó la necesidad de crear el Registro de la Propiedad» (52). Pero dejando aparte ese problema de unificación de ambos artículos, la buena fe es requisito necesario en opinión de este autor para la protección registral.

Aunque VALLET está en contra de la conexión de los artículos 1.473 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria y excluye de la protección dispensada por el artículo 1.473 al titular de una inscripción de inmatriculación, y difiere por tanto en este punto de nuestra interpretación que acabamos de exponer, concluye que el comprador que primero inscriba, para ser protegido por el 1.473-2.º, debe reunir la necesaria buena fe, matizada esta última en el sentido en que la aplica el propio autor, es decir, como «la creencia fundada en la inscripción a favor del transferente, y no contradicha por la posesión de otro en concepto de dueño, de que aquél es el titular real y puede disponer de su derecho» (53).

(50) *Trascendencia de la Ley Hipotecaria del año 1861*, en esta REVISTA, septiembre-octubre 1962, núms. 412-413, págs. 593-594.

(51) *El problema de la relación que, respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma*, en esta REVISTA, julio-agosto 1965, números 446-447, págs. 824-825.

(52) *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*, en «Estudios sobre Derecho de Cosas y Garantías Reales», Barcelona, 1962, pág. 227.

(53) Loc. cit., págs. 235-236 y 221.

En resumen, necesidad de buena fe en todo caso, tanto para el artículo 34 como para el 32 de la Ley Hipotecaria y 1.473-2.º del Código civil.

10. LACRUZ BERDEJO que, como se recordará, parte de la distinción entre el artículo 32 y el 34, y los terceros protegidos contemplados por ambas normas, paladinamente reconoce que los requisitos de onerosidad y buena fe son circunstancias también exigibles cuando el adquirente resulta protegido en virtud del artículo 32 de la Ley Hipotecaria. ¿Cuáles son las razones de esta exigencia?

— La propia E. de M. de la Ley de 1861, que daba a entender claramente que la buena fe había de exigirse en cualesquiera adquisiciones a *non domino*, especialmente en las protegidas por el artículo 23. (Recuérdese lo dicho antes en mi interpretación del artículo 32.)

— Además, los artículos 40, párrafo último, y 36 de la Ley Hipotecaria.

— En fin, que una exigencia solo parcial de tales requisitos difícilmente podría justificarse desde un punto de vista de política legislativa (54).

Frente a los autores belgas, franceses e italianos, para quienes la buena fe compromete la seguridad inmobiliaria y hace perder a la transcripción su automatismo formal, responde acertadamente LACRUZ: «Ciertamente que el requisito de la buena fe introduce un elemento subjetivo que compromete el automatismo en el funcionamiento de la protección del Registro, pero nada impone que ese automatismo haya de ser considerado—al menos, con referencia a nuestro sistema—como un progreso deseable. Al contrario, está en pugna con el fundamento de la tutela del Registro. Esta, según la opinión más razonable, se concede al adquirente como resultado de una apariencia: bien (tratándose de propiedad inmatriculada) de una apariencia de signo positivo, bien (tratándose de fincas que no figuran en los libros) de una apariencia de signo negativo: la ausencia de una manifestación en el Registro contraría al derecho de transferente. Pero la Ley no puede proteger esas apariencias en su entidad objetiva, sino en su

(54) *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, págs. 274-275.

reflejo subjetivo: en el engaño que producen en aquel que confía en ellas fundadamente y a quien impiden percatarse de la situación real. Pues crear apariencias para proteger a los que no están engañados, a los que conocen la situación real, supone emplear la fuerza del Derecho para premiar a quien, sin beneficio de nadie sino de él mismo, comete un acto reprobado por la moral: adquirir, a sabiendas, cosa ajena. Esta es la única consecuencia específica del automatismo porque, aparte esto, el Registro que exige la buena fe es—o puede ser—tan seguro como el otro: al ignorante nunca ha de perjudicarle su ignorancia, y al que sabe que una cosa es ajena, nunca debe ayudarle la Ley a quedarse con ella (55).

11. No quiero terminar esta apresurada exposición de opiniones sin recordar el nombre de dos catedráticos de Derecho civil que, aun sin referencia expresa al problema del artículo 32, coinciden ambos en considerar a la buena fe como un principio general de nuestro Derecho, a nivel de los que con este nombre sanciona el artículo 6 del Código civil como fuente del Derecho, de aplicación general y validez extensiva en nuestro Ordenamiento, mientras no se recoja expresamente en una Ley su excepción al mismo. El profesor CASTRO Y BRAVO, con referencia concreta al valor de las inscripciones practicadas en el Registro civil, afirma que el significado sustantivo de la inscripción en este Registro es otorgar eficacia *erga omnes* al cambio de estado civil, de modo que el cambio no inscrito no puede oponerse al tercero de buena fe que no lo conocía o que no podía conocerlo. La situación no inscrita no perjudicará a la validez de los derechos reales o de crédito adquiridos por un tercero de buena fe. La conducta dolosa del tercero le hace indigno de la protección registral. Este es el criterio de la jurisprudencia, de la mayoría de la doctrina y ahora también de la legislación (arts. 34 de la L. H. y 77 de la L. R. C.), de modo que puede admitirse la consideración de la buena fe como un principio general de nuestro Derecho (56).

Y el profesor Díez Picazo entiende que la norma jurídica que impone a la persona el deber de comportarse de buena fe en el

(55) Loc. cit., pág. 265.

(56) *Compendio de Derecho civil*, 3.^a edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, págs. 377-378 y nota (1) de ésta.

tráfico jurídico es un principio general del Derecho. Porque revela una de las más íntimas convicciones del modo de ser y de existir de nuestra comunidad, porque deriva directamente de la ley natural, porque se halla vigorosamente anclada en los postulados de nuestra moral cristiana y porque ha tenido entre nosotros una tradicional vigencia. De donde resulta: a) Todo el Ordenamiento jurídico debe ser interpretado en armonía con el principio general. Toda interpretación de una norma que conduzca a un resultado jurídico contrario a la buena fe, debe ser considerado como excepcional, por ser «*contra tenorem rationis*» de la organización general. b) Como principio general del Derecho, la norma que ordena que el comportamiento sea de buena fe tiene el carácter de norma supletoria, y los Tribunales deben, a falta de otra norma especial, aplicar este principio para resolver el litigio planteado. c) Las consecuencias o las derivaciones inmediatas del principio general de buena fe, construidas doctrinal o jurisprudencialmente en torno a particulares situaciones de intereses, de carácter típico, tienen el mismo valor y el mismo alcance que el principio general de que dimanen y en que inmediatamente se fundan (57).

c) *Mi opinión.*

En medio de tan contradictorias opiniones, ¿qué solución parece más razonable y adecuada para tan debatido problema?

1. Se trata de un problema de interpretación del artículo 32. Problema de estricta interpretación normativa, no literalista. Afir-mar que la buena fe no se exige porque no la recoge la letra del precepto, no es decir nada y equivale a negar el problema.

Ante el silencio de la Ley, ¿es exigible o no ese requisito?

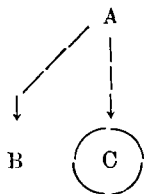
El problema tiene gran importancia: No sólo para perfilar el alcance de esta norma concreta, sino también para ponerla en conexión con otros casos hipotecarios, para clarificar la visión de nuestro sistema y precisar la eficacia de la protección registral.

(57) *La doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1963, págs. 139-140.

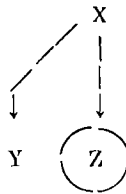
Así pues, tenemos que emprender la tarea de interpretar des-
paciosamente el artículo 32. Lo que equivale a considerar sus an-
tecedentes históricos, analizar el problema de la vida real que
con esta norma se quiso resolver, examinar el sentido de la juris-
prudencia en torno al mismo, preguntarnos por el fin de esta nor-
ma, su *ratio*, tratar de interpretarla sistemáticamente poniéndola
en relación con los otros preceptos y principios que inspiran
nuestro régimen hipotecario, calibrar socialmente el valor de los
intereses en pugna, matizar el fundamento legal de la protec-
ción registral que con esta norma se concede, recordar las moder-
nas tendencias jurídicas en materia de interpretación, etc. Como
es evidente, faena tan minuciosa excede con mucho de nuestras
posibilidades actuales, singularmente por razón del tiempo dis-
ponible. Tratemos de apuntar a alguna de aquellas cuestiones
muy someramente, como base de una interpretación, aunque sea
provisional y apresurada, de dicho artículo 32 de la Ley Hipotecaria.

2. Recordemos gráficamente los dos casos principales en que,
a nuestro juicio, encarna la actual eficacia normativa del ar-
tículo 32:

DOBLE VENTA



VENTA, OCULTANDO GRAVAMEN O CAUSA DE RESOLUCIÓN NO INSCRITA



¿Es precisa la buena fe en C y Z para que no les sean oponibles
los derechos no inscritos de B y de Y?

3. La doctrina antigua.

Recordemos la tesis de NÚÑEZ LAGOS: Los autores de la Ley de
1861 rechazaron el requisito de la buena fe del artículo 23 y pres-
cindieron a sabiendas, y con deliberada intención de la frase *sin*
fraude que figuraba en el semejante artículo 1.º de la Ley bel-

ga. ¿Es esto cierto? ¿Qué pensaban de este problema los autores que redactaron la Ley Hipotecaria? ¿Cuál era la opinión de la doctrina del siglo pasado?

a') Opinión de VICENTE HERNÁNDEZ DE LA RÚA, anterior a la primitiva Ley Hipotecaria:

Relatando la historia de la legislación española sobre publicidad inmobiliaria hasta llegar a las Contadurías de Hipotecas, a la sazón vigentes, y refiriéndose al tiempo posterior a la pragmática de Carlos III de 31 de enero de 1768, afirma: «Era, pues, necesario que se pusiera remedio eficaz a tantos males como la experiencia demuestra; era menester que la propiedad se asegurase por medios legales y de fácil ejecución; era preciso *poner trabas a la mala fe*, a los fraudes y a las estafas que con engaños se efectuaban cada día, y aquel remedio podía hallarse con facilidad si se utilizaba la invención del Registro de instrumentos comprensivos de toda clase de títulos traslativos del dominio de cosas inmuebles...» (58).

Al hablar del Registro de Hipotecas y su vigencia, entonces reciente a partir del Real Decreto de 23 de mayo de 1845, incluye el dictamen del ilustrísimo señor Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia, don Joaquín José Casado, dado con ocasión de consulta del Gobierno sobre registro de instrumentos. En este informe, al comentar la norma general del nuevo registro, según la cual «no puede ningún acto traslativo de dominio surtir efecto contra tercero si no se inscribe, y sólo desde la fecha de la inscripción», decía el Fiscal: «La primera de estas reglas (la expuesta) establecida en la Ley francesa de 11 de brumario del año 7, incluida después en el proyecto del Código Napoleón por sus redactores, y desechada imprudentemente al tiempo de su discusión, es el fundamento, la condición primera de un buen sistema hipotecario. Sin ella la publicidad es solo aparente y sin publicidad de verdadero nombre este sistema es imposible. *Un hombre de mala fe vende una finca* reteniendo el usufructo, continúa por ello en su goce y la vende después a un tercero. A la muerte del vendedor reclama la finca el primero que la compró y en vir-

(58) VICENTE HERNÁNDEZ DE LA RÚA: *Comentario a las disposiciones legales vigentes sobre registro de instrumentos y derecho de hipotecas*, Madrid, 1853, página 9.

tud de la consolidación, excluye al segundo. *El engaño* de que éste es víctima, ¿sería posible establecida la necesidad de la inscripción?» (59).

Obsérvese que se censura que el segundo comprador sea engañado por el primero. Luego debe protegerse frente al primero solo cuando de él no tiene noticia.

b') Según don PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, la *Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861* es «el mejor preámbulo y más autorizado comentario de la Ley». Su autoridad es indiscutible y resulta unánimemente reconocida por todos los autores para la interpretación de nuestro sistema registral. Veamos qué se dice en la Exposición de Motivos respecto al tema que ahora nos ocupa.

Recogiendo el Real Decreto de 8 de agosto de 1855, añadía el Gobierno que «la reforma era urgente e indispensable para la creación de Bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos en la cosa, para *poner límites a la mala fe* y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados...» (60).

«No hay, pues, más que un sistema aceptable: el que tiene por base la publicidad y la especialidad de las hipotecas».

«Mas como es necesario fijar bien las palabras que pueden ser de distinto modo interpretadas, debe decir la Comisión cómo entiende la publicidad. Consiste ésta en que desaparezcan las hipotecas ocultas; *en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla inscrita en el Registro* (apliquese esta afirmación a la regla general del artículo 23, entonces vigente, y fácilmente se deducirá la consecuencia sobre la necesidad de buena fe en el tercero); en que, quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él solo es inmutable al que, sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se

(59) Loc. cit., pág. 35.

(60) Tomada de la edición oficial de la Ley Hipotecaria, Reglamento general para su ejecución e Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1861, pág. 3.

le debe» (61). (Importancia de esto para el artículo 23, porque el fundamento que aquí se alega no es la confianza en el Registro, sino la sanción de quien no inscribió, que encaja causalmente con la protección de dicho artículo; pues bien, en ese caso, para que el tercero inscrito quede protegido frente a los derechos de quien no inscribió, es preciso que no haya podido conocerlos: He ahí el requisito expreso de la necesidad de buena fe.)

En relación con las hipotecas legales tácitas, y a pesar de la protección que—se afirma—así se concede a la mujer, al huérfano y al desvalido, la Comisión se pronuncia por las hipotecas legales expresas porque, entre otros fines, *procura evitar la ruina de los acreedores de buena fe* (62).

Al tratar del grave problema de los efectos de la falta de inscripción, sobre si la ineficacia de lo no inscrito debe limitarse a los terceros o debe afectar a los mismos contrayentes, y frente a los que creen que el Registro sea un verdadero censo de la propiedad inmueble (partidarios, por tanto, de que sin inscripción no haya ni siquiera eficacia *inter partes*, y antecesores así de los modernos partidarios de la inscripción *constitutiva*), la Comisión cree que «*el verdadero objeto de los registros es mejorar las condiciones de la propiedad inmueble, asegurar el crédito territorial y poner coto a fraudulentos engaños*» (63). (Obsérvese la importancia que encierra esta frase por el contexto fundamental en que se inserta.)

«*La Comisión ha considerado ante todo en la cuestión propuesta los principios de justicia; no ha creído que con arreglo a ellos, cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripción, deba ser de condición mejor el que, burlando su solemne compromiso, se niega a cumplir el contrato celebrado o pide su nulidad, fundándose en un defecto de forma y faltando a la buena fe, a la lealtad que se deben los contrayentes; buena fe que, en lugar de debilitarla, debe procurar el legislador fortalecerla en cuanto alcance*» (64).

«El sistema del Código civil francés de transmisión de la propiedad por el mero consentimiento debe desecharse si se enjuici-

(61) Págs. 8-9.

(62) Pág. 11.

(63) Págs. 17-18.

(64) Pág. 18.

cia desde el punto de vista del interés de terceros que no han sido parte en el contrato, *porque no se aviene bien con la lealtad y el orden de las transacciones, da lugar a que los acreedores sean defraudados* y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, *contratos y actos de quien no ha podido tener conocimiento*» (65). (Obsérvese que aquí lo que se afirma no es el principio de que lo no inscrito no perjudica a tercero, sino que el tercero no debe ser perjudicado por lo que no conozca ni haya podido tener conocimiento; luego, lo conocido por cualquier medio—ya que no se afirma que la inscripción sea legalmente el único medio de conocimiento y repercusión—debe afectarle.)

Partiendo de que los arrendamientos a largo plazo no son generadores de derecho real, sino sólo de obligación personal, se afirma: «Las circunstancias particulares que concurren en estos arrendamientos, los gastos a que suelen *comprometer a los arrendatarios y la protección debida a la buena fe, clave del crédito*, exigen que acerca de este punto se modifique el derecho antiguo, para lograr su inscripción... De este modo, sin perjuicio del dueño que al enajenar y traspasar una finca no pretende burlarse de las obligaciones que contrajo con los arrendatarios, *sin daño del comprador de buena fe que entra en el contrato con el conocimiento de una obligación de que es sucesor*, se salvan los justos derechos de los arrendatarios en los casos que en el proyecto se prefijan» (66).

En cuanto a la revocación de donaciones por ingratitud del donatario, y de acuerdo con el proyecto a la sazón vigente de Código civil, se establece que «cuando sea revocada la donación por esta causa de ingratitud, queden subsistentes las enajenaciones e hipotecas anteriores a la inscripción de la demanda de revocación en el registro de hipotecas, y que las posteriores sean anuladas». Se sigue en este punto a la Ley romana que lo estableció y cuyos fundamentos son que *al adquirente de buena fe no debe perjudicar el castigo justo que se impone a la ingratitud del donatario* (67).

«En cuanto al retracto convencional—entendiéndose por tal, de acuerdo con la terminología de nuestro Código civil, la condición

(65) Pág. 19.

(66) Págs. 26-27.

(67) Págs. 34-35.

resolutoria expresa en la venta—... si no está inscrita la condición resolutoria será porque no se haya expresado en el contrato, tal vez para burlar la Ley; pero sea la omisión efecto de descuido o *de mala fe*, sólo debe perjudicar a los negligentes y a los maliciosos, *no al tercero que compra en la seguridad de que no existe semejante condición resolutoria*» (68). (Es decir, al tercero de buena fe.)

Precio aplazado en la venta: «Siempre que en la escritura de venta no aparece que está el precio por satisfacer total o parcialmente, nace la presunción legal de que integramente ha sido satisfecho. El tercero que compra o adquiere un derecho real sobre lo así vendido, si después se ve privado de ello, realmente es perjudicado por un hecho ajeno imputable al vendedor y al comprador, y sobre todo al primero, en cuyo interés está hacer que conste la falta de pago en la escritura y en el Registro. Más justo es, pues, que el perjuicio recaiga sobre el que dio lugar a él, que sobre el que no pudo preverlo o evitarlo, *cuya buena fe no debe quedar burlada*» (69).

Al tratar de la *restitutio in integrum* concedida a los menores, a los incapacitados y a algunas personas jurídicas, los redactores del proyecto de Código civil entendieron que el beneficio de la restitución solamente tiene lugar contra el tercero que contrató con el tutor o curador y no contra los ulteriores adquirentes, *a no ser contra el que hubiese adquirido de mala fe*.

La Comisión niega el beneficio de la restitución para despojar de la propiedad o de cualquier otro derecho en la cosa *al tercer poseedor que la ha adquirido con buena fe*, si ha sido ajeno al contrato en que ha causado el perjuicio (70).

En relación con las enajenaciones hechas en fraude de acreedores y su posible revocación por esta causa, en el proyecto del Código civil no podían menos que tomarse en cuenta los inconvenientes del derecho antiguo, respecto a la inseguridad en que estaban los *terceros poseedores de buena fe*, y del peligro que corrían de verse despojados de lo que legítimamente hubieran adquirido... Las enajenaciones de bienes inmuebles a título oneroso pueden ser rescindidas siempre que la demanda de rescisión se haya anotado en el

(68) Pág. 35.

(69) Págs. 36-37.

(70) Pág. 39.

registro público antes de haberse inscrito el contrato de enajenación; también se rescinden, aunque no hayan sido inscritas antes de la demanda en el Registro, *si el adquirente obró dolosamente, salvo en este caso el derecho que un tercero haya adquirido entretanto con buena fe* (71)...

«Cuando la cosa legada es determinada e inmueble con arreglo a los principios del Derecho, la propiedad pasa al legatario desde el momento en que expira el testador; el heredero es el que tiene que entregarla, pero sin que por ello pueda decirse que ni un solo momento ha estado la cosa en su dominio. Esto supuesto, mientras llega el caso de que la tradición se verifique, justo es por lo menos que tenga derecho el dueño a impedir que la cosa se enajene a un *tercero que, por tener inscrito un derecho y ser adquirente de buena fe*, pueda después defenderse con éxito de la reivindicación» (72).

Al tratar de las normas transitorias para el paso de la antigua a la nueva legislación, y del plazo de un año concedido para inscribir en el nuevo Registro los derechos antiguos, justificando que no se ha seguido el criterio de la nulidad de los derechos no reinscritos, se dice en la E de M.: «... El proyecto no altera las obligaciones y derechos por falta de inscripción entre los que son parte en el acto o contrato en que debe hacerse, limitándose a salvar los derechos del tercero que adquirió el dominio u otro derecho real sobre bienes inmuebles, *en la seguridad de que estaban libres de las cargas o responsabilidades que no aparecían en el Registro*» (73).

De la lectura de los fragmentos transcritos de la Exposición de Motivos de la primitiva Ley podemos obtener en resumen las siguientes consecuencias:

α) La nueva legislación hipotecaria nace con el propósito repetidamente expuesto de poner límites a la mala fe.

β) La publicidad del Registro que ahora se crea pretende el conocimiento por todos de los derechos que se acogen al Registro y así asegurar su eficacia *erga omnes*. La publicidad es requisito de eficacia frente a terceros.

(71) Pág. 40.

(72) Pág. 42.

(73) Pág. 127.

γ) El tercero protegido por el Registro es siempre, y dicho en forma taxativa, un tercero de buena fe, que no ha conocido ni podido conocer los derechos no inscritos y que, por eso, no le son oponibles. No cabe el engaño fraudulento. En lugar de debilitarla, el legislador debe fortalecer la buena fe. El tercero protegido es siempre el que desconoce el derecho real o la carga no inscrita. Sólo así puede ser rectamente entendida la norma general de que lo no inscrito no perjudica a tercero, contenida en el artículo 23.

c') En el año 1871 se publica en Madrid un importante libro. Se titula *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación*, que había sido suprimida en 1869 y que había intervenido en la redacción de alguna de nuestras leyes más fundamentales (Ley de Enjuiciamiento Criminal y, singularmente, nuestra primera Ley Hipotecaria). Su autor es el ilustre don FRANCISCO DE CÁRDENAS, vocal de aquella Comisión Codificadora (74).

Tan valioso documento histórico nos resulta especialmente útil para estudiar dos aspectos distintos del problema de la buena fe hipotecaria, a los cuales vamos a aludir por separado.

α) La necesidad de buena fe para la protección del tercero del artículo 34, recogida aquí mucho antes de que se sancionara por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y de que se estableciera expresamente en la reforma hipotecaria de 1946.

«La Comisión, verbalmente consultada sobre el proyecto de reforma del artículo 34 en 1869, aceptó casi todas sus disposiciones, pero no sin manifestar los defectos que notaba en algunas y, particularmente, la que tenía por objeto adicionar con una restricción importante el artículo 34 de la Ley. Este artículo, el más meditado y el más discutido por la Comisión de todos los que comprendían la Ley, había sido objeto de vivas impugnaciones. Su objeto era asegurar al tercero que contrata con el que tiene su derecho inscrito en el Registro, contra el peligro de ser perjudicado, si este derecho llegara a resolverse en virtud del título no inscrito

(74) *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación*, suprimida por Decreto del Regente del Reino de 1 de octubre de 1869, escrita y publicada por acuerdo de la misma, siendo ponente don FRANCISCO DE CÁRDENAS, vocal de ella, y seguida de varios apéndices que comprenden muchos informes, exposiciones y proyectos inéditos de la misma Comisión. Biblioteca Jurídica de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», Madrid, 1871.

en el tiempo en que contrató, o de causas que no resultaran del mismo Registro. Al acordarlo así la Comisión, se fundaba en que el Registro sería inútil para los fines de su institución, si no era por si garantía bastante contra los derechos desconocidos, de la seguridad de los consignados en él con todas las formalidades requeridas...

Pero a estas consideraciones irrefutables se opuso el temor de los fraudes que podrían cometerse, simulando e inscribiendo una escritura de venta de bienes ajenos y enajenándolos después el comprador simulado *a un tercero de buena fe*. En vano se contestó que si el verdadero dueño de los bienes no los había inscrito, pudiendo, es menos digno de consideración que el *tercero de buena fe* que no omita esta formalidad... De cualquier modo que esto fuese, es lo cierto que semejantes fraudes tienen mucho de imaginarios, que los notarios no otorgan escrituras de venta de inmuebles al primer desconocido que llega a pedirselas sin pruebas fehacientes de su dominio, que es remotísimo el peligro de que el propietario cuidadoso sea despojado *en beneficio del adquirente posterior de buena fe...*» (75).

β) El problema de la buena fe en el artículo 23.

En el Informe de la Comisión de Codificación sobre la Exposición de la Diputación Provincial de La Coruña, pidiendo que la Ley Hipotecaria se aplique sólo a los bienes que en adelante se adquieran, emitido el 23 de enero de 1863, se decía: «La reforma hipotecaria ha tenido por objeto dar cumplida satisfacción a la justicia no permitiendo más que por actos, contratos o derechos no inscritos, pueda ser perjudicado el tercero que no intervino en ellos, y fomentar el crédito de la tierra, facilitando y promulgando el conocimiento del verdadero estado de todos los derechos inherentes a ella. En buena hora que no se obligue a ningún propietario a participar de este beneficio si tuviera la extravagancia de renunciar a disfrutarlo, no dando a conocer el estado de su propiedad. ¿Pero no sería injusto que estos caprichos de algunos propietarios pudieran ceder en perjuicio del *tercero, que de buena fe compre una finca gravada antes con carga no inscrita o preste con la garantía de otra sujeta a hipoteca legal, o tome a*

(75) Loc. cit., págs. 170-171.

censo un edificio afecto a la responsabilidad de créditos privilegiados ocultos?» (76). (Parece que estas palabras se refieren directamente al supuesto del artículo 23: Propietario anterior que no inscribe y, por tanto, no puede causar perjuicio a tercero. Más que la confianza en la apariencia, se castiga al propietario que dejó de inscribir, su falta de diligencia. Pero para que el tercero no quede afecto por la carga no inscrita, es preciso que adquiera de buena fe.)

d') En la *Discusión parlamentaria de las Cortes de 1860-61* sobre la autorización para plantear como ley el Proyecto de Ley Hipotecaria, presentado a las Cortes el 3 de julio de 1860, y en la discusión del Senado, don CIRILO ALVAREZ, defendiendo el Proyecto de Ley Hipotecaria y contestando al señor ARRAZOLA, dijo en la sesión del día 27 de noviembre, entre otros extremos, lo siguiente: «Y aquí diré que no es cierto que nosotros reformemos o anulemos el Código civil por esta Ley. Las obligaciones que nacen de nuestro Derecho civil todas quedan intactas, integras. No hay más que un límite: esas acciones podrán ejercitarse contra todos menos contra el tercer adquirente que ha adquirido un derecho incontestable. No hay reforma del Derecho civil; la legislación existe íntegra, intacta, lo repito. Así es que quedan siempre a salvo las acciones personales. *Lo que se ha dicho es contra el tercer adquirente de buena fe.* Las obligaciones que no han sido inscritas, esas acciones que nacen de *circunstancias que él no puede conocer*, porque nadie se las puede revelar, y con las cuales se *podría sorprender la buena fe del contratante*, esas obligaciones desaparecen... Pero si existe una acción rescisoria *que no se ejercita contra el tercer adquirente de buena fe*, la acción personal que nace de las disposiciones del Derecho civil, existe contra el que no es ese tercero, en perjuicio del que contrató y cometió el fraude (77)... Se ha consignado que aquel que vaya a comprar una cosa, si adquiere en el Registro conciencia de que eso existe (se refiere a causas de acciones rescisorias o resolutorias que consten expresamente en el Registro), haga por su

(76) *Ibid.*, pág. 529.

(77) *Discusión parlamentaria de las Cortes de 1860-61* sobre la autorización para plantear como ley el Proyecto de Ley Hipotecaria, presentado a las Cortes en 3 de julio de 1860, Madrid, 1871, pág. 89.

cuenta el negocio, cargando con todas las consecuencias de esa conducta, ligera o no, que haya podido observar en aquel momento. Pero cuando se trata de un tercer adquirente de buena fe, que no encuentra nada en la inscripción porque no estaba en la escritura y no tenía el don de profecía para lo que sucediera después, para ese se quita» (78).

e') En sus famosos Comentarios a la Ley Hipotecaria de 1861, y al comentar el originario artículo 23, don PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA estudiaba el caso de venta de una misma finca hecha por el que era dueño a dos personas diferentes cuando la finca fue entregada al segundo comprador. A este respecto, decía GÓMEZ DE LA SERNA que en tal caso resuelve la Ley la cuestión de dominio a favor del que ha adquirido la posesión, siguiendo la misma regla del Derecho romano y del general español... La resolución adoptada en este caso por las leyes de Partida, tan lógica atendido el principio general en que se fundaba, está modificada por el artículo de la Ley Hipotecaria objeto de este comentario, porque el dominio del segundo comprador posesionado de la cosa sólo será válido contra el primero cuando éste haya dejado de inscribir su título, dando así ocasión a que el segundo comprador *se engañase*, creyendo que no existía enajenación alguna hecha por el vendedor en virtud de la cual éste hubiera perdido la facultad de disponer de lo que aparecía suyo en el Registro (79).

Recoge este ilustre comentarista la legislación extranjera que había servido de precedente a nuestro artículo 23, y añade: «En algunos Estados, como en Bélgica, Bolivia, Estados Romanos, Francia, Friburgo, Soleure y Vaud, está declarado que los títulos no inscritos no pueden perjudicar a tercero de buena fe. En otros, como en Hamburgo, Hesse y Hungría, se ordena únicamente que sean pospuesto a los inscritos. Cerdeña, Islas Jónicas, Luisiana y Parma, que en lo general siguen sobre este punto la doctrina del Código Napoleón, determinan que los privilegios sujetos a la inscripción y no inscritos en los plazos prefijados por las leyes, no

(78) Loc. cit., pág. 90.

(79) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA: *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación*, tomo I, Madrid, 1862, págs. 567-568.

valgan más que como hipoteca, y no puedan perjudicar a tercero sino desde la fecha de la inscripción. En todas estas legislaciones se ve dominante el principio de la nuestra, que es el adoptado por todas ellas, *de las cuales algunas, más que en el fondo, se diferencian en la manera de redactar la misma idea*: ésta es, que el derecho real sobre los bienes inmuebles que no está inscrito, no perjudica a tercero» (80). (Si es cierta la equiparación entre los distintos sistemas legales que consagran este principio, tal como se afirma en este último párrafo, el tercero no perjudicado por lo no inscrito parece que debe ser tercero de buena fe. Pero, sobre todo, dando por supuesta la enorme autoridad de don PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA para interpretar la nueva Ley Hipotecaria, que en parte había sido obra suya, obsérvese que para este autor el fundamento de la protección del tercero del artículo 23 estaba en su posible engaño respecto a una venta anterior. Solo esta creencia de que su vendedor seguía siendo dueño, justifica la protección legal a su favor. El fundamento está no en el mero hecho de inscribir antes, sino en la apariencia negativa creada por la falta de inscripción que provoca el engaño del tercero y su creencia consiguiente en que el vendedor sigue siendo dueño. Con tales antecedentes no resulta difícil concluir que el tercero del artículo 23 ha de ser un tercero de buena fe.)

f') PÉREZ PEDRERO y SIDRO y SURGA decían al comentar el artículo 23 en el mismo año de 1861: «Ya en otras ocasiones hemos manifestado que la Ley Hipotecaria descansa principalmente en este precepto que es una de sus bases más esenciales. Por el actual derecho, el que adquiere la cosa por quien ya no tenía derecho para transmitirla, por haberla transmitido anteriormente a otro, la pierde por la acción reivindicatoria o rescisoria que el dueño legítimo ejercita, quedando tan sólo al *comprador de buena fe* la acción personal para repetir el precio y los daños y perjuicios de aquel que sin derecho le hizo la transmisión. Este derecho está, pues, modificado por la Ley Hipotecaria: el que adquiere primeramente la cosa de su legítimo dueño y no inscribe su título en el Registro, para que conste su derecho sobre aquella cosa y la cesación del que sobre ella tenía el transmi-

(80) Loc. cit., pág. 573.

tente, no tendrá derecho a reivindicar la cosa adquirida, si éste, suponiéndose aún dueño de ella, la grava o transmite a un tercero que inscriba su derecho. La razón de la Ley estriba en el principio justo de que, el que por indolencia dejó de inscribir su derecho, y por ello dio ocasión a que un tercero *con buena fe* contratase y creyese dueño aún de la cosa al que no lo era, por no resultar lo contrario del Registro, debe culparse a si mismo de las consecuencias de su abandono, y no perjudicar y despojar al que adquirió *con buena fe* y por títulos legítimos» (81).

g') PANTOJA y LLORET, comentando la necesidad de que el que presta con hipoteca conozca con seguridad las otras cargas que gravan la finca, para saber si podrá reintegrarse de su capital, y censurando el sistema de hipotecas legales tácitas o generales, afirmaban: «*La publicidad, pues, es la compañera inseparable de la buena fe, hace renacer la confianza, sin la cual los capitales huyen de la circulación, y consolida el crédito territorial, que es en la sociedad presente elemento muy principal de la riqueza pública*» (82).

Y al comentar el artículo 36 de la Ley Hipotecaria de 1861 («Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra terceros que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley»), decían: «La regla general que en el artículo 36 se establece es consecuencia del principio consignado en el 25 (concordante del 23), donde se dijo que los títulos inscritos no surten efecto, en cuanto a tercero, sino desde la fecha de la inscripción».

«Los artículos 37 y 38 constituyen la ampliación del que nos ocupa, estableciendo el uno las excepciones de la regla en éste adoptada, y definiendo el otro las acciones rescisorias o resolutorias que están dentro de esa misma regla».

«Por consiguiente, dejando notado que *la inscripción tiende en éste, como en casi todos los casos, a favorecer los derechos de un tercero, en quien se supone fundadamente la mayor buena*

(81) EDUARDO PÉREZ PEDRERO y JOSÉ SIDRO Y SURGA: *Repertorio de la Legislación Hipotecaria de España, o sea, la Ley Hipotecaria*. Colección «Los Códigos de España», tomo I, Madrid, 1861, págs. 381-382.

(82) JOSÉ M. PANTOJA y ANTONIO M. LLORET (Abogados del Ilustre Colegio de Madrid): *Ley Hipotecaria, comentada y explicada, concordada con las leyes y códigos extranjeros*, tomo I, Madrid, 1861, pág. 54.

fe y un título robustecido además con la formalidad del Registro, referimos el comentario del artículo 36 al de los artículos 37 y 38» (83).

h') SOLER y CASTELLÓ decía en su Diccionario de legislación hipotecaria aparecido en 1882 que la Ley Hipotecaria ha invadido casi por completo las instituciones de nuestro Derecho patrio; la familia y la propiedad han sido su especial objeto; en la primera ha procurado salvar los respetables y sagrados derechos de la mujer y de los menores e incapacitados, pero sin desatender los no menos respetables del *tercero que de buena fe contrata..* (84).

i') Don JOSÉ POAL y JOFRESA afirmaba en el año 1899 que la razón de ser de la protección del Derecho inmobiliario está en la necesidad de proteger muchas veces la ignorancia en que el adquirente se halla de la causa invalidadora de su derecho... Toda protección, cualquiera que sea su género y especie, si no ha de ser arbitraria, debe fundarse en ciertas circunstancias o requisitos. Dichos requisitos son siempre *buena fe en el adquirente*, negligencia en el sacrificio, que el título del adquirente sea oneroso y que esté el propio título inscrito. Es a veces también requisito de la protección estar inscrito el título del transmitente... *La buena fe se exige siempre en el aspirante a la protección registral* (85).

— A la vista de todos estos textos parece claro que el requisito de la buena fe estuvo pensado por los legisladores de 1861 como condicionamiento de la protección del tercero que inscribe. Y que tal idea era *communis opinio*, principio generalmente sentido en nuestra Patria en la segunda mitad del siglo XIX, tanto en las discusiones del Senado como en la pluma de los más ilustres y autorizados comentaristas. Después de la lectura de estos fragmentos, no parece que pueda lícitamente afirmarse que los au-

(83) Loc. cit., pág. 240.

(84) FEDERICO SOLER y CASTELLÓ: *Diccionario de la legislación hipotecaria y notarial de España y Ultramar concordada con la del Impuesto de Derechos Reales y Transmisión de bienes, con las disposiciones del Derecho civil, mercantil e internacional referentes a las materias que la misma comprende*, 2 tomos, Madrid, 1882, prólogo, pág. 4.

(85) JOSÉ POAL y JOFRESA (Notario): *La protección del Derecho inmobiliario*, Barcelona, 1899, págs. 9, 27 y 28.

tores del 61 prescindieron deliberadamente del requisito de la buena fe al no incluirlo en la letra del artículo 23.

4) *La interpretación jurisprudencial.*

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido señalando desde el primer momento que el párrafo 2.º del artículo 1.473 debía interpretarse subordinado al requisito de la buena fe, igual que los párrafos 1.º y 3.º del mismo artículo. Esa necesidad de buena fe para la protección del segundo comprador que inscribe se ha generalizado por el Tribunal Supremo a todos los casos de protección del titular inscrito frente a derechos no inscritos. La lista de sentencias que recogen y aplican este criterio es, en verdad, muy extenso (86). Baste con recordar ahora, como ejemplo, cuatro de ellas, dictadas en épocas bien distintas:

— Sentencia de 6 de mayo de 1886: Afecta al tercero la causa de nulidad o rescisión de que tenga conocimiento.

— Sentencia de 31 de octubre de 1929: En el artículo 1.473 del Código civil, por respetar la legislación hipotecaria, se ha quebrantado formalmente el principio de que no puede transmitir un derecho quien lo ostenta de modo legítimo, y esto se ha hecho en beneficio de la solidez del crédito territorial, en favor del adquirente de inmuebles que primero haya inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad; esto se debe entender *subordinado al requisito de la buena fe* exigido en las párrafos 1.º y 2.º

— Sentencia de 11 de junio de 1954: Si bien establece el párrafo 2.º del artículo 1.473 del Código civil que, tratándose de la doble venta de cosa inmueble, la propiedad se transferirá al comprador que primero la haya inscrito en el Registro de la Propiedad, sin duda porque se considera que su diligencia debe ser estimada y protegida... tiene declarado con reiteración la jurisprudencia que el contenido del aludido párrafo 2.º del artículo 1.473 *ha de entenderse sobre la base de la buena fe*, y faltando ésta habrá de atribuirse la propiedad a quien primeramente hubiese entrado en la posesión de lo comprado.

(86) Vid. ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, I, pág. 513, nota 2; PÉREZ Y ALGUER: *Derechos de cosas de Martin Wolff*, tomo III-1º, pág. 259.

— Sentencia de 25 de mayo de 1965: Tratándose de inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, a tenor del apartado 2.º del artículo 1.473, como el otro adquirente es un tercero con relación al primer inscribiente de buena fe, la cosa dos o más veces enajenada, pertenecerá al comprador de buena fe que antes la haya inscrito en el Registro... El artículo 1.473 del Código civil ha de ser interpretado todo él *sobre la base de la buena fe*, de acuerdo con la interpretación de la jurisprudencia (87).

Como ha señalado Roca, esta línea de interpretación jurisprudencial se ha fundado, más que en la propia inspiración de la Ley Hipotecaria de 1861, en otra idea también perfectamente válida; a saber, que el Registro es un medio de publicidad, pero no el único. Y que cuando el conocimiento, resultante normal de la publicidad, se obtiene por otros medios, el objeto de aquel conocimiento debe afectar al tercero que conoce. Cuando el adquirente conozca una situación debe quedar afectado por ella. Todo lo cual nos parece, en verdad, bastante justo.

La unanimidad de este criterio jurisprudencial, que ha subordinado la protección del segundo comprador inscrito y del titular registral en general a la existencia de buena fe por su parte, basado en la necesidad de proteger la confianza y de sancionar el fraude, ha contribuido poderosamente a generalizar el requisito de la buena fe como base de la protección registral. El tercero del artículo 34 necesita de buena fe por imperativo legal, y el tercero del artículo 32, por unánime doctrina jurisprudencial, que hoy consagra ya una auténtica doctrina legal en este sentido.

Al lado de esto, el Tribunal Supremo ha confundido técnicamente los conceptos de tercero y tercero de buena fe, al estimar que el tercero que conoce una situación jurídica previa no es tercero, sino parte en la misma. Una cosa es, obviamente, la cualidad de tercero, como ajeno a una relación o derecho frente a la cual es tercero, y otra que tal tercero tenga o no buena fe. De donde resulta la distinción entre tercero simple sin buena fe y tercero protegido con ella. Pero, a pesar de esa pequeña imprecisión técnica, el resultado real a que ha llegado el Tribunal Supremo por este camino ha sido igualmente justo.

(87) Vid. igualmente las sentencias de 11 de febrero de 1946, 30 de enero de 1960, 28 de marzo de 1961, 11 de mayo de 1962 y 19 de diciembre de 1964.

5) *La jurisprudencia de intereses.*

El método interpretativo de la jurisprudencia de intereses, tan fecundo en otras ocasiones, no resulta de fácil aplicación en este caso. La colisión de intereses se plantea aquí entre el primer comprador que no inscribe y el segundo comprador que inscribe pero conoce la primera venta. Porque si concurre buena fe en éste, ya no hay problema para su protección. ¿Cuál de esos dos intereses en pugna resulta prevalente para el legislador? Inicialmente, tan respetable resulta el interés de un adquirente como el del otro. Claro que el segundo cumplió otros requisitos formales de publicidad y garantía, y debe por eso ser más tutelado. Pero, ¿cuáles serán los límites de su protección? ¿Habrà que protegerle en todo caso frente al primero, y despojar a éste de su derecho previamente adquirido, sólo por que el otro cumpla con una formalidad, y aunque sepa que no podía ya adquirir válidamente por haber otro adquirente anterior? No parece. En el tráfico jurídico está vigente con carácter general la idea de proteger la confianza en la apariencia, de garantizar al ignorante inexcusable. Pero no más. Por otro camino, las formalidades legales se convertirían en causa de despojo y las normas legales producirán consecuencias sociales contradictorias con su finalidad. Parece más razonable pensar que el interés del segundo comprador que inscribe y cumple con ese requisito de publicidad sólo será preferido al del primero cuando desconozca las causas de su invalidez. La buena fe se nos aparece así, teóricamente hablando, como límite de la protección legal de los intereses en pugna dentro del tráfico jurídico.

6) *La interpretación sistemática.*

También nos parece difícil aplicar el método de interpretación sistemática al precepto que nos ocupa. Porque los artículos 32 y 34 responden a distintos principios y tienen diferente estructura técnica. No cabe una interpretación analógica del artículo 34 respecto al 32. No es posible la integración sistemática de ambas normas *a priori*, ni aplicar sin más los requisitos del artículo 34 al tercero del artículo 32. La integración vendrá *a posteriori*, después de perfilar el respectivo contorno de ambas normas en función de su

distinta naturaleza. Habrá que partir de la específica realidad de ambas, y sólo después podrán integrarse en una visión general de nuestro sistema, dando a cada una el puesto que le corresponde. El método de la analogía o el de la interpretación extensiva no parecen válidos respecto a la comparación del artículo 32 y el 34.

7) *La interpretación finalista.*

Quiero recordar la importancia de la interpretación finalista para la doctrina actual más autorizada.

Según don FEDERICO DE CASTRO: Interpretar es determinar por los signos externos el mandato contenido en la norma (88). Mediante la interpretación se busca el fin jurídico de la Ley; como ésta no es un fin en sí misma, sino una parte del plan jurídico de organización de la sociedad, se impone investigar el fin que tiene o le corresponde en el Ordenamiento, considerado éste en su totalidad (89). El procedimiento interpretativo adecuado a la naturaleza de las normas es, pues, el finalista o teleológico (90). La *interpretatio legis* supone o implica siempre una *interpretatio iuris* (91).

Tales afirmaciones, aparte la autoridad de quien las expresa, resultan hoy evidentes. Toda norma está dotada de sentido, tiene una finalidad organizadora dentro de la comunidad y al servicio de la misma. El descubrimiento adecuado de ese sentido normativo constituye la meta de la interpretación legal. Se habla así, dentro del fin jurídico en que se centra el contenido de la Ley, de un fin inmediato de la misma, o propósito organizador concreto, y otro fin mediato, general e implícito, de sumisión al bien común para la mejor realización social de la justicia (92).

Pues bien, ¿cuál es la finalidad, el fin jurídico de la norma contenida en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria?:

(88) *Derecho civil de España*, 2.^a edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, tomo I, pág. 446.

(89) Loc. cit., págs. 462-463

(90) Pág. 463.

(91) Pág. 463.

(92) DE CASTRO: loc. cit., pág. 461.

- | | | |
|--|---|--|
| α) <i>Históricamente</i> , el artículo 32 se nos aparece dotado de un triple fin. Ya lo hemos visto | } | 1. Sanción del que no inscribe y protección del inscribiente.
2. Falta de publicidad de lo no inscrito que no debe perjudicar al tercero que lo desconoció.
3. Preferencia derivada de la prioridad registral. |
|--|---|--|

β) *En la actualidad*, ¿cómo se valora esa triple finalidad del artículo 32?

Hay que no olvidar la relatividad histórica de la interpretación jurídica: un mismo precepto con idéntica expresión literal, en dos momentos distintos, puede ser interpretado de dos maneras diferentes. El Derecho es un fenómeno histórico, como la vida social que refleja, y como tal sujeto al incesante movimiento de la Historia.

La vida social es el caldo de cultivo en que el Derecho se desarrolla. Al cambiar las circunstancias económicas, sociales y culturales de una comunidad, cambiará también el repertorio de ideas de instalación de ese grupo social y la forma de resolver sus problemas. De ahí la importancia del reflejo social en cada momento de los institutos jurídicos. Por eso, la doctrina de los autores y la jurisprudencia influyen decisivamente en el rumbo que ha de tomar la interpretación y aplicación de las leyes en cada caso. Buen ejemplo de ello en nuestra Patria sería la teoría del abuso del derecho.

La interpretación es una tarea valorativa, axiológica. Y los criterios de valor, a nivel social, están sujetos a continua reelaboración. En esto consiste la vida de las colectividades. Lo cual no quiere decir que este movimiento se traduzca siempre en un progreso indefinido. Así, por ejemplo, la valoración social de los privilegios clasistas jurídicamente entronizados o del derecho de los trabajadores a la seguridad social, no pueden ser hoy igual que hace cien años (93).

La teoría de la voluntad de la ley está hoy totalmente superada en cuanto olvida el hecho de que son las tradiciones, las creen-

(93) La variabilidad de la interpretación resulta de la propia naturaleza del Derecho. La autoridad que da valor a la ley no es la del antiguo soberano, sino la de quien le mantiene hoy en vigor; la razón que justifica la ley no es el porqué se diera en el momento de su promulgación, sino el valor que tenga y conserve en el Ordenamiento actual, aquella en que pueda continuar sirviendo al bien común y a la Justicia (De Castro: loc. cit., pág. 462).

cias y las aspiraciones del pueblo las que animan y dan sentido a la ley (94).

Si aplicamos estas ideas fundamentales al caso que nos ocupa resulta que, a pesar de su dicción expresiva, sensiblemente idéntica, el artículo 32 de la Ley Hipotecaria puede no significar lo mismo en 1967 que el artículo 23 en 1861.

En la actualidad, ¿cómo valora la comunidad española ese precepto? ¿Qué importancia se le concede en nuestro Ordenamiento? El problema es delicado, como ocurre siempre en materia de interpretación jurídica. El resultado depende, además, de la sensibilidad para la justicia del caso concreto que tenga nuestra sociedad.

A mi juicio, de los tres fines antes expuestos, el más firme y el que hoy se valora como primordial en nuestra comunidad es el segundo; es decir, que el tercer contratante o adquirente no debe ser afectado por las situaciones jurídicas carentes de publicidad en la medida en que no las conociera. Ni jurídica ni éticamente tiene hoy sentido entre nosotros que una persona quede inmune frente a derechos que conoce y cuya existencia le consta sólo porque sus titulares no hayan cumplido una específica formalidad estatal (la inscripción). El Registro es un instrumento técnico de publicidad. Nace para divulgar los derechos oponibles, para que éstos sean eficaces frente a todos sin engaño ni sorpresa de nadie. Crea una verdad formal, al margen de su posible correspondencia con la realidad material, precisamente para facilitar y garantizar el tráfico, para proteger la confianza del adquirente. Ahí está su destino y ahí el límite intrínseco de su protección. El Registro no es en nuestro país—ni puede serlo—el único medio de publicidad. Para que se sacrifique el derecho válido de un titular en beneficio de otro titular que en principio carecía de preferencia, parece necesario para nuestra mentalidad que el beneficiario sea persona honesta, no fraudulenta ni aprovechada. El fundamento de la protección del tercero está precisamente en su ignorancia o buena fe. De otra manera, el Registro que nace para poner coto a la mala fe y favorecer la confianza del tráfico, se convertiría en meca-

(94) *Ibid.*, pág. 449.

nismo amparador del fraude y la injusticia. En esa desdichada metáfora del burladero, demasiado bufa y despectiva para explicar lo que sea la realidad registral. Esta interpretación, que exige la buena fe en el adquirente para ser protegido, y que me parece evidente en el plano de la protección social y de la valoración de intereses, no es, por otra parte, más que la adaptación al tráfico inmobiliario de lo que siempre ha ocurrido en el de los bienes muebles: que sólo con buena fe puede protegerse al adquirente frente a quien no es dueño. Y sólo así es posible la seguridad jurídica en el cambio de mercancías o de bienes raíces sin lesionar la justicia ni crear la desconfianza. El fin último de la justicia posible, de acuerdo con la naturaleza de las instituciones y su perfil normativo, debe penetrar todas las soluciones del Derecho positivo.

8) *Las recientes tendencias interpretativas.*

Como complemento de lo dicho, quisiera aludir aquí a las más recientes teorías vigentes en el campo de la interpretación jurídica. Desgraciadamente, el tema es ancho y profundo, encierra múltiples matizaciones de no fácil formulación, y no podemos entrar en él ni siquiera en forma apresurada, para no alargar más este trabajo, ya demasiado extenso para su planteamiento inicial.

Baste con recordar, escuetamente, las siguientes teorías: la idea de confianza situada en base del Derecho (EMILIO BETTI) (95); la jurisprudencia principalista o los principios jurídicos de validez general (JOSEF ESSER) (96); la naturaleza de las cosas y los contenidos morales de la idea del Derecho (HELMUT COING) (97); la lógica jurídica como lógica de lo razonable (LUIS RECASENS SICHES) (98); el pensamiento jurídico como pensamiento tópico, asistemático, y la búsqueda de lo justo (THEODOR VIEHWEG) (99); la jurisprudencia

(95) *Teoria generale della interpretazione*, 2 volúmenes, Milano, 1955.

(96) *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961.

La teoría principalista (principios generales del Derecho) ha sido desarrollada en España por CASTRO Y BRAVO, VALLET DE GOYTISOLO, GARCÍA DE ENTERRÍA y Díez PICAZO.

(97) *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1961.

(98) *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, S. A., 2.ª edición, México, 1961.

(99) *Tópica y jurisprudencia* (traducción de Díez PICAZO), Taurus, Madrid, 1964.

de valoración, el Derecho natural relativo y las bases extralegales de valoración (KARL LARENZ) (100), etc.

En 1965, el profesor KARL LARENZ pronunció una conferencia en la «Sociedad de Estudios de Derecho» de Karlsruhe sobre el tema «Características que debe tener el perfeccionamiento judicial del Derecho», en la que alude al debilitamiento actual de los preceptos sobre la forma en base al fortalecimiento del principio de buena fe (101).

A través de todas estas teorías se descubre la necesidad de lograr la interpretación jurídica por encima de la letra—siempre deficiente—de los preceptos; partiendo de los principios básicos del Ordenamiento, que están muchas veces fuera y por encima de la propia ley, y de la naturaleza histórico-social de las instituciones en juego, de acuerdo con lo que, en cada caso y según el perfil de los problemas típicos planteados, resulte más justo y razonable para la convivencia social.

Históricamente, creo que la buena fe del artículo 32 fue pensada por los legisladores y estuvo vigente en la interpretación de la generalidad de los autores y de la jurisprudencia. Antes he tratado de demostrarlo con algún detalle.

Pero aunque así no fuera, aunque la Ley Hipotecaria de 1861 no exigiera buena fe para la protección del tercero—lo que me parece equivocado—, de todas maneras, la interpretación actual del precepto a partir de nuestra valoración social, después de la doctrina jurisprudencial y de la reforma legal de 1944-46, en base a las más recientes teorías interpretativas, debe conducirnos inexcusablemente a la *necesidad de la buena fe para la protección registral del inmatriculante frente a lo no inscrito que contempla el artículo 32*.

Posible objeción: Si el segundo comprador que inscribe y conoce la primera venta cree que ésta carece de eficacia por no estar inscrita, de donde piensa que no le es oponible, y adquiere creyendo que es titular protegido. Se trataría de un error de derecho que no puede beneficiarle. Una cosa es la buena fe y otra la interpretación interesada en favor propio de las normas legales. Con

(100) *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1966.

(101) HANS STOLL: *La evolución del Derecho privado alemán durante el año 1965*, R. D. P., diciembre 1966, pág. 1.151.

doble motivo cuando la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento y cuando el Tribunal Supremo ha sentado reiteradas veces lo contrario.

9) *Refutaciones.*

a) NÚÑEZ LAGOS: Su argumento histórico creo queda desvirtuado con lo dicho. Aparte que la interpretación actual no puede limitarse a las ideas de 1861.

Según este autor, «la buena fe sólo juega en los modos de adquirir». Pero es que para mí, en el 32 hay adquisición a *non domino* o puede haberla.

β) TIRSO CARRETERO.

Dos argumentos principales a favor de su tesis: 1) Historia de la publicidad. 2) Derecho comparado.

1) La publicidad registral no es una constante histórica. La organización técnica de esa publicidad varía de unos sistemas a otros.

Por ello, hay que partir de la realidad de los hechos históricos en nuestra Patria, distinta a la de otros países.

Creo haber demostrado que, históricamente, la buena fe fue pensada como necesaria, y que la afirmación de que nuestro sistema del 32 era completamente latino resulta gratuita.

Tampoco me resulta convincente la afirmación, hecha por este autor, según la cual la buena fe entra en juego en la explicación filosófica de los sistemas registrales, pero no en la aplicación concreta de la protección. Porque, si esto es así, semejante explicación no sirve para nada e implica un fraude mental. La teoría es válida en la medida en que se construye sobre la realidad y sirve para explicarla e interpretarla. Si la buena fe sólo fuera un principio filosófico, sin aplicación real, no explicaría nada en los problemas jurídicos planteados y no valdría la pena dedicar tanto tiempo a su discusión. El problema subsiste, en este caso concreto que ahora nos ocupa, con toda su virulencia práctica. Por estimarlo así, hemos dedicado estas reflexiones a plantearlo, a través de los casos prácticos en que puede jugar, y a intentar resolverlo.

2) En relación con el Derecho comparado, creo muy importante la confrontación de las soluciones legales de otros países como información y ayuda para la adopción de las nuestras. No se puede establecer una inteligente política legislativa con desconocimiento de las leyes de otros países, sobre todo en estos momentos de tráfico internacional y de comunicación entre los hombres. Aunque sea a título estrictamente personal, no quiero silenciar mi participación como estudiante en los cursos de Derecho comparado, organizados por su Facultad Internacional. Por todo ello, me parece muy importante el estudio del Derecho comparado y creo no ser ajeno a este orden de preocupaciones.

Pero en Derecho privado, cada país tiene su sistema, fruto de su historia y de su desarrollo ulterior. Los problemas son los mismos, pero las soluciones técnicas distintas.

Esto se complica en nuestro sistema en que hay mezcla de normas latinas y germánicas. Nuestro Derecho hipotecario no es hoy igual que en 1861. Se observa mayor influencia germánica. En este sentido, me parece necesario afirmar la existencia de un *Derecho español del Registro de la Propiedad*. ¿Por qué querer aplicar a ultranza la interpretación de la inoponibilidad de Francia e Italia, si nuestro sistema registral no es sólo latino, si subsisten otras muchas influencias y, además, el criterio de no exigir buena fe no tiene explicación entre nosotros, ni histórica ni racionalmente?

La tercera postura de nuestro sistema (aunque no es cierto que en los germánicos la buena fe no sea requisito de protección por la inscripción constitutiva) es la peculiar de nuestra mentalidad jurídica. Será acertada o no. Ese es un tema de interpretación o de *lege ferenda* a discutir. Pero en ningún caso puede negarse la peculiaridad de nuestro sistema ni las importantes razones y causas que lo fundamentan.

Me opongo terminantemente a considerar que la buena fe prive a la inscripción de su eficacia y logre su desprestigio. Me remito a lo que dice LACRUZ sobre el automatismo formal del Registro. La justicia de cada caso es algo mucho más sutil y complicado que la eficacia a ultranza de la publicidad mientras no se llegue en Derecho legislado a la inscripción constitutiva. Toda protección legal tiene un límite. Y éste viene condicionado por la naturaleza del

instrumento protector y su fundamento. La *interpretatio legis* supone una *interpretatio iuris*. No se puede aislar la eficacia del Registro de la de otras situaciones jurídicas. Además, de que la presunción de buena fe no quita nada al Registro. Al titular le basta con inscribir sin más. Y el contradictor necesitará probar su mala fe.

Por lo demás, como señala PEÑA, tampoco es cierto que en el Registro francés, tan alejado del nuestro en tantos aspectos de su organización y efectos, sea irrelevante la mala fe del tercero. A través de la ampliación del concepto de fraude, la jurisprudencia niega la protección del tercero inscrito frente a lo no inscrito, cuando aquél tenía conocimiento del título anterior (102).

10) Dos *consecuencias* que se derivan de la necesidad de buena fe en el tercero del artículo 32.

a) *Práctica*: Sin buena fe no hay protección. El tercero que conoce una enajenación o un gravamen vendrá afectado por ellos en la medida en que los conociera. La inscripción a su favor no basta para hacer inexistentes frente a él otros derechos o cargas conocidas y no inscritas. La inoponibilidad de lo no inscrito sólo juega para proteger la ignorancia inexcusable del tercero. Pero la buena fe del tercero se presume en todo caso. Inicialmente la inscripción le protege frente a lo no inscrito. Salvo que el contradictor pruebe su conocimiento y mala fe. Entonces no entrará en juego la protección del artículo 32 por faltar uno de los supuestos de aplicación de esta norma.

Ejemplos: •

— Comprador que inmatricula por el 205 y conoce venta perfecta anterior. Aun después de pasar los dos años, debe quedar afectado y perjudicado por la titularidad del dueño anterior, primer comprador no inscrito.

¿*Quid* si conoce sólo venta en documento privado, no consumada por la tradición? Entonces, a mi juicio, el problema no llega

(102) La jurisprudencia entendía que el tercero podía resultar amparado (en virtud del principio de inoponibilidad de lo no inscrito) aunque adquiriera de mala fe, pero, en cambio, no sería protegido si fraudulentamente se concertó con el transmitente para despojar al primer adquirente. Prácticamente resultaba difícil imaginar supuesto de mala fe sin fraude, y últimamente la jurisprudencia califica de fraude al simple conocimiento del título anterior (MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El sistema registral francés*, en esta REVISTA, noviembre-diciembre 1963, núms. 426-427, pág. 771).

a plantearse en los mismos términos. Porque sin tradición (real o simbólica) complementaria del documento privado de venta, no hay adquisición del dominio. No existe entonces preferencia entre dos derechos de propiedad incompatibles. Sólo cuando haya colisión de derechos reales, entra en juego la buena fe como criterio de protección. En contra, VALLET.

— Certificación administrativa de dominio del artículo 206 a favor del Estado o de un Ayuntamiento o de la Iglesia. Inmatriculación. Después de dos años, oponibilidad de lo conocido. Aunque mientras no se impugne, registralmente se puede disponer de la finca.

— Id. en caso de sentencia judicial que sitúe de título para la inmatriculación. Aunque aquí será más difícil que en el proceso no haya surgido, a instancia del contraductor, la alegación de mala fe y el problema de preferencia de fondo que ello plantea.

β) *Teórica*: La buena fe como requisito específico de protección del artículo 32. No analogía del artículo 34, sino estricta solución interpretativa del artículo 32 en función de su finalidad.

Si esto se acepta, la buena fe juega en los dos sistemas de protección registral del Derecho español: artículos 32 y 34, Buena fe no ya como requisito de la fe pública registral, o de un artículo, sino de todo el sistema: Requisito general en todo caso de protección registral. Y a partir de ahí puede configurarse como un principio general del Derecho registral. De donde resulta la aplicación al campo del Derecho registral, de un principio general del Derecho patrimonial del tráfico de bienes común a todo nuestro Ordenamiento, fundado en el Derecho natural.

Con lo cual, vamos del caso a la formulación del principio y no al revés.

11) Otros muchos *problemas* quedan pendientes de mis palabras:

1') ¿Buena fe como ignorancia o creencia?

2') ¿Excusable o inexcusable?

3') ¿Entraña diligencia por parte del protegido? La norma del artículo 36, «tuvo medios racionales y motivos suficientes para co-

nocer», ¿se aplica en todo caso o sólo en el contemplado por aquel artículo?

4') ¿Cabe usucapión contra el Registro de buena fe?

5') ¿En qué momento debe existir la buena fe?

6') ¿Cabe buena fe cuando se conoce compromiso de venta anterior y no venta consumada con efectos traslativos?

7') ¿Es necesaria la onerosidad para el tercero del artículo 32?

No hay tiempo para tratar todos estos temas ahora. Quede su consideración aplazada para otro momento posterior.

12) Conclusiones.

Si pudiéramos vertebrar todo lo dicho en un esquema unitario, las conclusiones a que llegaríamos serían las siguientes:

I. El artículo 32 y el 34 de la Ley Hipotecaria son normas heterogéneas, que responden a finalidades distintas y contemplan casos diferentes.

II. El artículo 1.473-2.º del Código civil no es más que la aplicación al caso concreto de doble venta de un inmueble del principio general de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito que sancionaba el primitivo artículo 23 de la Ley Hipotecaria.

III. La importancia práctica actual del artículo 32 se vincula especialmente a la protección del inmatriculante.

IV. Históricamente, la buena fe se nos aparece en la mente de los legisladores, de los comentaristas y de la jurisprudencia del siglo pasado como requisito para que el tercero del artículo 32 resulte protegido.

V. Aunque así no fuera, la interpretación actual del artículo 32, de acuerdo con su finalidad, impone necesariamente esa exigencia de buena fe.

VI. La buena fe no es sólo requisito de aplicación del artículo 32 ó 34 de la Ley, sino principio general de toda la protección registral, como tal vigente en nuestro Derecho. Sin buena fe no hay protección.

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA.

Registrador de la Propiedad.