

El problema de la relación que respecto del art. 34 de la Ley Hipotecaria guarda el art. 32 de la misma

Impugnada a su tiempo (1) la teoría que pretende distinguir netamente el papel que desempeñan estos dos artículos 34 y 32 de nuestra Ley Hipotecaria, como exponentes de dos sistemas contrapuestos, se ha insistido posteriormente por varios autores acerca de esta diferenciación, hasta el punto de llegar a propugnarse recientemente por el retorno al criterio del Código civil en este aspecto (2). Ante ello (3), consideramos obligado ofrecer este breve estudio, dirigido a mantener nuestro añejo punto de vista sobre el indicado problema.

I

EL PROBLEMA

A través de las sucesivas reformas de la legislación inmobiliaria registral, ésta ha llegado a admitir plenamente, aunque a nuestra manera, el denominado principio de *fe pública registral*, básico del sistema (4).

(1) En la última edición de nuestro *Derecho Hipotecario*.

(2) TIRSO CARRETERO: *Retornos al Código civil*, en esta REVISTA, 1965, págs. 75 y sigs.

(3) Y la natural espera que impone la publicación de una nueva edición, revisada, de nuestro *Derecho Hipotecario*.

(4) NÚÑEZ LAGOS no estima correcta la expresión de *fe pública registral* en

Pues bien, para la doctrina dominante, que impera también en la jurisprudencia, el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, al igual que el artículo 34 de la misma, son expresión normativa ambos, aunque en distinto grado, de dicho principio de fe pública del Registro, lo que conduce a la denominada *tesis monista* del tercero hipotecario, que alguien califica de *tercero germánico*.

En cambio, un importante sector doctrinal, encabezado por NÚÑEZ LAGOS, no lo entiende así. Para este jurista el tercero del artículo 34 es distinto del tercero del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, lo que hace pensar en una especie de *tesis dualista* sobre el tercero, por pretender que en nuestro sistema hipotecario conviven dos sistemas diferentes, el de *transcripción*, encarnado en dicho artículo 32, y el de *fe pública*, del que es expresión el artículo 34, con dos terceros distintos, que algunos denominan *latino* uno y *germánico* el otro. Pero los seguidores de dicho autor no se producen muy fielmente, pues se desvían del criterio de dicho jurista, la mayoría en menos, y alguno en más.

II

LA DENOMINADA TESIS DUALISTA

NÚÑEZ LAGOS, máximo exponente de esta tesis dualista, sostiene que el tercero del artículo 34 es distinto del tercero de los artículos 13 y 32 de la Ley. En los artículos 13 y 32 la *relación jurídica determinante* es ajena al Registro: en el 13 es además existente de *hecho*, pero sin forma documental; en el 32, con forma documental (título). En el artículo 34 la relación jurídica determinante está dentro del Registro, en el asiento precedente al del tercero; tiene forma documental, pero de carácter registral. Por la conexión transversal *ob rem*, el tercero del artículo 32 está conectado con la cosa *por un título* inscrito, gratuito u oneroso, y es tercero en tanto no sea parte

nuestro Ordenamiento hipotecario si se tiene en cuenta la historia dogmática, que él expone acerca de esta expresión (*El Registro de la propiedad español*, en esta misma Revista, 1949, págs. 346 y sigs.). Sin embargo, las razones que aporta no son convincentes, aparte de que dicha expresión, tal como es pensada en nuestro Derecho, ha sido consagrada por la jurisprudencia y la doctrina científica, así como por la parte expositiva de la Ley de reforma hipotecaria de 1944.

o heredero de parte. No se puede ser tercero a título hereditario. 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. Por el sujeto determinado, el tercero del artículo 32 (o del 13) es un tercero civil que inscribe. Como tercero civil es el sujeto pasivo individualmente determinado por su contacto jurídico con la cosa. Sobre dicho sujeto pasivo se hacen efectivas, en ejecución de sentencia, las acciones reales. Las acciones reales perjudican directamente al tercero civil, salvo que inscriba. Para este tercero el Registro es un burladero. El tercero del artículo 34 es un tercero meramente hipotecario, definido con referencia al asiento precedente, del que deriva su titularidad. El tercero del artículo 34 es un sucesor o causahabiente tabular a título singular, al que se protege contra las acciones de nulidad o resolución dirigidas contra su *causante* o *transmitente*. El tercero del artículo 32 es el sujeto pasivo, pero directo e inmediato de una acción confesoria o hipotecaria no inscrita y su cualidad de tercero es una excepción procesal. El tercero del artículo 34 no es sujeto pasivo de la acción, pues la acción de nulidad o resolución va dirigida contra su *causante* y su cualidad de tercero no es propiamente una excepción, sino una objeción. Contra el tercero del artículo 32 hay acción. Es tercero civil, pero no procesal. Procesalmente puede ser parte. Contra el tercero del artículo 34 no hay acción extrarregistral ninguna. La acción tiene que estar basada en causas expresas en el Registro. O, por el contrario, la acción tiene por objeto destruir su cualidad de tercero, discutiendo la naturaleza de su título (oneroso o lucrativo) o su buena fe. Para que el tercero del artículo 34 quede inmune, son precisos estos requisitos: doble inscripción, título oneroso y buena fe. Al tercero de los artículos 13 y 32 le basta la inscripción. La llamada fe pública y la buena fe sólo juegan en el ámbito del artículo 34, y no en el de los artículos 13 y 32 (5).

Insiste dicho autor en esto último porque la buena fe consiste en la ignorancia de la inexactitud del Registro en cuanto a los motivos de nulidad o de resolución no inscritos. El tercero ha de ser *homo ignorans*, contrafigura del *homo sapiens* del siglo XVIII. No se habló de este requisito por la Ley de 1861. JERÓNIMO GONZÁLEZ, ins-

(5) *Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1950, I, pág. 611.

pirándose en el B. G. B. y recogiendo fragmentos dispersos de frases en la Ley, en su Exposición de Motivos y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, construyó una teoría hipertrofiada del requisito de la buena fe. La Ley de 1946 no ha seguido exactamente a don JERÓNIMO. La buena fe la incluye la nueva Ley en el artículo 34 únicamente con referencia a la teoría de la inexactitud del Registro en cuanto a las acciones de nulidad o de resolución. Téngase en cuenta que el B. G. B. puede admitir con gran amplitud el concepto de buena fe, porque en él la inexactitud del Registro tiene un ámbito muy restringido, y a la *scientia* del tercero le quedan, por tanto, muy pocas posibilidades. En el sistema español, la inexactitud del Registro (art. 40), por existir derechos reales legalmente válidos fuera del Registro, es de una gran amplitud, y en compensación, para no anular la eficacia del Registro, hay que restringir la aplicación del concepto de buena fe a sus supuestos legales estrictos (6).

Prosigue NÚÑEZ LAGOS en exponer que los autores españoles han ceñido el concepto de fe pública registral a la «integridad» del Registro en beneficio del tercero derivado del artículo 34 de la Ley y han desenfocado el concepto de *exactitud*, reduciéndolo a un sistema de presunciones respecto de la llamada realidad jurídica. Y afirma, asimismo, que en el texto de la Ley Hipotecaria vigente el artículo 32 (redactado conforme al artículo 606 del Código civil) es cabeza de los efectos de los títulos inscritos, seguido de su excepción en el artículo 33 (fiel a la Ley de 1861) y de la excepción de la anterior excepción, que es el artículo 34 (7).

BALLARÍN estima que esta construcción de NÚÑEZ LAGOS es acertada y muy útil para una mejor inteligencia del artículo 32 y de otros de la Ley. El mérito indiscutible de tal construcción dice que es haber iluminado el ámbito de este artículo 32 para hacer ver que no responde al mismo juego del artículo 34, sino que recoge para nuestro sistema, y por ello debemos felicitarnos, las ventajas de los sistemas de prioridad de transcripción. Estamos de acuerdo—dice—en que representa un sistema distinto del artículo 34, y el hecho mismo de figurar antepuesto a este artículo 34 ya pone en guardia

(6) *Fe pública especial*, en «Revista de Derecho Notarial», abril-junio de 1958, página 29.

(7) *Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria*, conferencia publicada en «Revista de Derecho Notarial», julio-diciembre de 1962, página 112.

para presumir que el tercero a que se refiere el artículo 32 responde a otro sistema distinto del artículo 34, pero este nuevo sistema de protección de terceros, puesto de relieve genialmente por NÚÑEZ LAGOS, no creemos que haya de limitarse a las acciones confesorias e hipotecarias, derivadas de títulos o hechos no inscritos, sino que tiene una vigencia general relativa a todo caso de preferencia entre dos títulos, ya sean de constitución de hipoteca o servidumbre o de transmisión de dominio, como ocurrirá en el caso de doble venta. Parece resultar, sin embargo, que la doble venta se incluye en la actuación del principio de prioridad, como es lógico, pero no queda suficientemente claro, y hubiéramos deseado que dicho autor se hubiese planteado francamente el problema de la doble venta en relación con el juego del artículo 32. Así, pues, el párrafo segundo del artículo 1.473 del Código civil hay que conjugarlo con el artículo 32, tal como ha sido visto por NÚÑEZ LAGOS. Sin embargo, BALLARÍN disiente radicalmente de éste en cuanto al requisito de la buena fe. Dice que el artículo 32 era y sigue siendo «la base del sistema», y que al tercero de este precepto NÚÑEZ LAGOS no exige buena fe, lo cual es una posición que parece muy difícil mantener en nuestro sistema. Aun reconociendo que el tercero del artículo 32 es un tercero distinto del del artículo 34, no cree que se le pueda dispensar de la buena fe en general. En contra, dice, podría citar a toda la doctrina, aunque se le objetaría que ello es consecuencia de la concepción que ésta tiene del artículo 32 como parte del sistema del artículo 34, lo cual obliga a tratar la cuestión en el terreno nuevo que ha descubierto NÚÑEZ LAGOS. Pero después de algunas consideraciones en este aspecto, BALLARÍN concluye en que no hay base alguna para admitir solución tan radical como la de prescindir del requisito de la buena fe en el tercero del artículo 32. El requisito de la buena fe tiene una aplicación general. Con el juego de los principios de legitimación, tracto y fe pública, se produce la necesidad de que actúe aquel requisito para proteger a terceros. Sabido es que la Ley de 1861 no recogió el requisito de la buena fe, ni aun con referencia al artículo 34, pero que fué tenido en cuenta se deduce de la Exposición de Motivos de la misma.

Con las limitaciones que resultan de lo expuesto por BALLARÍN, cree éste que es aceptable la tesis de NÚÑEZ LAGOS. La utilidad del artículo 32 será, a pesar de todo, enorme. Servirá—dice—para deter-

minar preferencias entre causahabientes de la misma persona, preferencias a la que es ajeno el artículo 34, cualquiera que sea la extensión que se dé a sus términos. El supuesto de doble venta mismo no puede explicarse más que por este sistema (8).

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ admite la distinción entre dichos artículos 32 y 34 de la Ley, porque por el primero la inscripción del adquirente se antepone a los títulos anteriores no inscritos, que es la esencia del principio de prioridad, que, como en el sistema francés, es un principio al que las ideas de apariencia registral y de buena fe son completamente extrañas. En el artículo 34—dice—el problema se complica, ya que si a primera vista parece que hay colisión entre un título inscribible y una causa de resolución o anulación, que puede no ser precisamente un título, sino algo embebido o implícito en él, no obstante, la colisión no es respecto a la causa de anulación o resolución, sino respecto de la misma anulación o resolución (9).

ALONSO FERNÁNDEZ, con anterioridad a la publicación de la tesis expuesta de NÚÑEZ LAGOS, sostuvo en materia de inmatriculación registral de fincas, que en ella la sola inscripción surte los efectos propios que el artículo 1.473 del Código civil precisa, sin requerirse, por tanto, previa inscripción alguna (10). DEL HOYO sostiene el mismo criterio (11).

VILLARES PICÓ entiende que el concepto de tercero hipotecario es más amplio que el del tercero que resulta del artículo 34 de la Ley; éste es sólo una modalidad del tercero protegido por la Ley, como consecuencia de la inmunidad que produce el principio de fe pública registral contra la acción de nulidad emanada de causas que no constan en el Registro. El artículo 32 tiene un contenido más genérico para determinar el tercero en su concepto más amplio. Sostiene que la tradición ha sido sustituida por la inscripción y que ésta, en nuestro régimen hipotecario, no sólo tiene valor constitutivo en los derechos de hipoteca, arrendamiento y de opción, sino que lo tiene siempre en cuanto a tercero en la adquisición del dominio y demás

(8) *Vida jurídica*, comentario a la citada conferencia de NÚÑEZ LAGOS, *El Registro de la propiedad español*, en «Anuario de Derecho Civil», 1949, páginas 681 y sigs.

(9) *Sentencias anotadas*, en «Anuario de Derecho Civil», 1949, págs. 1.240 y sigs.

(10) *La inmatriculación de fincas mediante el título público de su adquisición*, en esta REVISTA, 1945, pág. 315.

(11) *Otra vez el concepto de tercero*, en la misma Revista, 1949, pág. 566.

derechos reales sobre bienes inmuebles. Afirma que el artículo 32 de la Ley está más inspirado en el principio de inoponibilidad y de prioridad, y que se debe establecer en él la inscripción constitutiva, por los motivos que indica (12). HERMIDA entiende también que la inscripción ha venido a sustituir a la tradición, y en este sentido estima que el tercero del artículo 32 sólo necesita haber inscrito su título adquisitivo (13). GÓMEZ GÓMEZ expresa que de los artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria se desprende que la frase «no perjudican a tercero» quiere decir que a los derechos no inscritos se les niega protección *erga omnes* y que tratándose de propiedad que ha tenido acceso al Registro la inscripción es constitutiva. Asimismo sostiene que el artículo 32 de la Ley no pertenece al principio de fe pública, sino a principio de inscripción, y que el ámbito del artículo 34, o sea, de la fe pública, se contrae a proporcionar protección a los terceros contra las acciones de nulidad y anulación, rescisorias, resolutorias y revocatorias, y también contra las acciones reales que competen al heredero real no inscrito, y contra la prescripción adquisitiva, siempre que las causas respectivas no consten en el Registro. Las acciones reales no deben caer dentro del ámbito de la fe pública. El artículo 32, precepto fundamentalísimo y básico de nuestra legislación hipotecaria, hace referencia no al principio de fe pública, sino al de inscripción (14).

LACRUZ, al menos en principio, se muestra entusiasmado con la tesis dualista. Dice que la doctrina dominante mantiene que los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria responden *ambos* a la doble idea de que «lo no inscrito no perjudica a tercero» y de que «el derecho del transferente tiene para el tercer adquirente la consistencia y extensión que resulta del Registro». Para este autor, ese punto de vista *puede darse hoy por superado*, gracias, sobre todo, a los trabajos de NÚÑEZ LAGOS, que ha planteado seriamente por primera vez la cuestión de la diversa finalidad y diferente valor de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. El importante punto de vista de NÚÑEZ LAGOS—agrega—ha sido compartido, aunque siempre con divergen-

(12) *La posesión y el Registro*, en esta REVISTA, 1947, págs. 437 y sigs., y *La Ley Hipotecaria de 1861*, en la propia Revista, 1960, págs. 1.947 y sigs.

(13) *El Derecho inmobiliario español*, en esta REVISTA, 1951, pág. 722.

(14) *¿Inscripción declarativa o constitutiva?*, en esta REVISTA, 1949, pág. 788, y *Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral*, en la misma Revista, 1952, págs. 560 y sigs.

cias, por BALLARÍN, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, HERMIDA, NART y otros, quienes aceptan de su tesis lo más fundamental, es decir, la separación de los dos preceptos. Anteriormente habían señalado las posibilidades de esta orientación los autores que defienden el valor ofensivo del asiento de inmatriculación (VILLARES PICÓ, ALONSO FERNÁNDEZ, DEL HOYO, etc.).

Prosigue LACRUZ en querer hacer ver que el artículo 32 limita su acción al conflicto entre un titular inscrito y otro no inscrito, pero no protege contra la nulidad del propio título que se inscribió, ni contra la de los anteriores de que se tomó razón en el Registro. El titular inscrito que se halla a salvo del ataque de los compradores o de los usufructuarios que derivan su derecho de dueños anteriores a él, cede ante la impugnación, por defectos intrínsecos, no ya del propio que él inscribió, sino asimismo de aquellos otros, también inscritos, que le precedieron. La cuestión está clara en los restantes Derechos latinos, en los cuales se protege al adquirente contra los actos no publicados, pero no contra los vicios de los actos transcritos. Así como el artículo 32 atribuye la titularidad al adquirente en el momento de inscribir, el artículo 34 previene contra el evento de que en el título del transmitente exista una causa de nulidad, resolución, etcétera. Mientras el artículo 32, basado en la creación de una apariencia meramente negativa, ampara contra los ataques de los extraños al Registro, los artículos 31, 34, 37, 40 y 220 juegan cuando se trata de amparar al causahabiente tabular que confió en una declaración positiva del Registro sobre la firmeza del derecho de su *auctor*. Consecuente Lacruz con lo expuesto, distingue entre la eficacia ofensiva de la inscripción a base de lo que él llama *sistema latino* de protección del artículo 32, y la eficacia ofensiva de la inscripción a base de lo que denomina *sistema germánico* de protección del artículo 34 y concordantes de la Ley, y, centrando el concepto de tercero en dicho artículo 32, se preocupa al comentarlo de lo que ha de entenderse por *terceros* y afirma que son aquellos adquirentes a título particular de un derecho real, que se oponen a la vigencia de un título contradictorio con el suyo, y a cuya vinculación son del todo ajenos. Desenvuelve este concepto de tercero, que considera un producto de los sistemas hipotecarios latinos y, en consecuencia, dice que no es inexacto llamar a nuestras leyes «leyes de terceros», produciéndose como si no hubiere otro tercero que éste, pues al comen-

tar el artículo 34 procura casi siempre evitar el uso de la palabra «tercero» (15).

Pero LACRUZ, al llegar a la hora de la concreción, se desvía del criterio dualista y da la impresión de adoptar el unitario. Para demostrar este hecho basta con reproducir estas palabras: El sistema español ha llegado, por vía oblicua, a una protección semejante a la que presta el Registro alemán (mayor aún en el aspecto de las inscripciones ilegales); sólo que, por no enunciar directamente y con una fórmula amplia la regla general de la protección a la apariencia creada por la inscripción en el Registro, ha necesitado seis preceptos, que parcialmente se identifican, para, por vía de enumeración, conseguir el mismo resultado. El manto protector del Registro español, tan majestuoso visto a distancia, se nos revela, si lo contemplamos de cerca, como una vieja capa llena de pedazos (16). Tenemos que observar que entre tales seis preceptos figura el artículo 32 juntamente con el artículo 34, ambos de la Ley Hipotecaria (17).

LA RICA expresa que el tercero no perjudicado por títulos de dominio o derechos reales sobre inmuebles no inscritos ni anotados, o sea, el del artículo 32, es un tercero tan fundamental en el sistema de nuestra Ley Hipotecaria, que por él se solió denominar ley de tercero o para terceros. Como dice acertadamente NÚÑEZ LAGOS —agrega—, este tercero no necesita los requisitos de onerosidad ni de buena fe, ni tampoco, puede añadirse, los de inscripción derivada de otra anterior. El tercero favorecido por presunciones *iuris et de iure* frente a la resolución o nulidad del derecho de su transferente, es decir, el del artículo 34, es el tercero registral perfecto por autonomía, una creación genuina de nuestro sistema. Es el tercero especialmente protegido, así como el del artículo 32 es un tercero normalmente protegido (18).

Por último, TIRSO CARRETERO sostiene: que nuestro sistema hipo-

(15) *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, 1957, págs. 236, 238, 241 a 243, 245, 250 y 251.

(16) Obra citada, pág. 257

(17) Aún con mayor precisión LACRUZ expresa también que la legislación hipotecaria española sigue un sistema *sui generis*, en el cual, partiendo del principio de inoponibilidad del acto no inscrito, de tipo francés, se llega, mediante sucesivas rectificaciones, a mantener la exactitud del Registro en favor del adquirente protegido, como en el B. G. B. (Obra citada, pág. 235).

(18) *Realidades y problemas en nuestro Derecho registral inmobiliario*, discurso de acceso académico, pronunciado el 12 de marzo de 1962, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, págs. 75 y sigs.

tecario es una síntesis de los latinos y germánicos, que se inclina a los latinos en el problema de la inscripción como modo y a los germánicos en el de las presunciones de exactitud derogadoras del *Nemo dat quod non habet*; que tenemos en nuestra Ley Hipotecaria un precepto análogo a todos aquellos que en las legislaciones latinas vienen consagrando el principio de inoponibilidad, por lo que es peligrosa egolatría toda hermenéutica del artículo 32, que se empeñe en desconocer la interpretación que en los países latinos se da a preceptos similares y despreciar toda la doctrina surgida en torno a ellos; que el actual desuso o interpretación restrictiva del artículo 32 es una de las principales causas de la endeblez de la publicidad inmobiliaria en España; que hay que prescindir de la tradición material, de la puesta en poder y posesión y del párrafo primero del artículo 1.462 del Código civil en materia de inmuebles, y centrar el artículo 32 de la Ley Hipotecaria en el principio de inscripción y de inoponibilidad superadores de la *traditio* y el artículo 34 en el capítulo dedicado al principio de fe pública germánico; que convencidos de que hay dos terceros que nada tienen que ver, latino el primero y germánico el segundo, extraer de esta dualidad las consecuencias lógicas; que el vigente artículo 32 sea objeto de una interpretación auténticamente latina, a cuyo efecto hay que llevar a sus últimas consecuencias lógicas las doctrinas dualistas de NÚÑEZ LAGOS, LACRUZ, LA RICA, etc., pues se debe comprender (dirigiéndose a nosotros) que no hay desigualdad inadmisibles en exigir distintos requisitos al tercero del artículo 32 que al tercero del artículo 34, porque es muy diferente su posición en la relación jurídica real; que precisa descansar un poco en el estudio del principio de fe pública germánica y de los cuatro requisitos de su tercero, para profundizar más en las sugestivas construcciones de la doctrina italiana en torno de los artículos 2.644, 2.650, 2.652 y concordantes de su Código civil, y dar el necesario giro doctrinal y jurisprudencial reprimador del originario artículo 32, que, al menos de momento, haga innecesaria la reforma legislativa, que muchos consideran imprescindible para poner nuestro sistema a nivel europeo, etc. (19).

(19) *Retornos al Código civil*, en esta REVISTA, 1965, págs. 75 y sigs.

Este autor critica en este estudio a NÚÑEZ LAGOS por cuanto éste, en su teoría, no ha dejado completamente clara la génesis latina de nuestro artículo 32, y por dejar reducido al tercero protegido por éste a la condición de un tercer poseedor de finca gravada que al inscribir queda inmune de acciones confe-

III

LA IMPUGNACION

La tesis dualista, que pretende encuadrar en dos sistemas dispares los artículos 34 y 32 de la Ley Hipotecaria, con sus respectivos preceptos concordantes, es inadmisibile por carecer de fundamento, debido a múltiples razones, de las cuales, entre las más importantes, exponemos a continuación las siguientes:

A) La *formulación legislativa* del principio de *fe pública* registral, cuyo precepto básico lo constituye la parte inicial del artículo 34, 1, de la Ley Hipotecaria, hace que el artículo 32 (como otros de la misma Ley) *rija en función de aquél*, por significar tan sólo uno de los varios supuestos de posible inexactitud del contenido del Registro, que son objeto de aplicación de aquel precepto fundamental del artículo 34 de la Ley, aparte de los supuestos de carácter claudicante, alguno de los cuales ya señala la parte final del propio artículo 34, 1.

La regulación legal del principio de fe pública en la Ley Hipotecaria vigente ha mejorado mucho en su estructuración normativa, si bien todavía queda bastante por hacer para llegar a la perfección.

La parte primera del artículo 34, 1, de la Ley Hipotecaria dispone que: «El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultad para transmitirlo, será mantenido en su adquisición cuando haya «inexactitud del Registro».

Estas últimas palabras *cuando haya «inexactitud del Registro»* son extraídas en parte del artículo 34, 2, de la Ley. Pero las otras lo son literalmente de la parte primera o inicial del artículo 34, 1, de la misma. Las restantes palabras de este primer párrafo del artículo 34 se refieren a algunos casos de claudicancia, que ya serán indicados luego.

sorias e hipotecarias no registradas, con olvido de la acción reivindicatoria. También critica a Lacruz, porque luego de plantear acertadamente este autor la distinción entre los artículos 32 y 34 de la Ley, termina por rendirse casi totalmente a las ideas dominantes de la tesis unitarista.

Las aplicaciones concretas que la Ley Hipotecaria hace de la norma central de la fe pública del Registro, esto es, del artículo 34, 1, en su primera parte o inicial, combinado con el párrafo segundo del propio artículo 34, son desenvueltas por el artículo 32 y concordantes, por los artículos 13, 15, 69, 76 y 144 de la misma y, sobre todo, por el artículo 40, todos también de la Ley Hipotecaria. Además, en el aspecto complementario de claudicación, rige el artículo 34, 1, en su parte segunda o final, unido al artículo 37 de la propia Ley.

Todas estas aplicaciones del principio de fe pública registral, plasmado sustancialmente en el artículo 34, 1, en su inicio, prevén los varios supuestos de inexactitud del contenido del Registro objeto de tales aplicaciones, en cada uno de los cuales consta la causa o causas originadoras de tal inexactitud registral. Esto aparte de los supuestos de claudicación.

He ahí un esquema de todos estos distintos supuestos, que clasificamos sistemáticamente en los tres grupos siguientes:

a) El *Registro es inexacto* porque si bien el título inscribible o derecho registrable *existen* en la realidad jurídica extrarregistral al tiempo de adquirir el tercero hipotecario, empero se da alguna de estas circunstancias:

1) *Ha llegado a inscribirse o registrarse* dicho título o derecho, pero se ha incurrido en *error de expresión en el asiento*.

Aquí la inexactitud del Registro proviene de nulidad formal del asiento, pues el título o derecho se ha inscrito o registrado expresando de modo diferente lo que el título narraba.

Regulan este supuesto los artículos 31 y 220 de la Ley Hipotecaria, así como el artículo 40, c), de la misma. Puede, por ejemplo, que un título adquisitivo otorgado a favor de Ticio haya sido inscrito erróneamente a favor de Cayo, o que constituida una hipoteca se haya inscrito ésta por cantidad diferente de la expresada en el título registrado.

Dicho artículo 31 preceptúa que la nulidad por esta causa de las inscripciones «*no perjudicará el derecho anteriormente adquirido por un tercero protegido con arreglo al artículo 34*», y el artículo 220 dispone que «*el concepto rectificado no surtirá efecto... sino desde la fecha de la rectificación*».

También del artículo 40, c) y párrafo último, resulta que «*en ningún caso la rectificación... perjudicará los derechos adquiridos por*

tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto» (20).

2) *No ha llegado a inscribirse o registrarse dicho título o derecho, esto es, no ha tenido acceso registral.*

Esta falta de acceso al Registro del título, derecho o relación jurídica inscribible o registrable provoca, naturalmente, una inexactitud registral, pues los libros hipotecarios dejan de publicar una mutación jurídico-real producida extrarregistralmente.

Aquí tienen aplicación concreta el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, los preceptos concordantes de los artículos 13, 15, 69, 76 y 144, entre otros, y, como casi siempre, también el artículo 40, todos de la misma Ley.

El citado artículo 32 dispone que «los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, *no perjudican a tercero*». El artículo 13, 1, preceptúa que los derechos reales limitados, de garantía, cargas o limitaciones, «para que *surtan efectos contra terceros* deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan», lo que *a sensu contrario* significa que si no son inscritos no tienen efecto contra tercero. También el artículo 15, 4, de la Ley Hipotecaria, completado por el artículo 86 de su Reglamento, viene a disponer que «los derechos de los legitimarios *no perjudicarán a terceros* que adquieran a título oneroso los bienes hereditarios, sino cuando tales derechos consten previamente «registrados en cualquiera de las formas que este último precepto indica», y «en los términos resultantes de las mismas».

El expresado artículo 69 de la Ley Hipotecaria niega que *en perjuicio de tercero* que haya inscrito un derecho adquirido de persona que aparezca en el Registro con facultad para transmitirlo, pueda inscribir o anotar a su favor el que pudo pedir con anterioridad la anotación preventiva del mismo derecho y dejó de hacerlo dentro del término señalado al efecto. Y el artículo 76 también preceptúa en el fondo que, extinguido o transmitido un derecho inscrito, éste subsiste vivo en el Registro o a nombre del titular registral «en cuanto *a tercero*» que lo adquiera conforme al artículo 34, si antes no se hubiere registrado su cancelación o transmisión.

(20) El requisito de haber inscrito el tercero su título de adquisición lo presupone este precepto.

Dispone asimismo el artículo 144 de la Ley que «todo hecho o convenio entre partes, que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compensación, la espera, el pacto o promesa de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción, *no surtirá efecto contra tercero* como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial, o de una nota marginal, según los casos». Se trata del mismo supuesto de inexactitud tabular por no haberse inscrito un título.

Por último, el artículo 40, a), de la Ley Hipotecaria prevé el supuesto de inexactitud registral proveniente «de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria», inexactitud ésta que según el propio artículo se rectifica «por la toma de razón del título correspondiente, *si hubiere lugar a ello*», pues el propio artículo, en su último párrafo, dispone que «*en ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto*».

3) *Llegó a ser inscrito o registrado* el título o derecho, pero su asiento *ha sido cancelado*.

Se está aquí ante otro supuesto de inexactitud del Registro, pues el título o derecho real subsiste, es existente en la realidad jurídica extrarregistral, pero ha quedado desinscrito, bien por obra de una cancelación indebida, bien por una cancelación querida por el titular registral al amparo del artículo 82, 1, de la Ley Hipotecaria.

Hay que catalogar este caso en el artículo 40, d), *in fine*, de la Ley Hipotecaria, en el que se habla de «cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente» en el mismo artículo. Por consiguiente, cancelado el asiento de un derecho real no extinguido, la persistencia de este derecho en la realidad jurídica extrarregistral «*en ningún caso perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento*» cancelatorio, aunque llegue a declararse nulo o indebido este asiento, por aplicación también del repetido último párrafo del propio artículo 40 de la Ley Hipotecaria, concordante en cierto modo con el artículo 97 de la misma.

b) *El Registro es inexacto*, porque si bien el título, derecho real o titularidad constan inscritos o registrados, *no existían* en la reali-

dad jurídica extrarregistral al tiempo de verificar el tercero hipotecario la adquisición de tal derecho, mas se da alguna de las siguientes circunstancias:

1.^a *No ha existido nunca dicho título, derecho o titularidad, por falsedad, nulidad u otro defecto del título inscrito.*

Este tipo de inexactitud registral lo prevé expresamente el artículo 40, d), de la Ley Hipotecaria al hablar de «cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento», y señalar la manera de proceder a la rectificación de esta inexactitud del Registro.

Pero también tiene aplicación a este caso el último párrafo de dicho artículo 40 mismo, tan repetido, que dispone que «*en ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto*».

2.^a *Existió, efectivamente, dicho título, derecho o titularidad, pero al tiempo de adquirir el tercero hipotecario ya se habían extinguido por haber quedado anulado, resuelto, rescindido, revocado, caducado, renunciado, prescrito, liberado, expropiado, confiscado, etc.*

Así resulta del artículo 37 y del artículo 40, b) y d) *in fine*, de la Ley Hipotecaria.

Este artículo 37, con su barroquismo producto de la reunión de antiguos preceptos detallistas, dispone que «*no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos*» ciertas acciones, *a excepción* de las rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro, de las revocatorias de donaciones en caso de incumplir el donatario condiciones inscritas, etc.

Y además, el artículo 40, b) y d) de la Ley Hipotecaria alude a casos de inexactitud del Registro que deban «su origen a la extinción de algún derecho inscrito o anotado» o, genéricamente, a «otra causa de las no especificadas anteriormente». También en su último párrafo se establece la consabida norma de que si mientras permanece sin rectificar la inexactitud del Registro hubiera *adquirido un tercero de buena fe y a título oneroso el derecho registrado, esta adquisición no podrá resultar perjudicada* por la rectificación de la inexactitud.

c) *El Registro es exacto* técnicamente y, por tanto, *existe* el título, derecho o titularidad inscrito o registrado al tiempo de adquirir el tercero hipotecario, mas se halla *amenazado de extinción* debido a derrumbamiento por causa de *anulabilidad* o de *resolución*, *rescisión*, *revocación* u *otra análoga*, que llegue a producirse *posteriormente*, pero sin constar sus causas explícitamente en el Registro.

Es el supuesto de constar inscritos títulos o derechos claudicables, al que se refiere la parte final del artículo 34, 1, de la Ley Hipotecaria, o en el artículo 37 de la misma. Dicho artículo 34, 1, en su segunda parte, combinada con la primera, se dispone que «el tercero que... adquiera... algún derecho (en las circunstancias que el mismo precepto determina y que quedan examinadas)..., *será mantenido en su adquisición...*, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no constan en el mismo Registro (21). También sirve en este sentido el artículo 37 de la Ley ya explicado, respecto de los peligros de acciones de anulación, de rescisión, resolución, revocación, etc.

Aquí no se da estrictamente ningún supuesto de inexactitud registral al tiempo de adquirir el tercero hipotecario, pero el artículo 34 de la Ley lo incluye como supuesto concreto, con bien poco acierto verdaderamente desorientador, cuando hubiera sido preferible haberlo silenciado como hace alguna legislación inmobiliaria registral

(21) LACRUZ, por un lado, tiene un concepto minimalista del artículo 34, 1, de la Ley Hipotecaria, pues expresa que frecuentemente se ha desconocido, so pretexto de una interpretación extensiva e integradora, la concreción del significado del artículo 34, que dirigido exclusivamente a prever la solución de continuidad de la cadena de titulares registrales, *sólo defiende contra la nulidad o resolución del derecho del transmitente*, declaradas o acaecidas «después» que el titular haya inscrito su derecho. Se ha pretendido hacer ver que donde la Ley dice «después», debe leerse «antes o después», lo cual supone un injerto en la Ley, improcedente por dos razones. En principio, así como el artículo 32 atribuye la titularidad al adquirente en el momento de inscribir, privando entonces de ella a otro adquirente cuyo título no llegó al Registro, el artículo 34 mantiene al titular que inscribe en su adquisición (*Lecciones*, pág. 250).

Asimismo, el propio autor expresa que el artículo 34, de una parte se refiere a los casos de nulidad y resolución, no mencionando la rescisión y la revocación. Pero termina por afirmar que el artículo 37 abarca todos los supuestos de rescisión y resolución del título del enajenante, anteriores o posteriores a la enajenación, provenientes de un título inscrito o no inscrito y que la opinión dominante entiende que en cada uno de los artículos 34 y 37 entra *cualquier causa* que pudiera hacer claudicante la adquisición del titular inscrito. Y concluye en que en el Derecho español, frente al adquirente de buena fe, vale el tenor literal del asiento de su causante, *cualesquiera que sean los vicios*, no manifestados por el Registro, de que adolezca dicho asiento o el título que dió lugar a él (*Lecciones*, págs. 251 y sigs.).

de desenvolvimiento técnico, debido a que lo dan por sobreentendido, ya que en casos como éstos, en lo más entra lo menos.

Acaso podría sostenerse que, al no constar registralmente tales causas de una posible aniquilación de lo inscrito o registrado, ello provoca también una especie de inexactitud registral; pero no es así, y hay que tener en cuenta que, al menos, por ejemplo, en los casos en que la posibilidad enervadora de lo inscrito obre *ex nunc* o *in personam*, como en los de rescisión, toda idea de inexactitud del Registro debe excluirse.

Esta visión panorámica del ámbito de la inexactitud registral, y su supuesto asimilado, sobre cuya base opera el principio de fe pública del Registro en nuestro sistema, sitúa al artículo 32 de la Ley Hipotecaria en el verdadero lugar que ocupa en todo este dispositivo legal, y puntualiza el exacto papel que este precepto, juntamente con sus concordantes artículos 13, 15, 69, 76 y 144 de esta Ley, desempeña, y que no es otro que el constituir uno de los aspectos en los que actúa dicha fe pública, sentada en el artículo 34, 1, en su parte primera o inicial de la Ley.

Por ello los artículos 32 y 34, 1, primera parte, no son preceptos que puedan colocarse bajo un mismo plano, por cuanto una cosa es una norma que significa la aplicación en un determinado supuesto de un principio y otra bien distinta es la que precisamente proclama este principio. Ello impide comparar ambos preceptos, pues huelga hacerlo, como no sea para reconocer la superior jerarquía que respecto de aquél guarda el artículo 34 de la propia Ley Hipotecaria.

B) Es de toda evidencia la *circunstancialidad* de las diferencias existentes entre los artículos 34 y 32 de la Ley, que NÚÑEZ LAGOS, y con él la denominada teoría dualista, pretende elevar a la categoría de sustanciales, hasta el punto de presentar a cada uno de estos artículos como exponentes, uno del sistema de fe pública registral y el otro del sistema de transcripción inspirado en la prioridad registral más absoluta. Esto incluso en el caso de aceptar íntegramente la existencia de tales diferencias, pues hay preceptos que las desmienten como los artículos 31, 69, 40, 15, todos de la Ley Hipotecaria, desenvuelto este último por el artículo 86 de su Reglamento, entre otros.

Pero aun dadas por existentes estas diferencias, hay que tener presente que es natural que los varios supuestos de aquel cuadro de

aplicación de la fe pública del Registro sean distintos, pero sin que esta variedad tenga suficiente consistencia argumental, pues se ha atribuido a tales diferencias excesiva importancia, producto todo del error de dar a las mismas valor estructural exagerado, cuando ellas no dislocan la unidad sustancial de todo el esquema examinado. Se ha exagerado aquí lo que es mera circunstancia, atribuyendo valor dogmático a lo puramente superficial. Tales diferencias, aunque existan algunas, mas no todas, son sólo expresadas en nuestra legislación hipotecaria a consecuencia de un error originado por el método de fragmentaria formulación legislativa adoptado por la Ley de 1861 y que todavía en parte subsiste actualmente. De ello, juntamente con una visión superficial de la literalidad de algunos de los preceptos legales y del olvido de otros, se ha servido erróneamente la teoría dualista para construir, sobre base tan endeble o superficial, toda una doctrina que persigue desdoblar nuestro sistema de protección de terceros adquirentes en dos grandes instrumentos dispares, uno tomado de los países latinos y el otro de los germánicos.

Esta teoría dualista ha sobrevalorado o ha valorado equivocadamente detalles diferenciales en los varios casos de aplicación de los preceptos que regulan en nuestra Ley Hipotecaria la fe pública registral, olvidando que, por ejemplo, el artículo 32, al hablar de «títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados», no hace otra cosa que precisar uno de los varios supuestos en los que se produce una inexactitud del Registro, conforme se ha visto y se puntualizará más después. Ante ello lo mismo da que la inexactitud registral sea debida al hecho de no haber tenido acceso registral oportuno un título o relación jurídica registrable, como que aquélla se derive de haberse expresado erróneamente en la inscripción de un título el contenido de éste, o que el derecho registrado no haya existido nunca por ser falso o nulo el título inscrito, o que éste o el derecho registrado haya quedado aniquilado por causa de anulabilidad, resolución, rescisión, revocación, etc., al tiempo de contratar el tercero.

A los que sostienen que el artículo 32 se refiere a *títulos* no inscritos y el artículo 34 a *acciones*, cuyas causas no constan en el Registro con claridad, hay que hacerles observar que ambos preceptos no responden respectivamente a esta distinción, como es fácil demostrar, y ya en la Ley Hipotecaria de 1861 resultaba de su artícu-

lo 38, 4.ª, al establecer que «no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho... por la *doble venta* de una misma cosa cuando alguna de ellas no hubiere sido inscrita».

Todo esto, y lo que se dice después, viene a demostrar que las diferencias que NÚÑEZ LAGOS y sus seguidores destacan entre los artículos 32 y 34 de la Ley, y los demás concordantes de la Ley, vistas en conjunto, bajo la amplia visión resultante del esquema antes expuesto, y con su respectiva función ante los diversos supuestos que pueden hacer inexacto el Registro, quedan reducidos a su estricto valor, y que por responder al criterio básico plasmado en el artículo 34, 1, parte inicial de la Ley, obedecen a un dispositivo unitario de protección del tercer adquirente que reúna las condiciones requeridas para esta protección.

Por consiguiente, esta unidad hace que sean insuficientes las pretendidas diferencias entre ambos preceptos para poder sostener que en nuestro régimen inmobiliario registral conviven el sistema latino de transcripción y el sistema germánico de fe pública del Registro.

Y que no se diga que el artículo 32 de la Ley finaliza con las palabras «*no perjudican a tercero*», concepto éste que es más propio de los sistemas de transcripción, en tanto que el artículo 34, 1, en su parte inicial, diga que «*será mantenido en su adquisición*» el tercero, expresión ésta que cuadra mejor con los sistemas de fe pública registral (22), cuando no con el artículo 973 del Código civil suizo, pues la primera generalmente equivale a la segunda, como lo demuestra

(22) Con ambas expresiones la Ley quiere significar la posible adquisición *a non domino* por parte del tercero hipotecario, a la que generalmente conduce la fe pública registral, aunque también NÚÑEZ LAGOS se muestra opuesto a hablar de tal adquisición en nuestro sistema hipotecario, por ver más bien en ella un efecto de irreivindicabilidad, con acuse de las diferencias entre ambas figuras a través del ejemplo de EWALD.

Si fuese cierta la postura de dicho autor en este punto, el artículo 34 de la Ley sería exponente de una protección de tercero con efecto de *negatio actionis* que es el tipo que la jurisprudencia contempla en nuestro artículo 464, 1, del Código civil. Pero esto no es cierto, por una serie de consideraciones que no es propio aquí explicar.

Pero además NÚÑEZ LAGOS ha llegado a reconocer que el artículo 34 de la Ley, con su legitimación substantiva, consagra la transferencia *a non domino*, así como entiende que cuando actúa este artículo 34 el propietario civil o verdadero *pierde la propiedad* de la cosa correspondiente, que queda *desplazada* al tercer adquirente, constituyendo para ésta la inscripción un verdadero *modo de adquirir la propiedad* (*Variaciones*, obra citada, pág. 109, y *Realidad y Registro*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1945, I, págs. 424 y sigs.).

el propio artículo 40, párrafo último, de la Ley Hipotecaria, así como el artículo 31 de la misma, entre otros, en los que se emplea el concepto de que *no perjudicará* al tercero, con referencia al tercero a título oneroso y de buena fe, etc.

Contra la tesis dualista puede esgrimirse también un argumento extraído del artículo 36, 1, de la Ley Hipotecaria, el cual, al regular la relación de la fe pública con la usucapición *contra tabulas*, expresa que «frente a titulares inscritos que tengan la condición de *terceros con arreglo al artículo 34*, sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva...», etc., ante cuyas palabras ocurre preguntar a los que distinguen tan radicalmente entre el tercero de este artículo y el del artículo 32: ¿es que el artículo 36 sólo es aplicable al tercero del artículo 34 y no al del artículo 32? Contestar afirmativamente sería absurdo, pues supondría un tratamiento diferenciado inadmisibles.

Esto viene a confirmar nuestra tesis, la cual tiene en cuenta que el legislador, dada la multiplicidad de preceptos destinados a la fe pública registral, al proclamar ésta en su artículo 34, consideró que estaría falta de elegancia normativa hacer que en los artículos 32, 31, 37 y demás concordantes de la Ley se repitieran los mismos términos de este precepto en cuanto hacen referencia a los requisitos que el artículo 34, 1, 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 inexpressivo de todos en este orden, hasta el extremo de silenciar incluso el requisito de haber *inscrito* el tercero su título o adquisición.

C) Los partidarios de la tesis dualista se producen como si el artículo 32 de la Ley Hipotecaria fuese una norma privativa de los sistemas de transcripción, extraña, por consiguiente, a los sistemas de fe pública registral, cuando es lo cierto que también existe en éstos, si bien dada la alta corrección técnica que alcanzan sus preceptos en la materia, que son pocos y concebidos con amplitud, sus Códigos no descienden al detalle de formar un precepto como el de nuestro artículo 32 de la Ley. Este da la falsa impresión de que en estos sistemas no puede acaecer el supuesto de una inexactitud del Registro por no haberse inscrito o no tener acceso a él un título e relación jurídica inmobiliaria, a lo cual se une la circunstancia de que por imperar en tales ordenamientos legislativos el valor consti-

tutivo de la inscripción, esta circunstancia coadyuva a hacer pensar en la inexistencia del supuesto que aquí contemplamos por razón de imposibilidad.

Sin embargo, las cosas no ocurren así. Estructuralmente nuestro artículo 32 tiene semejanza con el artículo 30, 1, de la Ley francesa de publicidad fundiaria de 4 de enero de 1955 (23), con el artículo 2.644, 1, del Código civil italiano (24), con el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria belga de 16 de diciembre de 1851, modificado en 8 de julio de 1924 (25), y artículo 7.º, 1, del Código del Registro predial de Portugal de 8 de octubre de 1959 (26); pero en nuestra legislación hipotecaria hay muchos más preceptos que este artículo 32, que constituyen el soporte del principio de fe pública registral, del cual aquel artículo 32 es una de las varias piezas del sistema de protección del tercero hipotecario, y que, conforme se ha visto antes, atribuye a este precepto un sentido bastante diferente del que tienen dichos otros artículos de los sistemas de transcripción.

Sin embargo, algunas legislaciones inmobiliarias registrales del tipo de transcripción van progresando, por adoptar preceptos nuevos sobre la materia, además de los citados, que no son propiamente de mera transcripción.

Así, la mencionada Ley francesa de reforma de la publicidad fundiaria dispone, en dicho mismo artículo 30, que la resolución, revocación, anulación o rescisión de un derecho objeto de mutación o constitución de algún acto transcribible, cuando produzcan efecto retroactivo, *no son oponibles* a los causahabientes a título singular

(23) «Los actos y decisiones judiciales sujetos a publicidad son, si no han sido publicados, inoponibles a terceros que sobre el mismo inmueble hayan adquirido, del mismo autor, derechos concurrentes en virtud de actos o decisiones sujetas a la misma obligación de publicidad y publicados, o que hayan hecho inscribir privilegios o hipotecas. Son igualmente inoponibles, si han sido publicados, cuando los actos, decisiones, privilegios o hipotecas, invocados por estos terceros, hayan sido anteriormente publicados».

(24) «Los actos enunciados en el artículo precedente no tienen efecto respecto a terceros que por cualquier título hayan adquirido derechos sobre inmuebles a base de un acto transcrito o inscrito anteriormente a la transcripción del mismo acto».

(25) Todos los actos entre vivos a título gratuito u oneroso, traslativos o declarativos de derechos reales inmobiliarios, además de los privilegios e hipotecas..., serán inscritos... Mientras tanto, no podrán ellos ser opuestos a terceros que hayan contratado sin fraude».

«Lo mismo será aplicable a las sentencias firmes...»

(26) «Los hechos sujetos a Registro sólo producen efectos contra terceros después de la fecha de su respectivo registro».

del titular del derecho aniquilado, a menos que la cláusula en virtud de la cual se haya operado tal resolución, etc., conste anteriormente publicada o si la causa radica en la Ley.

También el Código civil italiano, en su artículo 2.652, que en los números 6 y 7 del mismo entrañan verdaderas adquisiciones *a non domino*, prevé una serie de casos de posible resolución, etc., denominados por la doctrina como supuestos de *eficacia sanante de la publicidad registral*, si bien no operante de inmediato, sino con efecto retroactivo al terminar plazos que varían entre cinco y diez años, y con la concurrencia de determinadas circunstancias, como son la buena fe y la no transcripción precedente de la correspondiente demanda en general.

Estas son manifestaciones de un proceso evolutivo hacia un progresivo perfeccionamiento de los sistemas de transcripción, que fatalmente culminará en el principio de fe pública registral, con características más o menos nacionales. Y cuando esto ocurra, tales legislaciones podrán mantener la letra del precepto equivalente a nuestro artículo 32 de la Ley Hipotecaria, pero éste habrá cambiado de significación institucional.

Hemos afirmado hace poco que en los sistemas de fe pública registral también los títulos o relaciones jurídicas inmobiliarias que no se hayan inscrito o tenido acceso registral no pueden perjudicar al tercero protegido, si bien este resultado es menos frecuente en tales sistemas debido al carácter constitutivo de la inscripción en materia de adquisiciones inmobiliarias. Mas esta menor frecuencia es sólo una razón meramente *cuantitativa*, pero no de esencia, pues el fenómeno en sí es idéntico.

Así, por ejemplo, en el Derecho alemán, de la fe pública registral solamente se pueden aprovechar las adquisiciones derivadas de negocio jurídico, en general, esto es, lo que propiamente es objeto de tráfico jurídico inmobiliario, y, como precisamente en estas adquisiciones la inscripción tiene valor constitutivo, el supuesto de inexactitud del Registro, por no haber ingresado en él alguna de tales adquisiciones, es menos posible, dado que el título o relación jurídica inmobiliaria de esta clase no inscritos no trascienden al campo de los derechos reales, por tener sólo eficacia obligacional. Pero hay cierto sector de relaciones o negocios jurídicos que por no ser de tráfico existen o se producen independientemente de su constancia registral.

En Alemania figuran en este grupo las adquisiciones inmobiliarias por sucesión hereditaria, por comunidad matrimonial de bienes, por ejecución forzosa o remate de un embargo (27), expropiación y otros análogos.

También en el Código civil suizo su artículo 656, 2, no exige inscripción para las adquisiciones inmobiliarias por ocupación, sucesión, expropiación, ejecución forzosa o sentencia.

Pues bien, en todos los casos en los que en dichas legislaciones inmobiliarias registrales la inscripción no es constitutiva o indispensable, el hecho de no haberse inscrito la adquisición correspondiente origina la consiguiente *inexactitud* del Registro. Por esto HEDEMANN dice que es completamente normal que se produzca esta inexactitud en tales casos y señala que ella puede revestir una de las formas siguientes: se ha inscrito un *derecho no existente*, se ha dejado de inscribir un *derecho existente*, se ha *cancelado* indebidamente un derecho existente inscrito, se ha expresado equivocadamente el *contenido de un derecho*. Asimismo, el propio autor agrega que la adquisición de derechos sobre las fincas en virtud de negocio jurídico está de tal modo organizada que, en principio, no cabe que llegue a perfeccionarse sin la inscripción. Parece, pues, que el contenido del Registro, en cuanto a estas adquisiciones, nunca habría de poder ser «inexacto». Pero entra en lo posible que el *otro momento constitutivo* del proceso de transmisión real, el «acuerdo traslaticio», resulte nulo, y en tal caso la transmisión sustantiva *no* se habrá operado realmente, y la inscripción que entre tanto se haya practicado será inexacta. Y, como ejemplos, señala este autor el acuerdo transmisivo celebrado por un demente o la intervención de un estafador que se hace pasar por el titular (28).

Todo esto demuestra que el supuesto que prevé el artículo 32 y concordantes de la Ley Hipotecaria no es exclusivo de los sistemas de transcripción, sino que también puede integrar uno de los supuestos de inexactitud registral contemplados con amplitud por los sistemas de fe pública del Registro, si bien con signo diferente de aquéllos, aunque, como en nuestra Ley Hipotecaria, se configure en su redactado en forma análoga a la de los regímenes de transcripción.

(27) HEDEMANN habla aquí de adquisición por adjudicación por acto de alguna autoridad estatal (*Derechos reales*, II, pág. 107).

(28) Obra precedentemente citada, II, págs. 107 y sigs.

Evidentemente este caso de inexactitud registral se dará potencialmente con mayor frecuencia en nuestro sistema por efecto de ser sólo excepcionalmente de carácter constitutiva la inscripción; pero ya hemos indicado que esto es una cuestión de cantidad, mas no de esencia. Esto demuestra lo equivocados que están cuantos conectan como algo esencial para la fe pública registral la inscripción constitutiva, pues olvidan que son dos cosas diferentes, aspecto éste muy interesante que no es propio de desarrollar aquí.

D) Conforme antes se ha podido comprobar, el artículo 40 de la Ley Hipotecaria es el precepto clave que desvanece toda duda que pudiera ofrecerse a quienes les impresionare la indefendible teoría dualista en nuestro sistema de Registro.

Parece que el artículo 32 de la Ley es la expresión general del caso particular de la doble compraventa sucesiva de un mismo bien inmueble, efectuada por su dueño a dos o más compradores distintos, previsto en el artículo 1.473, 2, del Código civil, y que ello hace que dicho artículo 32 sea una norma propia de los sistemas de transcripción. Mas ello ya hemos visto que no es exacto; pero aquí creemos que hay que precisar aún más.

Desde luego entendemos que VALLET está en lo cierto cuando sostiene que como el artículo 608 del Código civil establece, «para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación..., y *el valor de los asientos* de sus libros (del Registro), se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria», y si el Código se remite a esta última Ley en este punto concreto, no hay duda que el artículo 1.473, 2, habrá de ser interpretado de acuerdo con los principios y disposiciones de aquella Ley especial, y nunca en contraposición a los mismos (29).

Por consiguiente, en conformidad con lo expuesto antes, el referido caso de doble venta, precisamente cuando es la segunda enajenación la que ha logrado inscribirse (situación ésta que resulta obsesiva en los sistemas de transcripción), 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.

Superado el obstáculo del requisito de la *tradición* con la denominada tradición *instrumental* o con la ayuda de la *presunción pose-*

(29) *Estudios*, pág. 234.

soria del artículo 38, 1, de la Ley Hipotecaria (30), cuyo requisito es una exigencia del Código civil (31), la protección del Registro opera aquí, en general, con el juego propio de las adquisiciones *a non domino*.

No lo entiende así LACRUZ, fuertemente influenciado por la doctrina italiana sobre la materia, al exponer la mecánica de estas adquisiciones *a non domino* aplicada al caso de la doble compraventa. En el terreno de la argumentación literal parece—dice—que el artículo 40 de la Ley, al hablar de «los *derechos adquiridos* por tercero», presupone que el comprador *a non domino* ha recibido la propiedad. Pero este autor, dentro de sus vacilaciones al respecto, termina por sucumbir al influjo de la tesis de MAIORCA y de otros autores italianos, que después señalaremos, para ver que en el caso de doble venta más bien se produce una adquisición *a domino*, producto del aspecto de situaciones claudicantes del artículo 34, 1, en su parte segunda, y artículo 37, ambos de nuestra Ley Hipotecaria, por entender que lo que en realidad ha tenido lugar es la *resolución* del derecho del *dominus* disponente (32). Es decir, adopta, bajo el indicado influjo, una postura que no encaja en nuestro sistema, por ser propia de los sistemas de transcripción; seguramente bajo la impresión de la tesis de MENGONI, opuesta a ver en el artículo 1.644 del Código civil italiano (que en su redacción recuerda a nuestro artículo 32), adquisición *a non domino* alguna.

Pero el propio LACRUZ, que tan fundamental encuentra la distinción entre los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, al examinar el primero reconoce que en la doble venta el vendedor de la finca *ya no es propietario de ella* cuando posteriormente vuelve a venderla, y admite que el Registro atribuya al *accipiens* el derecho que se adelantó a inscribir, y hace válidas *erga omnes* las adquisiciones *a non*

(30) VALLET tiene en este punto criterio restrictivo porque entiende que sólo hay que mantener la adquisición derivada del titular registral que no posea, si el poseedor en concepto de dueño le ha ocultado dolosamente su posesión contradictoria del derecho inscrito (*Estudios*, pág. 242).

(31) En materia inmobiliaria este requisito de la tradición exigido por el Código civil debiera desaparecer mediante sustituirlo por el *acuerdo de disposición causalizado* por el contrato de finalidad traslativa, y que, por ejemplo, en las escrituras públicas de compraventa de fincas podría estar concebido en estos términos: «En virtud de esta escritura la parte vendedora transmite el dominio de la finca vendida a la parte compradora, cuya adquisición acepta ésta». Esta cláusula ya la empleamos actualmente en las escrituras de compraventa que autorizamos.

(32) *Lecciones*. págs. 291 y sigs.

domino de derechos reales, porque hubo una anterior enajenación, merced a la cual su *auctor se desprendió de la propiedad* del inmueble, porque, inscrito o no un derecho, cuando un titular lo enajena queda enteramente *despojado* de él (33). Sin embargo, el propio autor abandona después las derivaciones de este criterio.

En el caso de la doble venta o enajenación no hay duda que el vendedor en la segunda venta es un *ex dominus*, y que, en consecuencia, la subsistencia de la titularidad registral de este vendedor origina una inexactitud del Registro, que no puede ir en detrimento del segundo comprador que reúna la condición de tercero hipotecario.

TIRSO CARRETERO sostiene que son dos cuestiones diversas, necesitadas de muy distinto tratamiento: la protección al tercero de la doble enajenación, que sólo muy relativamente se puede decir que adquiere de un no dueño, y la protección al tercero subadquirente que adquiere de quien no fué nunca dueño, porque su título era nulo o falso. Pero en realidad el *verus dominus* del artículo 32 y el del artículo 34, lo son con muy diversa intensidad. Es verdad que las personas de quien adquieren ambos terceros parecen ser unos no dueños: una porque no lo ha sido nunca (no llegó a serlo); otra porque ya no lo es (dejó ya de serlo). Pero esta diferencia es fundamental. La argumentación de la doctrina dominante española consiste en que la protección contra un *verus dominus* concedida a quien ha adquirido *a non domino* debe ser igual en ambos casos. De otra manera se produciría una desigualdad inadmisibles. CARRETERO no entiende que la desigualdad consista precisamente en tratar igual a lo que es desigual. En el artículo 34, el tercero no es el dueño, sino que lucha contra el dueño y es natural que se le proteja con ciertos requisitos. En el artículo 32, el tercero no es el dueño para una concepción consensualista, pseudofilosófica y de gabinete de 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. Los autores de la Ley Hipotecaria fueron completamente conscientes de estas diferencias. Todos los legisladores hipotecarios separaron como dos cosas distintas las facultades de la institución registral para purificar títulos nulos (fe pública registral) de las facultades de la misma para salvar la

(33) *Lecciones*, págs. 232, 233, 240 y 295.

falta de poder dispositivo de un transmitente, consecuencia de una anterior enajenación no publicada aún, al publicarse la posterior (inscripción constitutiva, inoponibilidad del título no transcrito). La identificación entre la carencia de facultad dispositiva que sufre quien nunca llegó a ser dueño porque su título fué nulo o falso y la carencia de facultad dispositiva que sufre quien había dejado de ser dueño ya, por haber transmitido en título aún no inscrito, ha sido algo privativo y exclusivo de la doctrina hipotecaria española que se explica por razones varias y complejas; pero principalmente por una desmesurada preferencia por el estudio del sistema alemán. El tercero subadquirente germánico que alega la protección registral ha de obtenerla contra un verdadero dueño, acaso con abolengo secular, antiguo, que probablemente tenía sus viejos títulos inscritos, que perdió su titularidad registral por un título falsificado, falso o nulo. Este tercero lucha, pues, contra un auténtico *verus dominus* de años o siglos. Es lógico que los sistemas hipotecarios se asusten y los más decididos exijan cuatro requisitos o más. En cambio, el tercero latino del artículo 32 lucha con un endeble *verus dominus*. Suele ser dueño de días o de meses y que desde luego sabe que le falta cumplir un trámite legal para consagrar su dominio. Es un dueño relativo. En Alemania no es dueño en circunstancias similares. Es un dueño que se le considera tal sólo porque a los juristas de gabinete en períodos de crisis de crecimiento de la publicidad inmobiliaria se les ocurrió que la transmisión del dominio es algo que se agota en transmitente y adquirente y se consume con su mero consentimiento, *erga omnes*, sin advertir lo absurdo de esta peregrina idea. Es lógico que ningún sistema exija a este tercero los mismos requisitos y que gran parte de las legislaciones hayan llegado a considerar que este tercero no es tal, sino verdadero dueño (inscripción constitutiva) (34).

Naturalmente no estamos conformes con estas pretensiones diferenciadoras de dicho autor. No vemos que sean tan sustanciales las diferencias que impidan equiparar a los efectos de la fe pública registral y como supuestos de adquisiciones *a non domino*, el caso del titular registral que enajena a tercero hipotecario lo que había sido suyo y ha dispuesto inmediatamente antes, en todo o en parte, así

(34) Obra citada, págs. 90 y sigs.

como el caso del que también enajena a tercero hipotecario lo que no ha sido inmediatamente suyo, ni nunca.

Por consiguiente, hay diferencias. Esto es evidente. Pero también las hay entre los varios supuestos que pueden dar lugar a la inexactitud del Registro, conforme se ha visto antes. Pero ante el mecanismo de la fe pública registral y del fundamento dogmático-jurídico y político de la admisión excepcional de la adquisición *a non domino*, tales diferencias no tienen suficiente consistencia o entidad para justificar la existencia de dos regímenes distintos de protección de terceros adquirentes.

Ante la necesidad de protección del tráfico jurídico inmobiliario, son mantenidas por imperio de la Ley, unida a la buena fe del adquirente, las adquisiciones *a non domino*, y frente esto huelga entretenerse en calibrar tales diferencias, que en este plano resultan por completo accidentales o secundarias, ya que los supuestos posibles de inexactitud del contenido del Registro son varios, y es lógico que entre ellos existan variantes, pero sin que éstas trasciendan a lo fundamental. Lo decisivo es que se produzca tal inexactitud registral; los hechos y circunstancias que la hayan provocado lógicamente son diferentes, mas esto es irrelevante (35).

Por ello el argumento de que no puede tratarse igual lo que es desigual no vale, pues la desigualdad radica en las causas de la inexactitud registral, mas no en lo que respecta a esta inexactitud en sí, de la que debe ser defendido el tercero adquirente que confió en que el contenido del Registro era exacto, sea por la causa que fuere. No es correcto construir dos sistemas dispares sobre la base de diferencias accidentales en el problema de protección del tráfico jurídico inmobiliario, pues este problema de seguridad es uno sólo, y por ello las mismas condiciones han de ser las exigidas al tercer adquirente para que pueda aprovecharse, en todo caso de Registro inexacto, de la protección registral. Esto aparte de lo artificial de las diferenciaciones que TIRSO CARRETERO señala entre el *verus dominus* de años o siglos, por su abolengo secular o antiguo, que tenía sus viejos títulos,

(35) Aquí nos viene al pensamiento la sentencia de 6 de diciembre de 1962, en uno de cuyos considerandos expresa que cuando una persona vendió unos mismos bienes al recurrente ellos *habían salido del patrimonio* de aquella, «sin que sea obstáculo para la doble venta el hecho de que nuestra Ley substantiva autorice la compraventa incluso de cosa ajena, ya que ello originará acciones en el comprador contra el vendedor, pero que no afecten al verdadero titular del dominio ajeno al contrato».

y el endeble *verus dominus*, que suele ser de días o de meses, así como entre la carencia de facultad dispositiva que sufre el uno y el otro disponente (36).

En resumen, a los efectos de la fe pública registral lo mismo da que el titular según el Registro, que aparece como transmitente al tercero hipotecario, no sea dueño por haber dejado de serlo o por no haberlo sido nunca. A nuestros efectos esta diferencia no es fundamental o decisiva, por corresponder esta indiferencia a un estado evolucionado del sistema inmobiliario registral, en contraste con los sistemas de transcripción en los que esta evolución todavía no se ha iniciado o sólo empieza su iniciación. Pero de esto último nos ocupamos seguidamente.

Para quienes duden de esta unicidad—*monismo* también alguna vez se dice—dominante en este punto en nuestro régimen inmobiliario registral, creemos que habrá de decidirles la postura de nuestro legislador hipotecario adoptada claramente en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria vigente, pues ya hemos visto cómo en él es sometido a *igual tratamiento de tercero hipotecario* cuando la inexactitud del Registro «proviniera de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria», que «cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente», protegiendo asimismo «los derechos adquiridos por tercero o título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento» inexacto.

E) Los sistemas de transcripción, como regímenes inmobiliarios no evolucionados, solamente contemplan en su pristina pureza la *pugna entre títulos incompatibles*, principalmente cuando el de *fecha*

(36) Es equivocado hablar en este supuesto de facultad dispositiva del titular registral por el solo hecho de ser tal, pues aquí cabe aplicar lo que afirma MENGONI de la denominada legitimación aparente de disposición, lo cual todo se reduce a una mera posibilidad que resulta del relieve objetivo de una específica posición del enajenante (*L'acquisto «a non domino»*, Milán, 1949, pág. 33), y que JORDANO califica de posibilidad *de facto* de provocar una persona con su actividad, por vía de consecuencia, la adquisición del tercero (*La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros*, en «Anuario de Derecho Civil», 1950, págs. 693 y sigs.).

Hay que sentar de una vez que la «facultad de disponer» es privativa del *verus dominus*, pero la legitimación registral sitúa al titular según el Registro en la posibilidad de producirse como si fuera dueño o titular verdadero del derecho registrado, pues el artículo 38, 1, de la Ley Hipotecaria lo presume tal *turis tantum* a todos los efectos legales.

más moderna se ha anticipado en la transcripción. En esta pugna suele servir de prototipo el caso de la doble venta por el propietario de un inmueble a favor de dos personas sucesivamente. Para la resolución de tal pugna dichos sistemas adoptan una fórmula simplista: la *prioridad* más absoluta (37).

Prior in tempore potior in iure. Esta es la solución mágica. La conciencia del legislador aquí adopta un argumento que le tranquiliza: es justo que el que fué negligente o remiso en acudir a la transcripción sufra el justo castigo de quedar inoperante su adquisición. Esta transcripción es, pues, *suficiente* para que aquella adquisición transcrita prevalezca, siempre, claro está, que el contrato de compraventa sea *válido*; no se requiere ningún otro requisito, ni siquiera la buena fe. De la validez o vigor de la titularidad del vendedor el sistema para nada se preocupa, por ser un problema ajeno a todo lo que no sea la oportunidad en el logro de la transcripción, pues es lo único de que se trata.

Los sistemas de fe pública del Registro no adoptan esta visión raquítica, sino la más amplia posible. También juega en ellos la prioridad, pero condicionada, no sólo por la validez del negocio adquisitivo del tercero, sino por la *buena fe* de este tercero, sobre todo; y como en ello juega prevalentemente la confianza de éste en la verdad del contenido del Registro, se requiere asimismo la *previa inscripción* del derecho a nombre del transferente, y en algunas legislaciones, además, se brinda sólo la protección a los terceros adquirentes que lo sean a título oneroso.

En estos sistemas no se habla de sanción a la negligencia en inscribir la adquisición, sino de proteger la confianza del tercer adquirente en el contenido del Registro, y la protección de la fe pública registral opera a todo evento jurídico, esto es, *ante cualquier supuesto de*

(37) Esta prioridad, sin operar razón alguna de similitud, parece inspirada en la prioridad de la tradición en el caso de la doble venta, que a base de la *Ley Quotiens* (C. 3, 32, 15) imperó lógicamente en el período del *ius commune* y que tanto preocupó a los juristas de Derecho intermedio, como es de citar aquí, entre otros, nuestro ANTONIO GÓMEZ (en sus *Variae resolutiones*, Lugano, 1756, II, cap. 2, núm. 20). Pero este criterio de prioridad en la tradición, que actúa en el artículo 1.473, 1 y 3, de nuestro Código civil, es absurdo transportarlo a los inmuebles en relación a los Registros de publicidad, por falta de paridad. Seguramente el artículo 1.473, 2, responde más bien a los Códigos civiles que, cual el francés, eliminaron la tradición, criterio que siguió nuestro proyecto de Código civil de 1851, por cuya razón su artículo 982, con referencia a su artículo 1.859, se producía como dicho artículo 1.473, 2, del Código civil vigente, al prescindir de toda idea de toma de posesión.

inexactitud de tal contenido, aunque emane la posible inexactitud del hecho de no haber tenido acceso a los libros algún título o relación jurídica inmobiliaria registral, dentro del alcance que permita la circunstancia de no ser constitutiva la inscripción (38).

Sería interminable profundizar más sobre estas y otras diferencias entre los dos sistemas registrales indicados y por ello nos concretamos principalmente a lo relativo al requisito de la *buena fe* y a la tortura que para la doctrina italiana significa pretender explicar el *papel de la transcripción* en la doble venta y otros casos análogos.

a) Respecto del requisito de la *buena fe*, los sistemas de transcripción *prescinden básicamente de ella* ante la pugna de títulos transcribibles.

En la legislación francesa son conocidas las palabras de PLANIOL cuando explica que en el régimen de transcripción de Francia no se requiere buena fe en el tercero que alega la falta de transcripción de otro título, pues su derecho es el mismo si conoce o ignora la anterior enajenación. Es regla general—dice—que todo sistema de publicidad sea rigurosamente independiente de la buena o mala fe de los terceros adquirentes, y la falta de transcripción no pueda sustituirse ni considerarse subsanada mediante el conocimiento que tengan los terceros acerca de la disposición efectuada anteriormente, pero sin transcripción. No se establece distinción alguna entre el adquirente de buena y de mala fe. Unicamente en el caso en que el segundo adquirente, que ha transcrito antes, se haya *concertado fraudulentamente* con el vendedor para despojar al primer comprador, la fuerza de la transcripción puede no ser aplicada, de acuerdo con el principio *fraus omnia corrumpit*. Si este segundo comprador, cómplice en el fraude, no puede oponer en este caso el defecto de transcripción, no es porque haya cometido un delito y como sanción del mismo, sino porque el fraude hace inaplicable la regla de inoponibilidad de lo no transcrito (39).

FERRI, con apoyo de la doctrina y de la jurisprudencia italianas, ahonda más en este punto en orden a la legislación inmobiliaria registral de Italia. Dice que la transcripción tiene por fin social dar seguridad al tráfico inmobiliario, la cual queda satisfecha mediante

(38) Pero ya tenemos dicho que este dato de la inscripción constitutiva es ajeno a la materia que nos ocupa, conforme demuestra el hecho de que en la legislación italiana la inscripción es constitutiva en materia de hipotecas.

(39) *Tratado práctico de Derecho civil francés*, 1942, III, págs. 565 y sigs.

tutelar la confianza del tercer adquirente, que constituye el fundamento ético de las normas sobre transcripción. El tercero puede encontrar protección en las normas sobre transcripción aunque no haya confiado (tercero de mala fe que ha transcrito antes), y puede, inversamente, ser sacrificado aun cuando hubiese confiado (tercero de buena fe que no ha transcrito debido a impedimento de fuerza mayor). En el sistema de transcripción el estado subjetivo del tercero es un hecho normalmente irrelevante. La tutela del tercero de buena fe es el fundamento del sistema, el cual está de ella empapado, mas no es un instrumento técnico a través del cual opera la ley. La doctrina dominante tiende a introducir la buena y la mala fe y, por ende, la seguridad, procurando hacerla operante a través del concepto de buena fe (o mala fe) presunta *iuris et de iure*. Cuando un acto es hecho público se presume conocido (mala fe) e ignorado (buena fe), en caso contrario. Cuando el legislador conecta ineludiblemente cierta consecuencia jurídica a la transcripción, es problema ocioso querer ver si aquella consecuencia deriva de la transcripción, en cuanto genera una presunción de conocimiento y, por tanto, de mala fe. Pero es más simple limitarse a afirmar que *deriva de la transcripción*. Debe, pues, reconocerse que la tutela de la confianza no ha devenido instrumento técnico, ni siquiera en la forma de un concepto de buena fe presunta, *iuris et de iure*.

Ahora bien—prosigue FERRI—, el instituto de la transcripción protege también al tercero, aunque en concreto sea de mala fe. Pero el instituto de la transcripción no siempre permanece indiferente ante la mala fe, pues cuando ésta adquiere un alto grado de intensidad se transforma *en fraude*. La jurisprudencia francesa ya ha admitido la excepción del *concerto fraudulento*, partiendo de la máxima *fraus omnia corrumpit*, con pleno vigor actual, y que demuestra que el fraude es algo más que el simple conocimiento de la enajenación precedente.

Por último, termina dicho autor: aparte del fundamento técnico-jurídico de la línea seguida por la jurisprudencia francesa, debe observarse en el terreno de la oportunidad política, cómo a través de la relevancia del fraude se viene a abrir una brecha en el sistema de seguridad del tráfico inmobiliario que la transcripción significa. Esta seguridad puede ser alcanzada únicamente a través de la posición de principios perentorios, los cuales determinan netamente los confines

entre los intereses a preservar y aquellos a sacrificar. Cortando por lo sano no se logra, evidentemente, justicia en todos los singulares casos concretos, mas tal injusticia, que será siempre excepcional, vendrá compensada largamente por el gran beneficio que recibirá la circulación de los bienes. Para conseguir esto se requiere adoptar la publicidad en su aspecto positivo (publicidad actuada) y en su aspecto negativo (publicidad ausente), y sobre tales datos basar toda decisión, prescindiendo de elementos de orden psicológico, por sí mismos inciertos y de difícil determinación. Quien haya transcrito su adquisición, la preserva sólo porque ha transcrito y en cuanto ha transcrito; quien no lo haya efectuado se arriesga a perder en juicio, sólo porque no ha transcrito y en cuanto no ha transcrito (40) (41).

Ya hemos visto antes cómo la Ley francesa de 1955 sobre publicidad fundiaria adopta algún temperamento en la materia y, sobre todo, el Código civil italiano adopta en determinados supuestos, denominados de publicidad sanante, una especie de protección del titular según la transcripción, respecto de la endeblez de la titularidad de su transferente, si bien no por la sola fuerza de la transcripción, sino con ayuda del tiempo y de la buena fe del tercer adquirente, con otras circunstancias. Pero todo esto no pasa de ser un inicio de evolución del sistema, apegado radicalmente en la pugna de títulos frente al Registro al criterio rígido de la prioridad, y que con el tiempo y el abandono de este último criterio desembocarán en un sistema de fe pública registral, con más o menos peculiaridades.

En los Códigos civiles alemán y suizo se adopta en materia inmobiliaria registral el requisito de la buena fe en el tercer adquirente para que pueda valerse de la protección de la fe pública del Registro, aunque en Suiza, como en Dinamarca y varios países anglosajones, la buena fe requiere además la ausencia de la culpa lata. Indudablemente esta adopción del requisito de la buena fe, junto con otros factores, hacen que éstos sean sistemas registrales evolucionados.

De la comparación de la postura de los sistemas de transcripción ante el requisito de la buena fe en el tercer adquirente, con la posi-

(40) *Tutela dei diritti*, libro IV, págs. 42 y sigs. (libro que forma parte del *Commentario del Codice civile*, al cuidado de SCIALOJA y BRANCA).

(41) La Ley Hipotecaria belga de 16 de diciembre de 1951, en su artículo 1.º, dispone que los actos no transcritos no podrán ser opuestos a terceros «qui auraient contracté sans fraude».

ción que respecto de ella siguen los sistemas de fe pública del Registro, resulta evidente que la idea matriz de aquéllos, tal como ha quedado explicada, es insostenible, por constituir puro sofisma pretender negar beligerancia a la buena fe del tercer adquirente como elemento ético y de justificación del esfuerzo que para el legislador representa el mantener la adquisición de dicho tercero ante el contenido inexacto del Registro. La posición de los sistemas de transcripción carece en absoluto de consistencia, por ser sólo producto de una aplicación ciega del mecanismo de la prioridad en ocupar el puesto registral entre dos o más títulos incompatibles referidos a una misma finca o derecho real, exagerando la regla *prior tempore potior iure*, sin amansarla por la buena fe.

Como afirma LACRUZ, ciertamente 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 este 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*. Pero la Ley no puede proteger esta apariencia en su entidad objetiva, sino en su reflejo subjetivo: en el engaño que produce en aquel que confía en ella fundadamente, y a quien impide percatarse de la situación real, pues crear apariencia 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 de 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 no debe nunca ayudarle la Ley a quedarse con ella (42).

b) La doctrina italiana, al tratar de explicarse por qué en el caso de doble venta el segundo comprador que transcribe antes su título es preferido en la propiedad de la cosa vendida, dejando perjudicada la adquisición del primero que omitió transcribir su compra o que la

(42) *Lecciones*, pág. 265.

transcribió después de aquél (43), ha producido tal variedad de pareceres que su crecido número de teorías ha conducido a un verdadero *imbroglio* difícil de descifrar.

Tres tendencias principales deben señalarse en este aspecto:

Una, que sostiene que en la doble venta la adquisición posterior transcrita antes prevalece sobre la primera que no se transcribió, porque a pesar de derivar aquélla de un acto ineficaz, por proceder de persona que ya era un *non domino*, la transcripción la trocó en eficaz (MORITTU) (44); o se sostiene como una adquisición *a non domino* protegida (MESSINEO) (45); o porque es una adquisición derivativa justificada por la *apariencia* de la posición de *dominus* que en el Registro hipotecario aún conserva el vendedor respecto a terceros (BETTI) (46), o porque la adquisición del segundo adquirente la justifica la tutela legal de la confianza en la *apariencia del derecho* a consecuencia de la transcripción omitida (47). Pero aunque estas opiniones se acercan a la verdad, empero, en Italia no han tenido gran éxito y han encontrado como gran debelador a MENGONI.

En relación al artículo 2.644 del Código civil italiano, que estatuye que los actos transcribibles «no producen efecto respecto a terceros que por cualquier título hayan adquirido derechos sobre inmuebles a base de un acto transcrito o inscrito anteriormente a la transcripción del acto mismo», MENGONI niega que este precepto pueda servir de base a ninguna adquisición *a non domino* en sentido técnico protegida por la Ley, porque cualquiera que sea la reconstrucción dogmática de la función fundamental de la transcripción, como criterio de preferencia entre dos o más adquirentes de un mismo autor (precedente propietario de la cosa inmueble registrada), el segundo adquirente que ha transcrito antes su acto adquisitivo es adquirente *a domino*, y esto explica precisamente la irrelevancia, en esta hipótesis, de su buena o mala fe. En dicho artículo 2.644 el problema de

(43) Téngase en cuenta que en los regímenes de transcripción es posible que ambas compraventas se transcriban, pues no conocen norma alguna de cierre registral como la de nuestro artículo 17, 1, de la Ley Hipotecaria.

(44) *La trascrizione dei contratti traslativi della proprietà immobiliare*, Milán, 1936, págs. 59 y sigs.

(45) *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 7.ª edición, VII, págs. 538.

(46) *Teoria general del negocio jurídico*, 1959, pág. 25.

(47) *La teorie sull'apparenza giuridica*, en «Rivista di Diritto Commerciale», 1934, I, pág. 137.

la adquisición *a non domino* no tanto es resuelto, cuanto es superado por la particular eficacia atribuida a la transcripción (48).

Otra tendencia funda el derecho preferente del segundo comprador, que transcribe oportunamente su adquisición, en la virtud de la transcripción debido a su carácter de *elemento constitutivo* de la adquisición, pues ésta no tiene lugar hasta que interviene la transcripción (CARNELUTTI) (49), (GIORGIANI) (50) y otros.

La *tercera tendencia*, que es la dominante, rechaza las otras dos, pero se diversifica en gran número de subtendencias, aunque siempre a base de atribuir importancia decisiva a la prioridad registral. Un gran sector doctrinal zanja la cuestión a favor del segundo comprador que transcribe el primero, a base de producirse en dos direcciones:

Una que se apoya en la teoría de la denominada *propiedad relativa* en el caso de doble venta y análogos, por considerar que frente a la transcripción en perspectiva los dos (o más) compradores son todos de igual condición, e inclusive son propietarios por igual de la cosa vendida, y se estima que aun transcrita la segunda venta queda ésta simplemente perfeccionada en su eficacia, sin entrañar la nulidad o resolución de la otra (u otras), sino su ineficacia (FUNAO-LI) (51), o que la transcripción de una de las ventas la hace idónea como título adquisitivo y provoca a la vez la resolución de la otra (u otras), pues todas ellas estaban sujetas por igual a dicho mismo peligro resolutorio en tanto dicha venta no quedó transcrita (MAIORCA) (52), (CORRADO) (53). Pero, por otro lado, se impugna por contradictoria la idea de propiedad relativa y se estima que mientras no hay transcripción de venta alguna, el vendedor conserva su derecho de disposición respecto de la cosa vendida (CARIOTA-FERRARA) (54), o no se había desplazado aún del vendedor el derecho de propiedad, aunque subsista únicamente con carácter temporal y condicionado

(48) *L'acquisto «a non domino»*, Milán, 1949, págs. 131 y sigs., y *Acquisto «a non domino»*, en «Novissimo Digesto Italiano», I, 1.º, pág. 244, nota 2.

(49) *Processo di esecuzione*, 1931, II, págs. 339 y sigs.

(50) *Diritti di godimento su cosa altrui*, I, pág. 167.

(51) *La cosiddetta proprietà relativa*, en «Studi in onore di Antonio Cicu», 1951, I, pág. 390.

(52) *Della trascrizione*, en «Commentario D'Amelio-Finzi», «Tutela dei Diritti», 1943, pág. 139.

(53) *La pubblicità nel Diritto privato*, parte general, Turín, 1947, pág. 321.

(54) *Il negozi sul patrimonio altrui*, Padua, 1936 pág. 92.

y, por tanto, el vendedor se halla legitimado para disponer de él (GENTILE) (55).

Pero, debido a la insatisfacción ante estas teorías, varios autores buscan por otros derroteros la solución, bien sea por transportar el problema al terreno procesal, por pretender ver que la Ley con dicha preferencia impone al Juez a dar por inexistente la adquisición no transcrita (FERRI) (56), bien por considerar impotente la venta *solo consensu* para producir el efecto traslativo de la posesión formal del derecho, con la legitimación dispositiva del mismo, y entender en consecuencia que es esencial para ello la tradición, integrada por el acto de documentación y la transcripción, que sirve de causa eficiente de la transferencia y de la legitimación (RAVÀ) (57).

De estas tres grandes tendencias doctrinales la primera, conforme hemos indicado, no es la más seguida; la segunda, PUGLIATTI la considera abandonada (58), y la tercera es la imperante.

Nosotros creemos que se halla en lo cierto la primera, pero la oposición de MENGONI le ha hecho grave daño; la segunda confunde la protección registral con el problema de si la inscripción constituye un modo de adquirir la propiedad, que es cosa muy diferente, y la tercera, su propia multiformidad es indicio de que no acierta a encontrar la verdad en la materia, todo por el prurito de no querer ver la bondad de la primera, fuera de la cual todo es confusión (59), confusión que desaparecerá cuando prosiguiendo su evolución legislativa el sistema inmobiliario registral italiano desemboque de lleno en el camino de la fe pública del Registro, por abandono del criterio de ciega prioridad registral, que lo desvia.

En los sistemas de transcripción la sola registración a tiempo es el todo, por estar dispuestas las cosas para bastarse a sí misma, sin requerirse, por tanto, en ellos otras circunstancias, como son la buena fe del tercer adquirente y el adquirir de un titular según el Registro, si no quiere darse beligerancia a la onerosidad como mani-

(55) *Il nuovo Codice civile commentato*, de STOLFI, Nápoles, 1958, VI, página 6.

(56) *Trascrizione immobiliare*, obra citada, pág. 15.

(57) *Legittimazione e rappresentanza indiretta nell'alienazione Banca, borsa e titolo de credito*, 1953, págs. 161 y sigs.

(58) *La trascrizione*, obra citada, I, 1.º, pág. 434.

(59) Nuestro LACRUZ se ha dejado arrastrar por esta confusión al tratar de descifrar la mecánica de la adquisición registral *a non domino*, en sus *Lecciones*, págs. 289 y sigs.

festación estricta del tráfico jurídico. Y tanto se prescinde incluso de la buena fe, que un sector doctrinal considera que la no protección registral del adquirente, que obró con fraudulencia por su complicidad con el enajenante, desentona de la técnica propia de los sistemas de transcripción, por cuya razón hay que tratarlo como algo excepcional. Así quedó explicado antes.

Los sistemas de transcripción se apoyan decisivamente en la más pura *prioridad registral* en el acceso de los títulos, válidos como tales, o sea, abstracción hecha del derecho del transferente. En consecuencia, concentran la energía protectora de los terceros adquirentes en el mero hecho de ser el primero que acude a registrar su título o relación jurídica frente a otros de anterior fecha no transcritos.

De ahí que la sola transcripción tenga el valor, si no de un modo de adquirir, sí de un dispositivo protector que vale por su propia esencia. De esta manera entiende el legislador asegurar el tráfico jurídico inmobiliario, pues se dice que ello permite evitar cuestiones, pleitos y dudas acerca de la calidad de los títulos y del estado psíquico de los terceros adquirentes que pugnan por prevalecer cuando se trata de actos incompatibles, pues para resolver el conflicto entre ellos es suficiente tomar en consideración el dato simple de cuál de los varios títulos opuestos *tuvo primeramente acceso al Registro*. De este modo la transcripción pasa a ser dispositivo puesto al alcance de todos los terceros en pugna, en plan igualitario de oportunidades, por cuanto todos ellos se encuentran, en principio, en idénticas condiciones para cumplir fácilmente el trámite de la transcripción.

Ante este criterio adoptado por tales sistemas, es ocioso, naturalmente, tomar en consideración para dilucidar el conflicto a toda circunstancia ajena al mero hecho de transcribir oportunamente el título adquisitivo. Y así, quien no haya utilizado a tiempo el medio de la registración, allá él con su descuido, sin que pueda quejarse, por más que fuese un adquirente a título oneroso y de buena fe el que quedase postergado a favor de quien acaso no sea más que un mero donatario carente de buena fe, no degenerada en fraudulencia, pero que cumplió oportunamente con el requisito de la transcripción.

Esta mecánica protectora de terceros adquirentes, característica de los regímenes de transcripción, podrá ser criticada a fondo, pero responde a la lógica del sistema. Como si obedeciera a una anticuada

versión de un ańejo indiferentismo estatal, se la podrá tachar de exageradamente simplista por su cómoda inhibición respecto a circunstancias que, como la buena fe del adquirente, no debe pasar por alto al legislador. Pero el sistema, con su primitivismo, es así.

El contraste de este sistema con el de fe pública registral es, pues, evidente, y por ello es innecesario emplear más palabras para demostrarlo.

Frente a estas dos características diferenciales especialmente contempladas no sabemos ver cómo sea posible actualmente pretender que el artículo 32 de nuestra Ley Hipotecaria responde al criterio básico de los sistemas de transcripción, por demostrar todo lo contrario cuanto llevamos expuesto en el presente estudio, y el sentido evolutivo de nuestra legislación inmobiliaria registral, hasta llegar a desembocar señaladamente en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria vigente, y, además, por desmentirlo nuestra jurisprudencia, así como la doctrina científica dominante, y sin que pueda hablarse aquí de ningún legislar inconsciente.

Que nuestro sistema inmobiliario registral ha llegado a un estado ya evolucionado en la materia no nos cabe duda, aunque se requiera algún retoque en orden a la fe pública del Registro, que será más bien de puro tipo perfeccionador de su formulación normativa. Esta evolución se ha producido paulatinamente desde la Ley Hipotecaria de 1861, en la cual ya se había superado el simplismo de los sistemas de transcripción. Si esto constituye un progreso, es algo que nos reservamos para examinarlo al final de este estudio.

De momento baste afirmar que en la historia evolutiva de nuestra legislación inmobiliaria registral respecto de la protección del tercer adquirente, nuestra primera Ley Hipotecaria, esto es, la del año 1861, no estaba inspirada en los sistemas de transcripción inaugurados propiamente en Francia (60), sino más bien en legislaciones de algunos Estados alemanes (61), sin negar que algún influjo pudo

(60) En el Código civil francés de 1904, y principalmente en la Ley de 23 de marzo de 1855 sobre transcripción en materia hipotecaria, y más bien a través de la Ley Hipotecaria belga de 1851, que se aprovechó de la discusión y anteproyecto de dicha Ley francesa.

(61) La legislación prusiana a la sazón vigente, compuesta por la Ley u Ordenanza hipotecaria de 20 de diciembre de 1783 y el Código civil común de Prusia de 5 de enero de 1794, que constituía un ejemplo de armonización con elementos del Derecho romano, en su expresión de *ius commune* europeo. También hay que contar con la Ley de Baviera y de otros Estados alemanes que no seguían el criterio de sustantivación tabular.

tener en otros aspectos al que aquí interesa la legislación inmobiliaria registral francesa, así como la belga, y más aún la del cantón de Ginebra del año 1827 (62).

La fe pública del Registro no había alcanzado pleno predicamento, pues éste no se logró hasta el Código civil alemán de 1896, mas nuestra Ley Hipotecaria alcanzaba un grado evolutivo que fatalmente había de conducir a él a través de sus posteriores reformas, hasta llegar a la última de 1944-46.

El artículo 34 de nuestra Ley Hipotecaria de 1861 ya significaba un atisbo de aquél y su artículo 32 (entonces art. 23) parecía ser una concesión a los sistemas de transcripción, en rigor no lo era.

BIENVENIDO OLIVER nos recuerda que el Real Decreto de 8 de agosto de 1855, que mandó formar nuestra Ley Hipotecaria, dispuso que la Comisión encargada al efecto debía comparar los trabajos anteriores sobre la materia «con las leyes de las demás naciones», las cuales, para dicho autor, no eran otras que las de los Estados alemanes inspiradas en los principios constituidos por el sistema llamado germánico (63). Lo mismo vino a afirmar GARCÍA GOYENA (64), y en esta línea hay que situar a JERÓNIMO GONZÁLEZ (65), SANZ (66), LACRUZ (67), y tantos otros.

Mas aquí, como dato importante demostrativo del carácter bastante evolucionado de nuestra Ley Hipotecaria de 1861, de lo que es exponente su artículo 34, y, por tanto, que ella siguió por otros derroteros divergentes de los adoptados por los sistemas de transcripción, hay que aportar el hecho de la honda discusión originada al discutirse la Ley francesa de transcripciones del año 1855, y que tuvo presente la Ley belga de 1851. Esta discusión, que se produjo el año 1841, es muy interesante, pues versaba sobre si debía o no mantenerse respecto de terceros subadquirentes con título transcrito el principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

(62) NÚÑEZ LAGOS sostiene que fué la Ley belga la que influyó poderosamente en nuestra Ley Hipotecaria de 1861. por haber aquélla penetrado fuertemente en la persona de GÓMEZ DE LA SERNA, uno de los autores de nuestra referida Ley (*El Registro de la propiedad español*, lugar citado, pág. 140). Pero creemos que se exagera bastante en este punto

(63) *Derecho inmobiliario español*, Madrid, 1892, I. pág. 82.

(64) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, 1852, IV, pág. 183.

(65) *Estudios*, I. pág. 201.

(66) *Instituciones*, I, pág. 81.

(67) *Lecciones*, pág. 47.

Se proponía que las acciones de resolución, anulación, etc., no tendrían efecto contra tercero con título transcripto, sino sólo a partir de la fecha en que la acción se hubiere anotado al margen del asiento correspondiente, de suerte que todos los títulos publicados con anterioridad escaparían al efecto retroactivo de la sentencia. Pero este criterio no prosperó, por estimar que no encajaba con el sistema del *Code*, y, además, porque los Registros de transcripciones no debían tener fuerza probante, y esto fué lo que en definitiva prevaleció (68).

Efectivamente, ello estaba en oposición a lo que es fundamental, en principio, en los sistemas de transcripción, con su prevalente criterio de prioridad registral. Pero nuestra Ley Hipotecaria de 1861 optó por la postura contraria al adoptar el contenido del artículo 34 de la misma, lo que es constitutivo de un hecho de gran importancia en la cuestión que examinamos, pues la orientaba hacia el principio de fe pública del Registro, a pesar de contener el artículo 32 (entonces art. 23), que hacía pensar en un precepto adscrito a los sistemas de transcripción.

Pero en rigor no era así, aunque la primera Ley Hipotecaria mantuviese la dualidad de preceptos, silenciase el requisito de la buena fe en el tercer adquirente, diese su Exposición de Motivos una aparente impresión vacilante sobre el problema (69), y se exaltare, en general, en aquellos tiempos, el referido artículo 32 (a la sazón artículo 23) de la Ley (70).

(68) Puede verse sobre esta discusión la conocida obra de Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, Paris, 1891. págs. 116 y sigs.

Ver asimismo, el artículo 4.º de la Ley Hipotecaria belga de 16 de diciembre de 1851.

(69) Sin embargo, predomina el criterio favorable a la buena fe o, mejor dicho, de la confianza en el contenido del Registro, cuando expresa que «quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique, por una falta a él solo imputable, al que, sin haberla cometido, *ni podido conocer* (por el Registro, es lógico pensar), adquiriera»; y también cuando al tratar de si la propiedad ha de transmitirse por el mero consentimiento, habla de la injusticia de poder oponer «al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que *no ha podido tener conocimiento*», etc.

(70) Llegóse a exagerar de tal modo la importancia del artículo 32 (entonces 23) de la Ley Hipotecaria, que se afirmó oficialmente que en este precepto se condensaba toda la Ley. Ya GARCÍA GÓYENA al comentar el proyecto de Código civil de 1851, y concretamente su artículo 1859, semejante al artículo 1.473, 2.º del Código civil vigente, expresó que todo el espíritu de dicho Código estaba contenido en dicho artículo (obra citada, IV, pág. 224). Pero el Ministro que presentó a las Cortes el proyecto de lo que había de ser Ley Hipotecaria de 1861 dijo que la Ley no tenía nada de francesa y que, si bien en aquella había mucho del sistema alemán, acaso con el tiempo habría más todavía.

De ahí que, algo después, GALINDO y ESCOSURA expresasen, al comentar el

Esta prevalencia del principio de fe pública registral, de inspiración alemana, y, por tanto, del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, fué acentuándose con las sucesivas reformas de la misma en los años 1909 y 1944-1946. URIARTE BERASATEGUI, bajo el epígrafe de *Desvirtuación germánica del sistema español*, destaca el posterior influjo del Derecho germánico sobre la materia en las reformas hipotecarias ulteriores (71).

Esto es de una evidencia tan indiscutible que nos dispensa mayores demostraciones, pues es suficiente destacar el nuevo redactado de la parte primera del artículo 34, 1, de la Ley de reforma hipotecaria de 1944, que ha pasado a la actual, unido al hecho de silenciar aquélla, por el motivo que fuere, el contenido del artículo 32 (antes artículo 23) de las Leyes Hipotecarias anteriores y, sobre todo, la inclusión del artículo 40 de la Ley Hipotecaria actual (art. 33 en la de reforma de 1944).

No cabe, pues, duda que la reforma hipotecaria de 1944 intensificó en alto grado, en materia como la que ahora interesa, la influencia del Derecho inmobiliario registral alemán, que ya inspiró a nuestra primera Ley Hipotecaria. En esto nos hallamos casi todos conformes, por lo que consideramos inútil pretender que con la reforma última nuestra legislación responde sustancialmente a un tipo legislativo de creación autóctona, salvo en ciertas modalidades que han sido tomadas de la legislación alemana y suiza. Por esto creemos no pueden ser tomadas completamente en serio las palabras de NÚÑEZ LAGOS cuando afirma que nuestro sistema, si un día fué un inmigrante alemán, hoy es ya completamente español, y que las hojas de morera germánicas son ya rica seda española (72). Esto al menos que signifique su impronta alemana actual.

Ante esta pretensión ocurre preguntar si constituye algún mal que la legislación inmobiliaria registral española pertenezca al grupo germánico. En el fondo preferimos reservarnos expresar nuestro pensamiento para el final de este estudio; pero ateniéndonos a la rea-

artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1869, que «lo que por algunos se dijo que el artículo 23 (hoy art. 32) era la Ley, lo aplican otros al artículo 34, y esto es suficiente para comprender su importancia» (*Comentarios a la legislación hipotecaria*, Madrid, 1899, II, pág. 480)

(71) *Revisión de ideas*, en esta REVISTA, 1950, pág. 321.

(72) *El Registro de la Propiedad español*, obra ya citada, en esta REVISTA, 1949, pág. 141.

lidad, no creemos que pueda sostenerse que la evolución legislativa de nuestro sistema lo haya separado, sino todo lo contrario, del tipo alemán.

Claro que ello quita alguna originalidad a nuestro sistema, pero los tipos básicos o institucionales son naturalmente limitados en su número, pues el Derecho no da para que cada legislación responda, en todos sus aspectos, a un tipo de invención o creación propia o autóctona. En alguna materia o aspecto podrá suceder así (73), pero en otras se inspirará nuestro Ordenamiento jurídico civil, con mayor o menor amplitud, en sistemas preexistentes en otros países. El prototipo será el de la legislación más caracterizada al efecto o en donde el régimen específico de creación propia se haya originado o consolidado, sin que ello pueda significar en todo caso una posición extranjerizante, sino simple elección de un tipo institucional entre los varios existentes o posibles, y contemplados independientemente de la nación que los originó y les dió nombre. Al fin y al cabo, la mayoría de legislaciones viven en gran medida de las creaciones del Derecho romano. Lo que ocurre es que cada legislación, al inspirarse en una figura jurídica de creación o perfeccionamiento ajeno, no la adopta en bloque, sino que la subsume en su Ordenamiento jurídico, adaptándola a sus tradiciones y necesidades autóctonas, comunicándole fisonomía peculiar y características propias, las cuales en nuestro actual sistema hipotecario dan lugar a una enorme lista de particularidades, que no es propio de aquí enumerar siquiera.

Pues bien, todo ello refuerza el papel radical que desempeña el artículo 32 de nuestra Ley Hipotecaria vigente, en relación al precepto que consagra el principio de fe pública registral, nuestro artículo 34, 1, en su parte primera, conforme lo demuestra hasta la saciedad el tan repetido artículo 40 de la Ley Hipotecaria, especialmente en su párrafo último, en relación con el apartado letra a) del mismo.

Por esto cuando TIRSO CARRETERO propugna como primer punto del resumen de su estudio *Retornos al Código civil* (74), la conveniencia de acercarse al Derecho Hipotecario comparado, nosotros agregamos que esto es muy conveniente, pero que también lo es, con

(73) Por ejemplo, en España existen varias figuras, como la mejora en el régimen legitimario, entre muchas más, que tipifican nuestro sistema.

(74) En la página 135 de esta REVISTA, 1965.

preferencia, el estudio a fondo de nuestras propias normas legislativas.

F) Para acabar de perfilar mejor la cuestión base de este estudio no queremos dejar de tratar que el tercero hipotecario, único existente en nuestro sistema, y, por tanto, incluso el que indica el artículo 32 de la Ley Hipotecaria vigente, debe reunir todos, absolutamente todos, los requisitos o circunstancias exigidas por el artículo 34, 1, de la misma, pues el tercero hipotecario, a pesar de sostener algunos que son varios, recibe en este aspecto el mismo e idéntico tratamiento en punto a las condiciones complementarias que ha de reunir para ser tal y recibir, en consecuencia, la protección de la fe pública del Registro. Ningún tercero en nuestro sistema puede ser protegido con sólo inscribir el acto adquisitivo.

Legislativamente así lo demuestran en forma explícita el artículo 40, párrafo último, de la Ley Hipotecaria, como también el artículo 15, 4 (interpretado por el artículo 86 de su Reglamento), el artículo 36, 1, el artículo 69 y otros de la propia Ley. Pero vayamos por partes:

1. En cuanto al requisito de que el tercer adquirente haya *inscrito* su título, no existe problema.

2. Respecto del requisito de la *buena fe* en este tercer adquirente, hay que destacar que incluso los seguidores de la tesis diferencial de NÚÑEZ LAGOS no resisten en considerarlo indispensable. Ya se ha comprobado esto antes.

El Tribunal Supremo bien pronto generalizó a todo tercer adquirente le necesidad de haber adquirido de buena fe como requisito ineludible para poder beneficiarse de la protección del Registro, con plena aplicación de este criterio al caso tipo de la doble venta, hasta que tal generalización tomó cuerpo en el artículo 34, 1, por obra de la Ley de reforma hipotecaria de 1944.

Sería interminable insistir en este aspecto y reseñar las numerosas sentencias que sientan este criterio. Por esto nos limitamos a citar las más recientes referentes al caso de doble venta y análogos, como son las de 28 de junio de 1941, 22 de abril de 1952, 11 de junio de 1954, 30 de enero de 1960, 28 de marzo de 1961, 11 de mayo de 1962 y 19 de diciembre de 1964 (75).

(75) En esta última sentencia se trataba de un caso equivalente al de la doble venta, pues el propietario que había vendido una finca, cuyo comprador

Esta doctrina jurisprudencial, al imponer en los casos del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, que generalmente son de doble venta, la necesidad de llenar el requisito de la buena fe al adquirente, constituye una de las varias demostraciones de que dicho precepto no concuerda con la tónica de los sistemas de transcripción, por ser la buena fe un elemento ajeno a los mismos, conforme se ha visto antes, ya que en ellos incluso se sostiene que el darle excepcional beligerancia en los casos de *concert frauduleux* desentona de las esencias puras del sistema.

Ahora bien, si la necesidad de la buena fe en el tercer adquirente es indispensable para que en la doble venta el segundo comprador que inscribió a tiempo sea protegido por el Registro, con mayor razón imperará en los demás supuestos (76).

3. En cuanto al requisito de la *onerosidad* exigido por el artículo 34, 1, de la Ley, no existe razón alguna para no ser aplicado a todo tercer adquirente, sobre todo si se tiene en cuenta que el ar-

no inscribió la adquisición, a pesar de ello la hipotecó, hipoteca que inscribióse.

En ella el Tribunal Supremo hace las siguientes consideraciones: que dicho titular registral no era en la realidad jurídica el verdadero titular del dominio que pretendió gravar; que si bien el tracto sucesivo quedó cumplido al tiempo de inscribirse el acto constitutivo de la hipoteca, y la adquisición del derecho real se produjo de un titular puramente formal, el acreedor hipotecario pudiera ser tercero frente a un determinado contenido registral, y en tal sentido podría estimarse amparado por el principio de la fe pública registral que se traduce en la presunción de exactitud del Registro; que, empero, para que la protección de dicho principio le alcance es indispensable que haya adquirido de buena fe, cual formalmente exige el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, la que, en sentido amplio, es la ignorancia de la inexactitud registral, concretada en este caso a que el Registro da como existente una titularidad que en la realidad jurídica es inexistente; y que al evidenciar los hechos que al formalizar el contrato de hipoteca conocía el acreedor la realidad extrahipotecaria, ello le impide acogerse a la protección del principio de fe pública registral, por no tener la buena fe exigida por el citado artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

(76) Es de destacar que la jurisprudencia, al exigir el requisito de la buena fe en el tercer adquirente para que éste pueda pretender la protección del Registro, no hizo más que proclamar algo que los legisladores hipotecarios del año 1861 adoptaron, sin reflejarlo, empero, en la Ley Hipotecaria, salvo las referencias esporádicas del artículo 107, 9.º (entonces artículo 107, 10), así como en el artículo 37, al precisar el alcance de la acción pauliana respecto del subadquirente. Pero, además, en su Exposición de Motivos latía la necesidad de tal requisito.

El propio GÓMEZ DE LA SERNA, uno de los conspicuos autores de la primera Ley Hipotecaria, se muestra significativo cuando en relación al caso de doble compraventa expresa que, al no inscribirse la primera venta otorgada, este hecho pudo hacer que el segundo comprador que inscribió su título se engañase *creyendo* que no había habido enajenación alguna efectuada por el vendedor y *confiado* que el dominio de la cosa comprada existía aún en éste (obra citada, I, páginas 567 y 568).

tículo 32 de la Ley tiene mayor aplicación al supuesto de la doble venta y casos análogos que sean de carácter oneroso. El artículo 15, 4, de la propia Ley, interpretado por el artículo 86 de su Reglamento, ya hemos visto que alude a este requisito, y, sobre todo, lo mismo resulta del último párrafo del artículo 40 de la Ley, que es aquí fundamental.

El mismo LACRUZ, tan entusiasmado, en una primera fase, con la tesis dualista, sostiene que la onerosidad es circunstancia también exigible cuando el adquirente resulta protegido en virtud del artículo 32 de la Ley Hipotecaria.

En suma, es una línea general de nuestro sistema de fe pública registral esta de limitar su protección al tercer adquirente por negocio jurídico a título oneroso. Y no creemos sea fundada cualquier oposición a este respecto.

4. Y, por último, en lo que atañe al requisito de que el tercero *adquiera del titular registral del derecho* correspondiente, según se ha visto, ello resulta del artículo 69 de la propia Ley Hipotecaria y de la propia lógica del requisito de la buena fe del tercero, en cuanto éste ha de adquirir, para ello, *confiado* en el contenido del Registro, de suerte que cuando este contenido sea negativo no podrá en rigor actuar la fe pública registral.

Algunas sentencias dan pie para lo que aquí sostenemos. Tales son, entre otras, las de 10 de diciembre de 1951, 6 de diciembre de 1962 y 12 de diciembre de 1963. Podrá oponerse a ello que algunas de tales sentencias se limitan a negar la condición de tercero hipotecario al que adquirió del inmatriculante en tanto no hayan transcurrido, en su caso, los dos años que señala el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, pero sin que ello presuponga la necesidad de que la finca se halle inmatriculada; pero esto no es cierto, pues ello podría alegarse en cuanto a los adquirentes del inmatriculante, mas este último, es decir, el propio inmatriculante, nunca podrá valerse de su condición de tercero hipotecario, porque al ser un inmatriculante le falta el requisito que consideramos aquí indispensable para ser protegido.

Por esto JERÓNIMO GONZÁLEZ, que no distingue entre los artículos 32 y 34 de la Ley a los efectos de la fe pública del Registro, afirma que para concretar tales efectos precisa examinar separadamente las inscripciones primeras de dominio, de títulos en sentido tradi-

cional, y las *segundas* que colocan al *tercero* bajo la protección del sistema (77).

* * *

Y damos fin a este estudio, no sin dejar de referirnos a lo antes enunciado, esto es: ¿ha sido acertado que nuestra legislación hipotecaria se inspirase más bien en los sistemas germánicos de Registro, y evolucionase hasta adoptar plenamente el principio de fe pública registral de tipo alemán, en lo sustancial? ¿Constituye verdaderamente el sistema alemán un progreso sobre la materia?

Si hacemos caso de FERRI la contestación ha de ser negativa. Según este autor, son muchos los que contemplan los sistemas de tipo germánico como modelo a imitar y ejemplo a seguir. Pero creemos —dice— que muchos no se dan cuenta de que tales sistemas, aunque adoptados en países progresivos y experimentados en colonias y nuevos continentes, corresponden a un estadio histórico más atrasado, respecto de los cuales el sistema de transcripción representa una superación. Desde un amplio punto de vista dicho autor dice que aquellos países germánicos todavía se hallan anclados en la distinción entre *titulus* y *modus acquirendi*. El contrato no produce efectos reales. La máxima de libertad y simplicidad en la circulación jurídica de la riqueza inmobiliaria, que Francia ha conseguido por el poderoso impulso de la revolución, es todavía una meta que en aquellos otros países aún no ha sido lograda. Sea porque es poco sentida y no responde a las costumbres de aquellos pueblos, en los cuales el comercio inmobiliario se halla encadenado a una disciplina que, si da seguridad, no contribuye ciertamente a la rapidez y celeridad de la contratación, la registración es el último anillo de una cadena que debe seguirse para conseguir el resultado de la transferencia de la propiedad, que en los Ordenamientos fundados en la transcripción se consigue con el simple acuerdo de las partes.

En los sistemas de tipo latino—prosigue dicho autor—se ha preocupado de no turbar esta celeridad y rapidez de contratación para el logro de efectos jurídicos. La transcripción no estorba, no retarda... Sólo interviene para hacer oponible un negocio a terceros. No impide su falta la transferencia; sólo confiere al tercero el poder de

(77) *Estudios*, I, pág. 375.

excepcionar el defecto de transcripción. Donde no se hallan en juego intereses de terceros a tutelar, la transcripción se retira y deja el campo libre. En los sistemas de tipo germánico, el objetivo que el legislador se propone... no es, por lo menos principalmente, la tutela de terceros, pues predispone de medios que van más allá de dicho mismo fin... En tales países parece que el legislador no se halla preocupado en facilitar el comercio inmobiliario, sino más bien de frenarlo. Todo ello es producto de una mentalidad conservadora, paternalista, que no parece que pueda implicar un progreso respecto del sistema franco-italiano, por lo menos si se entiende por progreso lo que persigue la adopción de formas siempre más libres.

Por último, el mismo autor destaca que para darse cuenta de la pesadez del sistema alemán, basta tener presente la serie de negocios y actos jurídicos que precisa cumplir en él para lograr la transferencia de la propiedad inmueble. Por eso en Alemania—dice—no todos están convencidos de la superioridad de su sistema respecto del franco-italiano, como lo demuestra el hecho de que la Comisión para la reforma del libro fundiario alemán haya tenido de tomar posiciones frente una corriente que propugna la mitigación del principio que atribuye carácter constitutivo a la inscripción, en el sentido de hacer de ella, no un requisito absoluto de eficacia (incluso en las relaciones entre partes) del acto de disposición, sino un simple presupuesto de eficacia ante terceros, etc. (78).

Pero estas palabras de FERRI, por significativas que sean, no siempre penetran en lo que en este estudio es fundamental: la protección de terceros adquirentes mediante la fe pública del Registro. No cabe duda que el sistema alemán inmobiliario ofrece aspectos complejos y adolece de puntos vulnerables, de los que hasta el presente nos hemos librado en España, a pesar, por ejemplo, de cierta corriente doctrinal que ve una panacea en la inscripción constitutiva. Pero en cuanto a lo que ha sido objeto básico de este estudio, estamos convencidos de la bondad de nuestro sistema de fe pública registral, aunque deba perfeccionarse su formulación legislativa, y, en general, de nuestra legislación inmobiliaria, por bien que ésta requiera serias reformas para perfeccionarla aún más y, sobre todo, en la legislación restante íntimamente relacionada con ella.

Por esto hay que reconocer que nuestro sistema inmobiliario de

(78) Obra citada, págs. 6 y sigs

Registro adolece de defectos. Los hay de varias clases: algunos corregibles legislativamente de un modo directo y otros más bien son de *modus operandi* (79). Pero todos estos defectos no tienen por causa decisiva el principio de fe pública registral.

* * *

Y con esto damos por concluso el estudio del problema de la relación que el artículo 32 de la Ley Hipotecaria guarda con el artículo 34 de la misma.

RAMÓN M.^a ROCA SASTRE.

Notario de Barcelona y
Registrador de la Propiedad.

(79) Sea por la fuerte interferencia fiscal, que retrasa el despacho de los documentos que contienen actos inscribibles sujetos a los impuestos de transmisiones y de sucesiones (principalmente debido a no atenerse a valores oficialmente preestablecidos y, sobre todo, en las capitales de provincia), sea por otras causas distintas a ésta, la excesiva lentitud en dicho despacho es evidente desde que los títulos se otorgaron hasta que los mismos puedan ser entregados a los interesados, conclusos de tales impuesto y de inscripción. Indiscutiblemente esto no redundará en prestigio de nuestra institución, y quienes como los extranjeros (cuya contratación inmobiliaria se ha intensificado tanto estos tiempos), pueden comparar con la rapidez de tal despacho en sus países, sean de sistema de transcripción o de fe pública registral, o como los españoles conocedores de ello, no pueden menos que extrañar tal diferencia.