

El principio de fe pública registral (I)

ANTONIO GORDILLO CAÑAS

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Sevilla

SUMARIO: I.1. Indicaciones introductorias sobre el principio de fe pública registral, su concepto, las circunstancias de su consagración y formulación en nuestro sistema hipotecario, su fundamento y la clave de su explicación. 2. Indagación más en particular sobre algunos extremos: *a)* Añadidos y limitaciones en la línea protectora de la confianza puesta en el Registro al concretarse en él una forma artificial y técnica de apariencia protegible: algunos supuestos. *b)* ¿Necesita compensarse la buena fe del tercero con la negligencia del *dominus* cuyo derecho va a ser sacrificado?—II. *El sujeto protegido por la fe pública registral y los requisitos necesarios para su protección.* 1. El tercero, en tanto que sujeto ajeno al acto creador de la situación inmobiliaria que el Registro publica. 2. Su confianza en la exactitud de la información que el Registro le proporciona, o el requisito de la buena fe: *a)* Indicaciones generales sobre la buena fe exigida en el artículo 34 LH. *b)* Su necesario ingrediente de diligencia. *c)* Determinación del *cuándo* en que es necesaria. *d)* El fundamento y la función de su presunción legal.

I.1. INDICACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE EL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL, SU CONCEPTO, LAS CIRCUNSTANCIAS DE SU CONSAGRACIÓN Y FORMULACIÓN EN NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO, SU FUNDAMENTO Y LA CLAVE DE SU EXPLICACIÓN

Las frecuentes, y a veces ya repetidas referencias que a la fe pública registral hemos tenido que hacer en anteriores trabajos

sobre nuestro peculiar sistema inmobiliario registral¹, principalmente en los dedicados al principio de inoponibilidad², nos permiten proceder ahora más breve y sintéticamente en estas indicaciones necesariamente introductorias al estudio de su funcionamiento como particular principio hipotecario. Ateniéndonos, pues, a estas pautas, comenzamos:

1. ¿Qué es la fe pública registral, o en qué consiste el principio hipotecario que así se enuncia? Sin necesidad de tener que recurrir al rigor escolástico de una definición exacta y precisa³, podemos lisa y llanamente decir que fe pública registral significa tanto como fiabilidad objetiva del Registro de la Propiedad: todos pueden confiar (*fides publica*) en lo que el Registro publica⁴.

Naturalmente, la efectividad de tal confianza, en tanto que compromiso legal con cuantos se acogen a la publicidad oficial, exige que para quien, confiando en el Registro se atiende a sus datos, la información registral valga como cierta y exacta (*als richtig*, dice el § 892 BGB). No importa que la titularidad publicada no sea cierta, o que esté condicionada, limitada o gravada por condición, límite o carga de la que no dé noticia el Registro: el ter-

¹ Vid. «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica», *ADC* 1994, pp. 21-81; «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema español», *ADC*, 1995, pp. 527-694; «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular», *ADC*, 1998, pp. 421-632; «La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)», *ADC*, 2001, pp. 5-256.

² «El principio de inoponibilidad: El dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral», *ADC*, 2004, pp. 381-547. También, «¿Monismo o dualismo hipotecario? Hablen los autores del sistema», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Díez-Picazo*, III, Madrid, 2003, pp. 3887-3916 y en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XLII (2004), pp. 95-135.

³ La propone, en la doctrina actual y con formulaciones diferentes, GARCÍA GARCÍA, primero, en su *Derecho Registral o Inmobiliario*, II, Madrid, 1993, p. 227: «Es aquel principio hipotecario en virtud del cual el tercero que adquiere en base a la legitimación dispositiva de un titular registral es mantenido en la adquisición a non domino que realiza, una vez que ha inscrito su derecho, con los demás requisitos exigidos por la Ley» (cva. del a.); posteriormente, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, VII, 4, Madrid 1999, p. 422: «Puede definirse como “aquel principio hipotecario en virtud del cual el tercero que reúne determinados requisitos, adquiere una titularidad inatacable, realizando una adquisición a non domino protegida por razones de seguridad del tráfico inmobiliario”». En la doctrina anterior, e. c., COSSÍO, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., Barcelona, 1956, p. 201: «... aquel principio en virtud del cual se substituye en el tráfico inmobiliario de buena fe la facultad material de disposición, por el contenido del Registro, aunque éste no corresponda a la verdadera realidad jurídica».

⁴ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, 4.ª ed. Madrid, 1995, p. 450: «Hay fe pública registral en la medida en que los terceros pueden colocar su confianza en aquello que el Registro publica [...]. Obviamente, entendiendo así el principio de fe pública registral no puede compartirse el modo de hablar de NÚÑEZ LAGOS: «El Registro de la propiedad español», *RCDI*, p. 221, cuando se refiere al «mal llamado principio de fe pública encerrado en el artículo 34 de la Ley».

cero que adquiere confiando en lo que el Registro publica, adquiere conforme a él, aunque su adquisición resulte *a non domino*, o en el tránsito de uno a otro titular el derecho adquirido se vea liberado de las ataduras y límites que, no estando inscritos, lo configuraban y circunscribían en cabeza del transmitente.

La fe pública registral, en cuanto exponente del efecto *quoad tertios* de la publicidad y exigencia de la seguridad del tráfico inmobiliario que el Registro se propone lograr y garantizar, constituye un principio hipotecario —el más importante, sin duda⁵—, de naturaleza neta e inequívocamente «germánica» y que, superando con mucho el efecto negativo y preclusivo de la publicidad «latina», se traduce en una presunción *juris et de jure* o en una ficción, como tantas veces se dice⁶, de exactitud y de integridad del Registro⁷. El tercero

⁵ Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Madrid, 1947, p. 370: «[...] principio en sí mismo, de tal importancia que, con razón, se conceptúa como el más fundamental de los principios hipotecarios».

⁶ Indistintamente, sin apurar en las diferencias conceptuales, se refieren al efecto protector de la fe pública registral como presunción *juris et de jure* o como ficción tanto la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria, de 1944, como la común doctrina. En la primera se comienza diciendo: «La inscripción solamente protege con carácter *juris et de jure* a los que contrataren a título oneroso mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe», añadiéndose poco más adelante: «La ficción jurídica de considerar que la inscripción es exacta e íntegra, en los casos en que no concuerda con la verdad, sólo puede ser mantenida hasta donde lo exija la indispensable salvaguardia del comercio inmobiliario». Destacados exponentes de la construcción doctrinal, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Sistemas Hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán», *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho civil*, I, Madrid, 1948, p. 106: «El Registro se presume exacto, y a esta *proe sumtio* (*sic*) que pasa a ser ficción (*juris et de jure*), pueden acogerse los adquirentes [...]»; ídem, «Principio de Publicidad», en los mismos *Estudios...*, pp. 384: «... sienta la presunción *juris et de jure* (según otros autores, la ficción jurídica), que no admite prueba en contrario, de la concordancia entre la inscripción y la realidad», y 389: «De la presunción pasamos a una verdadera ficción legal: el tercero, para la Ley, conocía la inscripción y al adquirir la finca se confió a su amparo»; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 373: «Los autores suelen calificarla como presunción *juris et de jure* o ficción jurídica [...] Dejando aparte el problema de la exactitud de estas calificaciones, un tanto discutibles, es lo cierto que existe una declaración de adquisición plena y definitiva...» Sólo de ficción, en cambio, habla ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, I, 7.^a ed. Madrid, 1979, p. 530: «En provecho de este adquirente el contenido del Registro se reputa verdadero o se finge por la ley como irrefutablemente exacto dentro del ámbito y alcance que la misma determina [...]» Algo parecido ocurre en la doctrina alemana, como puede verse en STAUDINGER-GURSKY (STAUDINGER, J. von, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 12. neubearbeitete Auflage. Drittes Buch, Sachenrecht 1989), ad § 892, Rz 9: «Fiktion oder unwiderlegliche Vermutung? Der Inhalt des Grundbuchs "gilt als richtig". Das Gesetz operiert hier also mit einer Fiktion (so die ganz hM, vgl RGZ 86, 353, 356; PLANCK-STRECKER Anm III; BGB-RGRK- AUGUSTIN Rz 47; JAUERNIG-JAUERNIG Vorbem 3 vor § 891; WIEGAND 1975, 206; LUTTER AcP 164 [1964] 122, 124 Fn 8; FUCHS Anm 8). Andere sehen darin eine unwiderlegliche Vermutung (MünchKomm-WACKE Rz 2; WESTERMANN § 85 I 2; KIEHL LZ 1923, 53; ebenso auch RGZ 123, 19, 21). Das ist jedoch unzutreffend. Die Unrichtigkeit des Grundbuchs ist in § 892 offensichtlich vorausgesetzt (JAUERNIG-JAUERNIG Anm 1 b; LUTTER aaO)».

⁷ Cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de publicidad», *Estudios...* cit., p. 384: «Enfocado el principio de publicidad desde el punto de vista sustantivo, presenta dos aspectos, positivo y negativo [...] el Registro es *exacto* por corresponder a la realidad jurídica, e *íntegro* porque la agota. Lo inscrito es real, y nada hay fuera de la inscripción que tenga ese carácter»; NÚÑEZ LAGOS, «La evolución del principio de publicidad»,

puede confiar en que lo que el Registro publica es la verdad –toda la verdad– acerca de la situación inmobiliaria inscrita.

2. Circunstancias de su consagración y formulación en nuestro sistema hipotecario. Concretamente vamos a ocuparnos del tiempo en que se adopta en nuestro Derecho el principio de fe pública registral, y del modo en que se le lleva al texto de la Ley Hipotecaria.

A) En cuanto al primer punto, es afirmación hoy muy compartida y repetida en la doctrina la que viene a sostener que sólo tras el hito marcado por la reforma de los años 1944-46, el principio de fe pública se encuentra en él indudable y completamente aceptado y aplicado; antes de ella, tan sólo se le podía considerar embrionariamente acogido, sin que llegara a obtener ni adecuada expresión ni completo desarrollo⁸.

A nosotros, esta forma de dar por respondida la cuestión antes propuesta nos suscita muchas reservas⁹. Nunca pondremos en duda que tras la reforma de los pasados años cuarenta, y por obra de la doctrina que la preparó, el principio de fe pública registral se afirma hoy en la Ley –más que en ella, en la exposición de sus intérpretes– con mayor seguridad y nitidez que en toda la etapa anterior. Pero, esto admitido, lo que, a nuestro juicio, no puede negarse es que el principio de fe pública inspiró las tareas prepara-

AAMN XIV, 1965, p. 79: «La fe pública tiene dos notas características: exactitud e integridad»; Cossío, *op. cit.*, p. 202: «[...] por una incontrovertible ficción jurídica, se reputa que el Registro es *exacto*, por corresponder a la realidad jurídica, e *íntegro* porque la agota»; SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones...*, I, cit., pp. 372-373: «Los autores distinguen a este respecto dos aspectos de la fe pública: positivo y negativo. En sentido positivo, la fe pública registral equivale a la afirmación de que *el Registro es exacto* [...]. En sentido negativo, equivale a la afirmación de que *el Registro es íntegro o completo* [...]»; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid 1986, p. 133: «La publicidad es una *presunción juris et de jure* de veracidad e integridad del registro para el tercero que confía en el mismo e inscribe su adquisición». En la doctrina alemana, *vid.* STAUDINGER-GURSKY, *op. cit.* Rz 4: «§ 892 gewährleistet dabei den Vertrauensschutz sowohl in positiver wie in negativer Hinsicht: Der Erwerber darf sich sowohl darauf verlassen, daß die eingetragenen dinglichen Rechte mit dem gebuchten Inhalt bestehen und dem im Grundbuch als Rechtsträger Ausgewiesenen zustehen (**Richtigkeitsfiktion, positive Publizität**) wie auch darauf, daß nicht gebuchte bzw im Grundbuch bereits wieder gelöschte dingliche Rechte nicht bestehen (**Vollständigkeitsfiktion, negative Publizität**)»; en la suiza: DESCHENAUX, *Le Registre Foncier*, Fribourg, Suisse 1983, p. 9: «On parle, à ce sujet, d'un effet *positif* de l'inscription (positive Rechtskraft) [...]. La foi publique a d'ailleurs aussi un aspect *négatif*, qui opère en faveur de l'acquéreur d'un immeuble grevé d'un droit réel non inscrit [...]» (las *cvas.* son de los *aa.*).

⁸ Con diferencias de acentos y matices, pero manteniéndose sustancialmente en la misma idea, e.c., ROCA SASTRE, «La nueva Ley de reforma hipotecaria», separata de la *RGLJ*, marzo 1945, Madrid, 1945, pp. 28-29, y después: *Derecho Hipotecario*, cit., pp. 640-645; SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones*, cit., p. 375; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pp. 167-168; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Anotaciones a ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, III, 1, 3.^a ed., Barcelona, 1971, p. 279; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 250.

⁹ Nos hemos referido ya a la consagración, plena y consciente, del principio de fe pública registral en la Ley Hipotecaria de 1861, en nuestro trabajo *¿Monismo o dualismo hipotecario?...*, cit., pp. 105-112.

torias de la Ley Hipotecaria, informó su concepción y en ella encontró expresión inequívoca desde 1861. No es cuestión de entrar en este momento a desarrollar y argumentar este aserto. Tampoco es necesario. Basta el testimonio de Gómez de la Serna afirmando la inspiración germánica del contenido hipotecario del Proyecto de 1851, su explicación en tal clave por Luzuriaga, el encargo hecho en 1855 por el Gobierno a la Comisión de Códigos de atenerse al modelo germánico en la elaboración de la Ley Hipotecaria, y las plasmación del sistema elegido –aparte otros, especialmente en el 31– en su artículo 34¹⁰, del cual dirá después Núñez Lagos que fue en su tiempo «vanguardia legislativa»¹¹. Es más: tan arraigada estaba en los autores de la Ley la idea de la fe pública registral, que, como tan insistentemente se ha hecho notar –aunque en interpretación y con finalidad diferente a la que aquí sostenemos¹²– desde ella va a explicarse en los comentarios de Serna el efecto protector del originario artículo 23: «... pero [si el primer comprador no inscribió su derecho], dando lugar a que otro, engañado por el silencio del Registro comprara la finca, creyendo

¹⁰ Vid., SERNA, *La Ley hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, I, Madrid 1862, p. 637, nota, en el comentario al artículo 34 y en su respuesta a las acaloradas críticas de que fue objeto al publicarse la Ley:

«En el Proyecto del Código civil estaba adoptado el sistema hipotecario alemán, que es el que ha adoptado la nueva Ley hipotecaria. Esto era conocido desde que se publicó en el *Derecho Moderno*, revista que dirigía en 1851 el ilustrado juriconsultó D. Francisco de Cárdenas, y lo fue aún más desde que el magistrado Don Florencio García Goyena, uno de los autores del proyecto, publicó las Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, por la grande circulación que tuvo esta obra bajo la protección del Gobierno.

Mas el sistema que en el Código civil se proponía, si bien solo por la gran autoridad de los juriconsultos que en él intervinieron merecía ser examinado y discutido, debió llamar preferentemente la atención desde el momento en que el Gobierno aceptándolo como suyo, lo indicó a la Comisión de Codificación para que formulara el proyecto de ley hipotecaria. Esto era en agosto de 1855. Entonces se decía a la Comisión que el Gobierno deseaba que la nueva ley partiera del principio de publicidad... Entonces indudablemente hubiera sido ocasión más oportuna para entrar en la discusión del sistema que al antiguo quería sustituirse: entonces podría la prensa científico-jurídica, hacer al país más oportunamente el servicio que tal vez algunos, no nosotros, hoy conceptuarán como estemporáneo.

Y ya que entonces no se hiciera esto, otra ocasión se presentó oportuna también, aunque no tanto como la que acabamos de referir, en que pudo promoverse de nuevo el examen en la prensa. Esta fue el espacio que medió desde la presentación del proyecto de ley en el Senado hasta su discusión, habiendo mediado de uno a otro tiempo muy cerca de cinco meses.

Sensible es, pues, que los que creyeron que el sistema adoptado no era el conveniente y preferible a los demás, permanecieran silenciosos, y que en cierto modo hagan tardíamente indicaciones de su poca conformidad con los principios capitales de la ley.

No participamos de semejante opinión: creemos por el contrario que ha sido bien elegido el sistema: estamos en la inteligencia de que la Comisión de Codificación al desenvolverlo ha sido siempre fiel a él, tanto en la ley como en el reglamento para su ejecución...».

¹¹ NÚÑEZ LAGOS, «La evolución...», cit., p. 103: «Nuestra Ley de 1861, con su artículo 34, significa, en su época, la vanguardia legislativa».

¹² Como es sabido, sobre este dato, entre otros, fundará ROCA SASTRE su interpretación monista de nuestro sistema hipotecario. Vid. al respecto, además de su *Derecho Hipotecario*, cit., pp. 536-537, «Transcendencia de la Ley Hipotecaria de 1861», *RCDI*, 1962, pp. 591-592 y 601.

que el dominio existía aún en el que la vendió, este nuevo adquirente no podrá ser perjudicado por la compra anterior: *para él [...] no hay otro dueño que el que como tal aparece inscrito en el Registro*»¹³. Sobradamente sabía Serna que dicho precepto era de stirpe latina¹⁴, y que la publicidad germánica es una publicidad de efecto positivo basada en la protección dispensada a la confianza puesta en el Registro. Pero, aun así, entendía que en nuestro sistema germánico, el efecto de la fe pública se viene a tocar con el de la mera inoponibilidad cuando la transmisión no inscrita se refiere a un derecho ya publicado. Lo de menos será que, en razón de ese dato, el principio se exprese una y otra vez, por referencia a su dimensión negativa¹⁵. Lo que de verdad importa es que ya en 1861 nuestra Ley Hipotecaria se inspiró en el principio de fe pública registral, que lo llevó decididamente a su texto, y que sus primeros autores dejaron cumplida constancia de él en palabras no mejoradas por las fórmulas hoy empleadas para enunciarlo y definirlo: *La Ley Hipotecaria... sólo trata de evitar perjuicios al tercero que, con buena fe y fiado en la exactitud del Registro, es inducido a error y adquire bienes inmuebles o derechos reales que por descuido de otro dejaron de inscribirse oportunamente*¹⁶.

De lo anteriormente dicho, podemos dejar ya sentadas tres conclusiones:

a) Que, en absoluto, y según demuestra el Proyecto de 1851¹⁷, es posible establecer un sistema de publicidad positiva, sin que en él

¹³ GÓMEZ de la SERNA, *op. cit.*, p. 567.

¹⁴ Cfr. SERNA, *op. cit.*, p. 73, tras la relación de sus precedentes en la legislación extranjera: «En algunos Estados, como en... Francia... está declarado que los títulos no inscritos no pueden perjudicar a tercero de buena fe. En otros... se ordena únicamente que sean pospuestos a los inscritos... En todas estas legislaciones se ve dominante el principio de la nuestra..., ... que el derecho real sobre bienes inmuebles que no está inscrito, no perjudica a tercero. Más adelante van otros Estados que niegan absolutamente toda fuerza legal al título que no está inscrito para el efecto de producir derechos reales. Así sucede en Holanda, territorio de Mecklemburgo-Schewerin-Streitlitz, Noruega y Wismar, y en el proyecto de Ley Hipotecaria de Ginebra...».

¹⁵ Destacan dicho enfoque del principio en 1861, ROCA SASTRE, «Transcendencia...», *cit.*, pp. 588 y 589-592, y SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones...*, *cit.*, p. 375: «El principio de la fe pública dominó el sistema hipotecario español a partir de 1861, si bien fue formulado en diversa forma por la legislación anterior a 1944 y por esta Ley y la de 1946. Hasta 1944, la orientación general de nuestro sistema fue hacia la aceptación del principio en forma predominantemente negativa. Desde la Ley de dicho año, se inclinó nuestra Ley hacia la consagración positiva del mismo».

¹⁶ SERNA, *op. cit.*, p. 655. *Vid.*, también, CÁRDENAS, «Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación», *RGLJ*, 1871 (XXXVIII), p. 170, indicando el objeto del artículo 34: «... asegurar al tercero que contrata con el que ya tiene su derecho inscrito en el Registro, contra el peligro de ser perjudicado, si este derecho llegara a resolverse en virtud de título no inscrito, o de causas que no resultaran del mismo Registro».

¹⁷ Lo acabamos de ver en GÓMEZ de la SERNA (*supra*, nota 10) y lo mismo podríamos verlo en OLIVER, *Derecho Inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*, Madrid, 1892, pp. 60-72.

la fe pública registral se formule en la forma, igualmente positiva y expresa, en que a partir de 1861, y en sus sucesivas reformas, ha venido a proclamarla el artículo 34 de la Ley Hipotecaria¹⁸. Basta para ello que el «desenvolvimiento técnico» a que se somete el Registro (folio real, titulación auténtica, calificación registral, tracto sucesivo...) permita hacer de la inscripción practicada fundamento suficiente de la general confianza. Cuando así ocurre, la afirmación de que el derecho no inscrito no puede perjudicar a tercero –sin tener que frenarse como, sin tales soportes, tiene que hacerlo abruptamente en los sistemas latinos de transcripción– permite sobrentender que, más allá de ese efecto puramente negativo y en inseparable unión con el mismo, es el derecho inscrito el que únicamente cuenta para el tercero que confía en lo que el Registro publica¹⁹. Al fin y al cabo, establecida la fe pública registral, cada una de las formas, positiva y negativa, de expresar su efecto protector, implica la afirmación de su contraria. Se entiende por ello que Serna explicara el resultado de lo dispuesto en el artículo 34 mediante la fórmula negativa de que el derecho no inscrito no puede perjudicar a tercero²⁰.

b) Que por más que se destaque e insista en que el artículo 34 sólo muy tardíamente fue introducido en el cuerpo de la Ley Hipotecaria, lo que de tal dato nunca podrá concluirse es que la fe pública se incrusta en ella casi inopinadamente y a modo de sorprendente meteorito que introduce en su contenido algo hasta entonces ajeno a él y ausente en su inspiración²¹. Concebida y pergeñada la

¹⁸ Lo contrario, aunque con el matiz final que viene a recortarlo en gran parte, en ROCA SASTRE, «Transcendencia...», cit., p. 598: «Si en nuestra primera Ley Hipotecaria no se hubiera contenido otro precepto importante, de orden substantivo o material, que dicho artículo 23, el sistema introducido por ella había sido casi idéntico al de los denominados sistemas de transcripción, salvo en cuanto al artículo 17 de la misma Ley, en cuanto cierra el Registro al título o títulos anteriores no inscritos que hayan resultado ineficaces por la inscripción del segundo o posterior. Pero *nuestra Ley fue mucho más allá...*» (cva. del a.).

¹⁹ OLIVER, *op. cit.*, pp. 69-70: «Según todos estos preceptos, que reconocen tan importantes efectos a la inscripción, es evidente que la publicidad que aceptan y proclaman los autores del Proyecto de 1851 no tenía el concepto de la mera publicación o notoriedad de los actos inscriptos, sino el carácter y los efectos de un verdadero acto público, atribuyendo verdadera *fe pública* a los asientos del Registro, es decir, a lo consignado en los mismos» (cva. del a.).

²⁰ Cfr. SERNA, *op. cit.*, en el comentario al artículo 34, pp. 635: «En una palabra, lo que establece la Ley es que aquello que por no estar inscrito no es conocido por el adquirente, no le perjudique... Sólo el tercer adquirente de buena fe puede obtener victoria contra el dueño cuando éste dejó de inscribir oportunamente su título de propiedad, dando lugar a que aquél se anticipase a inscribir el suyo...»; y 636: «Todo esto es parte de un mismo pensamiento, que puede formularse en estos términos: *lo que no está inscrito en el registro, no puede perjudicar a tercero*» (cva. del a.).

²¹ Dato repetidamente destacado por NÚÑEZ LAGOS, para quien («El Registro de la Propiedad español», *RCDI*, 1949, p. 241) «un buen día aparecen redactados los artículos 33 y 34»; un día que hay que situar en el cuarto y último jalón de la gestación de la Ley Hipotecaria: cuando el sistema legal está ya completamente decidido y trazado: «Todo el sistema está basado en el que fue artículo 23 (hoy 32), al margen por completo del llamado principio de fe pública y del tercero hipotecario *derivado* y *apoyado* desde una previa

Ley desde el efecto asegurador de la fe pública, el meollo del artículo 34 nunca podrá ser en ella un elemento adventicio, ni el precepto que lo formula, un cuerpo extraño en la completa unidad del conjunto. De hecho, sabemos por Cárdenas que el artículo 34 fue el más meditado de la Ley²², y que en la estimación de Gómez de la Serna, combatir tal precepto era tanto como combatir y atacar toda la Ley²³. Nos consta igualmente que el inicial y tan recordado protagonismo del originario artículo 23, pronto hubo de dar paso al del 34²⁴, precepto considerado por Oliver «sin duda alguna, el más importante y trascendental de la Ley»²⁵.

c) Y, finalmente, que cuando se clarifican ideas, y de la indistinción del principio de publicidad se pasa a la diferenciación –aparte el de legitimación registral– de los de inoponibilidad y fe pública registral, entonces, el originario artículo 23 (actual 32) debe quedar fuera del ámbito propio del principio de fe pública²⁶. A ello respondió, sin duda, el indiscreto y extremoso intento de su supresión en 1944. El actual artículo 32, como exponente del valor no constitutivo de la publicidad y definidor de la protección latina a la primera inscripción, tiene ámbito propio y justificación autónoma; y, precisamente por eso, no se le puede llevar al campo de la fe pública, ni siquiera como norma expresiva de su dimensión negativa. Y sin que nada pierda por ello la afirmación de este principio en nuestro sistema registral²⁷: como antes dijimos, cualquiera de sus dos posibles formulaciones –positiva o negativa– lleva implícita la contraria. No siendo, pues, el artículo 32 la otra cara

situación registral» («Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad», *RGLJ*, 1950, p. 574). Discutible también, e insatisfactoria, a nuestro juicio, la interpretación de este mismo dato en LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, (ed. 1968), pp. 202-207.

²² CÁRDENAS, «Memoria histórica...», cit., p. 170: «Este artículo, el más meditado y el más discutido por la Comisión de todos los que comprendía la Ley...».

²³ SERNA, *op. cit.*, p. 636, nota: «Este ataque no es a determinados artículos de la Ley, es a toda ella; es a los principios en que descansa...».

²⁴ Cfr. GALINDO y ESCOSURA, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar*, II, 2.^a ed. Madrid, 1890, p. 480: «Lo que por algunos se dijo de que el art. 23 era la Ley, aplican otros al 34, y esto es suficiente para comprender su importancia».

²⁵ OLIVER, *op. cit.*, p. 447.

²⁶ Cfr. NÚÑEZ LAGOS, «La evolución del principio de publicidad...», cit., p. 82: «El artículo 32, nada tiene que ver con la integridad fe pública registral [*sic*]. Obedece a un arcaico mecanismo muy anterior a la aparición de ésta». En la doctrina actual, cfr. GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 229, para quien el artículo 32 es el primero de los que, aunque a veces mezclados y confundidos con el 34 y tratados dentro del principio de fe pública registral, deben quedar fuera de ella.

²⁷ Lo pierde en la interpretación de GÓMEZ GÓMEZ, «Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», *RCDI*, 1952, pp. 558 ss., quien, queriendo ver en el artículo 32 la base legal de la inscripción constitutiva, trae a su campo la protección del tercero contra el ejercicio de acciones reales, reservando al 34 y al juego del principio de fe pública registral el caso, por lo general, de que haya tenido acceso al Registro «un título inválido, filtrándose a través de las mallas de la calificación registral y burlando el principio de legalidad» (p. 564).

del 34²⁸, hay que prescindir de él cuando se trata de estudiar y analizar el principio de fe pública registral. La mezcla y confusión explicable en los momentos de arranque del sistema, no puede ser todavía arrastrada en la doctrina de nuestros días²⁹. Si nuestro Registro de la Propiedad despliega su «eficacia ofensiva» en dos direcciones distintas, cuando se trata de adentrarse en el estudio de una de ellas (la fe pública registral, de inspiración germánica) hay que abandonar ya el precepto que marca el rumbo de la otra (la inoponibilidad, de inspiración latina).

B) Y visto el primer punto: cuándo se instaura el principio de fe pública registral en nuestro Derecho, pasemos al segundo antes anunciado: cómo se le formula y se le lleva al texto de la Ley Hipotecaria.

Coinciden los autores en indicar que, tanto en la originaria redacción de la Ley como en la actual, el principio de fe pública no aparece enunciado en un precepto único y de alcance general, sino –falta de *elegantia juris*, dice Lacruz³⁰– en varios diferentes que lo aplican en supuestos distintos³¹. Con la señalada excepción del

²⁸ En sentido contrario, e. c., PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *op. cit.*, pp. 279: «Ambos artículos se complementan y reconocen en nuestro sistema el principio de fe pública registral» y 281: «La fe pública registral opera, pues, en esa zona de mera apariencia jurídica que resulta, por una parte, de la regla de que la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes (art. 33 L. hip.), y de otra, de las que establecen que no perjudica a tercero lo que no consta en el Registro (art. 32 Ley hipotecaria y 606 CC)...».

²⁹ Arrastrada, sin embargo, en la más prestigiosa doctrina –no estrictamente monista–, se la puede ver en DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 451: «La fe pública registral protege a los terceros y opera fundamentalmente a través de dos líneas o de dos reglas o principios, que se corresponden con los arts. 32 y 34 LH»; en el planteamiento monista, obviamente, el artículo 32 tiene forzosamente que entrar en el ámbito de la fe pública registral, única forma reconocida de eficacia ofensiva de la inscripción.

³⁰ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 168.

³¹ Cfr., entre los autores más significativos, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., pp. 534: «En la Ley de 1861 se adoptó el principio de fe pública con una formulación normativa abundante, incompleta y de tono negativo, que persistió hasta la ley actual. El art. 34 era el precepto básico [...] al que complementaban otros preceptos, principalmente los contenidos en los arts. 36 a 38 [...] existían otros, tales como los arts. 29, 31, 77, 144, y 156. Esta abundancia de preceptos –dice– ha constituido una circunstancia histórica altamente perturbadora en esta materia [...]», y 540, en cuanto a la formulación actual: «Las aplicaciones concretas que la Ley Hipotecaria hace del precepto central o básico de la fe pública registral, que es el contenido en el art. 34, 1, en su parte primera o inicial, combinado con el artículo 34, 2, las desenvuelve el art. 32 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes, los arts. 13, 15, 69, 76 y 144 de la misma y, sobre todo, por el art. 40, todos también de la Ley Hipotecaria, así como, además, los arts. 31, 220 y 37 de la misma; aparte del caso previsto en la parte final del art. 34, 1, de la ley, unido al 37 de la misma, dada su amplitud y con referencia exclusiva al supuesto de derechos claudicantes». Por lo que hace a la formulación vigente, LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pp. 167-172, ven aplicado el principio en los arts. 40, 34, 37, 31, y 220, terminando con la siguiente advertencia (p. 172): «Desde luego, son muchos más los preceptos de la LH que insisten –sin añadir nada a lo dicho aquí– en la idea de protección al *tercero* a tenor del Registro. En especial el art. 69 [...] y los 76 y 97»; y GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 228-289, delimitando terrenos, indica como *preceptos concordantes con el artículo 34 LH*, el 31, los apartados c) y d) [y, en parte, el b)] del

mismo Lacruz, que atribuye esta función al artículo 40³², vuelven a coincidir todos ellos en que, de entre tales preceptos, es el 34 el que, como exponente *princeps* del principio, más general y reflejamente lo proclama y consagra³³. Se discrepa a veces –desde planteamientos dualistas, obviamente– sobre la adscripción de alguno que otro de estos artículos a la órbita de cada uno de los dos grandes exponentes de la protección registral: el artículo 32 (principio de inoponibilidad) o artículo 34 (principio de fe pública registral)³⁴. Y se vuelve a coincidir de nuevo en la observación de que la actual redacción del artículo 34 se inspira más en la del artículo 973 del Código Civil suizo³⁵ que en la del § 892 del BGB³⁶, habiendo llegado a decirse que su primer párrafo «está calcado» de aquél³⁷. Tratemos de apostillar brevemente cada uno de estos asertos.

Que el principio de fe pública no se enuncie generalmente en un único precepto, sino que aparezca aplicado en varios en la origi-

artículo 40, el 220, el 69, los artículos 28 y 207 (aunque éste –dice– tiene también relación con el 32) y el 33 de la LH; como ajenos a él, en cambio, el artículo 32 y sus concordantes, el 36 y, sólo en parte, el 37.

³² LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 169: «Ésta es, a nuestro entender, la fórmula más general de la Lh., una suerte de *precepto-escoba* en el sistema de la apariencia» (cva. de los aa.).

³³ Principalmente, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p., esp., 539: «Hay que situar en él [en el esquema de la formulación legislativa del principio de fe pública registral] como precepto básico o fundamental en el que se centra la proclamación del principio de fe pública, el artículo 34 de la ley Hipotecaria, pero no en su totalidad, sino tal sólo en cuanto a la parte primera o inicial del primer párrafo de este artículo, combinándolo con el párrafo segundo del mismo, de todo lo cual resulta la norma siguiente: «El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho», «cuando haya inexactitud del Registro»» (cva. del a.). «Roca hace decir al artículo –contestan LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 170– lo que, sin duda, debería decir (...) pero no lo que dice». De todas formas, el artículo 34 es para NÚÑEZ LAGOS, «La evolución...», cit., p. 109, la «sede indiscutible para nuestros hipotecaristas de la fe pública registral»; para SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 390: «la expresión más característica del principio de fe pública en nuestro sistema»; y para GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 227: la «principal formulación legislativa» del mismo principio.

³⁴ El vigente artículo 37, que para ROCA SASTRE, «Transcendencia...», cit., p. 598, se mueve en la órbita del 34, fue tenido, en su precedente, el 36, por los autores de la Ley –según NÚÑEZ LAGOS, «Tercero y fraude...», cit., p. 581– como una aplicación del originario 23; hoy, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 229 y 479 ss., esp., 513-515, desintegra y divide su contenido poniendo sólo parte de él en relación con el artículo 34.

³⁵ Dice, literalmente: *Wer sich in guten Glauben auf einen Eintrag im Grundbuch verlassen und daraufhin Eigentum oder andere dingliche Rechte erworben hat, ist in diesem Erwerbe zu schützen.*

³⁶ A tenor de cuyo primer párrafo: *Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist.*

³⁷ NÚÑEZ LAGOS, «La evolución...», cit., p. 109: «El artículo 34, párrafo 1.º, está calcado del artículo 973 del Código suizo». Sin llegar a tanto, señala la inspiración de nuestro artículo 34 en su paralelo suizo, ROCA SASTRE, «La nueva Ley de reforma hipotecaria...», cit., p. 28.

naria Ley Hipotecaria, podrá hacer desmerecer la *elegantia* formal de ésta, pero es efecto y manifestación, al mismo tiempo y yendo al fondo, del carácter principal que sus autores atribuyen a la protección de la confianza que los terceros ponen en el Registro³⁸, en tiempos, todavía, en que el tratamiento y desarrollo doctrinal de la materia no había distinguido y dado nombre clara y separadamente a los distintos principio hipotecarios. Los mismos autores de la Ley, anticipándose en este punto a la crítica que ahora se les hace, comenzaron por hacerla suya: *aquí se limita la Ley*—dirá Gómez de la Serna³⁹ comentando el art. 31— *a aplicar especialmente al caso de que trata este artículo, la regla general que domina en la Ley... La Ley es, pues, lógica al expresar en este artículo lo que en su silencio, por interpretación de su espíritu, no podría menos de entenderse*. Si, conscientes de ella, la arrojaron, fue, sin duda, porque legislando en materia nueva, entendieron conveniente suprimir la posibilidad de toda duda, evitando lagunas y aplicando singular y expresamente en cada caso el principio general inspirador de la Ley. Si tenemos en cuenta lo que, a pesar de ello, la doctrina posterior ha venido afirmando sobre la acogida de la fe pública en la Ley de 1861, tendremos que convenir que no fue gratuito el modo en que procedieron sus autores al formularlo y aplicarlo.

Reconocida hoy por todos la amplitud del principio de fe pública, tampoco tiene interés sustantivo la polémica en torno a cuál sea la sede de su proclamación más completa y adecuada. Seguramente tiene razón Lacruz⁴⁰ cuando sostiene que tras la reforma de 1944-46, es el artículo 40 el que lo aplica con mayor amplitud, y que los esfuerzos de Roca Sastre para hacer de la inexactitud registral—cualquiera que sea su causa— la materia contra la que, generalmente y sin más, el 34 protege al tercero, responde al deseo de hacer decir a este precepto más lo que debería decir que lo que literal y efectivamente dice de hecho. Con todo, el dato de que haya sido el artículo 34 el que inicialmente concitó la atención de los autores sobre el efecto de la fe pública; el que, por lo mismo, provocó la enconada polémica⁴¹ que terminó por llevar a su desnaturalización en 1869 mediante el extraño añadido de las notificaciones; el que de nuevo fue retocado en 1877, cuando en él se

³⁸ SERNA, *op. cit.*, p. 619: «... la confianza que es conveniente que todos presten al Registro...».

³⁹ SERNA, *op. cit.*, p. 615, en cuya nota (a) añade: «... Tampoco encontramos reglas que se refieran a estos casos en la legislación de los demás países, que habrán, sin duda, considerado que, salvados los derechos de un tercero por disposición general, no es necesario descender a más explicaciones...».

⁴⁰ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pp. 169-170.

⁴¹ Informa extensamente sobre ella GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, pp. 623-640, en el comentario al artículo 34.

introdujo el requisito de la onerosidad, y posteriormente en 1909⁴²; y el que, finalmente, devuelto a la pureza de su primigenia orientación, con mayor atención y detalle señala, en su redacción actual, los requisitos de aplicación del principio; todos estos datos, decimos, justifican suficientemente que, como ha venido y continúa haciendo la común doctrina, sea al artículo 34 al que se reconozca su condición de exponente más significativo y principal de la protección deparada por el Registro de la Propiedad al tercero que adquiere confiando en lo que en él se publica⁴³.

Mayor interés que esta polémica tiene, a nuestro juicio, lo que a propósito de ella ha venido a decirse sobre el ámbito, no ya del artículo 34, sino del mismo principio de fe pública registral. Admitiendo que la inexactitud registral es una de las ideas-clave del artículo 34, se ha dicho que Roca Sastre la extiende desmesuradamente al admitir como una de sus posibilidades la colisión de títulos incompatibles. De esta forma –se advierte⁴⁴– se trae indebidamente al campo de la fe pública lo que en realidad pertenece como su propia materia al principio de inoponibilidad, y por tanto al ámbito de aplicación del artículo 32. Nosotros no compartimos esta opinión. La preferencia del título inscrito contra el incompatible no inscrito se resuelve por la vía del artículo 32 (principio de inoponibilidad) sólo cuando el inscrito constituye primera inscripción. Por el contrario, cuando el otorgante tenía su derecho inscrito, y de él adquirió el tercero desconociendo la transmisión anterior no inscrita y confiando en la titularidad que, a pesar de ella, el Registro sigue publicando como propia de quien le transmite, es el artículo 34 el que viene en su auxilio manteniéndole en su adquisición y poniéndole a salvo de la anterior no inscrita. Es su confianza en el dato registral previo a su adquisición, el que ahora actúa como determinante y justificador de su especial protección. El comentario de Gómez de la Serna al artículo 34 impide aquí cualquier duda: *la protección de la Ley al adquirente de buena fe se limita a dejar salvos los derechos que creyó adquirir contra los que teniendo otros derechos legítimos dejaron de inscribirlos antes que los suyos y le indujeron por su omisión a error, haciéndole*

⁴² Como cuestión superada, omitimos aquí las sucesivas redacciones del artículo 34 y los problemas suscitados en su interpretación. Una referencia a ellos puede verse en ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario...*, cit., pp. 628-640; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 389-400; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 239-249.

⁴³ Lo admiten en cierto modo LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, al decir –p. 171–: «El precepto es, desde luego, importantísimo: una de las claves de la ley. Pero no por proclamar, de modo general el principio... sino porque establece las condiciones de la protección a dicho tercero».

⁴⁴ Así, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 236, y antes, pp. 92-98, esp. 95.

*creer que a su adquisición no había precedido otra más antigua y legítima*⁴⁵.

Algo similar hay que decir respecto a la opinión que pretende llevar a la órbita del artículo 32 la protección registral del tercero contra las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias cuya causa no conste en el Registro (art. 37 LH). Sostuvo esta idea Núñez Lagos, apoyándola en la circunstancia de ser anteriores los artículos 36 y 37 de la originaria Ley Hipotecaria a la aparición y redacción del 34⁴⁶. El argumento, a nuestro juicio, no es concluyente. Antes de que se diera redacción al artículo 34 se contaba positivamente con el efecto de la fe pública, cuyo juego se consideraba implícita y promiscuamente amparado por el texto del artículo 23, en la hipótesis –normal, una vez puesto en funcionamiento el Registro– de que su dictado protector se aplicara a tercero que inscribe su derecho engarzándolo en otro anterior inscrito, y en cuya realidad y consistencia pudo confiar tomando como base el hecho de su inscripción. Es, una vez más, el fenómeno que llevó a atribuir inicialmente al originario artículo 23 el protagonismo que de inmediato habría de pasar al 34. La norma llamada a enunciar el valor *a se* de la inscripción *practicada* –de toda inscripción practicada, incluso de la primera– pasa a entenderse, *además*, como norma enunciativa del que obtiene la que se produce en conexión con otra anterior; sin que se repare suficientemente en la diferencia que va –de *ratio* o fundamento y de extensión e intensidad en el efecto– de la simple preferencia o protección del derecho inscrito frente al no inscrito, al mantenimiento *erga omnes* del tercero en su adquisición *secundum tabulas*. La redacción separada del artículo 34 responde a la capta-

⁴⁵ SERNA, *op. cit.*, p. 635. En la más reciente jurisprudencia: STS de 24 de junio de 2004: «En segundo lugar, aun estimando que no nos encontramos ante un supuesto de doble venta a que se refiere el artículo 1473 del Código Civil, sino ante una venta de cosa ajena, esto carecería de transcendencia a los efectos de declarar la nulidad de la sentencia recurrida por razón de que el comprador recurrido [...] es tercero hipotecario de buena fe, por haber adquirido a título oneroso de quien en el Registro aparecía con facultades para transmitir el dominio e inscribió su título, respecto del cual entre en juego, a su favor, la fe pública registral, al contratar confiado en el contenido del Registro en el momento de su adquisición, sin que le afecte la posible inexactitud de su contenido, cualquiera que sea la causa de la misma, al no haber accedido al Registro el contrato celebrado por el ahora recurrente, quedando así configurado el contenido registral que fue tenido en cuenta por el comprador recurrido, quien no puede sufrir las consecuencias de un actuar negligente de quien no accedió oportunamente al Registro. Nos encontramos en el caso de una adquisición a non domino», manifestación característica de la fe pública registral en favor del tercero hipotecario cualquiera que fueran los vicios de que pudiera adolecer el título de su transmitente. En este sentido se ha pronunciado con reiteración la jurisprudencia, entre otras, en sentencias de 7 de diciembre de 1987, 20 de mayo de 1988, 17 de octubre de 1989 y 15 de noviembre de 1990».

⁴⁶ NÚÑEZ LAGOS, «Tercero y fraude...», *cit.*, p. 581: «Leyendo en serie las andanzas de la redacción de los preceptos referentes a la acción pauliana, resulta claro, puesto que el art. 34 no existía, que los autores de la Ley tuvieron el art. 36 como una aplicación del 23» (cva. del a.).

ción más clara y distinta de esa diferencia, pero no marca el comienzo de la entrada de la fe pública en nuestra Ley Hipotecaria, la cual, como sabemos, en tanto que acogida al sistema germánico de publicidad absoluta y de efecto positivo, fue ya inicialmente concebida bajo su influjo inspirador. En consecuencia, pues, que en nuestro sistema registral, con el artículo 34 o sin él, después de su redacción expresa y separada o antes de ella, la protección del tercero que inscribe contra las acciones rescisorias, revocatorias o resolutorias *cuya causa no conste en el Registro* (actual art. 37), pertenece al campo de la fe pública registral, y no al de la mera inoponibilidad de lo inscribible no inscrito: porque el tercero adquiere confiando en la estabilidad y firmeza del derecho de su otorgante, adquiere en firme y definitivamente, aunque la titularidad de éste no fuera en la realidad definitiva ni estable. Que este fuera el pensamiento de los autores de la Ley lo prueba, entre otros, el siguiente texto de Gómez de la Serna, que, recopilando al final del comentario al artículo 38 –¡el primero de los que, con el 34, aparecieron en la última hornada de la redacción de la Ley, según advierte Núñez Lagos!– hace formar bloque a este precepto con el artículo 36 –perteneciente al núcleo primitivo de la Ley– para integrar un conjunto normativo de obediencia e inspiración germánica: *En los Estados en que se sigue el sistema absoluto de publicidad, y en que por tanto nunca puede perjudicar a tercero lo que no se haya inscrito en el Registro, no es necesario establecer la regla que contiene el artículo que dejamos comentado, porque el principio establecido en la ley no permite otra cosa. Sucede en ellos lo que entre nosotros acontecería, si el artículo 38 no se hubiera escrito, pues que resolveríamos del mismo modo que este lo hace los casos en él propuestos sujetándonos en ello a las bases de la Ley, a la declaración de muchos de sus artículos en que se establece que sólo puede perjudicar a tercero lo que se halle inscrito, y especialmente al art. 36, que ordena según queda expuesto, que las acciones rescisorias y resolutorias, a cuya clase pertenecen todas aquellas a que se refiere el que dejamos comentado, no se dan contra tercero que haya inscrito oportunamente su título*⁴⁷.

⁴⁷ SERNA, *op. cit.*, pp. 673-674. La referencia expresa a la confianza puesta en la información registral al tiempo de adquirir, puede verse, e. c., en pp. 647: «La Comisión de Codificación dice en su Exposición de Motivos al tratar de este artículo [se refiere al 36], que las acciones rescisorias y resolutorias, a no violarse el principio adoptado, no podrían darse contra tercero ni en su perjuicio cuando no aparece la causa de ellas en el Registro», 670: «Cuando estas causas consten expresamente en el Registro, está cumplido el objeto de la Ley, que es la publicidad, por cuyo medio advertido el tercero, no puede ser inducido a error»; y 671: «El que ha cometido la omisión de no cuidar que en la escritura que otorga se exprese la cláusula resolutoria a que está sujeto el contrato, y da lugar a que no conste en el Registro, no debe quejarse de la Ley que le ha advertido los peligros a que se exponía y ha procurado defenderlo contra ellos».

Finalmente, en cuanto a la redacción de «la expresión más característica del principio de fe pública en nuestro sistema»⁴⁸, se dice que el artículo 34 se inspira más que en el § 892 del BGB en el artículo 973 del Código Civil suizo, del cual llega a afirmarse, como ya vimos, que está «calcado»⁴⁹.

Basta cotejar nuestro artículo con la norma suiza para comprobar que lo del calco es una desmesurada exageración. Es cierto que la expresión «será mantenido en su adquisición» que hoy figura en su texto, reproduce literalmente la fórmula utilizada por la versión francesa de la norma suiza para indicar el efecto central de la protección deparada al tercero por la fe pública registral⁵⁰. Es cierto, también, que, puestos a buscar inspiración comparada a nuestro precepto, más acertado será ir a buscarla en el sistema suizo, de transmisión causal, que en el alemán, de transmisión abstracta, como es sabido: sólo en el primero podrán producirse inexactitudes registrales contra las cuales necesite ser protegido el tercero paralelas a las que en nuestro sistema se seguirán de la adopción del sistema del título y el modo. Pero todo esto admitido, hay que hacer justicia a nuestro artículo 34 reconociéndole personalidad propia y carácter autóctono⁵¹. Aunque compartiendo con las normas comparadas que se han indicado la misma tarea de formular un principio común a los sistemas atenuados al modelo germánico, en el núcleo de su contenido y en la redacción de su enunciado nuestro precepto —desde 1861 hasta nuestros días— presenta fisonomía peculiar, caracterizada por dos datos de cierta importancia.

El primero: su conexión, a modo de excepción, con la regla de que la inscripción no sana los contratos nulos (art. 33 LH). Desde su originaria redacción, pasando por las de 1869, 1877 y 1909, hasta la que le dio la Ley de 1944, el artículo 34 comenzaba diciendo: *No obstante lo declarado en el artículo anterior...* Es verdad que tal arranque no figura ya en la redacción actual, pero, aun sin él, la conexión entre los artículos 33 y 34 —expresada en su reunión en un único precepto en la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944— resulta objetiva y lógicamente por sí misma en razón del contenido de una y otra norma⁵².

⁴⁸ La expresión, ya lo hemos visto, es de SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 390.

⁴⁹ NÚÑEZ LAGOS, «La evolución...», *cit.*, p. 109.

⁵⁰ «... il est maintenu dans son acquisition», distinta, por cierto, literalmente a la empleada en la versión alemana: «... ist in diesem Erwerbe zu schützen».

⁵¹ Lo califica así NÚÑEZ LAGOS en «La evolución...», *cit.*, p. 105: «Tengo al artículo 34 de la Ley de 1861 por completamente autóctono»; quien ya, anteriormente, en «El Registro de la Propiedad Español», *cit.*, p. 243, había dicho que los autores de la Ley de 1861 llegaron a él por un camino sin precedentes legales; y en uno y otro lugar añade a su afirmación el dato de que SERNA, en sus *Comentarios*, no cita ninguno.

⁵² Así, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 251.

El dato es indiciario: En nuestro Derecho, la fe pública registral no descansa en el valor autónomo de la inscripción ya practicada; llana y simplemente: porque no existe en nuestro Derecho un tal valor autónomo de la inscripción. La inscripción no añade ni un ápice de validez al contrato inscrito, ni por tanto asegura a quien inscribe la adquisición del derecho que por medio de tal contrato piensa haber adquirido. Pero aunque nada de esto haga la inscripción en favor de quien siendo parte en dicho contrato inscribe su adquisición, para los terceros esa misma inscripción, en tanto no sea impugnada, reviste una credibilidad y genera una confianza (*fides publica* registral) que justifica y exige ser jurídicamente protegida.

Y el segundo dato característico: la inmediata puesta en conexión de la apariencia registral creíble⁵³ para el tercero con la posterior anulación o resolución del derecho del titular inscrito transmitente o *causam dans*⁵⁴. Naturalmente, no es que en nuestro Derecho se excluya del ámbito de la fe pública registral y se extraiga de su resultado sanante el caso de la adquisición radical y absolutamente *a non domino*. Con él contaba positivamente la Ley —expresamente, además, en su redacción originaria— en esta concreta sede⁵⁵ y de él volvería a ocuparse, dentro todavía del ámbito de la fe pública en el originario artículo 38.4⁵⁶. Hoy, si no se quiere entrar en la discusión sobre el exacto contenido del artículo 34⁵⁷, se le encuentra expresamente recogido en el artículo 40 a) de la Ley Hipotecaria.

⁵³ «... persona que en el Registro aparezca con derecho para ello...», desde la redacción inicial del precepto hasta 1944; «... persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo», en la redacción actual.

⁵⁴ «... aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo Registro», en la redacción del precepto hasta 1944; «aunque después se anule o resuelva el [derecho] del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro», en la redacción actual.

⁵⁵ Cfr. SERNA, *op. cit.*, p. 622, en el comentario al artículo 34: «Se refiere solamente [el artículo que comentamos] al caso en que apareciendo alguno en el Registro con derecho para celebrar un contrato o acto transmita la propiedad o establezca o traspase otro derecho real cualquiera en la cosa inmueble, cuando existe un título anterior no inscrito, o una causa que no aparezca claramente del Registro, y ordena que en este caso no sea perjudicado el tercero por el acto o contrato que no pudo conocer por sus libros. [...] injusto sería que tuviera que experimentar sus consecuencias el que engañado por el silencio del Registro adquiriese la finca que otro había comprado antes al que se la vendió a él, o el que comprase como libre el predio sujeto a una carga o a una condición de que no pudo tener conocimiento por el Registro».

⁵⁶ «En consecuencia de lo dispuesto en el artículo 36, no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, por ninguna de las causas siguientes: [...] 4.ª Por la doble venta de una misma cosa, cuando alguna de ellas no hubiere sido inscrita».

⁵⁷ *Vid.*, para ella, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., pp. 539-545; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pp. 169-171; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 236-237.

Lo que esta peculiaridad redaccional viene a poner en primer plano es la incidencia del mecanismo transmisivo del título y el modo en la proliferación natural de las apariencias registrales justificadoras de la confianza protegible de los terceros; incidencia, además, ensanchada en nuestro Derecho –mejor habría que decir: no violentamente sofocada– por el sistema del *numerus apertus* o de libertad de conformación de los derechos reales (arts. 2 LH, y 7 y 51.6.^a RH).

Es importante este dato, porque a su vista resalta cuan insuficientemente se expresa para nuestro Derecho el efecto o resultado de la fe pública registral cuando se le indica, sin más, recurriendo a la consagrada expresión de la adquisición *a non domino*. En nuestro sistema de transmisión causal, *numerus apertus* e inscripción no constitutiva, el Registro protege al tercero que adquiere de titular inscrito, no sólo contra el defecto radical y absoluto de titularidad en el transmitente, sino también contra las condiciones y causas que la hacen inestable y la dejan pendiente, y contra las cargas y límites que, igualmente existentes aunque no inscritas, la recortan en sí sin que el tercero adquirente pueda normalmente saberlo.

3. Pasando ya de la redacción del artículo 34 a la indicación de su *ratio* y fundamento, suele decirse actualmente que la fe pública registral, derivada del principio de legitimación y sostenida en él, conecta inmediatamente con la legitimación o facultad dispositiva que del asiento resulta en favor del titular inscrito⁵⁸. Nada hay que objetar, en sustancia, a esta indicación, pero sí algo que perfilar y concretar en torno a ella, teniendo en cuenta, sobre todo, que en la formulación legal de nuestro sistema registral, la expresión detenida y refleja del principio de fe pública se adelantó en el tiempo a la del principio de legitimación, que, indistinguible en sí mismo e inadvertido en su singularidad, apenas es vislumbrado en 1861 dentro del contenido, complejo y confuso, del principio de publicidad.

Yendo, pues, a la raíz del problema, hay que afirmar que a la fe pública se llega en nuestro Derecho, *via recta*, desde que se percibe la seguridad del tráfico inmobiliario como una cuestión de orden

⁵⁸ Cfr. e. c., SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 368-373, concretamente en esta última: «Aunque la fe pública registral deriva de la facultad de disponer concedida al titular inscrito por la presunción legitimadora del Registro...»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, p. 595: «En orden a la disposición de los bienes o derechos inscritos, el principio de legitimación tiene como consecuencia más radical que quien adquiere, en determinadas condiciones, de persona que en el Registro aparece con facultades para transmitir, tenga, respecto del verdadero dueño o titular de un derecho real, una posición inatacable»; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 231: «... la clave del artículo 34 LH es la confianza del tercero en la legitimación dispositiva resultante del Registro...» (cva. del a.).

público⁵⁹, y se decide la creación de un Registro de la Propiedad que permita obtenerla a plena satisfacción. Si el Registro tiene que dar «completa seguridad»⁶⁰ al adquirente, tendrá que organizarse concienzudamente: *Por lo mismo que se han atribuido a la inscripción efectos tan importantes, ha sido preciso rodearla de una solemnidad que asegure la legitimidad de los títulos en que se funda*, dejó dicho Luzuriaga⁶¹, dando derecha respuesta a la cuestión que aquí planteamos. El desenvolvimiento técnico del Registro, su ordenación por fincas, la exigencia de titulación auténtica, el control de legalidad, el tracto sucesivo... todos son instrumentos tendentes a la obtención de una publicidad *fiable*, merecedora de la discreta confianza de quien a ella se acoge. He aquí cómo la fe pública registral aparece de la mano de la legitimación registral y sostenida en ella: el Registro es presumiblemente exacto y en él se puede confiar. No había en 1861 precepto alguno que formulara el principio de legitimación como hoy lo hace, principalmente, el artículo 38, pero los autores de la Ley contaban con él⁶², y el mismo artículo 34, al hablar de «actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que *en el Registro aparezca* con derecho para ello» daba indicio suficiente de su presencia y de su influjo inspirador en el texto mismo de la Ley⁶³.

⁵⁹ Vid. LUZURIAGA, en las *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, de GARCÍA GOYENA, Madrid, 1852, IV, pp. 194-195: «... no es, como quiere suponerse, el interés de un particular el que se protege con la publicidad, sino que con ésta se procura que, asegurados todos de la situación de una propiedad determinada, no tenga nadie motivo para retraerse de contraer con el propietario; ese retraimiento que daña a la causa pública, es lo que la Ley se propone evitar, no el daño aislado de una persona privada».

⁶⁰ Cfr. LUZURIAGA, *op. cit.*, pp. 209-210: «Ante todo, es necesario que la propiedad misma ofrezca en su transmisión una completa seguridad al que trata de adquirirla»; SERNA, *op. cit.*, p. 575: «... no podía ser de otra manera si no había de anularse en algunas ocasiones el principio dominante en la Ley de dar plena seguridad...»; CÁRDENAS, «Memoria histórica...», *cit.*, pp. 170-171: «... el Registro sería inútil para los fines de su institución, si no era por sí garantía suficiente contra los derechos desconocidos, de la seguridad de los consignados en él, con todas las formalidades requeridas».

⁶¹ LUZURIAGA, *op. cit.*, p. 212.

⁶² Cfr. LUZURIAGA, *op. cit.*, p. 212: «Admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción y desde su data, surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, es consiguiente que en el Registro público no se reconozca como propietario sino al que resulta tener este carácter por la última inscripción»; GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 413: «... mientras no aparezca en el Registro que el antiguo dueño ha dejado de serlo, se considerará que lo es»; ídem, p. 579: «... los perjuicios que puedan ocasionarse [por la falta de la inscripción de algún derecho] no deben recaer [...] sobre el que, bajo la garantía de las leyes, adquirió lo que, según Registro, pertenecía al que ya había enajenado».

⁶³ Contra la opinión radicalmente contraria de ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 344, hay aquí que estar de acuerdo con NÚÑEZ LAGOS, «La evolución...», *cit.*, p. 79: «Creo que es mérito de nuestra primitiva Ley Hipotecaria el haber consagrado el principio de legitimación sustantiva en la prístina redacción del artículo 34 al hablar de “persona que en el Registro aparezca con derecho para ello”, frase que con ligera variante ha llegado a nuestros días, y que introducida en nuestra Ley, sin conciencia de su alcance técnico, desconocido en su época, significa un avance de nuestro sistema sobre todos los del siglo XIX. Ni

El buen orden del tráfico inmobiliario exige seguridad; y la publicidad, el instrumento que la sirve, es el medio para obtenerla. Merece la protección de la Ley quien, para adquirir, se deja guiar por lo que el Registro publica; mucho más cuando en torno a su adquisición los intereses en pugna son el de quien confiando en el Registro se acogió a él y el de quien, despreocupándose de registrar el suyo, hizo engañosa la publicidad. Ésta es, en sustancia, la explicación de por qué se llega en nuestro Derecho a la fe pública registral y cómo se la fundamenta o justifica⁶⁴. Imposible dejar por tratado este punto sin recordar la feliz y certera expresión de esta idea en palabras de Castro y de Núñez Lagos: Nuestra Ley Hipotecaria llegó a la idea misma de la fe pública registral y al modo de sustentarla «por un camino sin precedentes legales, pero con una intuición maravillosa»⁶⁵, pura y simplemente, «con la fórmula práctica y original de la protección del tercero»⁶⁶.

Era importante, en nuestra opinión, recorrer al modo en que lo hemos hecho el camino que en nuestro Derecho llevó a la consagración de la fe pública registral y recordar la forma en que se la fundamentó, porque desde tal recorrido y recuerdo pueden y deben perfilarse y juzgarse algunas afirmaciones que al respecto se encuentran a veces en nuestra doctrina.

don Jerónimo González, ni los autores anteriores, ni los posteriores, vieron esta legitimación sustantiva, como tampoco se dieron cuenta de que en el artículo 20 habían introducido una verdadera legitimación formal para transmitir».

⁶⁴ Basten como muestra los dos siguientes textos de SERNA, *op. cit.*, p. 548: «Se limita [la LH] a decir que el derecho no inscrito no puede perjudicar a tercero, porque de otro modo se convertiría en daño del adquirente de buena fe la omisión que no había podido prever ni evitar, y porque es más justo que ceda en perjuicio del que pudiendo inscribir no lo hizo, dando lugar a error cuyas consecuencias recaen sobre él, tanto por ser el culpado, como porque se supone por presunción legal que el que no usa oportunamente de su derecho de inscribir, renuncia tácitamente a la prelación que más previsor hubiera tenido sobre el adquirente posterior que inscribió antes»; p. 671: «El que ha cometido la omisión de no cuidar que en la escritura que otorga se exprese la cláusula resolutoria a que está sujeto el contrato, y da lugar a que no conste en el Registro, no debe quejarse de la Ley que le ha advertido los peligros a que se exponía, y ha procurado defenderlo contra ellos. Más justo es que sea él quien sufra el perjuicio que el tercero, que fue por su culpa inducido a error».

⁶⁵ NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», *cit.*, p. 243, quien a la frase transcrita en el texto añade para explicar la mente de los autores de la Ley: «*Inter partes*, el problema del título, válido o inválido, no interesa al Registro; queda en el Derecho civil. [...] No obstante, si el título inválido e inscrito, o mejor dicho, si el asiento claudicante que encierra un acto o contrato nulo ha inducido a error a un adquirente posterior, respecto de éste no se hace efectiva la nulidad o resolución del derecho de su causante o transmitente. Para este tercero especial la resolución o la nulidad han dejado de ser *ex tunc*. Queda protegido frente a la acción reivindicatoria. Así lo consagra el artículo 34».

⁶⁶ CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1949, p. 192. «En la preparación de la ley intervino, de modo decisivo, Gómez de la Serna, que supo superar las exageraciones, que en base del principio de la publicidad defendiera Luzuriaga, y las ideas afrancesadas sobre transmisión de la propiedad mantenidas por García Goyena, con la fórmula práctica y original de la protección del tercero».

Cuando se dice, por ejemplo, que la fe pública registral es una consecuencia del principio de legitimación, forzoso será distinguir. Valga la afirmación cuando se la refiere al orden de la causación *a posteriori*, instrumental e inmediata. En el orden, en cambio, de la causalidad más remota; allí donde el Registro y su organización se consideran más que como una realidad ya conformada y en funcionamiento, como un proyecto a definir y acomodar al fin que con él se pretende; allí, pues, donde la causación remite más a los fines que a los instrumentos necesarios para obtenerlo, la fe pública registral es anterior a la legitimación registral. Es lo que revelaba la expresión de Luzuriaga antes recordada: porque de la inscripción registral se pretende hacer el fundamento de la confianza del tercero y el instrumento de su completa seguridad, ha sido necesario rodearla de cuantas garantías son necesarias para hacerla objetiva y discreta o juiciosamente creíble. La diferencia es muy clara con lo que ocurre en los sistemas latinos de transcripción y mera prioridad: con una finalidad mucho menos ambiciosa, la toma de razón no necesita tales garantías. Es, pues, la fe pública la que lleva a recurrir a los presupuestos que permiten asentar la legitimación registral o presunción de exactitud y que, desde ella, derivan en la protección del tercero mediante el mantenimiento del mismo en su adquisición llevada a cabo en las condiciones exigidas por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria⁶⁷.

Tampoco se explica exactamente las cosas, a nuestro juicio, cuando se dice que la adquisición obtenida en aplicación del principio de fe pública registral conecta causalmente con la legitimación dispositiva que del Registro resulta en favor del titular inscrito⁶⁸. La legitimación registral sería así un concreto supuesto de legitimación aparente, necesaria, una y otra, para justificar que el tercero pueda adquirir eficazmente de quien, no siendo dueño en la realidad, como tal aparece inscrito en el Registro de la Propiedad. Ésta es, nos parece, una forma aproximativa de hablar, que, en su aproximación al problema, no llega a situar exactamente la clave de su explicación. Que la llamada legitimación aparente –registral o extrarregistral– no es una de entre las formas de verdadera legitimación resulta muy claro en esta materia de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Hipotecaria. Más bien, pues, que auténtica legitimación registral (aparente) del titular inscrito, lo que en

⁶⁷ Nos remitimos a lo dicho sobre esta materia en *Bases del Derecho de Cosas...*, cit., pp. 626-628.

⁶⁸ Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 373: «Aunque la fe pública registral deriva de la facultad de disponer concedida al titular inscrito por la presunción legitimadora del Registro...»; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 231: «... la clave del artículo 34 es la *confianza del tercero en la legitimación dispositiva resultante del Registro...*» (cva. del a.).

razón de la inscripción se produce en el caso es un supuesto de apariencia de legitimación; apariencia que, no obstante su oquedad o vacío interior, sirve a la buena fe del tercero que confía en el Registro para que éste pueda adquirir válida y eficazmente *como si* aquella fuera existente y real⁶⁹. La buena fe del tercero que confía en el Registro, y no la aparente legitimación de quien en él aparece como dueño es lo que, excepcionando el principio rector de la adquisición derivativa, justifica y explica realmente la llamada adquisición registral *a non domino*. Lo da a entender claramente la relación de excepcionalidad que en la arquitectura de la Ley Hipotecaria conecta el artículo 34 con el 33. Aunque el titular inscrito no sea dueño, y aunque el que no es dueño no puede transmitir, la adquisición del tercero, salvada por la buena fe, será mantenida en Derecho⁷⁰.

Hasta tres épocas distintas se han distinguido doctrinalmente entre nosotros en el establecimiento y fundamentación de la fe pública registral⁷¹. Teniendo a la vista el anterior discurso, y limitada nuestra atención al orden de lo legal, nosotros consideramos cosa cierta y comprobada que entre el originario artículo 34 de la Ley Hipotecaria y el actualmente vigente las diferencias son sólo accidentales. Lo que la común doctrina hoy afirma del actual 34 es lo mismo que en 1861 Cárdenas y De la Serna afirmaron de su precedente. Es verdad que la legitimación registral, apenas insinuada en 1861, aparece hoy expresamente prevista y extensamente regulada en la Ley. También es cierto que desde 1869 hasta la reforma de los años cuarenta, al principio de fe pública se le adjuntó en la Ley –sin que el añadido obtuviera vigencia efectiva en la práctica⁷²– el extra-

⁶⁹ Lo admite así GARCÍA GARCÍA, *op. et loc. ant. cit.*, cuando a las palabras antes transcritas añade: «... es decir, en la *apariencia registral* derivada del principio de legitimación registral que produce el asiento y que hace que el legislador tome en consideración esta situación para llegar incluso a la protección de las adquisiciones inmobiliarias *a non domino*» (cva. del a.).

⁷⁰ Importante en esta materia, LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952. Nosotros nos ocupamos de este tema en *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Sevilla 1978, pp. 350-356.

⁷¹ Cfr. NÚÑEZ LAGOS, «La evolución...», *cit.*, pp. 111-112: «A) En una primera etapa que comienza con la Ley de 1861, nuestro sistema, consciente o inconscientemente, es un sistema de *toma de razón* [...] B) En una segunda etapa, que no ha tomado concreción legislativa, sino solamente doctrinal a partir de los *Principios hipotecarios* de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, la inscripción es un *acto* jurídico [...] C) Finalmente, una tercera etapa, considera la inscripción, no como acto sino como resultado: como *asiento*. La dimensión acto queda reducida a trámite y peripicia de la dimensión papel».

⁷² La afirmación es general. Se la puede ver, e. c., en ROCA SASTRE, «Transcendencia...», p. 600; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 246, y SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 398-399, quien añade a ella esta interesante y acertada observación: «La práctica jurídica hizo caso omiso de este sistema de notificaciones. Todos los autores reconocieron que el procedimiento no había sido nunca utilizado, hasta el punto de que algunos sostuvieron que había quedado derogado por el desuso. Lo cierto es que, propiamente hablando, no fue un precepto que cayó en desuso,

ño y desnaturalizador expediente de las notificaciones cuya introducción fue tan criticada y lamentada por Cárdenas, como ya sabemos. Pero nada de esto enturbia la nitidez del dato que ahora venimos destacando: entre el artículo 34 de 1861 y el actual hay sustancial identidad de concepción y contenido⁷³. El efecto de la fe pública en su previsión originaria es el mismo que hoy campea en el texto de la Ley. Ni su fundamento es otro en nuestros días que el que lo sustentó en el originario diseño de la arquitectura de la Ley.

Por último, y precisamente porque con ese mismo fundamento se mantiene hoy en la Ley, como en 1861, una fe pública registral tan sólidamente asentada como en Derecho es necesario y suficiente, y tan rica y plena en su resultado protector como la que más en la perspectiva comparada, hay que disentir de quienes sostienen que la nuestra, sin soporte en el valor autónomo del asiento registral⁷⁴, o sin la premisa de la inscripción constitutiva⁷⁵, no pasa de ser una fe pública algo impropia o inconsistente⁷⁶. La autonomía del asiento respecto al derecho publicado es una forma de exceso que ni se justifica en sí misma ni es precisa para dar a la fe pública el fundamento que sólo debe proporcionarle la buena fe del tercero apoyada en la seriedad de la organización del Registro y en las garantías impuestas a la inscripción⁷⁷. Por ello mismo, nada añade

sino que no fue usado, no fue recibido en la vida española, lo cual demuestra que no respondía a una necesidad real, sino a una elucubración teórica sin transcendencia práctica» (cva. n.).

⁷³ Cfr. EM de 1944: «Objeto de particular estudio ha sido el principio de fe pública registral [...]. Después de ponderar las ventajas e inconvenientes que en orden a la aplicación del predicho principio rigen en la legislación comparada, se ha considerado pertinente mantener el criterio tradicional español».

⁷⁴ Cfr. NÚÑEZ LAGOS, «La evolución...», cit., pp. 110-111: «En un sistema de genuina fe pública, los asientos tanto del transmitente como del adquirente, aunque nulos, se conservan en su texto íntegro por la mera presencia registral del tercero adquirente de buena fe. El acceso de éste al Registro petrifica *ipso facto*, en su tenor literal, frente a impugnaciones que procedan del exterior, dos asientos: el del causante y el del causahabiente. En el sistema español, ninguno de estos dos asientos queda petrificado...». Lo refuta ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., pp. 531-534.

⁷⁵ CARRETERO, «Retornos al Código Civil», II. *RCDI*, 1962, p. 95: «La registración por fincas, el riguroso principio de legalidad, el desarrollo del de especialidad, e incluso la introducción total y plena del principio de fe pública registral y el máximo desarrollo que se pretende al principio de legitimación, todo es inútil y hasta contraproducente; todo se viene abajo, si el sistema carece del pie fundamental de sustentación: el principio de publicidad latino o el principio de publicidad germánico vigorizado (principio de inscripción)».

⁷⁶ Vid. NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», cit., pp. 246-247: «Aunque estos últimos años anteriores a la reforma de 1946 se ha generalizado la expresión *fe pública registral* para expresar la inmunidad del tercero, teniendo en cuenta la historia dogmática del concepto fe pública registral, no resulta muy correcta la expresión. El principio de fe pública registral consagrado en el BGB tiene las siguientes diferencias con la situación análoga de la ley española: ...».

⁷⁷ Cfr. EM sobre la Reforma y Adición de la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1869: «... Para que esto no sucediera habría sido preciso conceder a la inscripción el efecto de convertir en ciertos o legítimos los actos o contratos que fueran falsos o nulos, y esto se halla fuera de los límites de la justicia y de la conveniencia pública»; EM 1944: «La ficción jurídica de considerar que la inscripción es exacta e íntegra, en los casos en que no concuerda con la verdad, sólo puede ser mantenida hasta donde lo exija la indispensable salvaguardia del comercio inmobiliario».

a la fe pública la artificiosa manipulación del procedimiento transmisor que, llevando la inscripción al mecanismo de la adquisición derivativa *inter vivos*, e independizando además ésta de su causa en Alemania, no puede llegar a conjurar ese margen de inexactitud registral que se produce en las demás hasta tanto no sea llevada al Registro la adquisición que se produjo fuera del mismo y sin su intervención. Propia y genuina fe pública es, desde luego y sin más, la que protege la confianza generada por la inscripción registral cuando el Registro se organiza y la inscripción se obtiene con el rigor necesario para poder generarla.

4. Después de todo lo dicho, es ya muy fácil determinar cuál es la clave explicadora o, como también podría decirse, la naturaleza jurídica del principio de fe pública registral. La misma expresión literal del artículo 34 de la Ley Hipotecaria —aunque a sus palabras no atribuyamos la intención de resolver la cuestión planteada ni queramos explicar su empleo como una referencia en sentido técnico a su solución—, al referirse al titular registral como la persona que en el Registro *aparece* con facultades para transmitir⁷⁸, apunta certeramente —adelantándose a los tiempos y con intuición maravillosa, vimos que decía Núñez Lagos⁷⁹— hacia la doctrina de la protección de la apariencia jurídica. Así, efectivamente, se explica en Alemania la fe pública registral⁸⁰, y así también, con razón, la interpreta y entiende nuestra mejor doctrina⁸¹.

Efectivamente, atendiendo a sus presupuestos y efecto, hay plena identidad entre los que se cumplen en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y los que se asignan al juego de la protección de la apariencia⁸². En cuanto a los presupuestos, yendo a lo sustancial y *grosso modo*, tanto en uno como en otro se exige, en primer lugar, la producción, a modo de *species facti*, de una situación objetiva de apariencia jurídica, apariencia de titularidad y de expedita y plena facultad de disposición en el caso de la fe pública, que, además, resulta conformado en ella artificial y técnicamente por el Registro

⁷⁸ La expresión «que en el Registro *aparezca*» figura invariable en el texto del artículo 34 desde 1861 hasta nuestros días.

⁷⁹ NÚÑEZ LAGOS, «La evolución...», cit., p. 88, y «El Registro...», cit., p. 243, respectivamente.

⁸⁰ Por todos, STAUDINGER-GURSKY, § 892 Rz 5.3: «Nur der Inhalt des Grundbuches wird nach § 892 Abs 1 S 1 als richtig fingiert; die Eintragung im Grundbuch bildet damit die unerlässliche objektive Rechtsscheinbasis».

⁸¹ Cfr., e.c., NÚÑEZ LAGOS, «La evolución...», cit., p. 110; COSSÍO, *Instituciones...*, cit., p. 201; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *op. cit.*, pp. 280 y 281; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 370 y 372; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 169; DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao, 1975, pp. 13-14; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, cit., p. 605; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 230-231.

⁸² Nos remitimos, en cuanto a los presupuestos y efectos de la protección de la apariencia, a lo dicho en *La representación aparente...*, cit., pp. 441 ss.

de la Propiedad en tanto que instrumento jurídico público de cognoscibilidad legal de las situaciones jurídicas inmobiliarias; y, en segundo lugar, la actuación de un «tercero», alguien ajeno a la producción de aquella apariencia, que, dándola por cierta y creyéndola expresión de la realidad, haya actuado dejándose guiar por ella. Y, en cuanto al efecto: el resultado de esa equiparación inmediata y definitiva de la apariencia con la realidad que en la teoría de la apariencia se produce en favor del tercero, es la que se cumple en la fe pública cuando a tal tercero se le mantiene en su adquisición, aunque después se anule o resuelva el derecho de su transmitente por causas que no constaban en el Registro. La fe pública registral, en su concreto supuesto, como más generalmente la protección de la apariencia jurídica, es entonces el cauce por el que discurre el gran principio de la seguridad dinámica o seguridad del tráfico: aquella que exige que ninguna adquisición se pueda ver frustrada por efecto de causa alguna que no pudo conocer el adquirente de buena fe ⁸³.

A nuestro modo de ver, esta forma de subsunción de la fe pública registral en la teoría de la protección de la apariencia es completamente natural y llana. Con razón se ha dicho en nuestra doctrina que han sido los principios de legitimación y fe pública los que han abierto el camino hacia la generalización de la protección de la apariencia jurídica ⁸⁴. A pesar de ello, la tesis aquí propuesta necesita hoy día ser reafirmada y, todavía, en algún aspecto, defendida y razonada.

Reafirmada, porque en nuestra más reciente doctrina se la ha venido en negar. Se piensa que reconducir la publicidad registral a la apariencia jurídica es una equivocada forma de rebajarla. La publicidad – se ha dicho ⁸⁵– es mucho más que mera y grosera apariencia: es la «verdad oficial» –mientras no se demuestre lo contrario– acerca de los derechos reales inmobiliarios. Habiéndonos ocupado ya de esta nueva forma de ver y explicar el valor de la publicidad, no vamos a repetirnos volviendo a entrar de nuevo en su refutación ⁸⁶. Baste insistir en que el calificativo «oficial» que se añade a la «verdad» de la publicidad regis-

⁸³ Cfr. EHRENBERG, «Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit», *Iherings Jahrb.* 1904, pp. 280: «... der ein Recht erst erwerben will, er hat das größte Interesse daran, daß der beabsichtigte Erwerb, und zwar so, wie er beabsichtigt war, gelingt und nicht, ganz oder teilweise, vereitelt wird durch Umstände, die ihm, dem Erwerber, unbekannt sind, z. B. dadurch, daß der Veräußerer der Sache gar nicht zur Veräußerung befugt war, oder daß die Sache mit einem Pfandrechte belastet war: dies ist augenscheinlich ein dringendes Erfordernis der Verkehrssicherheit».

⁸⁴ Cfr. BÉRGAMO LLABRÉS, «La protección de la apariencia jurídica en el Derecho español», I.C. Notarial, Valencia, 1946, p. 247.

⁸⁵ Vid. PAU PEDRÓN, «Efectos de las inscripciones en la constitución de los derechos reales», *RCDI*, 1994, pp., esp., 2210-2211; también, AMORÓS, en el Prólogo a CORRAL GIJÓN, *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, Madrid, 1996, p. XVII.

⁸⁶ Vid. para ello, nuestro trabajo «La inscripción en el Registro de la Propiedad...», cit., pp. 238-256.

tral, está indicando por sí mismo que tal verdad no es la auténtica y única verdad: la que de la publicidad podría afirmarse por su adecuación a la realidad. Si no siéndolo y a pesar de no serlo, como tal se la trata en favor del tercero que en ella confía, llámese como se la llame, es porque se la considera fuente condigna de la confianza del tercero en idénticos términos a como con la apariencia jurídica lo hace la teoría que con tal nombre se denomina⁸⁷.

Pero también, defendida y razonada, decíamos, porque llevada la fe pública registral a la teoría de la protección de la apariencia, y de esta forma conectada con las exigencias de la seguridad del tráfico, adquiriría un carácter principal que parecería entrar en contradicción con el carácter excepcional que el artículo 34 parece asumir respecto a la regla general contenida en el 33⁸⁸. La cuestión así concretamente planteada no es sino la derivación al campo de la fe pública registral del problema que respecto del principio general de protección de la apariencia se plantea por su oposición a la regla básica y elemental del *nemo plus juris in alium tranferre potest quam ipse habet*. También de este punto nos ocupamos hace ya algún tiempo al defender la categoría de principio general alcanzada en nuestros días por la protección de la apariencia. Remitiéndonos a lo dicho entonces⁸⁹, y contando con su refrendo en alguna jurisprudencia posterior⁹⁰, podemos repetir hoy que la generalidad de la regla *nemo plus juris...* no impide a la protección de la apariencia actuar con alcance de verdadero y propio principio general siempre que, distinguiendo campos, se asigne a una y otra su propio ámbito de actuación. Una vez operada dicha asignación, la relación entre la regla *nemo plus juris...* y la protección de la apariencia no será la de principio y excepción sino la de la alternancia de principios distintos llamados a actuar uno y otro cada cual en su

⁸⁷ Una muestra de ello, en el Preámbulo del RD 685/2005, de 10 de junio, sobre publicidad de resoluciones concursales y por que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil en materia de publicidad registral de las resoluciones concursales: «La inscripción en un Registro público reviste a lo inscrito del carácter de verdad oficial, de manera que el Estado protege al tercero que confía en la apariencia tabular».

⁸⁸ Excepción, además, «reducida» –dicen GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, p. 492– al introducirse en él, por obra de la reforma de 1877, el requisito de la onerosidad.

⁸⁹ *Vid. La representación aparente...*, cit., pp. 435-440.

⁹⁰ *Vid.*, e.c., Sentencias de 20 noviembre 1990: «... normas generales de la contratación, regidas por unos principios generales de necesaria aplicación, entre los que destacan el de la buena fe y el de la seguridad del tráfico jurídico [...] el segundo principio citado [...] supone en la esfera negocial, que quien de buena fe realiza un negocio jurídico, de la naturaleza que sea, fundado en la confianza razonable que objetivamente suscita una situación aparente, debe ser protegido, aunque de ello resulte un sacrificio para el interés o para el derecho de otros»; y 17 abril 1998 (en materia de representación aparente): «En definitiva, los principios de seguridad jurídica y de protección de terceros de buena fe imponen que no se haya de perjudicar a dichos terceros por limitaciones o supresiones del poder de representación que no hayan podido conocer ni racionalmente prever».

campo propio. La regla *nemo plus juris...* actúa, no sólo como exigencia lógica elemental sino como auténtico principio jurídico exigido por la seguridad estática o seguridad de los derechos en la relación *inter partes* e incluso frente a los terceros que no reúnan los requisitos de protegibilidad exigidos por la teoría de la apariencia. Es en este campo donde la seguridad de los derechos impone su propia ley: que nadie pueda ser privado de su derecho sin su propia intervención y por obra de otro⁹¹. Es al aparecer en escena el tercero protegible cuando se pone en juego la teoría de la protección de la apariencia jurídica, que, al entrar en acción –así agudamente se ha distinguido⁹²– no viene a excepcionar el principio *nemo plus juris...*, sino a sustituirlo marcando un ámbito donde este nuevo criterio está llamado a operar con carácter tan general como el que se atribuye al principio de la seguridad del tráfico. Si en el antiguo Derecho bastó con privar de eficacia externa al negocio sobre el patrimonio ajeno y someter la adquisición derivativa al rigor del principio *nemo plus juris...*, en el moderno se ha hecho necesario deslindar campos y adjuntar a éste el de la protección de la apariencia cuando está en juego el interés de un tercero que de buena fe se ha dejado guiar por dicha apariencia objetivamente creíble. Es así cómo lo que en la Ley Hipotecaria se empezó expresando como una medida excepcional, viene en la realidad bien explicada de las cosas a constituir un verdadero principio, tan amplio y general como el de la llamada protección del tráfico jurídico, en el cual termina por englobarse.

2. INDAGACIÓN MÁS EN PARTICULAR SOBRE ALGUNOS EXTREMOS

a) **Añadidos y limitaciones en la línea protectora de la confianza puesta en el Registro, al concretarse en él una forma artificial y técnica de apariencia protegible; algunos supuestos**

Siendo legalmente cierto que la fe pública registral no descansa autónomamente en el valor de la inscripción (arts. 31, 33, 34, 40 y 211-220, amén de los 198-210 LH), sino en su fiabilidad objetiva, consiguiente a la rigurosa organización del Registro y a las cautelas

⁹¹ Cfr. EHRENBURG, *op. cit.*, p. 279: «Zur Rechtssicherheit gehört nämlich vor alle, daß der Berechtigte einen gesicherten Rechtsbestand hat, d. h. daß ein Verlust und eine Beeinträchtigung seines Rechts nicht ohne seinen Willen eintreten kann».

⁹² Cfr. D'AMELIO, «Apparenza del diritto», *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1976, p. 715.

y garantías exigidas para la registración; y, ellas supuestas y como en su raíz, en la decisión del legislador de hacer del Registro de la Propiedad el necesario instrumento del tráfico inmobiliario de buena fe, es claro que su fundamento o razón de ser no puede ser otro que la protección de la discreta confianza de quien para adquirir o admitir garantía inmobiliaria actúa dejándose guiar por lo que el Registro publica⁹³. Lo así dicho respecto a la fe pública registral no es, obviamente, sino una aplicación a la publicidad del Registro de lo que en general debe decirse respecto a la protección de la apariencia jurídica. Instituto éste nacido para la protección de la seguridad jurídica o del tráfico, tiende a proteger la confianza puesta de buena fe por el tercero en lo que al exterior se manifiesta y objetivamente aparece como expresión de la realidad⁹⁴. Ocurre, no obstante, que precisamente en la aplicación del principio general a su hipótesis particularizada y concretada en la apariencia registral, con lo que ésta implica de concreción y desarrollo instrumentalmente circunstanciado al tener que contar con la pergeñación detallada del mecanismo artificial de producción de la apariencia, se hacen necesarias algunas precisiones, añadidos o limitaciones en torno a la confianza desencadenante de la medida legal protectora producida al amparo de la fe pública registral. Ni puede extrañar que así sea: la derivación de las aguas de la protección de la apariencia, desde su discurrir natural hasta el cauce artificial y complejo del funcionamiento y juego del Registro, impone particularizaciones en tema de confianza, que, sin negar sustancialmente el valor y significado de ésta respecto al desencadenamiento del efecto protector de la fe pública, vienen a veces a relativizarlo o a exigirle alguna forma de complemento, de manera tal que respeto de dicho efecto no baste con decir siempre, simplemente y sin más, que su producción es obra de la pura y sola confianza en lo que el Registro publica, o que, sin tal confianza efectivamente producida no pueda llegar nunca a producirse. Las dos cosas podrán ocurrir: que sin la previa consulta que permita al tercero hacer descansar su confianza en el Registro, se vea tal tercero favore-

⁹³ Cfr., en la exposición general, por todos, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., p. 529: «El principio de fe pública del Registro es adoptado por todo ordenamiento jurídico inmobiliario que quiera *proteger decisivamente* las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen los terceros adquirentes que se hayan producido *confiados* en el contenido del Registro» (cva. del a.); más específicamente, VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe, la inscripción y la posesión en la dinámica de la fe pública», *RDP*, 1974, p. 948: «En la inscripción no reside ni la fuerza motriz ni la energía dinámica de la fe pública. La inscripción a favor del transferente no concede a éste poder dispositivo alguno: sólo es un dato material, una apariencia legitimadora suficiente para servir de apoyo a la buena fe del adquirente... Si la fuerza motriz no reside en el Registro, ha de residir en otro elemento de la adquisición del tercero; es decir, en la buena fe de éste».

⁹⁴ Nos remitimos en ello a lo dicho al respecto en *La representación aparente...*, cit., pp. 290-301.

cido por la fe pública, y que, tras haber consultado el Registro y haber puesto en él su confianza, la adquisición del tercero no pueda acogerse al efecto sanante de la fe pública registral. El problema, como fácilmente puede advertirse, reviste cierto interés, al menos desde el punto de vista teórico, en tanto que vendría a poner en crisis el encaje de la protección registral en la figura más amplia de la protección de la apariencia jurídica⁹⁵, o a relativizar el decisivo valor que en ella debe asignarse a la protección de la confianza puesta de buena fe en la situación aparente. Veamos, por tanto, algunos de estos casos, y tratemos de concluir, a su vista, en orden a la fundamentación de la fe pública registral y a su explicación desde la doctrina de la protección de la apariencia.

Positiva confianza en el Registro, y negación, no obstante, del efecto de la fe pública registral se produce en los casos que nuestra doctrina viene reuniendo como «excepciones» a la misma. Entendiendo que en los supuestos de suspensión de la fe pública (arts. 28 y 207 LH) la inscripción registral no llega a constituir apariencia fiable sino tras el decurso de los dos años exigidos por la Ley, entresaquemos aquí otros dos: el de la doble inmatriculación⁹⁶ y el de las llamadas hipotecas tácitas (arts. 1875, II y 1923, 1 y 2 CC; y 194 y 196 LH). En el primero de ellos se ve muy claramente lo que antes decíamos: la artificialidad de su instrumento configurador permite la multiplicación de hecho de apariencias cuya protección resulta obviamente incompatible. La particularidad de la hipótesis impone excepcionar en ella lo que en la pura representación ideal de la protección de la apariencia no llegaría a plantearse como eventualidad excepcionable; pero sin que por ello se ponga en crisis ni el fundamento de su resultado protector cuando puede producirse, ni su imposibilidad excepcional cuando a ese mismo fundamento puedan acogerse simultáneamente dos diferentes terceros cuya específica e idéntica protección, por imposible, tiene que resultar impedida y neutralizada la una por la otra. Al amparo de la protección de la confianza, y segregada por el instrumento

⁹⁵ Puede verse ello en la obra de HAGER, Johannes, *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb*, München, 1990. La noción de la responsabilidad por la producción de confianza protegible (*Vertrauenshaftung*), como causa y medida de la protección del tráfico (cfr. CANARIS, *Die Vertrauensschutz in deutschen Privatrecht*, München, 1971) queda sustituida por la de la «honrada adquisición» (*Redlicher Erwerb*): lo que importa no es que el adquirente pueda confiar en la titularidad y legitimación dispositiva del *tradens*, sino que adquiera de quien, de acuerdo con el ordenamiento, puede coadyuvar a su adquisición. En concreto, y para la adquisición registral *a non domino*, cfr. *op. cit.*, p. 461: «Auch bei Verfügungen über Liegenschaften schützt das Gesetz nicht das Vertrauen in den Grundbuchsstand; privilegiert wird der Erwerber, dessen Partner ihm zur Eintragung ins Grundbuch verhelfen kann».

⁹⁶ A él se refiere HAGER, *op. cit.*, pp. 433-435, como uno de los supuestos en los que la idea de la protección de la confianza no sirve para explicar los efectos de la publicidad al servicio de la protección del tráfico.

configurador de la apariencia, tiene aquí que producirse el caso de su excepción. Distinto es el supuesto de las hipotecas tácitas. También en ellas habría confianza del tercero en lo que el Registro publica, y también en ellas dicha confianza tendrá que verse defraudada en lo referente a la sujeción de la finca a una carga real no inscrita. Naturalmente, este dato no desmiente que el fundamento de la fe pública registral, cuando actúa normalmente, es la protección de la confianza puesta por el tercero en lo que el Registro publica; lo que viene a indicar es que el legislador, al considerar preferente el interés del «Estado, de las provincias y los pueblos» y el de «los aseguradores» al de los del tercero en aquellas hipótesis, está excepcionado en detrimento de éste el efecto protector de la fe pública en cuanto a la existencia y preferencia de aquellas cargas que, sin necesidad de inscripción, terminan por perjudicar al tercero.

Positivo desenlace provocado por la confianza en lo que el Registro publica, y carencia, no obstante, del efecto sanante de la fe pública registral se produce cuando el tercero, procediendo a adquirir de quien la inscripción señala como dueño, deja transcurrir el tiempo permitiendo que, antes de inscribir su adquisición, registre otro algún hecho o causa que la impida. Entraría aquí no sólo el caso de la doble venta otorgada por titular ya inscrito, sino el de la consignación de cualquier hecho o derecho anotable, a cuyas resultas habrá de estar el que adquirió cuando de ellos todavía no daba noticia alguna el Registro⁹⁷. Naturalmente, es cierto que en estos casos la inicial y sola confianza en el Registro resulta legalmente desprotegida, aunque no por ello se exceptione el principio de fe pública registral que, basándose en tal confianza y sustentado en ella, sigue exigiendo al tercero la inscripción de su adquisición para –entonces, no antes– ponérsela totalmente a salvo de cualquier obstáculo o amenaza que pudiera impedirle o menoscabar su eficacia. El favorecimiento de la inscripción y el fomento del Registro explica que en el desarrollo del régimen de la publicidad registral el efecto sanante de la fe pública, aunque desencadenado por la confianza que el tercero puso en el Registro, requiera de él culminar su proceso adquisitivo llevando al mismo su adquisición y haciéndola acogerse en él a su amparo. He aquí cómo la pura idea de la protección de la apariencia jurídica, cuando se concreta y perfila en la de la apariencia resultante del Registro de la Propiedad, y en el régimen de éste tiene que concertarse con el del favorecimiento de la inscripción y el fomento del Registro, termina por tener que exigir del tercero protegible algo

⁹⁷ Con el criterio antes indicado se ocupa HAGER, *op. cit.*, de los supuestos de modificación sobrevenida del Registro entre *Einigung* y *Eintragung* (pp. 423-432), destacando entre ellos (pp. 427-428) el de la práctica de una anotación después de la producción del acuerdo adquisitivo y antes de su inscripción.

más que la mera e inicial confianza en la apariencia registral. Aunque sea tal confianza la razón determinante de su protección, no llegará a verse efectivamente protegido si, además de haber confiado en el Registro para decidirse a adquirir, no lleva al mismo Registro su propia adquisición.

Más llamativos o extremos pueden ser los dos casos siguientes: el de quien sin haberse preocupado de consultar el Registro –basada, por tanto, extrarregistralmente su confianza en la titularidad de su causante– adquiere de titular inscrito en condiciones que harían necesario el juego de la fe pública registral para sanar su adquisición; y el de quien, habiendo confiado positivamente en la información que le suministra el Registro, por ser errónea o falsa su certificación, se ve frustrado en su adquisición. La solución a estos dos casos es tenida como cierta. En el primero de ellos, el tercero que sin previa consulta al Registro adquiere onerosamente de titular inscrito e inscribe su adquisición, queda materialmente cubierto por la letra del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Le cubre, de hecho, la fe pública registral aunque no haya sido el Registro quien le haya llevado a confiar en la titularidad de su transmitente. ¿Porque no es la confianza en el Registro el fundamento inmediato de la disposición legal protectora ⁹⁸? No; simplemente porque

⁹⁸ Así, de acuerdo con su particular construcción, lo interpreta HAGER, *op. cit.*, p. 421: «Mit der objektiven Verlässlichkeit des Grundbuchs als Fundament des redlichen Erwerbs ist die Richtung ebenso angedeutet wie mit dem Hinweis auf den Schutz des Verkehrs. Er reflektiert nicht konkretes Vertrauen des Käufers in eine von ihm erst zu ermittelnde Grundbuchposition und eine darauf aufbauende Investition. Er bedarf nur der auch ansonsten unabdingbaren dinglichen Einigung verbunden mit der Fähigkeit des Veräußerers, seinem Partner zur Eintragung ins Grundbuch zu verhelfen. Da nach § 39 Abs. 1 GBO die Eintragung nur vollzogen werden soll, wenn der durch Betroffene im Grundbuch ausgewiesen ist, gewährleistet das Grundbuchamt den ordnungsgemäßen Ablauf der Eigentumsumschreibung, ohne daß es konkreten Vertrauens bedürfte». En la doctrina alemana, para la innecesiedad de la concreta y efectiva consulta y confianza en el Registro, aunque interpretando la protección registral como una aplicación de la más amplia protección de la apariencia jurídica, STAUDINGER-GURSKY, § 892 Rz. 6.4: «Die §§ 892, 893 bilden damit einen Anwendungsfall des (von WESTERMANN so genannten) **“reinen Rechtscheinprinzips”** (WESTERMANN JuS 1963, 1, 5; WIEGAND JuS 1975, 205, 207 f; CANARIS, Vertrauenshaftung 471). Diese Ausgestaltung wird durch die besondere Qualität des Vertrauenstatbestandes ermöglicht [...]. Darüber hinaus verzichtet die gesetzliche Regelung des Gutgläubenschutzes im Liegenschaftrecht auf jede Kausalität zwischen dem unrichtigen Grundbucheintrag und dem rechtsgeschäftlichen Verhalten des von der Regelung begünstigten Dritten: Sie verlangt nicht einmal, daß der Dritte vom unrichtigen Grundbuchinhalt überhaupt Kenntnis erlangt hatte (Mot III 212), und erst recht natürlich nicht, daß sein rechtsgeschäftliches Handeln durch diese Kenntnis mitmotiviert wurde (vgl WIEGAND JuS 1975, 205, 209). Die §§ 892, 893 schützen also nicht ein reales und nachgewiesenes, sondern nur ein **potentielles Vertrauen** auf den Grundbuchinhalt; die Kausalität des Rechtscheintatbestandes für das rechtsgeschäftliche Handeln des Dritten wird, wenn dieser die wahre Rechtslage nicht kannte, vom Gesetz einfach unterstellt, gleichsam unwiderleglich vermutet (LUTTER 123 f). Der Vertrauensschutzgedanke ist hier damit stark formalisiert und objektiviert (vgl LUTTER aaO; WIEGAND aaO). Oder mit Worten von BOEHMER, “Nicht das subjektive Vertrauen, sondern die objektive Verlässlichkeit der amtlichen Verlautbarung ist die Grundlage der publica fides” (Einführung 232 f)». En la nuestra, LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 186: «No es necesario, entendemos, pese a la redacción del art. 34-2.º, que el tercero

—como indica Roca Sastre— frente al proceder ordinario de la consulta normalmente efectuada por el tercero al Registro, su omisión viene a constituir una excepción sin relevancia⁹⁹. La concreción de la apariencia jurídica en apariencia registral, con el consiguiente desarrollo de su desenvolvimiento y efectos, ha hecho posible la verificación residual de una hipótesis en la que el efecto protector de la confianza en la apariencia registral llega a alcanzar colateralmente al tercero que adquiere e inscribe su adquisición en el Registro, aunque no haya sido precisamente en él donde haya podido fundar su confianza en la realidad del derecho de su causante¹⁰⁰.

Algo más problemático nos parece el segundo caso. Nos referimos al del tercero que positivamente confía en el Registro accediendo a su información mediante la forma más cuidadosa y segura de su consulta: la certificación registral. Para el tercero, se ha dicho¹⁰¹, la certificación es el Registro; pero si tal certificación es inexacta o errónea, y por más que el tercero se haya apresurado en inscribir su adquisición¹⁰², se verá frustrado en su confianza, por tener que estar a la situación inscrita y no a la que como tal él pudo conocer por medio de la certificación registral. A pesar, pues, de que *la libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales sólo podrán acreditarse en perjuicio de tercero por certificación del Registro* (art. 225 LH), *cuando las certificaciones no fueren conformes con los asientos de su referencia, se estará a lo que de éstos resulte*, no quedando al tercero sino el derecho a ser indemnizado con cargo al Registrador (art. 226 LH)¹⁰³.

crea precisamente en la exactitud del Registro (lo que no sería posible —dicen, confundiendo la mera inoponibilidad ex art. 32 con la fe pública del 34—, a falta de asiento antecedente, en los de inmatriculación): basta que ignore la inexactitud y, a la vez, esté convencido de que quien le transmite es titular. Es más: ni siquiera es preciso que consulte el folio. El contenido del Registro vale materialmente como exacto para el adquirente de buena fe, con independencia de si lo ha consultado antes de concluir el negocio y se ha servido de sus datos o no. Sin duda el legislador partió de la consideración de que usualmente el adquirente habría consultado el Registro, pero no exigió esta consulta».

⁹⁹ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 660, refutando el párrafo de LACRUZ-SANCHO transcrito en la nota anterior: «En esto último estimamos, lógicamente, que LACRUZ está en lo cierto, pero no lo está, en cambio, al negar que la buena fe no exige que el tercero *confíe* en el Registro, pues es hecho estadísticamente comprobado, que casi nunca el adquirente deja de consultar, por sí o por otro, el contenido del Registro, sin que la excepción merezca relevancia alguna» (cva. del a.).

¹⁰⁰ *Amplius* sobre ello, *infra*, II, 2.a) 6.

¹⁰¹ Cfr., siguiendo a MORELL, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 319: «La certificación es el mismo Registro»; posteriormente, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. «La certificación es el único medio oficial de hacer constar fuera del Registro el contenido del mismo. Las certificaciones son el mismo Registro».

¹⁰² Lo que no será imposible si el error o la inexactitud consiste en la omisión de una carga limitadora del dominio inscrito pero no impeditiva de la facultad dispositiva del titular que lo transmite.

¹⁰³ Los actuales artículos 225 y 226 LH pertenecen, en sustancia, a la primitiva concepción de la Ley Hipotecaria en cuyo texto de 1861 aparecían, con redacción casi idéntica, en los artículos 283 y 284.

La solución legal es tan inequívocamente cierta que su admisión se produce sin asomo de duda o de protesta alguna tanto en nuestra doctrina ¹⁰⁴ como en la jurisprudencia ¹⁰⁵. Y, seguramente, es la más acertada. Coincide con la establecida para el tratamiento de la certificación en Francia y en Italia, sin fe pública registral ¹⁰⁶, y en Suiza, con ella ¹⁰⁷. Pero abiertamente hay que admitir que no es la que se seguiría en abstracto de la pura lógica de la protección de la confianza puesta en la apariencia, ni que su adopción se imponga siempre y necesariamente, como con una especie de necesidad ontológica, en el tratamiento de la publicidad y de la apariencia registral. Baste como comprobación de esta última afirmación un doble dato: el primero, que en Francia, es verdad que excepcionalmente y sólo en ciertas condiciones, la certificación registral disconforme con el Registro actúa como soporte de la confianza del tercero con valor superior al de éste cuando se trata de proteger al adquirente contra la existencia de cargas efectivamente inscritas pero omitidas en la certificación (art. 2198 Code) ¹⁰⁸; y el segundo, que en nuestro Derecho de la publicidad

¹⁰⁴ Cfr., e.c., CAMPUZANO, *Elementos de Derecho Hipotecario*, II, 2.ª ed. Madrid, 1931, p. 376; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 325; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 275; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 415; CHICO ORTIZ, *Estudios de Derecho Hipotecario*, II, Madrid, 1989, p.1958.

¹⁰⁵ Cfr. STS 27 de junio de 2000: «El motivo tiene que ser desestimado, porque si bien es cierto que en la certificación de cargas expedida por el Registro de la Propiedad se hace constar “caducada” con referencia a la opción, pero en los libros del Registro no consta la mentada declaración de caducidad, ni figuró en ningún momento, y tal expresión de la certificación no produce ante los compradores protección registral alguna, ni menos aún les otorga la protección de terceros de buena fe, habida cuenta que en los casos de discrepancia en las certificaciones con los asientos registrales se estará a lo que de ellos resulte –art. 226 LH–».

¹⁰⁶ Vid., en Francia, por todos, TROPLONG, *Commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la Transcription en matière hypothécaire*, 2.ª ed. París, 1864, p. 414: «Le conservateur peut commettre deux sortes de négligences: ou bien il ne copie pas sur ses registres un acte à lui remis pour être transcrit [...] ou bien il oublie de donner connaissance à un requérant d'une transcription dûment opérée sur ses registres. [...] Dans le second cas, l'omission d'une transcription dans un état délivré à un tiers nuit à celui qui a requis cet état; c'est envers ce tiers que le conservateur est responsable. Quant au droit transcrit, cette omission ne lui porte pas préjudice [...]», en Italia, FERRI, Luigi, *Tutela dei diritti. Trascrizione immobiliare*. (Com. SCIALOJA-BRANCA, Libro Sesto. Bologna-Roma 1960), p. 350: «Il rilascio della copia o del certificato non costituisce un'ulteriore forma di pubblicità, epper tanto non sarebbe neppure logicamente configurabile un conflitto fra quanto risulta dai registri da un lato e la copia o i certificati dall'altro [...] Se poi non sono conformi ai registri, allora vengono a costituire un atto illegittimo del conservatore che, se pregiudizievole per i terzi, è idoneo a far sorgere la responsabilità di quest'ultimo».

¹⁰⁷ DESCHENAUX, *op. cit.*, pp. 147: «Les extraits du registre foncier sont des titres publics au sens de l'art. 9 CC, qui font preuve de leur contenu mais n'ont pas d'autre portée», y 620: «C'est au grand livre et aux documents de nature à le compléter qu'un tiers peut se fier, non aux extraits qui lui sont délivrés» (cva. del a.).

¹⁰⁸ Dice así el precepto del Code: «Lorsque le conservateur, délivrant un certificat au nouveau titulaire d'un droit visé à l'article 2181, omet une inscription de privilège ou d'hypothèque, le droit demeure, dans les mains du nouveau titulaire, affranchi du privilège ou de l'hypothèque non révélé, pourvu que la délivrance du certificat ait été requise par l'intéressé en conséquence de la publication de son titre. Sans préjudice de son recours

mercantil, el soporte de la confianza protegible de los terceros respecto de los actos sometidos a inscripción, más que esta misma inscripción propia e inmediatamente, lo constituye la publicación de éstos en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* (art. 21, 1 y 3 CCO¹⁰⁹).

¿Cuáles son entonces las razones que recomiendan la solución que tan claramente impone la Ley y tan sin titubeo ni censura admite nuestra doctrina?

La principal —a ella prácticamente se reduce su argumentación doctrinal— es la condición de la certificación en tanto que documento público, copia de otro del que existe matriz o protocolo, al que, como tal, resulta aplicable lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1220 del Código Civil: *si resultare alguna variante entre la matriz y la copia, se estará al contenido de la primera*. El argumento, a nuestro juicio, dista mucho de ser plenamente convincente. El artículo 1220 se refiere, obviamente, al valor estrictamente *probatorio* de las copias, pero no niega en absoluto el carácter de documento público que a éstas corresponde (art. 221 RN y, específicamente para las certificaciones registrales, art. 317, 4 LEC), ni impide, por tanto, su valor *documental* que, en tanto que

éventuel contre le conservateur, le créancier bénéficiaire de l'inscription omise ne perd le droit de se prévaloir du rang que cette inscription lui confère tant que le prix n'a été payé par l'acquéreur ou que l'intervention dans l'ordre ouvert entre les autres créanciers est autorisée». Sobre esta medida, cfr. en nuestra doctrina, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El sistema registral francés», *RCDI*, 1963, pp. 768: «[...] y además, en algún caso, la certificación registral está investida de una cierta fe pública definitiva» (remitiendo en nota al precepto transcrito), y 778-779: «Normalmente, en caso de discordancia de una certificación con el Registro prevalece lo que en éste figura. Pero hay un caso sorprendente en el que la certificación adquiere, en interés del tráfico inmobiliario, un valor substantivo destacado hasta el punto de que, en tal supuesto, la certificación prevalece frente al Registro. Esto sucede cuando la certificación omite una o varias cargas *inscrites* (hipotecas, privilegios), si el nuevo poseedor hubiera solicitado la certificación lo más pronto en el mismo momento de publicar en el Registro su adquisición. En tal supuesto, el inmueble pasa al adquirente libre de cargas (art. 2198, C. c.)» (cva. del a.). Sobre la misma norma, en la doctrina francesa: TROPLONG, *op. cit.*, p. 415: «Il est vrai que le législateur a rendu une décision différent, lorsque le conservateur omet une inscription dans le certificat délivré, après transcription, à un tiers acquéreur: le tiers acquéreur n'a rien à redouter de l'inscription omise, et le créancier dont l'hypothèque était bien et dûment publiée est déchu du droit de suite sur l'immeuble, sauf son recours sur le prix. Mais cette disposition est tout exceptionnelle et ne doit pas tirer à conséquence pour le cas qui nous occupe»; también, posteriormente, MAZEAUD-MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil III*. 2.^a ed. París, 1963, p. 563; MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncier*, 2.^a ed. París, 1987, p. 493; MALAURIE-AYNÈS, *Cours de Droit Civil, IX, Les sûretés. La publicité foncière*, 9.^a ed. 1998, p. 239.

¹⁰⁹ En la redacción que dio a este precepto la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades: «1. Los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*. Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción. [...] 3. En caso de discordancia entre el contenido de la publicación y el contenido de la inscripción, los terceros de buena fe podrán invocar la publicación si les fuere favorable. Quienes hayan ocasionado la discordancia estarán obligados a resarcir al perjudicado».

título de legitimación (art. 225 LH) y en cuanto a terceros de buena fe (arts. 1218 y 1219 CC), debe ser pleno en el tráfico ¹¹⁰. Nótese que, llevadas las cosas al extremo, el criterio aplicado por el artículo 1220 del Código Civil, referido a la inscripción errónea llevaría a consecuencias frontalmente opuestas a la protección legal del tercero tal como expresamente la impone la Ley Hipotecaria (arts. 40, i. f. y 220) en aplicación del principio de fe pública registral. Al fin y al cabo, tampoco la inscripción tiene valor probatorio absoluto (arts. 1, III y 38 LH), por más que los terceros deban quedar siempre a salvo de las consecuencias que arrastraría la comprobación de su inexactitud. En pura teoría, de la certificación, en cuanto traslado fehaciente del contenido del Registro, podría decirse lo mismo que de la propia inscripción registral: no siendo título de adquisición ni título probatorio del derecho inscrito ¹¹¹, está siempre sujeta a impugnación, y, prosperando ésta, a tener que ceder ante la realidad de la situación publicable; pero, en cuanto título de legitimación, podría fundamentar en favor del tercero protegido por la teoría de la apariencia –no, obviamente, *inter partes* (art. 33 LH) ni para la seguridad y efectividad del derecho del titular ya inscrito (arts. 41 LH y 444, 2.º 1 LEC)– una confianza jurídicamente protegible en atención a la seguridad del tráfico.

De todas formas, no es ése, como hemos visto, el tratamiento que el artículo 226 de la Ley Hipotecaria da a la certificación registral inexacta o errónea. A pesar de la confianza que legítimamente ponga en ella el tercero, la inscripción prevalece contra la certificación, y al tercero decepcionado en su confianza no quedará sino el derecho a ser indemnizado por el Registrador. A veces se ha apun-

¹¹⁰ Cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, en el comentario al artículo 1220, p. 343: «El art. 1220 sienta un principio obvio, ínsito en el concepto mismo de copia [...]. Pero esto no puede hacer olvidar que las copias autorizadas son también “escrituras públicas” (art. 221 RN), son “instrumentos públicos” (art. 144 RN), y por tanto “hacen fe” (L 43/85, art. 1.º)»; y, antes, en el comentario al 1218, p. 335: «Esta utilizabilidad [de los documentos públicos] por los terceros pone de relieve que el documento público no produce solamente efectos probatorios [...]; se trata, pues, de efectos típicamente documentales [...]. Esta eficacia sintética del instrumento público en la esfera del tráfico es “plena” [...].», y en el comentario al 1219, p. 340: «Si los documentos fuesen siempre meros medios de prueba, la apreciación e interpretación conjuntas de los diversos documentos resolverían todos los problemas de esa colisión documental, pero los verdaderos documentos, los documentos dispositivos, hacen prueba, como dice el art. 1218 I del “hecho que motiva su otorgamiento”, “aun contra tercero” y por tanto también en “beneficio” de tercero; y en consecuencia, el tercero puede considerar real y válidamente celebrado entre las partes el negocio contenido en una escritura pública, y tomarlo como base de sus propias actuaciones; y su confianza debe ser mantenida aunque del conjunto de los elementos probatorios –empezando por el contradocumento– quede en entredicho aquel negocio contenido en la escritura primordial».

¹¹¹ Aunque refiriéndose al Registro Civil, para el propio y específico valor de la inscripción registral como título de legitimación, vid. CASTRO, *Derecho Civil de España*, Madrid, 1952, pp. 77-78 y 571.

tado como justificación de esta forma de resolver el problema la diferencia que media entre confiar en el Registro y confiar en la certificación registral. Sólo puede decirse que confía en el Registro quien pone directamente su confianza en los asientos registrales; son éstos, exclusivamente, los que quedan comprendidos bajo la fe del Registro (art. 240 LH). Quien confía en la certificación, por el contrario, pone su confianza no en el Registro sino en un documento distinto al mismo, aun cuando revelador de su contenido; la certificación, por ello, distinta al Registro y emitida bajo la fe del Registrador, no resulta amparada por la fe del Registro ¹¹². Quien confía en ella no puede ser protegido como quien confía en el Registro.

Tampoco, a nuestro modo de ver, esta forma de argumentar resulta convincente. La Exposición de Motivos de 1861 explicaba el valor de la certificación, en tanto que título de legitimación, trayendo a ella la virtud y el valor del contenido registral que en ella se refleja ¹¹³. Y es lógico que así sea si efectivamente para el tercero «la certificación es el Registro». Ahora bien, admitido este enfoque del problema, la lógica determinante del sentido de su solución no puede ser otra sino que la protección que merece el tercero que pone su confianza en la certificación debe ser idéntica a la que la ley dispensa al que confía inmediatamente en la inscripción. Ni sería forzado decir que quien para atenerse al Registro solicita la certificación de lo que en él se contiene y publica, actúa con el máximo de la diligencia personal y de la confianza en el Registro y en la organización registral que deben adornar al tercero protegido por la fe pública registral. Porque confía en el Registro y porque prefiere una información técnica y fehaciente sobre su contenido a la que él podría obtener de la exhibición y lectura de sus asientos, solicita del encargado de su llevanza la certificación: ¿qué más se le puede pedir, y cómo se podría negar la fiabilidad de la base sobre

¹¹² Cfr. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 275: «Las certificaciones. Son traslados, bajo la fe del Registrador, del contenido del Registro». En la doctrina suiza, DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 620: «C'est au grand livre [...] qu'un tiers peut se fier, non aux extraits qui lui sont délivrés».

¹¹³ EM, p. 324: «La publicidad puede darse, o por medio de la exhibición de los registros en la parte necesaria a las personas que tengan interés en consultarlos, o por certificación de los registradores, únicos documentos con los que puede acreditarse en perjuicio de tercero, la libertad o gravamen de los inmuebles o de los derechos reales. Esto es consecuencia necesaria del principio de que a los terceros sólo pueden perjudicar los derechos inscritos, no los que dejen de estarlo, por más que realmente existan y tengan fuerza entre los contrayentes». La misma idea, nos parece, en nuestra actual doctrina, en AMORÓS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, VII, 2.º, Madrid, 1978, p. 310: «Sirven [las certificaciones] para justificar fehacientemente el contenido del Registro frente a cualquiera (particulares, funcionarios, jueces y tribunales) y a todos los efectos que pueda producir la inscripción (arts. 32, 34, 38, 41, 131, 201 LH, etc.)».

la que ha fundamentado su confianza, por más que posteriormente se compruebe que la certificación no es exacta?

Mayor apoyo puede encontrar la solución legal en un argumento diferente: El error de la certificación puede impedir al tercero que en ella confió llegar a consumir el proceso que la Ley exige para hacer saltar el efecto sanante de la fe pública registral: la inscripción de su propia adquisición. Naturalmente, no siempre ocurrirá ello. Se producirá la imposibilidad indicada –por las exigencias del tracto sucesivo– cuando la inexactitud o el error de la certificación consista en indicar como titular del derecho transmitido a alguien que no sea el que como tal figure efectivamente en el Registro, o en omitir alguna prohibición de disponer o limitación dispositiva durante cuya vigencia el Registro deba cerrarse a toda transmisión del derecho inscrito. El obstáculo a la inscripción no se producirá, en cambio, cuando la inexactitud consistiera en la omisión de alguna carga o limitación –o en la errónea indicación de encontrarse éstas caducadas¹¹⁴– que no impidiera transmitir al titular inscrito. En este caso nada impediría que, en abstracto y en atención a su desconocimiento inculpable, tales cargas o limitaciones, no debieran perjudicar al tercero que pudo llegar a inscribir su derecho. De todos modos, hay que reconocer que el hecho de que a veces el error en la certificación pueda llevar a adquisiciones no inscribibles es motivo de innegable peso para recomendar como criterio general de solución al problema aquí tratado el que efectivamente y como tal se impone en el artículo 226 de la Ley Hipotecaria.

Y aún puede quedar otro argumento en favor de la solución legal. La protección registral al tercero se explica y justifica con mucha frecuencia como una merecida forma de dar preferencia al tercero que precavida y diligentemente se atiende al Registro cuando su interés entra en colisión con el de otro que descuidadamente prescindió de él. Un tal presupuesto no se cumple, obviamente, en el caso de la certificación errónea. La protección de la confianza que ésta genera habría de exigir el sacrificio del derecho que su titular oportuna y diligentemente entregó al amparo del Registro. El argumento, sin duda, tiene su peso, y aunque su ponderación más a fondo nos remite al tratamiento del punto que a continuación de éste nos proponemos abordar, baste ahora con indicar que, si como inmediatamente hemos de comprobar, la Ley Hipotecaria brinda su protección al tercero también frente a errores registrales

¹¹⁴ Es el caso de la STS, ya vista, de 27 de junio de 2000. En ella se indicaba indebidamente y erróneamente como «caducada» la inscripción de un contrato de opción de compra cuyos efectos, a pesar de tal indicación, tendrán que padecer los recurrentes.

—no, ciertamente, de la certificación sino de la inscripción registral— no debidos a la desidia o descuido del titular inscrito, ya se ve que tampoco este último argumento decide necesariamente y por sí mismo en la cuestión planteada.

¿Qué queda, pues, en ellas tras todo lo dicho? Lo primero, la certeza legal de que, en la forma que indica el artículo 226 de la Ley Hipotecaria, el error de la certificación perjudica al tercero que en ella confió. Lo segundo, la percepción de que dicho tercero, por hipótesis, pudo confiar en una apariencia objetiva y fiable, protegible como tal en abstracto desde los postulados generales de la doctrina de la protección de la apariencia jurídica. Tercero: que tal quiebra en la línea de la protección de la confianza en la apariencia jurídica, aunque no siempre ni necesariamente venga impuesta por las razones antes examinadas, resulta suficientemente justificada en el conjunto del régimen de la protección registral al tercero adquirente. La materialización de la apariencia en el Registro de la Propiedad, más concretamente, en sus libros (art. 240 LH), lleva a negar la condición de apariencia por sí misma protegible (aunque en abstracto pudiera serlo) a la certificación registral, además de por la fuerza suasoria de las razones ya vistas, para evitar el absurdo de que el complejo mecanismo del Registro de la Propiedad pueda segregar y proteger una apariencia contraria al mismo Registro. Y cuarto: que el hecho de que ello ocurra no da fundamento a la negación de que la fe pública registral, cuando legalmente procede su juego, se explica y justifica como una forma de protección al tercero que confía en la apariencia jurídica resultante del Registro de la Propiedad.

b) ¿Necesita compensarse la buena fe del tercero con la negligencia del *dominus* cuyo derecho va a ser sacrificado?

En esta selección de cuestiones generales, previa al desenvolvimiento del régimen positivo del principio de fe pública registral, nos queda por plantear y tratar de dar respuesta a una última pregunta: ¿Necesita la protección de la confianza del tercero, a modo de contrapeso que la sustente y justifique, la culpabilidad de quien, por efecto de aquella protección va a verse privado de su derecho? Dicho en términos más amplios: ¿exige el principio de fe pública que la producción de la apariencia registral protegible sea imputable a quien vendrá a padecer los efectos de su protección? En el tratamiento de esta cuestión no se trata ya de comprobar si la protección dispensada por la Ley al tercero que confía en lo que el Registro publica es, o no, subsumible en la teoría de la protección

de la apariencia jurídica, ya que en ésta, dicha cuestión dista mucho de ser pacífica ¹¹⁵, sino, más bien, de comprobar cuál es sobre ella el criterio legal, para, desde él –interpretada la fe pública como uno de los más significativos supuestos de protección de la apariencia, en lo que sí hay acuerdo general– elevarnos al plano más general y sostener en él legalmente criterios más sólidos y contrastados acerca de los presupuestos en que opera la teoría de la apariencia.

En nuestra opinión, el examen de los supuestos positivamente consagrados de protección de la apariencia jurídica permite establecer como criterio general que, siendo la filosofía de ésta la protección del tráfico, concretada y encarnada en las expectativas del tercero de buena fe, y no, en cambio, la penalización o sanción de quien causó la apariencia, no es requisito absolutamente necesario en la protección de la confianza que ésta suscita, que su causación se haya producido culpablemente o que de algún modo resulte imputable a quien tendrá que padecer los efectos de su protección. Es evidente que todo será más fácil si ese dato de imputabilidad se produce efectivamente ¹¹⁶; y tampoco es dudoso que, en ocasiones,

¹¹⁵ A la situación de duda de la doctrina en este punto se atiene EIZAGUIRRE, *Derecho Mercantil*, 3.ª ed., Madrid, 2001, p. 243. Nosotros mantuvimos y tratamos de razonar la respuesta negativa a la necesidad de que, en todo caso, la apariencia fuera imputable al afectado negativamente por su protección, en *La representación aparente...*, cit., pp. 191-219 y 459-465. Disconforme con nuestro criterio se manifestó PAZ-ARES, «Naturaleza jurídica de la letra de cambio», en *Derecho cambiario, Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, dir. Aurelio Menéndez y Menéndez, Madrid, 1986, pp. 174-180, para quien, p. 175, la doctrina de la apariencia se basa «en la conexión del principio de publicidad y el principio de imputación». Posteriormente, BUSTOS PUECHE, *La doctrina de la apariencia jurídica*, 1999, negando el carácter de principio general a la protección de la apariencia (pp. 106-110), se ha manifestado contrario a la necesidad de su imputabilidad (pp., esp., 69-70). Radicalmente contrario, e igualmente negando a la protección de la apariencia carácter general, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, Barcelona, 1990, p. 208, nota 4, ha exigido el dolo como condición general para la protección de la buena fe: «[...] la buena fe que se protege con un principio general normativo es la opuesta al dolo en el particular ámbito de los contratos (*maquinatio insidiosa consulta adhibita [sic]*), art. 1269 [...]»; «No sucede así –añade– cuando se presenta una realidad aparente, distinta por ello de la realidad verdadera, sin que se haya empleado dolo. Así, por ejemplo, titular aparente en las llamadas adquisiciones *a non domino*. Para que en estos supuestos se proteja la apariencia es *imprescindible* la presencia de un precepto específico y expreso que ampare la buena fe de los terceros» (cva. del a.).

¹¹⁶ Aparece este pensamiento, aplicado concretamente a la protección de la adquisición registral *a non domino*, en GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, p. 495, a propósito del temor a la inscripción de títulos falsos que pudieran provocar la confianza protegible de terceros: «Nosotros, que quizá no estamos conformes con el espíritu de la LH que hace depender de la inscripción del dominio el mismo dominio, comprendemos, sin embargo, su sistema: el que no inscribe comete una omisión que la Ley castiga con ensañamiento; pero, en fin, no ha inscrito y culpa tiene: lo que no podemos comprender es que, cumpliéndose los preceptos legales para asegurar el dominio, quede, sin embargo, tan inseguro como si no se cumpliesen [...]». En la jurisprudencia reciente y para un caso de apariencia de representación, *vid. STS de 26 de mayo de 94*: «[...] tratándose de un negocio jurídico inmobiliario, no tenían con lógica racional que sospechar de una situación anómala en el estado civil de mandante y mandatario (marido y mujer), máxime cuando pudo muy bien no sólo anotarlos preventivamente en el Registro de la Propiedad al momento de la demanda de separación,

dicho dato viene claramente exigido por la Ley. Lo que, ello admitido y supuesto, venimos a decir es que, aun sin la producción de ese dato, la *ratio* de la protección de la apariencia sigue clamando, de suyo, por la protección del tercero que en tal apariencia confía, y que, guiada por dicha *ratio*, la Ley puede dispensar su protección al tercero sin supeditación a criterio alguno de imputabilidad de la apariencia. La cuestión es, desde luego, polémica, y la ponderación de su solución es materia que queda a la libre decisión del legislador, según patentizan los paralelos comparados del artículo 464 de nuestro Código Civil. Contra el criterio histórico –respetado en nuestro Derecho y en el Derecho alemán¹¹⁷– que exigía la salida voluntaria de la cosa mueble de manos de su dueño para admitir la adquisición mobiliaria *a non domino* a favor del tercero de buena fe, el artículo 1153 del Código Civil italiano ha prescindido de ella¹¹⁸: basta haber adquirido de no propietario para que la posesión de buena fe convierta en dueño al adquirente¹¹⁹. Interesa tenerlo en cuenta, porque a su vista se hace patente –una vez más– que incluso en los grandes «lugares comunes» de nuestros Derechos romano-germánicos los diferentes ordenamientos pueden introducir datos diferenciadores que impidan trasladar de uno a otro, sin más, los elementos que sirven al fundamento y a la explicación de su solución.

¿Aporta alguna luz a la solución de este problema en nuestro Derecho el principio de fe pública registral? Sería simplificar mucho las cosas responder diciendo que así como el principio de inoponibilidad –exponente, como sabemos, del efecto protector de la inscripción en los sistemas registrales latinos– se apoya en la culpa del titular que no inscribe para sacrificar el derecho de éste al entrar en conflicto con el del adquirente que inscribe, el principio

sino interesar judicialmente la recuperación de poder notarial (art. 1733 CC), para evitar un uso como el que se hizo amañadamente del mismo. Pues bien, ante esta situación es evidente que el tercero civil de buena fe está protegido por la Ley, con base a la seguridad jurídica y del tráfico inmobiliario, sin que pueda sufrir perjuicio por la negligencia del mandante (SS 5 diciembre 1958; 20 marzo 1964; 3 julio 1976; 11 enero 1979), ya que los terceros compradores se atuvieron a las circunstancias racionales del caso: posesión de poderes, declaración de su vigencia, y falta de constancia en el Registro de la Propiedad de esa revocación de poderes producida *ope legis* por la sentencia de separación conyugal, y, con ello, el único responsable de esa apariencia representativa es el recurrente [...].»

¹¹⁷ BGB § 935 (1): «Der Erwerb des Eigentums auf Grund der §§ 932 bis 934 tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verlorengegangen oder sonst abhanden gekommen war. Das gleiche gilt, falls der Eigentümer nur mittelbarer Besitzer war, dann, wenn die Sache dem Besitzer abhanden gekommen war».

¹¹⁸ Sobre ello, ampliamente, MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, 3.^a ed., Milano, 1975, pp. 77-89.

¹¹⁹ «Colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non è proprietario –dice el precepto italiano–, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purché sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo idóneo al trasferimento della proprietà [...].»

de fe pública –característico de los sistemas germánicos– por el contrario, se inspira en la idea de la protección de la confianza en la previa inscripción para proteger a quien adquiere ateniéndose a ella, sin necesidad de atender complementariamente a la razón por la cual el derecho no inscrito dejó de ser publicado ¹²⁰. Las cosas, siendo sustancialmente así, no son tan simples en los dos grandes modelos. Algo de buena fe –extrarregistral, obviamente, y consistente en la creencia de la titularidad del transmitente– se exige también para la protección registral del tercero en el sistema latino, y no sólo en nuestro Derecho, donde la jurisprudencia se ha manifestado siempre decidida y contundente en la exigencia de tal requisito ¹²¹, sino también –teniendo que corregir el rumbo de la doctrina y cada vez con mayor convicción e insistencia– en la misma jurisprudencia francesa ¹²². A su vez, la protección de la confianza en lo que el Registro publica no excluye que en el supuesto ordinario de su aplicación haya de contarse con algún elemento de descuido o desidia por parte de quien, al no inscribir su propio derecho, provocó la inexactitud registral contra la cual se protege al tercero ¹²³. Siendo ello así, resulta muy claro que la sola indicación de las diferentes filosofías de los principios de inoponibilidad registral y de fe pública no es dato bastante para argumentar que en la aplicación de este último pueda, sin más, prescindirse de todo ingrediente de imputabilidad de la apariencia registral al titular sacrificado por consecuencia o efecto de la protección del tercero. Ni siquiera es bastante, a nuestro juicio, amalgamar inconcreta y confusamente ambos elementos de responsabilidad y confianza en el juego de uno y otro principio ¹²⁴, o superponer y seña-

¹²⁰ Cfr., e. c., LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 196.

¹²¹ Para la exigencia de la buena fe en la protección registral conforme al artículo 32 de la Ley Hipotecaria, nos remitimos a lo dicho en *El principio de inoponibilidad...*, cit., III, 3, b.

¹²² Cfr. al respecto, MAZEAUD, *op. cit.*, pp. 586-592; MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, *op. cit.*, pp. 536-537; TENDLER, *La publicité foncière française face à l'harmonisation européenne*. La semaine Juridique, 1991, núm. 51-52, doctrine, p. 399; Aynés, *Sûretés. Publicité foncière*, MALAURIE-AYNÉS, *Droit Civil*, IX, 9.^a ed., 1998, p. 245: «Après avoir exigé un véritable concert frauduleux entre le second acquéreur et l'alienateur, la jurisprudence aujourd'hui se contente de la simple mauvaise foi du tiers, c'est-à-dire de la connaissance qu'il a, en fait, du droit concurrent antérieurement acquis et non publié par un autre».

¹²³ Cfr. HAGER, *op. cit.*, p. 437, nota 102: «So die ganz h. M.; vgl. etwa Westermann/Eickmann, § 101 I 1; Westermann, JuS 1963, 6; Lutter, AcP 164, 154; Bürck, AcP 171, 341; Wiegand, JuS 1975, 207; Hoche, NJW 1952, 1289; a. A. Meyer, Publizität S. 95, der darauf besteht, der Rechtsschein müsse vom Berechtigten veranlaßt sein, die Veranlassung aber darin sieht, daß der Eigentümer sein Recht nicht habe im Grundbuch verlautbaren lassen».

¹²⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 450: «Desde el punto de vista del verdadero titular, hay en los preceptos aludidos [se refiere a los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria] una sanción por el incumplimiento de la carga de practicar la inscripción registral. [...]. Desde el punto de vista de los terceros, por las mismas razones indicadas y

lar simplemente la contraria preponderancia de aquellos en cada uno de ellos ¹²⁵. El problema merece ser tratado con mayor atención y detalle. ¿Qué hay, concreta y efectivamente, en nuestra Ley Hipotecaria acerca de los requisitos de aplicación del principio de fe pública registral? ¿Necesita la protección del tercero que confía en lo que el Registro publica el contrapeso de la actuación negligente que permite imputar la inexactitud registral al titular que por efecto de ella tendrá que sufrir la pérdida de su propio derecho?

Los textos fundacionales de nuestro Derecho Hipotecario llevan a primera vista a dar por resuelta la cuestión que acabamos de proponer. Todo hace pensar en ellos que la protección registral del tercero tiene lugar en el ambiente de una situación cuya producción es imputable al dueño o titular que la padece; no propiamente en términos de rigurosa culpa –al no ser entre nosotros obligatoria la inscripción, a diferencia de lo que ocurre en Francia ¹²⁶– sino en los más relajados de una simple imprevisión, descuido o negligencia que, supuesto el régimen de la publicidad, llevaría incluso a entender que el titular que no inscribe, al no inscribir su derecho, está renunciado, *eo ipso*, al mismo en su eventual colisión con otro que llegue a inscribirse ¹²⁷. Generalmente hablando –aunque, obviamente no siempre–, la protección registral del tercero adquirente se

además por la especial protección que estos terceros merecen, al protegerse en ellos el desenvolvimiento del tráfico jurídico, se puede hablar de una fe pública registral». En la doctrina italiana, y para ese mixtificado asomo de fe pública que aparece en el artículo 2652 del *Codice*, *Vid. FERRI, op. cit.*, p. 254: «Il fatto che colui che agisce in nullità resti disarmato contro il subacquirente di buona fede, deve considerarsi come una sanzione per la sua quinquennale inerzia [...]; mentre, d'altro canto, l'affidamento del terzo subacquirente è reso, da questa prolungata inerzia, più meritevole di premio».

¹²⁵ AMORÓS, *Comentarios...*, cit., p. 287: «Pero quien ha dejado de inscribir, por descuido, negligencia o por negarse voluntariamente a solicitar la inscripción, no puede gozar de la protección que a través del Registro se dispensa [...]. Más que proteger a quien confía en el contenido del Registro, y a la legitimación derivada de la apariencia registral, se sanciona a quien no ha inscrito. [...]. Todo ello con independencia de que la falta de inscripción crea una apariencia negativa de no existencia de lo no inscrito. Entonces, la posible confianza en esa apariencia negativa, la creencia de ahí resultante en que no existe el derecho no inscrito, pueden justificar que el tercero adquiera desconociendo la situación no publicada. También por esta vía de proteger la confianza en la apariencia puede llegarse a la misma solución. Pero, de estos dos argumentos, parece más relevante el primero como fundamento de la inoponibilidad. Al menos, para la concepción de los legisladores y comentaristas del siglo pasado».

¹²⁶ No puede decirse para nuestro Derecho lo que para el francés dice LEVIS, M., *L'opposabilité du droit réel*, París, 1989, p. 185: «[...] l'inopposabilité de l'acte non transcrit est la sanction de l'inobservation du devoir de transcrire (ou de publier) [...]». Para nuestro Derecho decía GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 245: «Para que la inscripción fuera obligatoria, debería ir acompañada de una sanción, o en el orden civil o en el penal; y esta sanción no existe, porque ni imitando el rigor de nuestro anterior Derecho se establece la nulidad de los documentos registrables que no se registren, ni se introduce ninguna otra medida coercitiva, como pudiera ser una multa al que no inscriba».

¹²⁷ Cfr. EM 1861, p. 249: «El que deja de inscribir el contrato anterior y da lugar a que el segundo se celebre e inscriba, no puede quejarse: la ley presume que renuncia su derecho en concurrencia con un tercero».

imagina pensando en la doble venta, y en ella la preferencia del comprador que inscribe sobre el anterior que omitió la inscripción se justifica atendiendo a que el primero actuó diligentemente ateniéndose al Registro y creyendo en su exactitud, mientras que fue el segundo quien, por no haberse tomado la molestia de inscribir, provocó aquella situación registral engañosa. Justificado está, pues, que sea a él a quien le perjudique. Con diferencia de matices pero con absoluta sintonía de fondo, así se razona la protección registral, tanto en Luzuriaga, quien habla a veces de culpa en quien no inscribe¹²⁸ y califica de diligente a quien lo hace¹²⁹, como en la Exposición de Motivos de 1861, que considera la no inscripción como una omisión culpable¹³⁰ o negligente¹³¹, cuando no es debida a mala fe¹³²; en los comentarios de Gómez de la Serna, para quien el inscribir¹³³ y el confiar en lo previamente inscrito¹³⁴ son actos de positiva previsión y diligencia que justifican el sacrificio de quien por su falta¹³⁵ o negligencia¹³⁶ no inscribió; y en los

¹²⁸ LUZURIAGA, *op. cit.*, p. 227: «[...] si el obligado omite la cancelación, suya será la culpa [...]».

¹²⁹ *Idem*, p. 225: «La segunda parte del artículo 1858 tiene por objeto evitar toda sorpresa o fraude por parte del que, teniendo un derecho posterior, se quisiera adelantar a otro que lo hubiese adquirido primero; de este modo no podrán cometerse abusos contra el hombre diligente».

¹³⁰ EM, p. 333: «De seguro que cuando todos vean que esta prescripción es una verdad, que no queda como hasta aquí en amenaza la ineficacia de los títulos no registrados, que los Tribunales aplican con todo rigor la ley, serán más diligentes en apartar de sí las perjudiciales consecuencias que una omisión culpable puede ocasionarles».

¹³¹ EM, p. 248: «En el interés de los que adquieren un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido a otro por error a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente».

¹³² EM, p. 251: «Si no está inscrita la condición resolutoria, será porque no se haya expresado en el contrato, tal vez para burlar la ley; pero, sea la omisión efecto de descuido o de mala fe, sólo debe perjudicar a los negligentes y a los maliciosos, no al tercero que compra en la seguridad de que no existe semejante condición resolutoria».

¹³³ SERNA, *op. cit.*, p. 246: «No menos eficaces que este medio [para fomentar la inscripción] son otros indirectos también, pero tan útiles casi como los directos [...] porque hacen tan precaria y triste la condición de las personas que no inscriben los títulos, contratos y actos registrables, que para salir de ella todas las que sean medianamente previsoras y diligentes, no dejarán de inscribir». *Idem*, p. 579: «Otras veces lo hemos dicho: los perjuicios que puedan ocasionarse no deben recaer en este caso sobre el que bajo las garantías de las leyes adquirió lo que, según el Registro pertenecía al que ya había enajenado, sino sobre el que pudiendo inscribir y dar esta señal de alarma a cuanto acudieran al Registro, y hacerlos aparecer en su día como adquirentes de mala fe, dejó de hacerlo, y dio lugar al segundo contrato».

¹³⁴ SERNA, *op. cit.*, p. 622: «Sólo podrá ser inducido a error el que no emplee la diligencia y actividad necesarias para enterarse de lo que hay en el Registro».

¹³⁵ SERNA, *op. cit.*, p. 671: «El que ha cometido la omisión de no cuidar que en la escritura que otorga se exprese la cláusula resolutoria a que está sujeto el contrato, y da lugar a que no conste en el Registro, no debe quejarse de la Ley que le ha advertido los peligros a que se exponía, y ha procurado defenderle contra ellos. Más justo es que sea él quien sufra el perjuicio que el tercero, que fue por su falta inducido a error».

¹³⁶ SERNA, *op. cit.*, p. 635: «En una palabra, lo que establece la Ley es que aquello que por no estar inscrito no es conocido por el adquirente, no le perjudique, o lo que es lo mismo, que la negligencia de uno no dañe a otro».

escritos de Cárdenas, donde se sienta con carácter de principio básico en la materia que la morosidad o indolencia de quien no inscribe no debe perjudicar al tercero cuidadoso que inscribe ¹³⁷.

Por más que la contundencia y constancia de los anteriores testimonios pudieran sugerir lo contrario, podría resultar prematuro –en nuestra opinión– pretender deducir de ellos conclusiones definitivas y absolutas. Un planteamiento a fondo y completo de la cuestión que venimos tratando no debería cerrarse a la posibilidad de que el instrumento planeado para proteger la seguridad del tráfico inmobiliario tenga que llegar, por la propia lógica de su finalidad, a proteger la confianza en las apariencias registrales más allá de lo previsto o expresamente reconocido por quienes, teniendo que actuar abriendo camino y en contra de lo que pediría la inercia de los hábitos mentales muy arraigados, lo crearon y configuraron su modo de ser y actuar. Ciertamente, la discordancia del Registro con la realidad, que constituye la situación publicada en situación aparente, será ordinariamente debida al titular que, por no inscribir su derecho, tendrá que padecer la pérdida del mismo en beneficio del tercero que actuó diligentemente sin conocer su existencia. En tal hipótesis, la imputabilidad de la apariencia al sujeto que la provoca allanará notablemente el camino que lleva a la justificación y defensa de su protección. Es el argumento que, tan repetida como explicablemente, hemos visto en la Exposición de Motivos de la Ley y en la doctrina de sus autores y comentaristas. Pero cabe preguntarse: ¿son completamente descartables las apariencias registrales no imputables al titular del derecho cuyo sacrificio exigiría en mecanismo de su protección? Y, no siéndoles imputables, ¿serán también protegibles a costa de su derecho? Y es aquí donde las explicaciones de la Exposición de Motivos y de Cárdenas, sin aportar elementos de directa, expresa y abierta respuesta, al menos sugieren o apuntan la posibilidad de indagar el problema e iluminan el sentido de su solución. ¿No resulta incompleta o ficticia la explicación que da la Exposición de Motivos a la protección registral del tercero cuando la inexactitud del Registro se debe a los errores deslizados en la actuación del Registrador al proceder materialmente a inscribir? En manos del titular puso la Ley el recurso para impedirlos (originario art. 252, hoy 258.3 LH) exigiendo al Registra-

¹³⁷ CÁRDENAS, «Memoria histórica...», cit., p. 171: «Si una sentencia judicial fundada únicamente en este documento no registrado, privara de su derecho al que lo adquiriera después bajo la fe del Registro, inscribiéndolo con oportunidad, resultaría que un título no inscrito por morosidad o indolencia, perjudicaría al tercero cuidadoso que inscribiera el suyo, para favorecer al indolente».

dor la minuta de la inscripción para su control y corrección si fuera necesaria ¹³⁸. Y cuando Cárdenas, defendiendo el mantenimiento del artículo 34 en su originaria pureza y censurando su desnaturalización mediante el añadido de las notificaciones, tras argumentar que el riesgo de inscripciones de títulos falsos tiene mucho de imaginario y que «es remotísimo el peligro de que el propietario cuidadoso sea despojado en beneficio del adquirente posterior de buena fe», termina sentenciando que «el Registro no cumple su objeto» si no se cumple en él la condición de que, en todo caso, la adquisición de buena fe inscrita por el tercero quede a salvo contra títulos no inscritos ¹³⁹, ¿no está indicando que la apariencia registral necesita ser protegida en favor del tercero de buena fe aun sin el normal presupuesto de que su producción sea imputable al titular que finalmente tendrá que padecerla? Preguntas que, a partir de los textos recordados y en la reflexión sobre nuestro sistema hipotecario, apenas se ha planteado a fondo la doctrina, aunque tampoco haya faltado el caso de que, sin mayor profundización o detenimiento, se haya llegado a afirmar que el enfrentamiento del tercero que de buena fe adquiere confiando en el Registro con el que, también de buena fe y diligentemente, lo tiene inscrito a su favor, es cuestión que, al quedar registralmente en tablas, debe ser resuelta por el Derecho Civil ¹⁴⁰.

Nosotros, sin poder compartir esta última afirmación, creemos, por el contrario, que la Ley Hipotecaria, desde su originaria inspiración de 1861 y con mayor claridad aún en su redacción actual, proporciona base bastante para poder sostener, como certeza legal, que la protección de la confianza prestada a la apariencia que el Registro produce, no necesita ser contrapesada con la imputabili-

¹³⁸ *Vid.*, E.M., p. 312: «Pero de todos modos, las rectificaciones de concepto no pueden retrotraerse a la fecha de la inscripción rectificada; por pequeña que sea la equivocación, los interesados tienen en el Proyecto medios suficientes para evitar el error, reclamándolo oportunamente: el que ignorante de ella acude al Registro y contrata con la seguridad de que no hay inscripción o anotación que pueda perjudicar a la adquisición de un derecho real, no debe experimentar daño por la omisión del que no cuidó oportunamente de que la inscripción fuera rectificada. Éste es el único que debe sufrir las consecuencias de su conducta, como se declara en el Proyecto».

¹³⁹ He aquí el texto de CÁRDENAS, «Memoria histórica...», cit., p. 171: «De cualquier modo que esto fuese, es lo cierto que semejantes fraudes tienen mucho de imaginarios, que los notarios no otorgan escrituras de venta de inmuebles al primer desconocido que llega a pedírselas, sin pruebas fehacientes de su dominio, que es remotísimo el peligro de que el propietario cuidadoso sea despojado en beneficio del adquirente posterior de buena fe para que un título no inscrito no prevalezca sobre el inscrito, y por último que sin esta condición no cumple su objeto el Registro».

¹⁴⁰ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, (ed. 1968) p. 212, negando la protección registral al tercero en la hipótesis de la falsedad del asiento: «[...] y finalmente, que entre el tercero de buena fe, y el titular registral perjudicado, asimismo de buena fe y diligente, la cuestión debe resolverse conforme al Derecho civil».

dad de la inexactitud registral al dueño o titular perjudicado por ella. Bastará para comprobarlo atender a las razones siguientes:

La primera y –aunque bien fundada– de menos peso, en cuanto que no se apoya directamente en una concreta disposición de la Ley sino que, más bien, combate el argumento que en ella, según hemos visto, quisiera buscarse en sentido contrario: la insuficiencia e inadecuación de la argumentación del requisito de la imputabilidad en la posibilidad de exigir del Registrador la minuta de la inscripción solicitada. Con razón advertía Morell, lo insuficiente y ficticio de este argumento. Insuficiente, porque la minuta es anterior al asiento a practicar en el Registro, y el error puede producirse en la práctica de éste; fuera ya, por tanto, del control legalmente previsto al poner en manos del solicitante esta cautela. Pero, además y sobre todo, ficticio: porque el titular que inscribe cumple con la diligencia que le es exigible con el solo hecho de solicitar conforme a Derecho la inscripción de su adquisición (art. 6 LH). De acuerdo con ello, la protección del tercero en su confianza cuando la inscripción es errónea tiene que responder a razón diferente a la de la imputabilidad de la inexactitud registral al titular inscrito. Es, simplemente, que en el conflicto que se produce entre el interés del titular del derecho erróneamente inscrito y el del tercero que confía en la inscripción errónea, la Ley Hipotecaria, como Ley de terceros que es, prefiere al tercero que con completa buena fe adquirió bajo la garantía del Registro ¹⁴¹.

La segunda razón –ésta incontrovertible por su evidencia legal– consiste en el sometimiento al juego de la fe pública registral, puramente y sin más, del asiento motivado por un título falso. Sabido es que el temor a que la protección registral del tercero adquirente pudiera llevar al expolio del dueño que diligentemente inscribió su derecho, sin la más mínima culpa de éste y por obra exclusiva del falsificador ¹⁴², fue lo que provocó la apasionada y tan aireada

¹⁴¹ Cfr. MORELL Y TERRY, J., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, II, 2.^a ed., Madrid, 1917, p. 591: «Barrachina estima que en estos casos A. debe culparse a sí mismo, por no haber exigido, como tenía derecho a hacerlo, con arreglo al artículo 252 de la Ley, la minuta del asiento principal. No lo vemos así; la minuta es anterior al asiento, la minuta puede estar bien, y el asiento equivocarse después, ni hay culpa alguna en no exigir minuta. Más práctico sería leer la inscripción después de hecha, o pedir de ella certificación literal. Pero, lo repetimos, no es esa la razón; es sólo que existe un conflicto de derechos, y la Ley Hipotecaria, ley de terceros, prefiere el derecho del tercero, el del que, con completa buena fe adquirió bajo la garantía del Registro».

¹⁴² Recuérdense, además de la detallada noticia de esa polémica en la obra de SERNA, *op. cit.*, pp. 623-640, las palabras ya citadas de GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, p. 495: «Nosotros, que quizá no estamos conformes con el espíritu de la Ley Hipotecaria [...], comprendemos, sin embargo, su sistema: el que no inscribe comete una omisión que la Ley castiga con ensañamiento; pero en fin, no ha inscrito y culpa tiene: lo que no podemos comprender, es que, cumpliéndose los preceptos legales para asegurar el dominio, quede sin embargo tan inseguro como si no se cumpliesen, y que pueda

polémica legalmente zanjada en la reforma de 1869 mediante la adición del requisito de las notificaciones como condición necesaria para que el tercero quedara definitivamente protegido en su adquisición ¹⁴³. Sabido es también que tales notificaciones apenas se usaron y que terminaron por ser suprimidas en la Ley de Reforma de 1944. A partir de entonces, recuperada por el artículo 34 su originaria pureza, la falsedad del título inscrito es una de las hipótesis de inexactitud registral comprendidas en el artículo 40 [art. 40 *d*)], cuya rectificación no perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso y de buena fe durante la vigencia del asiento que se declara inexacto [art. 40, *i. f*)]. He aquí el argumento que reviste de certeza legal a la afirmación de que la protección registral que al tercero adquirente dispensa el principio de fe pública no exige como condición absoluta la imputabilidad de la inexactitud registral al dueño o titular que la padece. Con ocasión de la Ley de Reforma de 1944, Pelayo Hore trató de reverdecer, tan inútil como anacrónicamente, la vieja cuestión ya felizmente superada ¹⁴⁴. Inmediata y contundentemente le rebatió Sanz Fernández ¹⁴⁵: además de que el riesgo advertido es de producción prácticamente imposible ¹⁴⁶, en la remotísima hipótesis de que efectivamente se produjera, la misma razón de ser del principio de fe pública sigue exigiendo la protección del tercero adquirente ¹⁴⁷, con el consi-

darse el caso en que la augusta majestad de una sentencia, sancione como acto válido y legal el robo organizado».

¹⁴³ Cfr. EM sobre la Reforma y Adición de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861: «Mas todo esto [el régimen establecido en el originario artículo 34] ofrece un inconveniente para el crédito territorial, porque los terceros quedan expuestos a perder su derecho si es falso o nulo el título del hipotecante y reclaman los bienes otros que con anterioridad al mismo hayan inscrito su título; peligro que no puede evitarse ni aun con el examen de todos los títulos inscritos referentes a los mismos bienes si su contenido no revela la falsedad o nulidad. En la nueva Ley proyectada se procura remediar este inconveniente, estableciéndose en el mismo artículo 34 que los interesados en una inscripción puedan solicitar que ésta se notifique a los que en los veinte años anteriores hubieren poseído los bienes a que la misma se refiera, a fin de que en el término de treinta días ejerciten las acciones que tuvieran para invalidar dicha inscripción, no pudiendo verificarlo después de aquel término».

¹⁴⁴ PELAYO HORE, «La reforma hipotecaria», *RDP*, 1945, pp. 149 ss.

¹⁴⁵ «Un aspecto de la fe pública registral», *RDP*, 1945, pp. 225-230. En el mismo sentido, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., pp. 640-645.

¹⁴⁶ *Op. cit.*, p. 226: «Todos estos supuestos, la realidad jurídica española demuestra que son de carácter absolutamente excepcional, y casi hay que hacer un esfuerzo de imaginación para idearlos y después discurrir sobre ellos, sin ánimo de resolver una cuestión práctica que no se da nunca. Mas, aunque sea rarísimo, puede darse algún caso, y entonces se pregunta: ¿cómo es posible que el dueño que vivía tranquilo pueda ser despojado de su derecho por un delito cometido por otra persona? [...]».

¹⁴⁷ *Op. cit.*, p. 230: «El fundamento se halla en el mismo que sirve de soporte a la fe pública registral y a la institución del Registro: la necesidad de mantener a todo trance la seguridad del tráfico jurídico, ya que la legislación hipotecaria se halla claramente situada en la esfera del más puro dinamismo jurídico, como lo muestra la simple lectura del Preámbulo del Real Decreto de 8 de agosto de 1855, iniciador de la legislación, y la Exposición de Motivos de la Ley de 1861».

guiente sacrificio del derecho del titular verdadero, quien, naturalmente, deberá ser resarcido por el falsificador y por quienes culpable o negligentemente permitieron que el título falsificado consiguiera acceder al Registro ¹⁴⁸.

La tercera razón –igualmente incontrovertible por legalmente cierta– consiste en la extensión del juego protector de la fe pública registral a la confianza puesta en asientos nulos o erróneos [art. 40 c) LH]. El asiento registral es, obviamente, obra exclusiva del Registrador, y será a éste, y no al titular del derecho irregular o erróneamente inscrito, a quien resulte imputable la producción de este supuesto de apariencia registral. Que la confianza del tercero en tal apariencia es protegible está fuera de toda duda gracias al inequívoco dictado de los artículos 31 y 40, *i. f.* de la Ley Hipotecaria. Que la misma Ley considera imputable al Registrador su causación resulta también evidente a la luz de su artículo 300: será el Registrador quien tenga que indemnizar al que, por el error o negligencia de éste tenga que padecer la pérdida de algún derecho real o de la acción para reclamarlo. La norma, como puede advertirse, es distinta a la anteriormente vista en el artículo 226 para el caso de la certificación registral inexacta. De la inexactitud de la certificación responde el Registrador frente al tercero que, al no coincidir ésta con el Registro, y al no poder alegar haber confiado en el Registro sino en la certificación, quedará excluido del juego de la fe pública registral; del error o nulidad del asiento responde el Registrador frente al titular inscrito que, por efecto de la protección del tercero, tendrá que padecer la pérdida de su derecho.

En definitiva, pues, que en nuestro sistema registral la imputabilidad de la inexactitud registral al titular sacrificado por efecto de la fe pública no es condición necesaria para el funcionamiento de este principio. Igual ocurre, además, en los sistemas suizo y alemán, donde –como, por otra parte, sucede en el nuestro– ni hay norma alguna que imponga tal condición, ni en su tratamiento doctrinal se la entiende necesaria como presupuesto necesario, aunque no explícito, de su régimen positivo ¹⁴⁹. Es más: en la doctrina ale-

¹⁴⁸ *Op. et loc. ant. cit.*, «Si, a pesar de todo, el delito ha sido consumado, para reparar el perjuicio económico sufrido por el titular están la responsabilidad civil del delincuente y la rígida responsabilidad que las leyes imponen al Notario y al Registrador».

¹⁴⁹ En nuestra doctrina, ROCA SASTRE, «El problema de la relación que respecto del art. 34 de la Ley Hipotecaria guarda el art. 32 de la misma», *RCDI*, 1965, p. 810: «En estos sistemas [los de fe pública] 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 [...]»; también, refiriéndose a los diferentes fundamentos por los que el legislador puede decidir la protección de la buena fe, MIQUEL, J. M.^a, «Buena fe (Dcho. Civil)», *EJB*, I, ed. Civitas, 1995, p. 839:

mana la apariencia registral se señala como uno de los supuestos en que el principio de protección de la apariencia (*Rechtsscheinprinzip*) se particulariza y ensancha como *reine Rechtsscheinprinzip* para proteger la apariencia pura: esto es, la apariencia en cuya protección no hay que hacer cuestión alguna de imputación al sujeto o titular que la padece ¹⁵⁰. Lo mismo, como hemos visto, puede hacerse en nuestro Derecho.

Siendo todo lo anterior así, podemos ya concluir definitivamente en este punto. La protección de la apariencia jurídica que opera en nuestro Derecho a través del principio registral de fe pública, no exige siempre y como requisito absolutamente necesario la imputabilidad de que aquí venimos tratando. Ciertamente ésta se producirá en la mayoría de los casos; justamente, en los que Luzuriaga, Cárdenas, Gómez de la Serna y la Exposición de Motivos de 1861 se representaban mentalmente como el más frecuente: el de la inexactitud registral producida por efecto de la no inscripción de un derecho realmente existente fuera del Registro. Ese mismo caso, posible también en los sistemas germánicos de inscripción constitutiva en el margen permitido por el que en Suiza llaman el «principio relativo de la inscripción» o, lo que es lo mismo, en el ámbito de las adquisiciones ajenas al tráfico negocial *inter vivos*, permite afirmar que, también en tales sistemas, la protección de la adquisición registral *a non domino*, no siempre supeditada al requisito de la imputabilidad, puede a veces producirse por ella. Es más, tanto para estas variantes germánicas como para la nuestra podrá decirse que, seguramente, la consideración de estas apariencias registrales imputables a quienes por omitir la inscripción van a tener que padecerlas, pueden muy bien haber actuado a modo de punta de lanza en la introducción, así más fácilmente asumible, de la adquisición registral *a non domino* en el conjunto del ordenamiento. Pero es el caso que el mecanismo ideado para el logro de dicha adquisición, en tanto que instrumento al servicio de la seguridad del tráfico, va a exigir, en razón de su propia lógica y finalidad, que la protección de la confianza puesta en el Registro de la Propiedad no quede limitada solamente al caso más probable de que la información por éste proporcionada no sea exacta por culpa o descuido imputable al titular que pudiendo y debiendo haber inscrito, dejó de hacerlo. Como vimos afirmado en Cárdenas, si el Registro no asegura a todo trance al terce-

«[...] en el artículo 34 LH es indiferente la conducta del verdadero propietario y el origen de la inexactitud registral».

¹⁵⁰ Cfr. CANARIS, *op. cit.*, p. 471, y antes, WESTERMANN, «Die Grundlagen des Gutgläubensschutzes», *JuS.*, 1966, pp. 1 ss.

ro de buena fe, deja de cumplir su finalidad aseguradora del tráfico. He aquí cómo y por qué también la apariencia registral inimputable al titular que *in natura* e inmediatamente la padece, tiene que terminar siendo también protegida. Así acabamos de verlo positivamente establecido para nuestro Derecho por la Ley Hipotecaria. Es prueba legal suficiente para sostener que la apariencia registral protegible no exige su imputabilidad al dueño sacrificado por efecto de su protección, y, procediendo por elevación, para argumentar que en la doctrina general de la protección de la apariencia jurídica no puede exigirse el requisito de la imputabilidad como elemento necesario, por esencial, para la protección del tercero que en ella confía.

II. EL SUJETO PROTEGIDO POR LA FE PÚBLICA REGISTRAL Y LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA SU PROTECCIÓN

Sin apartarnos sustancialmente del modo y orden empleado por la doctrina en la exposición de los requisitos necesarios para la aplicación del principio de fe pública registral, nosotros –siguiendo nuestro inicial planteamiento¹⁵¹– vamos a intentar el desarrollo de esta materia reconduciéndolo a la última clave de su comprensión: la teoría de la protección de la apariencia jurídica. El intento está, a nuestro juicio, sobradamente justificado si se admite que el Registro de la Propiedad no es sino la más elaborada forma de apariencia jurídica artificial o provocada¹⁵², si el más peculiar efecto de la protección registral se entiende, efectivamente, como una de las más importantes manifestaciones de la protección de la apariencia, y si, finalmente, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria se reconoce como la norma que con mayor atención y detalle señala los requisitos necesarios para la entrada en juego de tal protección. Precisamente porque así son las cosas, nuestro modo de proceder en esta materia tendrá que coincidir sustancialmente con el que habitualmente se sigue por la doctrina que, sobre la pauta del artículo 34, desarrolla y comenta las condiciones de aplicación del principio de fe pública registral.

¹⁵¹ Cfr. «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...», *cit.*, pp. 29-30.

¹⁵² Para la distinción entre apariencia jurídica natural y artificial o provocada, cfr. WELSPACHER, M., *Das Vertrauens auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht*, Viena, 1096, pp. 22 ss. y 58 ss.

1. EL TERCERO, EN TANTO QUE SUJETO AJENO AL ACTO CREADOR DE LA SITUACIÓN INMOBILIARIA QUE EL REGISTRO PUBLICA

«El *tercero* que de buena fe adquiera a título oneroso...», comienza diciendo el artículo 34 de la Ley Hipotecaria al circunscribir y expresar el efecto protector del principio de fe pública registral. He ahí indicado el sujeto a quien dicho efecto favorece, y comenzada de inmediato la secuencia de los requisitos necesarios para su protección. De momento nos interesa atender sólo al primer punto: el principio de fe pública se establece por la Ley en favor del *tercero*. Es lógico que así sea, si la fe pública consiste en una particular aplicación de la protección de la apariencia¹⁵³, y si esta protección se dirige, como a su genuino y normal beneficiario, al *tercero*¹⁵⁴. Y por ello mismo se entiende, también, que, siendo el principio de fe pública el principal exponente de la virtud protectora de la publicidad registral, con razón, aunque también con algunas reservas en los últimos tiempos, la Ley Hipotecaria haya podido ser caracterizada como «ley de terceros»¹⁵⁵. Al afirmarlo así,

¹⁵³ Cfr., por todos, Cossío, *Instituciones...*, cit., p. 219: «El problema estriba únicamente, en determinar cuándo y en qué medida, los terceros pueden ser afectados por un negocio jurídico en el que no han sido partes. Este problema se resuelve de distinta manera en el campo civil que en el hipotecario [...]. En el hipotecario, estos principios materiales, son concebidos formalmente, es decir, sustituidos por su apariencia; pudiéramos parodiarnos de la siguiente manera: “nadie puede dar lo que *no parece* que tiene”, y “quien *parece* ser el primero, tiene mejor derecho”. La apariencia del derecho sustituye al derecho mismo, y la aparente falta de derecho, puede destruir el derecho» (cvas. del a.). Contra esta concepción y en este específico punto, vid. AMORÓS, *La teoría de la publicidad registral y su evolución*. Discurso leído el día 30 de noviembre de 1998 en su recepción como Académico de Número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1998, p. 108: «[...] aún entonces [cuando entra en juego la fe pública registral] ni siquiera de una manera plena y automática [la protección del titular registral y de la titularidad inscrita se justifica mediante el principio de la protección de la apariencia] porque, según la doctrina más moderna, la protección del tercero registral se produce no tanto por su confianza en la apariencia (situación subjetiva: deber de conocer lo que el Registro publica), cuanto por la declaración legal que consagra la protección cuando concurren los requisitos establecidos (situación objetiva, al margen de la conducta o diligencia del tercero protegido, aunque la protección resulte condicionada por la buena fe)». Sobre esta minoritaria y reciente doctrina que se aparta de la explicación de la protección registral del tercero indicada en el texto, nos hemos pronunciado en *La inscripción en el Registro de la Propiedad...*, cit., pp. 240-256, lugar al que, por evitar repeticiones, aquí de nuevo nos remitimos.

¹⁵⁴ Contrario en este punto a la común opinión, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La exteriorización...*, cit., p. 67: «Conviene no engañarse. Algunos sectores creen que la apariencia es doctrina de defensa de terceros. Esta afirmación es, sin embargo, inexacta por incompleta». Dejamos expuesta nuestra opinión sobre la esencialidad de la presencia del tercero en la teoría de la protección de la apariencia, y sus contadas excepciones, en *La representación aparente...*, cit., pp. 443-454. Posteriormente, sobre el mismo punto, BUSTOS PUECHE, *op. cit.*, pp. 21-34.

¹⁵⁵ Cfr. Díez-Picazo, *Fundamentos...*, cit., p. 452: «Desde el momento mismo de la promulgación de la Ley de 1861 –incluso antes, porque lo decía su Exposición de Motivos–, se ha insistido una y otra vez en que la Ley Hipotecaria es una “ley de terceros” y el tercero es el personaje principal de toda esta historia». Las reservas frente a esta denomi-

naturalmente, nos estamos pronunciando contra quienes en nuestra doctrina han tachado al tercero de mero ente de la mitología jurídica ¹⁵⁶, o le han negado acomodo en nuestro sistema por considerarlo lastre arrastrado a nuestro Derecho por efecto del influjo inicialmente ejercido en el mismo por el sistema de transcripción ¹⁵⁷. Convenimos, en cambio, con la Exposición de Motivos de 1861 cuando, excluidas las partes, señala al tercero como sujeto beneficiario del efecto protector de la publicidad cifrado en el principio de fe pública ¹⁵⁸, con Serna cuando detecta como principio que domina la Ley el limitar su efecto protector al tercero, dejando a los otorgantes dentro de las condiciones del Derecho antiguo ¹⁵⁹, y con la de la Ley de Reforma de 1944 cuando sostiene que la presencia del tercero se impone en nuestra Ley Hipotecaria con necesidad reclamada por la naturaleza de las cosas ¹⁶⁰; esto es, concretamos nosotros: por así exigirlo la teoría de la protección de la apariencia jurídica de la que la fe pública registral, repetimos, no es sino una concreta y muy señalada aplicación.

Pues bien, admitido y sentado que la fe pública registral reclama al tercero como su necesario sujeto, ¿quién es tal tercero?; ¿cómo se podría perfilar su concepto? Nosotros pensamos que, si

nación arrancan del desarrollo del principio llamado de legitimación en nuestro sistema registral. A ello se refiere la Exposición de Motivos de 1944: «El principio de legitimación [...] dan a la inscripción tal alcance, y a sus titulares privilegios tan destacados en la esfera civil y procesal, que hacen poco apropiada para nuestra Ley la para algunos preferente o exclusiva denominación de o para terceros» (cva. de la EM).

¹⁵⁶ Así, URIARTE BERASÁTEGUI, *Inexistencia del tercero hipotecario*, RCDI, 1931, p. 561.

¹⁵⁷ COSSÍO, «Proyecto de Bases en que podría inspirarse una reforma de la actual legislación inmobiliaria», *Anales de la Universidad Hispalense*, Sevilla, 1945, p. 143: «asimismo hemos abandonado la técnica perniciosa del “tercero”, reminiscencia del sistema francés de transcripción, que no puede subsistir en un régimen que consagra los principios del germánico [...]». El criterio contrario puede verse en ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., p. 625: «El tercer adquirente es elemento importante, como que es consustancial en todo sistema hipotecario que adopte con amplitud el principio de fe pública registral, de cual aquél es su destinatario o sujeto protegido. Pero esta importancia deriva precisamente de esta protección. Así se entiende en el Derecho alemán y en los de Suiza y Australia, aunque en ellos el personaje no haya ocasionado tanto comentario como aquí, por destacar más su protección que el sujeto».

¹⁵⁸ *Vid.*, e. c., p. 333: «[...] atendiendo al principio del Proyecto que no altera las obligaciones y derechos por falta de inscripción entre los que son parte en el acto o contrato en que debe hacerse, limitándose a salvar los derechos del tercero que adquirió el dominio u otro derecho real sobre bienes inmuebles en la seguridad de que estaban libres de las cargas o responsabilidades que no aparecían en el Registro».

¹⁵⁹ SERNA, *op. cit.*, p. 622, en la glosa al artículo 34: «4. En cuanto a tercero.— Consiguiente es siempre la Ley al principio que la domina; el de salvar de todo perjuicio al tercero, dejando a los otorgantes, dentro de las condiciones del Derecho antiguo».

¹⁶⁰ «Se trata —dice la Exposición de Motivos— de una realidad impuesta por la naturaleza de las cosas, que el legislador no puede preterir»; o, en la expresión de LACRUZ-SANCHO, *Derecho Inmobiliario Registral*, cit. (ed. 1968) p. 221. «Se trata de una exigencia del todo congruente con la naturaleza de la tutela libraria: incluso de algo que viene dado por el concepto y finalidad del Registro».

tan esencial como hemos indicado es para el juego de la fe pública la figura del tercero, la captación de su imagen y el enunciado de su concepto no puede ser tan difícil como a veces se propone. Hay que ponerse en guardia contra expresiones como las que le califican de sorprendente fantasma ¹⁶¹ o le hacen consistir en la fórmula mágica que abre y cierra la cueva de los tesoros hipotecarios ¹⁶². Las cosas, por fuerza, tienen que ser más sencillas, y cuando no se las ve en la sencillez de su elementalidad es porque en ella se implican cuestiones que la sobrepasan y exceden. Ocurre así cuando, como con mucha frecuencia acaece, se intenta proponer una noción complexiva del tercero hipotecario; esto es, una noción en la que su condición de tercero, casi relegada a un segundo plano, se la viene a hacer consistir en el conjunto de las notas o requisitos que han de adornarla para hacerla merecedora de la protección registral ¹⁶³. No es éste, a nuestro juicio, el mejor modo de proceder ¹⁶⁴. Sin duda, el tercero protegido por la fe pública registral necesita reunir los requisitos que para ello le exige la Ley; pero en el momento de dar el primer paso en la identificación del sujeto de la fe pública en tanto que tercero, lo que interesa es identificar a

¹⁶¹ Cfr. NÚÑEZ LAGOS, «Don Jerónimo», en GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, Madrid, 1948, p. 8: «En los escritos hipotecarios iba y venía como una lanzadera el fantasma del tercero, que con pasmo de jueces y letrados estrangulaba las acciones reales del viejo Derecho civil».

¹⁶² GONZÁLEZ MARTÍNEZ, en la recensión a ANA MARÍA LE PELLEY, «La noción de tercero en la Ley Hipotecaria española», *RCDI*, 1932, p. 75: «La palabra tercero, *terminus technicus* que abre y cierra la cueva de los tesoros hipotecarios, responde a una serie de principios de tal modo entrelazados que resultan infructuosos los intentos dirigidos a obtener una definición sencilla, una fórmula que, como el “ábrete, sésamo”, resuelva instantáneamente las dificultades».

¹⁶³ Algo de esto puede verse en la exposición de motivos de la Ley de Reforma de 1944: «A los efectos de la *fides publica*, no se entenderá por tercero el *penitus extraneus*, sino únicamente el tercer adquirente; es decir, el causahabiente de un titular registral, por vía onerosa». Lo mismo en JIMÉNEZ ARNAU, *Tratado de Legislación Hipotecaria*, I, Madrid, 1941, p. 165: «Por ello, puede definirse al tercero hipotecario diciendo que es *quien sin intervenir en un acto o contrato, tiene en relación con la cosa que ha sido objeto del mismo, un derecho adquirido de buena fe, por título oneroso y amparado por una inscripción*» (cva. del a.); ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 601: «De momento avanzamos que la noción de *tercero* según la Ley Hipotecaria [...] es el siguiente: “Es el tercer adquirente por negocio jurídico, del dominio de inmuebles o derechos reales limitados sobre los mismos, que en función del Registro inexacto es mantenido en su adquisición por la fe pública registral, siempre que concurren las demás circunstancias exigidas por la ley para tal protección”»; DE LA RICA Y ARENAL, R. *Comentarios a la Ley de reforma hipotecaria*, Madrid, 1945, p. 30: «... la reforma precisa mejor el concepto, sin definirlo, en el artículo 34, calificando de tercero al causahabiente por vía onerosa y con buena fe de un titular registral».

¹⁶⁴ Convenimos en este punto con ROCA SASTRE, cuando, aun proponiendo una noción complexiva del tercero hipotecario, denuncia como uno de los «confusionismos que se producen sobre el concepto de tercero en la Ley Hipotecaria» *op. cit.*, pp. 624– el confundir «el concepto de tercero con el de su *protección registral*, producto todo de no distinguir entre el tercero *en sí mismo considerado* [...] y las otras circunstancias que el art. 34.1 de la Ley Hipotecaria exige para poder obtener la protección de la fe pública registral. Pero lo correcto –añade– es no abandonar esta distinción, pues cabe que uno tenga la consideración de tercero pero le falte reunir dichas circunstancias» (cvas. del a.).

dicho tercero, sin más; el mismo tercero al que, como eventual sujeto de la fe pública, habrán de exigirse, en momento lógicamente posterior, los requisitos que la Ley le impone para llegar a serlo efectivamente en el caso concreto.

Así circunscrito el problema, y aplazada, por tanto, una problemática que en este momento es prematura, resulta muy fácil decir que el concepto, sin más, de tercero, en el sentido que aquí interesa ¹⁶⁵, trasciende el terreno de lo específicamente hipotecario y nos traslada al campo del puro Derecho Civil. Civilmente hablando, tercero, sin más, es quien no es parte, ni originaria ni sobrevenida (art. 1257 CC) ¹⁶⁶ o –afinando algo más– quien, además de no ser formalmente parte, tampoco viene a identificarse material o realmente con quien efectivamente lo es ¹⁶⁷. Siendo ello así, el sujeto de la fe pública registral tendrá que ser, en cuanto tercero, un tercero civil: alguien que, antes de resultar especificado en su peculiar condición de tercero registral o hipotecario, vendrá a compartir con el genérico tercero civil la nota negativa que esencial-

¹⁶⁵ Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 586, en el comentario al originario artículo 27: «1. Para los efectos de esta Ley.– La palabra *tercero* no tiene siempre en el derecho la misma significación. No es de esta obra detenernos en las diferentes acepciones que se le dan; nos limitaremos a ligeras indicaciones: *tercero en discordia* se llama en nuestro derecho al árbitro, al amigable componedor y al perito [...]. *Tercero* o *tercer opositor* se llama en el juicio ejecutivo al que se opone a la ejecución [...]. Basta esto a justificar la definición de la palabra *tercero*, para los efectos de la Ley hipotecaria» (cvas. del a.).

¹⁶⁶ La equivalencia entre tercero y no parte en la Ley Hipotecaria puede verse, e.c., en el siguiente párrafo de la Exposición de Motivos de 1861 (p. 237): «No corresponde a la Comisión apreciar este principio (el de la transmisión consensual establecido en el *Code*) cuando se limita a los mismos contrayentes; no toca a la Ley de Hipotecas, al menos bajo el punto de vista del Proyecto, entrar en su examen; lo que de lleno cae bajo su dominio es descharlo cuando se trata del interés de terceros que no han sido parte en el contrato, porque [...] produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de los que no ha podido tener conocimiento».

¹⁶⁷ Cfr. ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 680 ss., involucrando este punto en el tratamiento del requisito de la buena fe: «Hemos dicho que la buena o mala fe es *totalmente irrelevante* cuando la contraposición del papel de adquirente y de transmitente resulta ser *aparente o ficticia* hasta el punto de que por la identidad personal o de intereses llegue a *disiparse la figura del tercer adquirente*» (cvas. del a.); LACRUZ-SANCHO, *op. cit.* (ed. 1968), p. 223: «Tampoco tiene la condición de *tercero* el adquirente cuya personalidad se identifica material o formalmente con la de su transmitente inmediato. La Lh nada dice sobre este asunto, pero el propio término *tercero* da a entender con suficiente claridad que ha de haber una separación absoluta entre la personalidad del protegido y la de su *auctor*. En otro caso, fallan las razones para la actuación de los arts. 32, 34, etc., los cuales están dirigidos a la protección del tráfico, y, por tanto, operan cuando un adquirente se contrapone al titular real y no cuando uno y otro son, en realidad, la misma persona»; AMORÓS, *Comentarios...*, *cit.*, p. 294: «De la misma manera, tampoco debe reputarse tercero al adquirente cuya personalidad se identifica, material o formalmente, con la del transmitente...». En la doctrina extranjera, DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 634: «Il n'y a pas acquisition par un tiers lorsqu'une *pluralité de personnes* traite avec elle-même comme aliénateur et acquéreur; ainsi lorsque les intérêts changent la forme de la société sous laquelle ils exploitent une entreprise, bien qu'il y ait alors en principe succession à titre particulier. L'art. 973 ne s'applique pas non plus lorsqu'une communauté transfère un immeuble à un de ses membres ou constitue en sa faveur un droit réel sur cet immeuble».

mente le deslinda y define: la de no ser parte ¹⁶⁸. En su traslación al Derecho, el vocablo «tercero», gramaticalmente adjetivo, se ha sustantivado. No indica ya una situación ordinal determinada ¹⁶⁹, sino al sujeto de una particular posición: la de quien ha sido ajeno a la constitución de una situación jurídica cuyos efectos podrían llegar a afectarle ¹⁷⁰.

Ahora bien, este concepto, elemental, neto y sencillo en sí mismo, puede efectivamente convertirse en algo más dificultoso y complejo en su traslación al Derecho Hipotecario. La razón es clara: los terceros registrales o «internos» –siguiendo la terminología empleada por Núñez Lagos ¹⁷¹– pueden variar y diversificarse, no en cuanto abstractamente terceros sino en cuanto sujetos de situaciones concretas distintas en las que la protección registral se precipita en resultados y efectos igualmente distintos ¹⁷². Es éste, como se sabe, el problema crucial que viene enfrentando en nues-

¹⁶⁸ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pp. 179-180: «Se suele denominar “tercero hipotecario” al que reúne los requisitos exigidos por la Lh., y es, por ello, protegido por el Registro. Pero dentro de ese concepto amplio, la condición de *tercero* es autónoma y distinta de las otras: necesaria, aunque no suficiente, para la protección registral [...]. El requisito para *ser tercero*, para quien se acoge a la protección del Registro, significa que ha adquirido unos bienes o derechos que reclama otro sujeto con el cual él *no ha contratado*»; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 601: «La determinación del tercero hipotecario según nuestro Derecho inmobiliario registral requiere indispensablemente la previa determinación del concepto de *tercero* según el Derecho civil puro o general, puesto que el tercero hipotecario no es más que ese tercero civil, si bien adornado de los requisitos o características especiales que para su protección impone el principio de fe pública del Registro»; SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones...*, *cit.*, p. 418-419: «El concepto de tercero es, en efecto, privativo del Derecho civil. Debe tenerse siempre presente que la Ley Hipotecaria no actúa con conceptos distintos, no crea por sí los conceptos jurídicos, sino que los recibe formados del Derecho civil; por consiguiente, no existe un concepto de tercero en Derecho hipotecario; el concepto será el mismo del tercero civil, sin ninguna alteración sustancial [...]. Este concepto puramente civil del tercero es perfectamente aplicable en Derecho hipotecario. Únicamente debe hacerse la salvedad de que el acto o contrato con referencia al cual se hace la determinación del tercero, ha de ser productor de efectos reales, ha de ser un acto traslativo de dominio o constitutivo de derechos reales sobre inmuebles. El que no es parte en algún acto o contrato de esta naturaleza, es tercero» (cva. del a.); Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, *cit.*, p. 452: «Se le distingue así [al llamado tercero hipotecario como beneficiario de la fe pública registral] como el “tercero protegido” o el “tercero hipotecario”, que vendría a ser una categoría restringida dentro del concepto genérico de tercero, al que a veces se llama “tercero civil”».

¹⁶⁹ Es esta una de las razones por las que CAMPUZANO, *Elementos...*, I, p. 392, se manifiesta contrario al empleo del término *tercero* para designar al destinatario de la protección registral: «...el empleo de la palabra *tercero* para designar el protegido hipotecario –dice– es notoriamente inadecuado, puesto que no es ésta la acepción vulgar de aquella palabra, que significa un adjetivo numeral ordinal y supone la existencia de un primero y un segundo, después del cual viene [...]».

¹⁷⁰ Cfr. MENGONI, L., *Gli acquisti «a non domino»*. 3.^a ed., Milano, 1975, p. 113: «In senso generale e assoluto, terzo è ocluí, che non è parte di un negozio giuridico, ne del rapporto da esso costituito».

¹⁷¹ Cfr. NÚÑEZ LAGOS, «Tercero y fraude...», *cit.*, pp. 582 ss.

¹⁷² Es esta la razón por la que la antigua doctrina –cfr., e. c., GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, p. 425– criticaba la definición legal del tercero en el originario artículo 27 de la Ley Hipotecaria, «no caben todas las clases de terceros en el estrecho marco de la definición que da el art. 27».

tra doctrina a los partidarios de las concepciones opuestas –monista y dualista– del tercero hipotecario. Nosotros, que ya hemos tomado partido en dicha polémica ¹⁷³, entendemos que, contra la pretensión monista de reducir al tercero registral en la figura complejamente descrita en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria deben distinguirse dos terceros distintos: el protegido por la fe pública registral, o tercero del artículo 34, y el amparado por el principio de inoponibilidad, consecuencia o traducción del valor sólo publicador de la inscripción registral en nuestro sistema, o tercero del artículo 32, cuando la inscripción que le protege contra el titular no inscrito, por ser –normalmente– primera inscripción, no viene engarzada en otra anterior. No es cuestión de volver ahora sobre los argumentos que sustentan la distinción entre estas dos formas de diferentes terceros registrales o internos; basta tenerla a la vista para desde ella poder concluir que en nuestro Derecho no es posible identificar al tercero hipotecario con el tercero del artículo 34 si por tercero hipotecario se entiende, sin más, al tercero registral; esto es: al tercero especificado, sólo y siempre, por su traslación al Derecho Inmobiliario como beneficiario –el único– de la protección Registral ¹⁷⁴.

Lo anterior supuesto, nuestro interés se limita ahora a determinar cómo se particulariza la noción de tercero ofrecida por el Derecho Civil cuando específicamente se la aplica en lo registral al

¹⁷³ *Vid.*, principalmente, nuestro trabajo «El principio de inoponibilidad...», *ADC*, 2004, cit.

¹⁷⁴ La terminología en este punto no es fija ni uniforme: mientras VILLARES PICÓ, «La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero». *RCDI*, 1949, p. 291, incluye bajo la denominación «tercero hipotecario» al tercero del artículo 32, aunque lo considere distinto al del 34 («el concepto de tercero hipotecario es más amplio que el tercero que resulta del artículo 34 de la Ley [...]»), AMORÓS, *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 295, llama «tercero civil que inscribe» al tercero protegido por el artículo 32 LH y 606 CC («[...] podemos llegar a la conclusión de que el tercero contemplado por el artículo 606 no es siempre ni necesariamente un tercero registral, sino que le basta con ser un mero tercero civil que inscribe»). Por lo demás, en cuanto al fondo y en contra de lo que aquí sostenemos, la sinonimia entre tercero registral y tercero hipotecario, o la reducción del tercero registralmente protegido al del artículo 34, puede verse, e. c., en ROCA SASTRE, «El problema de la relación...», cit., p. 824: «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»; PAU PEDRÓN, *Comentario del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1535: «De la aplicación del art. 606 no resulta pues, como se desprende de su literalidad, una simple “inoponibilidad” en contra del tercero civil, sino una auténtica “adquisición *a non domino*” a favor del tercero hipotecario».

principio de fe pública ¹⁷⁵ y sin que todavía sea el momento de entrar a detallar los requisitos que ulteriormente se exigen a dicho tercero para que, supuesta su condición de tal, pueda contar con la protección del Registro. Así delimitado el problema, su solución no es difícil. Vale, *grosso modo*, para la definición del tercero amparado por la fe pública registral la fórmula que para circunscribir hipotecariamente al tercero acuñó el originario artículo 27 de la Ley Hipotecaria: «Para los efectos de esta Ley, se considera como tercero aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito» ¹⁷⁶. Por contrato inscrito debe entenderse, obviamente, no el que el tercero celebra e inscribe, obteniendo de su inscripción las ventajas propias del principio de inoponibilidad, sino el contrato fundamentador de la situación inscrita a cuyo amparo va a contratar y adquirir el tercero. Si la vieja y abandonada definición del artículo 27 resultó problemática fue precisamente porque, concebida desde el principio de fe pública registral, en su tenor no cabía el tercero del principio neto de inoponibilidad: el del originario artículo 23 de la Ley. Pero, razonada y argumentada la existencia y legitimidad de este tercero en nuestro sistema hipotecario a pesar de la estrechez de aquella definición ¹⁷⁷, nada impide dar a la misma por buena en su aplicación al tercero de la fe pública registral. Aunque *grosso modo*, como antes dijimos: porque en ella la noción de «parte», en tanto que contrapuesta a la de tercero, se

¹⁷⁵ Esto es —cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 600—: al tercero «en relación con el título ya inscrito en favor del transferente».

¹⁷⁶ Al afirmarlo así, tenemos que disentir de GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J. L., «El principio de inoponibilidad (art. 606)», en *Centenario de la Ley de Bases del Código civil (Ciclo de Conferencias)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1989, pp. 101-116, para quien en la etapa preparatoria de la Ley Hipotecaria «el tercero del artículo 34 de la LH actual es un *nasciturus*, nada hay sobre él» (p. 106) y cuando posteriormente nace «el art. 23 de la LH de 1861 no se piensa en el Registro de la Propiedad, sino en el de hipotecas» (p. 108). Terminantemente en contra de esta apreciación, *vid.* CÁRDENAS, «Memoria histórica...», *RGLJ*, 1871, *cit.*, p. 170-171, acerca del artículo 34: «Su objeto era asegurar al tercero que contrata con el que ya tiene su derecho inscrito en el Registro contra el peligro de ser perjudicado si este derecho llegara a resolverse en virtud del título no inscrito en el tiempo en que contrató, o de causas que no resultaran del mismo Registro». Ese tercero es, sin duda, el mismo al que en términos generales apuntaba el artículo 27; como lo era igualmente el del artículo 31, precepto en el cual, decía GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 615, «se limita la Ley a aplicar especialmente al caso de que trata [...] la regla general que domina en la Ley, es decir, que el tercero no puede ser perjudicado por los actos o contratos a que la inscripción nula se refiere, por no haber tenido parte en ellos». Con razón, pues, refiriéndose al originario artículo 27 podrá afirmar DE LA RICA, *Comentarios...*, *cit.*, p. 30: «La reforma suprime esta definición [...], pero mantiene el concepto [...], sin definirlo, en el artículo 34, calificando de tercero al causahabiente por vía onerosa y con buena fe de un titular registral». La misma idea puede verse en ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario...*, *cit.*, p. 616. En la doctrina extranjera, para una descripción del tercero de la fe pública registral muy próxima a la vieja fórmula del artículo 27 de la Ley Hipotecaria, *vid.* DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 633: «Le tiers protégé est celui qui se fie à l'inscription induite de son auteur et qui n'a donc pas été mêlé comme partie aux circonstances qui ont conduit à cette inscription».

¹⁷⁷ Nos remitimos en esta materia a lo que dejamos dicho en «El principio de inoponibilidad...», *cit.*, pp. esp., 431-448.

sustituye, innecesaria e incorrectamente, por la de interviniente: «... aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito». El comentario de Gómez de la Serna explica con claridad la razón de dicha sustitución: se trata de evitar que quienes –como el Notario y los testigos instrumentales– aunque no en condición de parte, hayan intervenido en el contrato adquisitivo ajeno, puedan pretender ignorarlo y acogerse en tal forma a la protección del Registro¹⁷⁸. Aparte otros matices¹⁷⁹, resulta muy claro que al procederse de este modo se está entrando ya en esa visión complexiva del tercero que lleva a negar la condición de tal a quien no actúe de buena fe. Pero bien miradas, las cosas no son así¹⁸⁰. Tercero es, sin más, quien no es parte; registralmente hablando y desde el punto de vista del principio de fe pública: quien no es parte en el contrato

¹⁷⁸ SERNA, *op. cit.*, pp. 587-598, esp., p. 587: «Si la intención de los que formularon la Ley hubiera sido la de que el escribano y el testigo debían ser considerados como terceros, no hubieran dejado de poner después de la última palabra que ahora tiene el artículo estas otras: *como parte*. Aún más: la redacción del artículo debería ser en tal caso: *para los efectos de esta Ley, se considera como tercero el que no haya sido parte en el acto o contrato inscrito*. A querer decir esto, no se hubiera redactado el artículo de una manera que se prestara a una interpretación que tanto distaría del espíritu del legislador. Ni es de presumir que la redacción del artículo, tal como está, sea efecto de descuido o negligencia [...] ¿Y qué razón habría para considerar como a terceros al escribano y los testigos? Nos parece que ninguna. No tiene buena fe el que habiendo presenciado el acto o contrato en virtud del cual uno se ha desprendido del dominio de la cosa, y sabiendo, por lo tanto, y de ciencia propia, que corresponde al que delante de él la adquirió, la compra, o por cualquier otra clase de contrato la obtiene del antiguo dueño con pleno conocimiento de que no lo es, y aprovechándose del descuido que tal vez tenga el primer adquirente en hacer la inscripción, se apresura a llevar la suya al Registro para que con arreglo al artículo 17 no pueda ya inscribirse aquella en que él intervino como escribano o como testigo. Favorecer esta adquisición tan de mala fe en perjuicio del que adquirió la misma cosa con buena fe, no sería moral ni justo [...]».

¹⁷⁹ Como fácilmente puede comprobarse, en la hipótesis propuesta por GÓMEZ DE LA SERNA se está pensando en un tercero que no es ya el que describe el artículo 27: el que no interviene en el contrato *inscrito*. Justo el contrato en el que intervienen el notario y los testigos es el que, a pesar de no estar inscrito, debe poder oponérseles porque, sin inscripción, para ellos es perfectamente conocido. Así se ve, algo más adelante, en el propio comentario de SERNA, «no puede decir el que ha presenciado un acto o contrato para corroborarlo con su testimonio, o para autorizarlo con la fe pública de que es depositario, que no tenía conocimiento de él *porque no estaba en el Registro*» (cva. n.).

¹⁸⁰ Cfr. GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, pp. 420-421, polemizando, en la línea de MOSCOSO, contra la explicación de SERNA al artículo 27: «En ninguna parte de la Ley Hipotecaria, ni en su espíritu ni en su letra se mencionan otras personas a quienes puedan aplicarse las disposiciones, además de los contratantes o partes de los actos inscribibles y los terceros: esa clase híbrida que se inventa por los que interpretan de otro modo el art. 27, y que llamaremos *intervinientes*, especie de trasgos que, lanzados del cielo y no admitidos en el infierno, vagan por las regiones intermedias: son desconocidos completamente. Si existieran, alguna alusión, alguna disposición referente a ellos habría. ¿No las hay?: luego ha de considerarse comprendidos entre los otorgantes o entre los terceros. ¿Cabe considerarlos otorgantes? No; pues ha de estimárseles terceros»; SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones...*, cit., p. 424: «Tampoco tienen sentido las afirmaciones corrientes de que los adquirentes a título gratuito o de mala fe no son terceros, así como las inútiles disquisiciones sobre si son o no terceros las personas que intervienen, en concepto diferente de parte, en un acto o contrato: Notarios, testigos, representantes, etc. Esta intervención puede tener resonancia a los efectos de la buena fe exclusivamente, esto es, para determinar la existencia de uno de los requisitos de protección registral; pero plantear si aquellas personas son o no terceros es totalmente absurdo».

(anterior) inscrito. Y porque el tercero puede serlo de buena o de mala fe, resulta evidente que la buena o la mala fe es circunstancia o accidente que le cualifica y distingue ya como tercero, pero no nota que esencialmente le constituya como tal.

Se nos dirá: pase que la nota de la buena fe sea dato ajeno a la esencia identificadora del tercero, pero la pura condición de tercero no es bastante para atraer sobre sí el efecto protector del principio de fe pública. Indudablemente, así es: el *penitus extraneus*, tercero sin ninguna duda, nada tiene que esperar del Registro de la Propiedad; sólo quien está en una determinada relación con la finca o el derecho objeto del contrato inscrito podrá resultar enfrentado con otros eventuales sujetos –causantes o causahabientes respecto a tal contrato– en pugna que pueda y deba ser resuelta de acuerdo con el principio de fe pública¹⁸¹. Lo que ocurre es que este dato relacional –al igual que antes, el de la buena fe– nos saca de la pura condición de tercero exigida por la Ley al beneficiario de la fe pública registral y nos remite a los requisitos en éste necesarios –concretamente ahora, el de adquirir– para lucrar su resultado protector.

En definitiva y concluyendo: que la referencia al tercero con la que arranca el artículo 34 para señalar al sujeto de la fe pública registral, aunque a veces tachada de inadecuada¹⁸², está bien hecha en la Ley. Tan bien hecha que su sustitución por la de «adquirente», sin más, a veces propuesta en la doctrina¹⁸³, dejaría sin solución

¹⁸¹ NÚÑEZ LAGOS, «Tercero y fraude...», cit., pp. 587-588: «El tercero es un sujeto determinado y definido por la relación jurídica determinante. Esta relación jurídica y el concepto de tercero están en la misma relatividad del sol y sombra. Por eso el tercero varía de posición al variar la relación jurídica determinante, de igual forma que la sombra cambia de posición topográfica al variar el movimiento aparente del sol. El concepto de tercero es único; pero su posición se define con respecto a una situación jurídica variable. Para saber quién es tercero hay que responder: ¿dónde está la situación jurídica determinante? El tercero no puede ser producido en sí mismo, sino desde fuera de sí mismo [...]»; SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones...*, cit., p. 418: «Para fijar de una manera precisa la noción de tercero a los efectos de la Ley Hipotecaria es necesario separar las ideas de concepto de tercero y situación jurídica del tercero. La primera, concepto de tercero, es propia del Derecho Civil y extraña al Derecho Hipotecario. La segunda es la que se debe tomar en consideración en este último»; Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 452: «Puesto que toda relación o negocio jurídico supone la existencia de dos partes, tercero es el que resulta extraño a tal relación o a tal negocio. Sin embargo, ha de tratarse de persona que entre en colisión o en conflicto con el negocio, con la situación negocial o con los derechos derivados de ella, porque a su vez deriva derechos contra una de las partes o los ostenta o los ejerce. [...] El tercero a que se refiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no es cualquier persona extraña a una relación jurídica, como podría hacer suponer el concepto puramente civil de tercero, sino un adquirente, y un adquirente del dominio de un inmueble o de un derecho real limitativo del dominio (v. gr., de una hipoteca)». En esta misma línea, la definición del tercero hipotecario propuesta por ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 601, en la que, aparte las concretas «circunstancias» exigidas al mismo por la Ley, se incluye como elemento definitorio de su noción el de ser adquirente de derecho real en función del Registro inexacto.

¹⁸² Así, CAPUZANO, *Elementos...*, I, cit., p. 392.

¹⁸³ COSSÍO, «Proyecto de Bases...», cit., p. 143; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 424. En la misma línea, CANO TELLO, *Iniciación al estudio del Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, pp. 271-272.

adecuada y precisa los casos en que la adquisición se produce por quien, formalmente ajeno al transmitente, viene en la realidad a identificarse con él ¹⁸⁴. Es verdad que en estos casos fallaría el requisito de la buena fe; pero tan verdad como eso es que lo que en tales casos falla, y más radicalmente que la buena fe, es la condición misma de tercero. Tercero tiene que ser el sujeto de la fe pública; tercero, eso sí, respecto al contrato inscrito, del cual deriva algún derecho confiando en la exactitud de su inscripción. Pero estas determinaciones o especificaciones nos adentran ya, repetimos, en la indicación de los requisitos que deben adornar al tercero en su condición de sujeto necesario de la fe pública.

2. SU CONFIANZA EN LA EXACTITUD DE LA INFORMACIÓN QUE EL REGISTRO LE PROPORCIONA, O EL REQUISITO DE LA BUENA FE

Muchas y muy variadas son las cuestiones suscitadas por el requisito de la buena fe hipotecaria, y también para su tratamiento puede ser esclarecedora la conexión de su estudio con el que se dedica a la buena fe en la teoría de la protección de la apariencia jurídica. Así vamos a proceder en el desarrollo de este punto, distinguiendo en él un primer acápite dedicado a la buena fe como indispensable requisito de protección registral, y pasando después separadamente al estudio de algunas cuestiones más particulares en torno a las cuales –con distinta amplitud e interés– la doctrina se viene pronunciando con dispares criterios.

a) **Indicaciones generales sobre la buena fe exigida en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria**

«Y de igual modo que la contratación sobre muebles gira alrededor de la posesión con buena fe, la protección hipotecaria –decía D. Jerónimo González ¹⁸⁵– se desenvuelve sobre la inscripción y la buena fe». Las palabras necesarias para formular la comparación han sido bastante para dejar perfectamente colocado al toro en suerte. Como la posesión, en sí misma considerada, es apariencia jurídica ¹⁸⁶ que sólo puede aprovechar a quien la cree manifesta-

¹⁸⁴ Cfr. testimonios recogidos *supra*, nota 167.

¹⁸⁵ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de buena fe», *Estudios...*, I, cit., p. 400.

¹⁸⁶ Cfr. en nuestra doctrina, JORDANO BAREA, «Una selección sobre la posesión», *ADC*, 1985, pp. 1035 ss.

ción de la realidad, así también la inscripción registral sólo podrá favorecer a quien confía en su exactitud. Esta afirmación, en lo que tiene de sucinta formulación de una intuición elemental, basta por sí sola para persuadir a todo espíritu abierto a la *prudentia juris* acerca de la necesidad de la buena fe como requisito inexcusable para que el tercero pueda acogerse al principio de fe pública registral. En su fundamentación más profunda está, sin duda, el carácter ético del Derecho; y en su centro o meollo, la naturaleza o finalidad de la publicidad registral y de la inscripción que la materializa y concreta. Porque la inscripción no suplanta a la realidad sino que tiende a publicarla, y porque el Ordenamiento no puede amparar a quien a sabiendas atropella el derecho ajeno, los beneficios que de la fe pública registral puedan seguirse habrán de limitarse necesariamente a quien en ella confía creyéndola fiel reflejo de la realidad. Las palabras de Gómez de la Serna ¹⁸⁷ asignando al Registro la finalidad exclusiva de «proteger la contratación de buena fe», permiten sostener que interpretan fielmente nuestro sistema quienes, como De la Rica, entienden que el tercero registralmente protegido nunca puede ser un pícaro o un truhán ¹⁸⁸; y quienes, en igual sentido pero en tono distinto, niegan toda justificación a la protección del tercero conocedor de la inexactitud registral ¹⁸⁹ y llegan a calificarla, si se produjera, de desmoralizadora y contraproducente ¹⁹⁰. La razón es muy clara y se impone a cualquiera: el que por sí mismo conoce la realidad no tiene necesidad de ser

¹⁸⁷ SERNA, *op. cit.*, p. 88: «Los motivos de la ley demuestran también de un modo que no da lugar a dudas –dice– que se hizo exclusivamente para proteger la contratación de buena fe».

¹⁸⁸ DE LA RICA Y ARENAL, «Meditaciones hipotecarias. La buena fe y la publicidad del Registro», *RCDI*, 1949, p. 541: «Mas era evidente que el sistema de Registro moderno no podía ser, para el fraude, un burladero [...]. El titular registral no necesita ser un espíritu seráfico; pero ello no quiere decir que deba concederse la protección del sistema a pícaros y truhanes cuando intenten trucos de prestidigitación documental para beneficiarse, como honestos diablos, de la fe del Registro».

¹⁸⁹ Cfr., el mismo DE LA RICA, *Comentarios...*, cit., p. 93: «Es plausible que se haya otorgado rango legislativo a este requisito de la buena fe, porque la protección excepcional del sistema inmobiliario no debe concederse, por carencia de base moral, cuando el que intenta beneficiarse de ella conoce de antemano la inexactitud o deficiencia del Registro y no sólo no ha sido inducido a error por sus declaraciones, sino que ha tratado con mala fe de defenderse en la ventajosa trinchera del titular inscrito». En la doctrina francesa, LEVIS, *L'opposabilité du droit réel*, París, 1989, p. 197: «... le bénéfice exorbitant de la publicité foncière [...] n'a pas été accordé à d'autres qu'à ceux qui en ont besoin, c'est-à-dire aux tiers de bonne foi».

¹⁹⁰ Así, e. c., GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Sistemas hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán», *Estudios...*, I, cit., p. 108: «Si las leyes hipotecarias se proponen como fin especial la seguridad y rapidez de las transacciones sobre inmuebles, no pueden olvidar que la inscripción es un medio de expropiación y un arma de dos filos que sacrifica el titular actual al futuro adquirente. Esta norma, aceptable cuando el protegido ha confiado en las declaraciones del Registro, resultaría desmoralizadora y contraproducente si se aplicase a las adquisiciones de mala fe».

registralmente informado acerca de ella, ni, en consecuencia, de ser protegido en la confianza puesta en dicha información ¹⁹¹.

Prácticamente y para el Derecho hoy vigente, supuesta la exigencia expresa de la buena fe en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ninguna de las anteriores indicaciones sería precisa para afirmar y sostener cierta e indiscutiblemente su necesidad como indispensable requisito para la aplicación del principio de fe pública registral. Sí se hacen necesarias, en cambio, para poder justificar y explicar debidamente su exigencia bajo el imperio de la Ley que expresamente la proclama, y, lo que es más importante, para poder entender justificada y vigente tal exigencia incluso cuando en el originario artículo 34 no se la declaraba expresamente. Porque esto último a veces se ha negado, calificando el requisito de la buena fe como añadido ético extraño a los principios conformadores del sistema e incrustado en él por obra de la jurisprudencia ¹⁹², o como «hongo» adventicio y extrañamente adherido a la figura del tercero hipotecario ¹⁹³, bueno será que nos detengamos un momento en la comprobación de que, efectivamente, en la inspiración de la Ley Hipotecaria de 1861, al igual que en la actual pero sin formulación expresa en el artículo que principalmente lo enunciaba y aplicaba, la buena fe del tercero era requisito imprescindible del principio de fe pública registral, y presupuesto sin el cual dicho principio quedaría carente de fundamento en justicia y explicación en Derecho. Procedamos en este punto sucinta y separadamente, atendiendo a los aspectos que en él pueden distinguirse y comenzando a apuntar las consecuencias que de ellos derivan.

1. Para justificar y razonar la exigencia de la buena fe en la admisión y funcionamiento del principio de fe pública registral, nada hay en rigor que añadir a lo antes dicho. Tal exigencia brota

¹⁹¹ LEVIS, *op. ant. cit.*, pp. 196-197: «Celui qui sait n'a pas besoin d'être informé, n'a pas besoin d'être protégé [...]».

¹⁹² CAMPUZANO, *op. cit.*, pp. 389-391: «Atendiendo a que la buena fe debe imperar en las relaciones de derecho, como principio moral, del que la regla jurídica no debe apartarse, o, mejor dicho, teniendo en cuenta que la Ley jamás deberá extender su protección a aquellos actos o contratos en que exista mala fe, el Tribunal Supremo ha prescindido de la letra de la norma escrita, estableciendo una teoría de bases éticas más amplias, pero de construcción jurídica más endeble [...]. Hemos afirmado, sin embargo, que esto no encaja en los moldes del texto legal, y así resulta si con alguna detención se medita sobre el contenido de los artículos 17, 23, 27, 34, 36, 24 y 41 de la Ley Hipotecaria, y sobre el de los 606 y 1473 del Código Civil, que parece no admiten más formas e instrumentos de publicidad que el Registro, y tan distante parece que se hallaba la idea de la buena fe del pensamiento de los redactores de la ley cuando hablaban del tercero, que la terminología empleada por el párrafo tres del artículo 37 llega hasta a otorgar esa denominación al que ha sido cómplice en el fraude».

¹⁹³ NÚÑEZ LAGOS, «Don Jerónimo», en los *Estudios...* de éste, II, cit. p. 10: «La protección del tercero en el artículo 34 se convertía en el principio de fe pública. Mas al tercero, por extraña simbiosis, le salió el hongo de la buena fe. Aunque faltaba el texto de la ley, se invocaba la Exposición de Motivos y la jurisprudencia del Tribunal Supremo...»

inmediatamente y sin más del límite impuesto por la Moral al Derecho (arts. 1.3; 7; 1255... CC); no en el sentido de que el Derecho, confundido con la Moral, deba sancionar jurídicamente todo imperativo moral, pero sí en el de que nunca la norma jurídica podrá entrar en colisión con las percepciones morales más elementales e inmediatas del hombre medio ¹⁹⁴. A una de estas percepciones pertenece la que capta que no puede lícitamente acogerse a la protección del Registro quien conoce su inexactitud ¹⁹⁵; mucho menos cuando el efecto de tal acogida no puede obtenerse sino a costa del sacrificio del derecho ajeno. Con razón se ha dicho que la excepcional protección del Registro no puede concederse, por falta de base moral, a quien conoce que la situación por él publicada no se corresponde con la realidad de las cosas ¹⁹⁶; o, al revés: que la mala fe remueve el obstáculo que a la reclamación del verdadero dueño opondría el principio de publicidad ¹⁹⁷. La exigencia de la buena fe aparece así como el instrumento por medio del cual el Derecho niega su amparo a quien se comporta deshonestamente ¹⁹⁸.

¹⁹⁴ No vemos razón suficiente para dejar de llamar a la buena fe por su nombre y pasar a denominarla «desconocimiento de otros títulos no inscritos», como tratando de la buena fe en el contexto del artículo 32 propone GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, II, p. 187. En su opinión, llamarla «buena fe» implica introducir «prejuicios» en su tratamiento, ya que «la terminología «buena fe» tiene una carga psicológica de cuestión de moralidad o inmoralidad que no deja ver el bosque de problemas que se plantean a este propósito en el campo jurídico...». Muy al contrario, DE LA RICA, «Meditaciones hipotecarias. La buena fe y la publicidad del Registro», *cit.*, pp. 538-543, sostiene que si la Moral hubiera de mendigar en vano ante la puerta cerrada a ella del Registro, «habríamos deshumanizado el Derecho inmobiliario (p. 540), y que «cualquiera que sea el concepto que se tenga del Derecho y aun de la Moral, y aunque se niegue la existencia de patrones universales y permanentes, sin límites de espacio ni de tiempo, a los que deban ajustarse la normas éticas y los preceptos jurídicos, resulta inconcebible un Derecho sin raigambre moral o una Moral que no pretenda infiltrarse en el campo jurídico».

¹⁹⁵ Cfr., en nuestra reciente jurisprudencia, STS de 24 de junio de 2003: «La resolución recurrida aplica acertadamente el ordenamiento jurídico, porque la carencia manifiesta de buena fe [...] excluye la aplicabilidad del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, lo que no se discute por la parte recurrente, y hace inoperante la protección derivada de la publicidad registral [...], pues, como dice la Sentencia de 5 de octubre de 1993, es absurdo que el que conoce la inexactitud del Registro traiga a colación a su favor la protección registral que se otorga al que confía en lo que se publica». En la doctrina, DE LA RICA, «Meditaciones hipotecarias...», *cit.*, p. 541: «Mas era evidente que el sistema de Registro moderno no podía ser, para el fraude, un «burladero», según la vieja frase de Hernández Ariza, puesta de nuevo en circulación por el ágil ingenio de González Palomino».

¹⁹⁶ DE LA RICA, *Comentarios...*, *cit.*, p. 93: «[...] la protección excepcional del sistema inmobiliario no debe concederse, por carencia de base moral, cuando el que intenta beneficiarse de ella conoce de antemano la inexactitud o deficiencia del Registro [...]». En la doctrina suiza: DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 615: «Si le législateur a sacrifié ici les principes râpeles, c'est pour faire droit aux exigences de la sécurité des transactions, dès le moment où elles se déroulent loyalement».

¹⁹⁷ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Principio de buena fe», *Estudios...*, I., *cit.*, p. 405: «La falta de buena fe levanta el obstáculo que a la persecución o desenvolvimiento del mismo [el derecho real violado] oponía la invocación del principio de publicidad por el tercero que hubiera inscrito su título».

¹⁹⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 601: «2.º *Ha de adquirirse los derechos de buena fe.*— Es uno de tantos supuestos en que el Derecho tiene en cuenta la buena fe, para evitar que tenga amparo legal quien se comporta deshonestamente».

En la consagración legal comparada del principio de fe pública, el § 892 del BGB¹⁹⁹ y el artículo 974 del Código Civil suizo²⁰⁰ son la manifestación principal de cuanto venimos diciendo. En ambos la mala fe es obstáculo impeditivo de la protección registral del adquirente conocedor de la inexactitud del Registro. A su vista hay que convenir con Don Jerónimo González cuando, rebatiendo a Oliver –lo mismo valdría posteriormente contra Campuzano²⁰¹ y contra Carretero²⁰²– sostiene que la exigencia de la buena fe en el principio de fe pública registral no viene a constituir una concesión a la doctrina romana y canónica en contra del «sistema moderno que funda todo el régimen de la transmisión de la propiedad inmueble sobre el valor sustantivo de la inscripción», sino que, por el contrario, responde «al modernísimo concepto de la publicidad en que se halla inspirado el Derecho Civil del siglo xx y a las necesidades del comercio de buena fe»²⁰³. Para tal «modernísimo concepto de la publicidad» –¡que en nuestro Derecho arranca de la misma Ley Hipotecaria de 1861!– el Registro de la Propiedad y la información de él resultante no es sino la instancia publicadora de los derechos reales, que, lejos de alcanzar valor absoluto en sí mismo, se limita a revestir la condición de una apariencia jurídica –artificial, técnica y privilegiada, pero sólo apariencia– suscitadora

¹⁹⁹ Cfr., en su comentario, STAUDINGER-GURSKY, *cit.*, Rz 114: «Dieses subjektive Regulativ wurde dabei jedoch –genauso wie das Erfordernis des guten Glaubens in § 932– negativ formuliert und damit zum Ausschlußgrund gemacht. Der Erwerb kraft öffentlichen Glaubens scheidet aus, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs dem Erwerber im entscheidenden Zeitpunkt bekannt ist».

²⁰⁰ En nuestra doctrina, SERRANO SERRANO, «El Registro de la Propiedad en el Código Civil suizo», *AUV*, *cit.*, núm. 16, pp. 61-62: «El legislador suizo [...] decide, aun a riesgo de dañar el comercio inmobiliario, que los terceros de mala fe no serán protegidos por la fe pública del Registro».

²⁰¹ CAMPUZANO, *op. cit.*, p. 391, criticando, en texto anteriormente citado y transcrito, la exigencia de la buena fe en el principio de fe pública, que él entiende como espuriamente introducida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: «Hemos afirmado, sin embargo, que esto no encajaba en los moldes del texto legal, y así resulta si con alguna detención se medita sobre el contenido de los artículos 17, 23, 27, 34, 36, 24 y 41 de la Ley Hipotecaria, y sobre el de los 606 y 1473 del Código Civil, que parece no admiten más formas e instrumentos de publicidad que el Registro, y tan distante parece que se hallaba la idea de buena fe del pensamiento de los redactores de la Ley cuando hablaban del tercero, que la terminología empleada por el párrafo tres del artículo 37 llega hasta otorgar esa denominación al que ha sido cómplice en un fraude».

²⁰² CARRETERO, «Retornos...», *cit.*, p. 128: «Una cosa es la explicación filosófica de la protección registral en su aspecto fundamental y otra distinta la aplicación concreta de la protección misma, aplicación en la que juegan otros factores secundarios [...]. Por ello, cuando se trata de fundamentar los efectos protectores de la inscripción en el caso de la doble enajenación, en todos los sistemas cabe hacer referencia a la confianza en la apariencia, a la buena fe en las transacciones, etc.; pero en ningún sistema es la buena fe requisito de la protección; en los germánicos por el juego de la inscripción constitutiva y en los latinos, porque hay una constante opinión general de que el único dolo excluyente de la protección es el fraudulento».

²⁰³ J. GONZÁLEZ, «Principio de buena fe», *Estudios...*, I, *cit.*, p. 400.

de la confianza protegible de quien a ella se acoge creyéndola reflejo o manifestación de la realidad ²⁰⁴.

2. Precisamente por la inmediatez de su percepción como ineludible exigencia de moralidad, el requisito de la buena fe tuvo que hacerse presente en nuestra Ley Hipotecaria de 1861. Ya de antiguo, la Ley *Quotiens* lo había exigido para dar preferencia al posterior comprador frente al anterior no materialmente posesionado de la cosa adquirida ²⁰⁵. Más allá del específico supuesto de la doble venta, nuestra originaria Ley Hipotecaria lo va a introducir como requisito traído necesariamente de la mano del principio de fe pública registral que en ella va a acogerse «por un camino sin precedentes pero con intuición maravillosa» ²⁰⁶ mediante «la fórmula práctica y original de la protección del tercero» ²⁰⁷: el beneficiario de tal principio va a ser, justamente, el tercero que *confía* en la verdad del dato inscrito que servirá de soporte a su propia adquisición. La buena fe, ingrediente esencial del principio de fe pública como se comprobará después en su más analítica formulación alemana y suiza, se exigió ya en la temprana consagración española de dicho principio en nuestra innovadora Ley de 1861.

¿Se nos tachará de apriorista al sostener por la vía indicada la vigencia del requisito de la buena fe en nuestra Ley Hipotecaria de 1861? ¿Podrá, incluso, calificarse de temerario dicho apriorismo, toda vez que tal requisito resulta absolutamente silenciado en el originario artículo 34 y en sus sucesivas reformas de 1869 y 1909, saliendo a la superficie del texto legal sólo a partir de la Ley de Reforma de 1944? Y, aunque sea cierto que el silencio legal fue diligentemente suplido por la jurisprudencia, ¿no se nos dirá que justamente esta introducción jurisprudencial de la buena fe es la prueba más clara de que la misma quedó originariamente al mar-

²⁰⁴ J. GONZÁLEZ, *op. et loc. ant. cit.*, «La investidura –y el Registro de la Propiedad que de ella deriva– es tan sólo la armazón exterior, la forma notificadora del derecho real, y tiene a su favor únicamente la apariencia jurídica, porque es el tipo normal del derecho, la forma con que regularmente entra en la vida. Y de igual modo que la contratación sobre muebles gira alrededor de la posesión con buena fe, la protección hipotecaria se desenvuelve sobre la inscripción y la buena fe».

²⁰⁵ Cfr. al respecto, POTHIER, *Oeuvres de Pothier*, III, 1847, Reimp. Schmidt, Periodicals GmbH, 1993, III, p. 132: «De là il suit que si le propriétaire d'une chose, après l'avoir vendue à un premier acheteur sans le lui livrer, avait la mauvaise foi de la vendre et livrer à un second, ce serait à ce second acheteur que la propriété serait transférée: L. Quotiens, 5. Cod. de Rei vindic. Le premier n'aurait qu'une action personnelle contre le vendeur pour ses dommages et intérêts résultant de l'inexécution du contrat; et il ne pourrait la réclamer contre le second acheteur qui l'aurait achetée de bonne foi, *inscius prioris venditionis*». Para la acogida de este criterio y su inserción en nuestro moderno Derecho Civil e Hipotecario, *vid.* CÁRDENAS, «Vicios y defectos de la legislación hipotecaria», *El Derecho Moderno. Revista de Jurisprudencia y Administración*, t. XII, Madrid, 1852, pp. 38-39.

²⁰⁶ NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», *cit.*, p. 243.

²⁰⁷ CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1949, p. 192.

gen de la previsión y concepción legal del artículo 34 de la Ley, resultando, por consiguiente, elemento ajeno al mecanismo protector del tercero inicialmente concebido y adoptado en nuestro sistema registral ²⁰⁸? Nosotros pensamos que no hay apriorismo en la afirmación de la exigencia legal de la buena fe cuando la Ley se propone introducir e instaurar en su sistema el principio de fe pública registral; pero es que, aparte este planteamiento, la comprobación de la originaria vigencia del requisito de la buena fe en nuestra Ley Hipotecaria es perfectamente hacedera con sólo atender al conjunto de toda ella antes de llegar a conclusiones precipitadas y gratuitas en su apresurada interpretación.

Como dato comprobable en sí mismo con la sola lectura del originario artículo 34, hay que reconocer que en dicho precepto se omite toda referencia a la buena fe; ahora bien, deducir, sin más, de ese dato que la Ley de 1861 no la exija para la protección del tercero ²⁰⁹ es, a nuestro juicio, una deducción que, olvidando la legitimidad de la interpretación integradora, resulta una deducción precipitada. Es cierto también que tuvo que ser la jurisprudencia quien, ante el silencio legal, hubo de hacerse fuerte en la exigencia de la buena fe; pero que ello ocurra no significa que la génesis de esa misma exigencia en nuestro sistema registral sea propiamente jurisprudencial. Cuando la jurisprudencia exige la buena fe del tercero como condición de protegibilidad registral no está autónomamente anticipando en nuestro Derecho la necesidad de un requisito que sólo a partir de 1944 alcanzará en él naturaleza y carácter legal ²¹⁰, ni está mudando el sentido del originario artículo 34 de la

²⁰⁸ Cfr. CAMPUZANO, *op. cit.*, p. 389: «El Tribunal Supremo, enlazando el concepto de tercero con la idea de la buena fe [...] ha restringido notablemente el concepto de tercero [...]. Atendiendo a que la buena fe debe imperar en las relaciones de derecho, como principio moral [...] el Tribunal Supremo ha prescindido de la letra de la norma escrita, estableciendo una teoría de bases éticas más amplias, pero de construcción jurídica endeble»; GIMÉNEZ ARNAU, *Tratado de Legislación Hipotecaria*, I, Madrid, 1941, p. 165: «Como sería injusto que gozara de la protección del Registro el que inscribió con mala fe [...] el Tribunal Supremo ha declarado que no puede alegar su cualidad de tercero hipotecario «aquel que tiene perfecto conocimiento de las condiciones con que hubo de verificarse la adquisición, aun cuando éstas no consten en el Registro» [...]; CARRETERO, «Retornos...», II, *cit.*, p. 125: «La jurisprudencia sobre el requisito añadido de la buena fe y la posterior identificación de ambos terceros son esos paños calientes que, a través de un continuo círculo vicioso, terminan por privar a la inscripción de sus más inmediatos efectos, iniciando su paulatino desprestigio».

²⁰⁹ Parece suponerlo así NÚÑEZ LAGOS, cuando recurre a su ya repetida expresión —«Don Jerónimo», *cit.* p. 10—: «al tercero, por extraña simbiosis, le salió el hongo de la buena fe». Sin más, lo afirma ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho Inmobiliario Registral*, *cit.*, p. 38: «[...] la eficacia de la publicidad que resulta del tenor literal de la Ley [se refiere a la de 1861] es excesivamente radical, disponiéndose que no se invaliden respecto de terceros los títulos inscritos otorgados por personas que en el registro aparezcan con poderes de disposición, en virtud de título no inscrito (art. 34, sin exigirse título oneroso ni buena fe)».

²¹⁰ Así parecería deducirse de las palabras de GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de buena fe», *cit.*, p. 400, cuando dice que, en la introducción del requisito de la buena fe, la

Ley Hipotecaria ²¹¹, ni siquiera desarrollando lo que en él estaría comprendido sólo virtual o germinalmente ²¹²; mucho menos está violentando el sistema incrustando en él un elemento contrario a su inspiración ²¹³. Cuando la jurisprudencia exige buena fe al tercero protegido por el artículo 34 está simplemente llevando a cabo una labor de interpretación integradora –no de integración– del precepto que aplica; interpretación que, objetivamente y como tal, no hace sino explicitar lo que en el mismo se encuentra realmente contenido aunque no debidamente explicitado.

Y no debe extrañarnos que así sea. Sería completamente anacrónico esperar del originario artículo 34 el detallismo de su redacción actual si se tiene en cuenta que en 1861 el principio de fe pública registral ni siquiera se contradistinguía expresa y reflejamente respecto del de publicidad en cuyo contenido se le incluía de forma confusa e indistinta. Sin reparar en mayores matices ni distinguos, lo que a los autores de la Ley interesaba conseguir, y lo que al artículo 34 tocaba establecer era que la confianza puesta por el tercero adquirente en la titularidad de su causante tal como ésta resultaba de lo publicado en el Registro, no podía resultar defraudada al no ser cierta o completa la información suministrada por la publicidad del Registro a dicho tercero. Pero es justamente ahí, en esa referencia a la confianza del tercero, donde el requisito de la buena fe resulta positivamente establecido, de forma implícita pero real y consciente, en la Ley Hipotecaria de 1861, como en ella misma puede comprobarse y en los comentarios de Gómez de la Serna, su más autorizado intérprete.

En el conjunto de la Ley Hipotecaria, hemos dicho; y es que al referirnos a ella nuestra atención no debe limitarse a su cuerpo positivo, sino extenderse, obviamente, a su Exposición de Motivos. Y a la vista de ésta, la constatación se impone. Fue Don Jerónimo González quien, tras reproducir algunos de sus textos, mejor la formuló: «Puede decirse que, sobre todo en la primera parte de esta armoniosa obertura de la Ley, la adquisición de buena fe tiene la

jurisprudencia se ha «desbordado e invadido campos que la Ley Hipotecaria quería dejar cerrados y al abrigo de toda disputa».

²¹¹ Lo contrario, literalmente, en SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 400: «La Ley de 1944 dio al artículo 34 una nueva redacción, en la cual se modificaba tan profundamente el precepto, que, con razón se ha dicho, imprimió un cambio de orientación en nuestro sistema. Las modificaciones más importantes fueron las siguientes: [...] e) Se dio entrada a la buena fe como requisito de protección del Registro».

²¹² Parece entenderlo así ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., p. 573: «La fe pública del Registro no había conseguido pleno predicamento, pues esto 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».

²¹³ Opinión ya vista de CAMPUZANO, *op. cit.*, pp. 389-391.

importancia de un *leitmotiv* o tema principal –de *ritornello* habla De la Rica²¹⁴– que acompaña, refuerza, matiza o dirige todos los razonamientos»²¹⁵. ¿Es posible pensar que un elemento tan destacado y recurrente en la Exposición de Motivos pueda haber quedado ausente en el texto normativo de la Ley? No lo es, claramente, por más que con frecuencia así se haya sostenido. El silencio del artículo 34 de la Ley ha pesado tanto en la impresión de los autores que en el común de la doctrina ha llegado a asentarse la idea de que, no obstante lo dicho y tantas veces repetido en la Exposición de Motivos, nuestra Ley Hipotecaria no dio positiva y efectiva acogida al requisito de la buena fe hasta que éste quedó incrustado en el texto del precepto por obra de la Ley reformadora de 1944. ¿Qué podían significar entonces las tan frecuentes y reiteradas referencias que a tal requisito se hacían en la Exposición de Motivos? Prácticamente, nada; ya lo vimos. Parecidas a ellas podían encontrarse otras prodigadas en los tratadistas franceses e italianos que comentan el sistema de transcripción, en el que, como es sabido, al tercero latino no se exige el requisito de la buena fe. No pasarían en uno y otro caso de ser tales referencias meros indicadores de una abstracta filosofía desde la que se explicaría el mecanismo de la publicidad en su finalidad remota, más que en las exigencias necesarias para la concreta aplicación de sus resultados protectores²¹⁶.

Para nuestro sistema no puede valer esta explicación. La Ley, por sí misma, y su comentario por Gómez de la Serna obligan a atribuir al requisito de la buena fe el significado que tan abierta y repetidamente se le atribuye en el Exposición de Motivos.

En la Ley Hipotecaria de 1861 el requisito de la buena fe aparece, implícito aunque positivamente, en el texto del artículo 27, cuando, desde las perspectiva del artículo 34, se describe al tercero como «aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito». Conocida es la exégesis de este precepto y su explicación por Gómez de la Serna²¹⁷. A diferencia de lo que después hará el Cód-

²¹⁴ DE LA RICA, «Meditaciones hipotecarias. La buena fe...», *cit.*, p. 540.

²¹⁵ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de buena fe», *cit.*, p. 398.

²¹⁶ CARRETERO, «Retornos...», II, *cit.*, p. 128: «Las frases de la Exposición de Motivos y de GÓMEZ DE LA SERNA no deben impresionarnos, porque otras muy semejantes se encuentran prodigadas en los tratadistas franceses e italianos cuando tratan de encontrar el fundamento y justificación de la prevalencia del primer transcribiente, sin que esas frases enturbien lo más mínimo las afirmaciones expresas, claras e indiscutidas de que el tercero latino no requiere la buena fe en el sentido de desconocimiento de la anterior transmisión. [...] Una cosa es la explicación filosófica de la protección registral en su aspecto fundamental y otra distinta la aplicación concreta de la protección misma, aplicación en la que juegan otros factores secundarios; pero no menos determinantes de la norma legal en definitiva adoptada».

²¹⁷ Cfr. SERNA, *op. cit.*, p. 587. De tal explicación y exégesis, y de la intención del legislador de excluir en la delimitación del concepto de tercero al tercero conecor o de mala fe, nos hemos ocupado ya en «El principio de inoponibilidad...», *cit.*, p. 446.

go Civil (art. 1257), la Ley Hipotecaria no define al tercero mediante la negación de su condición de parte. Si así lo hiciera, el notario autorizante del contrato inscrito y los testigos instrumentales, en tanto que no partes, entrarían a formar parte del círculo de los terceros a los que habría de extenderse el efecto protector de la publicidad. Pero es muy claro –dirá De la Serna– que «no tiene buena fe el que habiendo presenciado el acto o contrato» pretendiera acogerse a tal efecto. «Favorecer esta adquisición tan de mala fe en perjuicio de quien adquirió la cosa con buena fe, no sería moral ni justo». Por esa razón, en lugar de definir al tercero como quien no ha sido parte en el contrato inscrito, el artículo 27 lo describió como quien no ha intervenido en el mismo: «Si la intención de los que formularon la Ley hubiera sido la de que el escribano y el testigo deban ser considerados como terceros, no hubieran dejado de poner después de la última palabra que ahora tiene el artículo estas otras, *como parte*. Aún más: la redacción del artículo debería ser en tal caso: *para los efectos de esta Ley, se considera como tercero el que no haya sido parte en el acto o contrato inscrito*». La idea es clara: quien sin ser parte en el contrato, conoce la situación jurídica de él derivada, no puede recibir el trato de favor que la Ley Hipotecaria va a dispensar al tercero. Nosotros hoy –como cualquiera en todo tiempo²¹⁸– podríamos objetar que en estos textos de Gómez de la Serna se involucran indebidamente aspectos que en buena lógica deberían distinguirse. El conocimiento del contrato ajeno no priva al conocedor de su condición de tercero respecto a él, aun cuando, obviamente –cosa distinta–, permita calificarlo como tercero de mala fe si pretendiera actuar como quien lo desconoce, perjudicando los derechos nacidos de aquel para quien en el mismo fue parte. La conclusión se impone: aunque involucrando en el concepto genérico de tercero los requisitos necesarios para la protección registral del tercero hipotecario, la Ley de 1861 dio entrada positivamente al requisito de la buena fe como condición de aplicación del principio de fe pública registral, al negar el carácter de tercero a quien, sin ser parte, es conocedor –en la terminología del art. 27– del contrato inscrito; de la inexactitud de la situación inscrita, diríamos en la actualidad nosotros.

Siendo suficiente el dato indicado para demostrar que las constantes referencias de la Exposición de Motivos a la buena fe son mucho más que meras declaraciones platónicas de un ideal sólo realizable después de pasar el tamiz de la Ley y en la más modesta medida en que lo permita el concreto tenor de sus preceptos, contamos además con el testimonio de Gómez de la Serna para confir-

²¹⁸ Cfr. e. c., GALINDO y ESCOSURA, *Comentarios...*, II, cit., pp. 412-425.

marnos en nuestra convicción de que positivamente y en tales preceptos la buena fe, ya en 1861, era requisito ineludible en el funcionamiento del principio de fe pública registral. Vimos ya, en efecto, cómo para Gómez de la Serna «los motivos de la Ley demuestran [...] de un modo que no da lugar a dudas que [el establecimiento del Registro de la Propiedad] se hizo exclusivamente para proteger la contratación de buena fe, dando seguridad a los adquirentes de que las fincas no tenían otras cargas que las que en el Registro se expresaban»²¹⁹. ¿Una invocación, quizás, de esa finalidad ideal e inconcreta que haría de la publicidad registral la única forma de cognoscibilidad jurídicamente relevante de las situaciones inmobiliarias, y que permitiría prescindir del conocimiento que extrarregistralmente de ellas pudiera tener el tercero? El comentario de Serna al artículo 34 de la Ley —el que por su silencio acerca de la buena fe podría provocar la duda— es contundente. Una vez más hemos de repetir sus palabras: «no hay un solo artículo en la Ley que favorezca al adquirente de mala fe»²²⁰. El artículo 34, como es sabido, dio lugar «a la polémica más animada y empeñada de cuantas ha promovido la Ley Hipotecaria»²²¹. ¿Qué sería del derecho del dueño inscrito si A consigue inscribirlo falsamente a su favor y, en concierto fraudulento con B, transmite a éste, que a su vez inscribe? Ahí está planteado el problema en sus términos más agudos e hirientes. ¿Sigue la protección registral automáticamente al logro de la inscripción derivativamente concatenada con otra anterior, o habrá de exigirse que a través de esa nueva inscripción se esté llevando al Registro una adquisición de buena fe? ¿Eran las referencias de la Exposición de Motivos a la buena fe meras indicaciones de principio y abstractas, o, por el contrario, constituían la afirmación reiterada de un criterio normativo, presente como tal siempre en la Ley y necesario para su correcta interpretación y aplicación? He aquí la respuesta de Gómez de la Serna: el tal B que se imaginaba en el caso «por haber adquirido por una confabulación criminal la cosa *del que sabía que no era su dueño, y por tanto, sin buena fe*»²²² [...] no es, con arreglo a la Ley, el *tercero*²²³ cuyos intereses se protegen en el artículo 34 [...]. ¿Puede quedar alguna duda sobre la necesidad de la buena fe como requisito de aplicación del artículo 34 en la originaria Ley Hipotecaria? Es cierto que en su texto no se la menciona como tal requisito; es cierto, también, que ante dicho silencio tuvo que ser la

²¹⁹ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 88.

²²⁰ SERNA, *op. cit.*, p. 634.

²²¹ SERNA, *op. cit.*, p. 623.

²²² La *cva.* es nuestra.

²²³ La cursiva es ahora de SERNA.

jurisprudencia quien se encargara de proclamarlo; pero tan cierto como todo ello es, según antes dijimos, que cuando la jurisprudencia hace valer la necesidad de la buena fe como imprescindible condición de protegibilidad registral en la aplicación del principio de fe pública, se está limitando a interpretar la Ley, desenvolviendo la integridad de su mandato normativo y sin añadir un ápice al contenido del mismo.

3. Decir que la buena fe es imprescindible requisito de protección del tercero en la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, constituye una afirmación que, siendo exacta, no da completa razón del significado de la buena fe en el juego del principio de fe pública registral y en el conjunto de los presupuestos y exigencias a los que la Ley lo somete. Hay otras formas de protección registral al tercero en las que la buena fe, sin estar completamente ausente, desempeña un papel diferente y no tan destacado como el que le corresponde en el funcionamiento del principio de fe pública. Al advertirlo así, pensamos, naturalmente, en el distinto valor y sentido de la buena fe en las dos grandes fórmulas de la protección registral –la latina y la germánica– y, dada la configuración mixta de nuestro sistema, en la protección dispensada al tercero en cada uno de sus dos grandes preceptos: los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria.

Por lo que hace a la comparación de los distintos sistemas, la cosa es notoria. En los de publicidad positiva o fe pública registral, lo que la Ley trata de proteger es la confianza que en el tercero suscita la publicidad del Registro. Siendo ello así, se entiende muy bien que el conocimiento de la inexactitud del Registro, impidiendo la buena fe del tercero que al mismo pretendiera acogerse, priva de todo fundamento al mérito de su protección ²²⁴. Respecto de la fe pública registral la buena fe del tercero no es sólo un requisito –entre otros posibles– de protección registral, sino que se eleva a la condición de radical fundamento y razón de tal protección ²²⁵. La buena fe es, claramente, la *ratio* determinante de la medida legal

²²⁴ Vid. por todos, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «El principio de buena fe», *Estudios...*, cit., p. 397.

²²⁵ Lo destaca, e. c., para el limitado reconocimiento de la fe pública registral en el Derecho italiano, FERRI, *Trascrizione immobiliare...*, cit., p. 254: «Noi pensiamo che sia più corretto attribuire efficacia sanante alla buona fede anziché alla trascrizione. Senza volere riecheggiare qui parole evangeliche sulla vitù salvifica della fede, non c'è dubbio che il legislatore ha voluto tutelare la buona fede del terzo, anche se non ha tutelato una buona fede qualsiasi, ma solo quella buona fede qualificata ed arricchita dall'adempimento delle formalità pubblicitarie che hanno appunto la funzione di conservare gli acquisti. Buona fede e trascrizione non si possono quindi porre sullo stesso piano (anche se entrambe richieste); perchè la seconda è piuttosto una *condicio juris* che permette alla prima di operare [...]».

protectora en la que termina por sustanciarse el efecto de la fe pública registral ²²⁶.

Distintas son las cosas en la protección dispensada por la prioridad registral en los sistemas de publicidad negativa o preclusiva. En ellos, la razón de ser de la protección registral radica en la mayor diligencia del tercero que se adelanta en la inscripción ²²⁷. Es verdad que en la ideación de este sistema de protección debió contarse con la suposición de que generalmente el tercero desconocería, por no inscrita, la existencia de una adquisición anterior a la que como propia él lleva al Registro ²²⁸; pero si se tiene en cuenta que, práctica y efectivamente, en los sistemas latinos la inscripción es tratada como elemento constitutivo *quoad tertios* de la adquisición ²²⁹, no podrá extrañar que el conocimiento de tal adquisición

²²⁶ Nos remitimos aquí a lo que al respecto dijimos, tratando en general de la explicación de la protección de la apariencia jurídica, en *La representación aparente...*, cit., pp. 290-301.

²²⁷ Vid. «Discussion» de La Ley de Transcripción, en TROPLONG, *op. cit.*, 69: «Cela est-il juste? Essentiellement juste: il fallait choisir, entre l'acquéreur et le tiers, celui des deux qui serait victime de la non-exécution de la loi. L'acquéreur a été rendu responsable; car c'est lui qui aurait dû remplir les formalités de la loi, les tiers ne pouvant être chargés de le faire, puisqu'ils ne connaissent pas la vente. La faute étant à la partie contractante, le préjudice doit éter supporté par elle. Dan l'exemple qui a été cité, le deuxième acquéreur est un tiers vis-a-vis du vendeur primitif; mais il a fait transcrire avant tout autre, il doit donc étre investi de la propriété; car il est naturel que la loi préfère celui qui la fait exécuter».

²²⁸ Así puede comprobarse en el texto reproducido en la nota anterior. También, e. c., en la «Exposé de Motifs» de la misma Ley de Transcripción, *ib.*, p. 10: «Les tiers, dont les droits procèdent du chef du vendeur, on dû les manifester avant la transcription, qui purge les charges inconnues que la loi soumettait à la publicité; la bonne foi de l'acquéreur ne peut plus étre surprise».

²²⁹ Cfr. TROPLONG, *op. cit.*, pp. 299-301: «L'art. 3 determine les effets de la transcription.

D'après les principes du Code Napoléon, le consentement transfère la propriété, soit entre les parties, soit à l'égard des tiers. [...] Seulement il faut que la convention soit prouvée [...]. Tel est l'état de la législation par le Code Napoléon; telle est la théorie qui a dominé jusqu'à la loi du 23 mars 1855.

Mais cette loi, mue par les nécessités du credit foncier, a dérogé à ces principes, et le Code Napoléon en éprouve une grave modification ... l'idée mère du Code Napoléon, idée profondément philosophique et morale, subsiste dans toute sa force; mais, à l'égard des tiers, la mutation n'est désormais accomplie que par la transcription du titre sur un registre public. Jusqu'à la transcription, le vendeur conserve les attributs de la propriété par rapport à tous autres que les parties et leurs successeurs universels; les droits par lui conférés à des tiers et dûment régularisés sont opposables à l'acheuteur qui, bien qu'antérieur en date, n'a pas encore fait transcrire son titre. ... il l'a laissé investi de ces droits, au moins au regard des tiers, en ne prenant pas date contre lui par la transcription, et en autorisant le public á croire qu'il n'était pas depouillé. C'est á lui seul, c'est á sa négligence qu'il doit imputer le dommage qu'il éprouve par l'opposition de ces droits rivaux.

Il suit de là que la translation de la propriété est actuellement régie par un double principe: entre les parties, elle résulte du consentement; à l'égard des tiers, elle ne date que de la transcription du titre. Entre deux personnes qui prétendent à des droits réels sur le même immeuble, celle qui se sera conformée la première à la loi de publicité triomphera dans sa prétention». En nuestra doctrina, no se aleja mucho de este planteamiento MIQUEL, J. M.ª., «Buena fe (Dcho. Civil)», cit., 834-835, cuando, refiriéndose al artículo 1473 y contraponiendo la adquisición que en él se produce a la adquisición *a non domino*, afirma:

anterior por el tercero que inscribe la suya no ponga a éste en situación de mala fe ni le impida la protección del Registro ²³⁰. Sólo quedará excluido de ésta quien adquiere en concierto fraudulento con el vendedor ²³¹. Es natural que el excesivo simplismo de una tan crasa prioridad, no amansada desde la consideración de la buena fe –dirá Roca Sastre ²³²– haya chocado con la sensibilidad de la jurisprudencia francesa –más que con la italiana ²³³– que, cada vez con mayor decisión, viene reaccionando contra la inicial concepción del sistema al considerar como adquirente de mala fe e inmerecedor de la protección registral al tercero conocedor de la existencia de una adquisición anterior a la suya, e impeditiva por tanto de su eficacia ²³⁴.

En todo caso, la diferencia es clara: en los sistemas de publicidad positiva y desde el punto de vista de la fe pública registral, la buena fe es la razón de ser de la protección que el Registro concede al tercero adquirente; en los sistemas de publicidad preclusiva, la ausencia de buena fe, cuando más se repara y afina en este punto, se limita a ser simple obstáculo al efecto protector de la prioridad registral.

Lo dicho sobre el significado de la buena fe en los contrapuestos sistemas latino y germánico de protección registral, vale, en nuestro sistema mixto, para la diferenciación de su conformación y su juego en los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. Por una parte, mientras en el artículo 34 –principio de fe pública registral– la buena fe, consistente en creer dueño a quien como tal aparece en el Registro, es de conformación registral; en el artículo 32 –exponente del valor no constitutivo de la inscripción, pero sí favorece-

«La exigencia de la buena fe aquí es correctora de un supuesto de hecho regular, mientras que en la adquisición *a non domino* es correctora de un supuesto de hecho irregular», o que «en el artículo 1473 se sanciona la mala fe de quien ha cumplido con las reglas generales de la adquisición de la propiedad, pero ha contrariado las exigencias de la buena fe»; todo ello, para argumentar que la buena fe de que trata el artículo 1473 no sea la buena fe subjetiva.

²³⁰ TROPLONG, *op. cit.*, pp. 356-357: «... Mais qu'entend-on ici par la mauvaise foi? Hâtons-nous de dire que la simple connaissance d'une vente antérieure, non transcrite, ne constitue pas en état de mauvaise foi qui achète de nouveau le même immeuble».

²³¹ Cfr. la «Exposé de Motifs», antes citada, *ib.*, p. 11: «Mais il est de principe que s'il avait été fait par le même propriétaire deux ou plusieurs aliénations du même immeuble ou des mêmes droits réels, celle qui aurait été transcrite la première exclurait toutes les autres, à moins que celui qui, le premier, a rempli cette formalité n'eût participé à la fraude». La misma idea, en el comentario de TROPLONG, *cit.*, pp. 356-357.

²³² ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, I, *cit.*, p. 568.

²³³ Resalta la diferencia GUARNERI, Atilio, *Diritti reali e diritti di credito. Valore attuale di una distinzione*, Padova, 1979, pp. 51-54.

²³⁴ Cfr. THERY, Philippe, *Sûretés et publicité foncière*, París, 1988, pp. 405-407; AYNÈS; Laurent, *Sûretés. Publicité foncière*, 9.ª ed., 1998/1999, p. 245: «Après avoir exigé un véritable concert frauduleux entre le second acquéreur et l'alienateur, la jurisprudence aujourd'hui se contente de la simple mauvaise foi du tiers, c'est-à-dire de la connaissance qu'il a, en fait, du droit concurrent antérieurement acquis et non publié par un autre».

dor de la inscripción en sí misma, sin concatenación con otra anterior— la buena fe, consistente en creer dueño al vendedor, es de conformación netamente extrarregistral. Por otra, desde los presupuestos de nuestro sistema, nada autoriza para deducir de la contraposición entre ambos preceptos que el conocimiento de la venta anterior no impida al comprador que inscribe la protección del artículo 32²³⁵; pero desde esos mismos presupuestos sí que es posible distinguir el papel que a la buena fe corresponde en el funcionamiento del mecanismo protector instrumentado en cada uno de estos preceptos. Si el artículo 34 protege al tercero que confía en la inscripción, justamente porque la cree reflejo de la realidad, la buena fe, identificada con dicha creencia, viene a constituir en dicho precepto la razón de ser o el fundamento de la protección en él dispensada al tercero²³⁶. En cambio, si en el artículo 32, sin dato registral previo en el que poder confiar, la Ley protege al tercero que antes inscribe, dando preferencia a su adquisición frente a la anterior no inscrita, entonces el fundamento de tal protección radicará, más que en su buena fe, en su mayor diligencia: la que le lleva a inscribir su adquisición antes de que la anterior haya llegado al Registro²³⁷. No es que en esta segunda hipótesis no sea necesaria la buena fe —mucho menos en nuestro sistema²³⁸—; es, simplemente, que en ella, sin elevarse a *ratio* o fundamento de la medida legal protectora, su ausencia, cuando se produce, se limita a ser obstáculo impeditivo de tal protección.

4. Implícito en lo antes dicho está que la buena fe del tercero protegido por el principio de fe pública registral tiene que referirse a la inscripción registral que publica la titularidad de su transmitente, y que dicha buena fe habrá de consistir en la confianza del mismo tercero en la exactitud de aquella inscripción o, negativa-

²³⁵ En sentido contrario, GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, II, pp. esp., 203-205 y 303-304.

²³⁶ Contrario, de nuevo, GARCÍA-GARCÍA, para quien la buena fe, en cuanto que legalmente presumida, no es la idea clave en el artículo 34 —*op. cit.*, pp. 230-231—, siéndolo, en cambio, la confianza del tercero en la legitimación dispositiva resultante del Registro.

²³⁷ Destaca la diferencia indicada en el texto VILLARES PICÓ, «La polémica entre hipotecaristas sobre la tesis dualista o monista del tercero hipotecario perjudica a la eficacia de la inscripción». *RCDI*, 1966, pp. 363-378, cuando contrapone y distingue al tercero del artículo 34 como «tercero confiado», frente al tercero del 32, como «tercero activo». «En nuestro sistema —dice (p. 373)—, la inscripción a nombre de tercero hipotecario confiado tiene efectos atributivos, dando fuerza irrestrictiva por sí sola, al derecho inscrito, y la inscripción a nombre del tercero hipotecario simplemente activo produce efectos preclusivos o de oponibilidad respecto de otros títulos o situaciones que no fueron constatados en el Registro».

²³⁸ Entre otras razones —nos remitimos en este punto a nuestro trabajo anterior: *El principio de inoponibilidad...*, cit., pp. 456-469— por la beligerancia reservada a la posesión en nuestro sistema transmisivo de título y modo frente a su innecesariedad en los sistemas latinos atendidos al criterio de la transmisión puramente consensual.

mente expresado, en el desconocimiento de su inexactitud. Significa ello, obviamente, que tal buena fe vendrá a constituir un concreto supuesto de la que la doctrina distingue como buena fe subjetiva; pero que, en tanto que buena fe y para no hacer del Registro de la Propiedad –como irónicamente a veces se ha dicho– un *asylum ignorantiae*²³⁹, habrá de integrar en sí misma un cierto ingrediente ético o elemento de excusabilidad en razón del cual deberá resultar impedida y excluida no sólo por el efectivo conocimiento de los datos –si alguno hay– que recorten o impidan al titular inscrito el lícito ejercicio de su facultad dispositiva, como por la duda razonable acerca de su efectiva titularidad. Lo así tan sumaria y concisamente dicho, con ser tan elementalmente captable y admisible, no es sin embargo pacífico en la doctrina. De ahí que debamos detenernos un tanto en la fundamentación separada de cada uno de los anteriores enunciados.

Al operar el principio de fe pública una adquisición registral *a non domino* en beneficio del tercero de buena fe, tal buena fe –aquí al igual que en la usucapión– habrá de consistir, remotamente, en la creencia de que la persona de la cual se adquiere era dueño al tiempo de la transmisión y podía transmitir su derecho (art. 1950 CC)²⁴⁰; más inmediatamente consistirá aquí en la creencia de que la información registral acerca de tales titularidad y libertad dispositiva, por ser fiel reflejo de la realidad, era rigurosamente exacta. En este punto y para nuestro Derecho las cosas parecen estar claras: para el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es tercero de buena fe el que adquiere de quien en el Registro aparece como dueño con facultad dispositiva desconociendo la inexactitud del Registro o, lo que es lo mismo, creyendo en su exactitud. De todas formas, acaso confusamente influenciadas por la consideración alemana de la buena fe registral, en nuestra doctrina se producen diferencias de concepto o de matices acerca de la buena fe concretamente exigida en nuestro Derecho al tercero protegido por el principio de fe pública registral. Efectivamente, en el régimen alemán de la adquisición registral *a non domino* (§ 892 BGB) es claramente perceptible el achatamiento a que se somete el requisito de la buena fe. Más que exigencia positivamente necesaria, es su contraria, la mala fe, la que se erige en obstáculo a la adquisición²⁴¹. No es esa la verda-

²³⁹ NÚÑEZ LAGOS, «Don Jerónimo», *Estudios...*, II, cit., p. 10: «Mientras tanto, al tercero no se le protege si es *homo sapiens*, y sólo alcanza la inmunidad por su ignorancia: *tertius insipiens*. El Registro advenía un “*asylum ignorantiae*”».

²⁴⁰ Cfr., especialmente, NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», cit., pp. 251-256. También, por sólo citar un nombre, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 457-458.

²⁴¹ Así aparece en la redacción del § 892: «Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die

dera dimensión de la buena fe en nuestro Derecho, ni en el Derecho suizo ²⁴². Y no es casual la peculiaridad alemana en este punto. La superposición de expedientes protectores de la seguridad del tráfico en el mecanismo adquisitivo alemán (transmisión abstracta e inscripción constitutiva) hacen que la adquisición registral pueda resultar jurídicamente eficaz sin necesidad de tener que llamar en su auxilio el dato subjetivo de la buena fe del tercero. Los obstáculos provenientes del negocio causal de finalidad transmisiva resultarán conjurados por la artificiosa técnica de la abstracción, y el peligro de posibles transmisiones no inscritas deja normalmente de existir cuando a la inscripción se atribuye valor constitutivo. ¿Qué necesidad hay entonces de hacer descansar positivamente en la buena fe del tercero el mecanismo ideado para su protección? Otra cosa es que por elementales razones de naturaleza ética hayan de negarse las ventajas de la publicidad a quien efectivamente conoce la inexactitud del Registro. En Suiza, en cambio, donde aunque la inscripción sea constitutiva la transmisión es causal, y en nuestro Derecho, donde con transmisión igualmente causal la inscripción no es constitutiva, la buena fe del tercero tiene que contar mucho más. Los flancos de inseguridad que está llamada a cubrir son más numerosos, y su protagonismo ha de ser mucho más destacado. En nuestro Derecho llega a ser absoluto. Se entiende así que el mecanismo de la adquisición registral *a non domino* en estos sistemas tenga que apoyarse positivamente en la buena fe del tercero, sin que, al margen de ésta, el procedimiento adquisitivo pueda garantizar un resultado autónomamente protector, excepcionable tan sólo ante la mala fe del tercero.

En todo caso, y referida a la adquisición, la buena fe tiene que consistir en una situación de *error* acerca de la titularidad y facultad dispositiva del transmitente: el tercero adquirente cree que quien le transmite es dueño y puede disponer. Y decimos «cree»,

Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist...». Para su comentario, cfr. STAUDINGER-GURSKY, *op. cit.*, ad § 892, Rz 114: «Verkehrsschutz verdient nur der *redliche* rechtsgeschäftliche Erwerber. § 892 hat deshalb den Erwerb kraft öffentlichen Glaubens von der subjektiven Voraussetzung der Redlichkeit abhängig gemacht. Dieses subjektive Regulativ wurde dabei jedoch –genauso wie das Erfordernis des Guten Glaubens in § 932– negativ formuliert und damit zum Ausschlußgrund gemacht [...] Darüber hinaus ist damit klargelegt, daß ein *positives Vertrauens* des Erwerbers auf den Inhalt des Grundbuches *nicht erforderlich* ist» (cvas. del a.).

²⁴² Como en el artículo 34 de nuestra Ley Hipotecaria, en el 973 del Código Civil suizo se atribuye positivamente a la buena fe del tercero el carácter de razón desencadenante de la protección deparada por la fe pública registral: «Wer sich in gutem Glauben auf einen Eintrag im Grundbuch verlassen und daraufhin Eigentum oder andere dingliche Rechte erworben hat, ist in diesem Erwerbe zu schützen». «[...] le législateur entend encore garantir –dice DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 614– l'acquéreur de bonne foi d'un immeuble contre l'existence de droits réels (cva. del a.) qui le grèvent sans être inscrits au registre foncier».

obviamente, porque desconociendo que realmente no lo es, él estima que es dueño. En la buena fe del tercero adquirente se yuxtaponen y enlazan necesariamente los dos aspectos, positivo y negativo, de creencia e ignorancia que respectivamente señalan los artículos 1950 y 433 de nuestro Código Civil; y positivamente como confianza en el Registro basada en la creencia de su exactitud, o negativamente como ignorancia de su inexactitud describe nuestra doctrina la buena fe exigida al tercero en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. A veces, tratando de distinguir y dar preferencia a alguno de ellos: al positivo de creencia ²⁴³ o al negativo de ignorancia ²⁴⁴; a veces advirtiendo que uno y otro no pasan de ser aspectos distintos de una misma realidad ²⁴⁵. De esta última forma lo entendemos nosotros ²⁴⁶. Creyendo, ignoro; y porque ignoro, creo. Las

²⁴³ Al aspecto positivo de creencia se referían Las Partidas, III, 28, 39: «cuydando que es suyo de aquellos que lo enagenan o que han derecho de lo fazer»; también en la jurisprudencia –STS de 14 de junio de 2000, e. c.– la buena fe aparece descrita desde este aspecto: «[...] para garantía de quien, confiando en la exactitud del contenido registral y sin conocimiento de realidades que pudieran desautorizarlo en orden a la titularidad que consigna, adquiere a título oneroso el derecho así registrado y lo inscribe para sí, mereciendo por ello la protección inherente a su buena fe y cuidado que regula el artículo 34 de la expresada Ley». En la doctrina, *vid.* ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, I, cit., p. 577: «Y por último, en lo que atañe al requisito de que el tercero *adquiere del titular registral del derecho* correspondiente según se ha visto ello resulta del art. 69 de la propia ley Hipotecaria y de la lógica del requisito de la buena fe del tercero, en cuanto éste ha de adquirir, por ello, *confiando* en el contenido del Registro [...]» (cvas. del a.); SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 457: «la buena fe consistirá en la creencia por el adquirente [...]»; VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe, la inscripción...», cit., p. 442: «En principio, podemos, pues, definir la buena fe del tercero adquirente como “aquella creencia fundada en la inscripción a favor del transferente de que éste es titular real y puede disponer de dicho derecho”».

²⁴⁴ Cfr. DE LA RICA, «Meditaciones hipotecarias. La buena fe y la publicidad del Registro», cit., p. 545: «El texto vigente [...] aplica correctamente el postulado de la buena fe al hacerla consistir en el desconocimiento de la inexactitud del Registro [...]»; NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», cit., p. 251: «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 un *homo ignorans*, contrafigura del *homo sapiens* del siglo XVIII»; COSSÍO, *Instituciones...*, cit., p. 222: «La buena fe consiste, en este caso, en la ignorancia de las causas que producen la inexactitud del Registro [...]»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales...*, cit., p. 601: «La buena fe consiste en el desconocimiento de la inexactitud registral»; GARCÍA-GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral...*, cit., II, pp. esp., 307-308, «Por todo ello, hay que centrar el concepto de buena fe en el problema del “desconocimiento” y no en el de la “creencia”. Todo ello sin perjuicio de que normalmente el “desconocimiento” lleva consigo de modo correlativo un estado de “creencia”. Pero esto será una consecuencia y no el concepto definitorio. Este lo constituye únicamente el “desconocimiento”. En Derecho hipotecario, insistimos una vez más que lo que interesa es el *homo ignorans* o *sapiens* y no el “hombre creyente”». En la doctrina alemana y para el régimen del BGB, ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Derecho de Cosas*, I, cit., p. 275: «La buena fe que protege el § 892 es un concepto *puramente negativo*: la ignorancia de la inexactitud del Registro» (cva. del a.).

²⁴⁵ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, III, cit., p. 473: «En este último, como vimos –dice refiriéndose al artículo 34 LH– la buena fe consistía en un desconocimiento de la inexactitud del Registro o, a la inversa, en una creencia de la exactitud».

²⁴⁶ Así lo expresamos en *La representación aparente*, cit., p. 268, definiendo la buena fe subjetiva como «una actitud psicológica que comprende en sí, junto a un elemento negativo de ignorancia o error acerca del dato determinante de la apariencia (art. 433

razones aducidas para dar preferencia al aspecto negativo de la ignorancia sobre el positivo de la creencia directamente referida a la exactitud del Registro²⁴⁷, suponen tanto como romper la unidad interna de la buena fe, de una parte, y, de otra, rebajar la influencia que el mismo Registro está llamado a ejercer en la convicción del tercero merecedor de la protección registral. En realidad, más que disminuir la entidad de la buena fe, lo que de esta forma se hace es reducir la función del Registro en la mecánica de la adquisición registral *a non domino*. Un Registro de la Propiedad que no alimenta positivamente la buena fe necesaria para lucrar los efectos sanantes de la fe pública registral, no es ya el Registro cuya finalidad, según Cárdenas²⁴⁸, era *asegurar al tercero que contrata con el que ya tiene su derecho inscrito en el Registro*, o el que la Ley Hipotecaria trató de instaurar, según Serna²⁴⁹, para *evitar perjuicios al tercero que con buena fe y fiado en la exactitud del Registro, es inducido a error y adquiere bienes inmuebles o derechos reales que por descuido de otro dejaron de inscribirse oportunamente*.

En todo caso, sin necesidad de tener que seguir indagando en estos matices y según ya se ha indicado, la buena fe requerida al tercero por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria viene a consistir en un concreto supuesto de esa buena fe subjetiva que, como contradistinta a la objetiva, suele diferenciar la doctrina²⁵⁰; o, lo que es lo mismo, en un concreto supuesto de buena fe en la adquisición de derechos, en tanto que tal buena fe es distinguible de la que normalmente se toma en consideración en el ejercicio de los mismos²⁵¹; o, finalmente y según repite la jurisprudencia, en un concreto supuesto

del CC), otro positivo de creencia o confianza en la realidad de la situación que aparece (art. 1950 CC)».

²⁴⁷ Principalmente, en la exposición de GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, p. 307: «[...] la introducción del requisito de la “creencia en la titularidad del transmitente”, podría llevar a la confusión de que es necesaria la consulta del Registro, pues sólo consultando ese dato se puede “creer en él”». Sin embargo, ello llevaría a la inseguridad jurídica y al casuismo de entrar en cada caso si una persona ha acudido o no a la Oficina del Registro, olvidando que existe el concepto de publicidad registral como aspecto objetivo de «cognoscibilidad legal», es decir que se presume conocido por todos, sin que quepa alegar ignorancia, y en consecuencia, no es problema de «consulta de los libros», ni un problema de «creencia en la titularidad registral», sino de «desconocimiento de situaciones extrarregistrales» (cva, del a).

²⁴⁸ CÁRDENAS: «Memoria histórica...», *RGLJ*, 1871 (XXXVIII), cit., pp. 170-171.

²⁴⁹ SERNA, *op. cit.*, p. 655.

²⁵⁰ Sobre tal distinción, cfr., e. c., SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 456-459; GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, pp. 300 ss. Reticente o contrario a ella, HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, 1980, pp. 173-178.

²⁵¹ A favor de tal distinción se pronuncia HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 178: «Creo que, en sustitución de la buena fe objetiva y de la subjetiva, puede afirmarse, incluso con alcance clasificatorio, que la buena fe es contemplada por el Código Civil en estos dos aspectos o manifestaciones fundamentales: como criterio regulador del ejercicio de los derechos; y como criterio para atribuir determinados derechos». Sobre «la necesaria distinción entre la buena fe en el ejercicio de los derechos y la buena fe en la adquisición de los derechos reales», *vid.* GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 187-189.

de la buena fe propia del campo de los derechos reales, frente a la que se produce y requiere en el Derecho de obligaciones²⁵². Son, en definitiva, formas distintas de referirse a dos modalidades de la buena fe en cuyo análisis más detenido no es necesario detenerse en este momento. Sí que interesa, por el contrario, dejar ya planteada y al menos inicial y fundamentalmente resuelta una cuestión que al hilo de la anterior suele suscitarse en la doctrina: La distinción y contraposición de la buena fe subjetiva frente a la objetiva, ¿permite hacer consistir a la primera en un simple y neto supuesto de error subjetivo (equivocada creencia de lo que no es, o mera ignorancia de lo que realmente es) o exige, además, un cierto elemento de excusabilidad que la haga justificable y, al menos, éticamente disculpable? Que la buena fe en el ejercicio de los derechos consiste en un estándar ético de comportamiento es cosa que nadie pone en duda: ¿vale lo mismo para la buena fe en la adquisición de derechos, o se limita ésta a la situación psicológica de error que, por hipótesis, sería su componente exclusivo? ¿Cabe admitir una buena fe exclusivamente psicológica frente a una buena fe ética?

Verdadero *asylum ignorantiae*, inmerecido refugio del *homo insipiens*, sería el Registro de la Propiedad si a estas preguntas hubiera de responderse afirmativamente²⁵³. Nosotros, siguiendo a De la Rica, no podemos admitir una tal visión del Registro²⁵⁴. Es

²⁵² Vid. STS 1 de junio de 2000: «[...] entendiéndose, dice la Sentencia de 23 de enero de 1989, con cita de las de 16 de febrero y 16 de marzo de 1981, “que la buena fe en el campo de los derechos reales, en la perspectiva que aquí tiene lugar, no es un estado de conducta como ocurre en las obligaciones y contratos (arts. 1269 y concordantes del CC), sino de conocimiento según se evidencia con las dicciones de los artículos 433 y 1950 de nuestro Código sustantivo, que nada tiene que ver con las maquinaciones y el engaño, sino pura y simplemente con el creer o ignorar si la situación registral era o no exacta respecto de la titularidad dominical que proclama [...]”». *Ad rem*, en nuestra doctrina, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 456-457: «En nuestro Derecho positivo, el concepto objetivo de la buena fe tiene su manifestación en el ámbito del Derecho de obligaciones y aparece especialmente recogido en el artículo 1258 del mismo Código Civil; el concepto subjetivo, único que aquí nos interesa, tiene diversas manifestaciones en el mismo Derecho de obligaciones, en el de familia y en el de cosas. Muy especialmente tiene importancia su regulación especial en la posesión, usucapión y, sobre todo, en la protección de la seguridad del tráfico de bienes muebles (art. 464 del Código) e inmuebles (art. 34 de la Ley)».

²⁵³ NÚÑEZ LAGOS: «Don Jerónimo», *Estudios...*, II, cit., p. 10: «[...] era difícil oponerse a la invocación casi divina de la frase “buena fe”. Su significado ético fue el papel secante de toda refutación en flor. La ética desvanece la crítica. Con la adorada *legitimación* nadie se atreve a poner en duda la legitimidad hipotecaria de la buena fe. Mientras tanto, al tercero no se le protege si es *homo sapiens*, y sólo alcanza la inmunidad por su ignorancia: *tertius insipiens*. El Registro advenía un “*asylum ignorantiae*” (cvas. del a.).

²⁵⁴ DE LA RICA: «Meditaciones hipotecarias. La buena fe...», cit., p. 543: «En suma: para gozar de la protección de un sistema como el nuestro, tan influenciado por el valor ético de la buena fe, el titular inscrito no necesita ser ni un *homo ignorans* ni un *homo sapiens*: le basta ser un ciudadano corriente que haya creído honradamente al negociar sobre inmuebles y derechos reales que el Registro expresaba la verdad. Nada más y nada menos que eso». En la jurisprudencia, como muestra, cfr. STS 17 de noviembre de 1984: «... con la significación [la buena fe en la adquisición *a non domino*] de ignorancia de la situación real y consiguiente creencia en la titularidad del enajenante [...] y siempre

verdad que un importante y autorizado sector de la doctrina moderna se viene pronunciando contra la contaminación ética de la buena fe subjetiva, o dicho de otro modo, a favor de su aséptica concepción como pura situación de error o ignorancia²⁵⁵. Pero, en nuestra opinión, contra una tal configuración de la buena fe subjetiva se alzan poderosos argumentos que, por el momento, nos limitaremos a enunciar en este lugar. El primero: que la misma denominación «buena fe» está ya haciendo referencia por sí misma a la dimensión moral que permite diferenciarla del craso error o la simple ignorancia²⁵⁶. No llega a explicarse desde la lógica del lenguaje por qué a una tal ignorancia, en lugar de llamársela llanamente por su nombre, se la envuelve en la denominación, tan densa en su sugerencia moral, de «buena fe»²⁵⁷. Por otra parte, la misma Ley –el art. 36

poniendo a cargo de quien invoca la protección tabular una diligencia mínima en la formación del estado cognoscitivo, por cuanto no cabe prescindir de un deber moral de averiguación aludido por la jurisprudencia (SS de 28 de junio de 1941; 14 de marzo de 1973)».

²⁵⁵ Así, destacadamente, en la doctrina italiana, MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, 3.ª ed., Milano, 1975, pp. 315-319, y en la nuestra, MIQUEL, J. M.ª, «La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho Civil», *AAMN*, XXIX, pp. 7-24, con detenida referencia a la polémica entre BRUNS y WÄCHTER sobre las opuestas concepciones, psicológica y ética, de la buena fe (posteriormente, idem, «Buena fe» *EJB*, I, ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. esp., 833-840) y GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, pp. 299-317. También, aunque con menos detenimiento en la cuestión, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 457-458: «[...] es quizá excesivamente amplio decir que la buena fe equivale a conducta o intención leal u honrada del sujeto. El elemento intencional o moral apenas si tiene transcendencia; en cambio, es decisivo el elemento intelectual, esto es, la representación en la mente del sujeto de su situación jurídica. [...] Efectivamente, el conocimiento o desconocimiento basta por sí solo para provocar la mala o buena fe, con absoluta independencia de la intención del adquirente y de la conducta de éste»; COSSÍO, *op. cit.*, p. 224: «El conocimiento de la inexactitud del Registro debe ser positivo, y en nada afecta a la buena fe del adquirente el que su ignorancia sea causada por negligencia, sea ésta excusable o inexcusable»; PAU PEDRÓN, «La teoría de los principios hipotecarios», en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Madrid, 1977, p. 66: «La mala fe es, por supuesto, el simple conocimiento –sin ingrediente alguno de conducta, sin obligación alguna de diligencia–; pero es algo más: ha de ser un conocimiento pleno, completo [...]».

²⁵⁶ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, 1980, quien, partidario de una concepción unitaria de la buena fe (pp. 173-178), afirma que «la buena fe, como las buenas costumbres, es siempre una vía de comunicación del Derecho con la moral». Por la concepción ética de la buena fe hipotecaria se decanta también Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pp. 458-459, quien, en general, a su vez, en el Prólogo a la traducción española de WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 15, concluye: «De todo lo dicho resulta ya claro que la idea [de la buena fe] está penetrada de unos indiscutibles ingredientes éticos que la sitúan en los confines del derecho y de la moral. La connotación de virtud –bondad– que se atribuye a la *fides*, lo pone de manifiesto de manera terminante».

²⁵⁷ «La buena fe –dice Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 346– no es sólo el desconocimiento o la ignorancia, sino más que nada un proceder o un comportamiento honesto y legal». Es significativo, desde este punto de vista, que en la doctrina alemana –*vid.* BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 13.ª ed., München, 1985, pp. 204-206– el estudio del requisito de la buena fe en la adquisición inmobiliaria pueda ser epigrafiado bajo el término *Redlichkeit*; y que en ella se proponga la sustitución de las expresiones «buena o mala fe» por dicho término (cfr. STAUDINGER-GURSKY, *op. cit.*, § 892 Rz 114). En esa dirección, la obra ya citada de HAGER, *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb*, München 1990. Nosotros mismos, en *La representación aparente*, cit., pp. 271-272, definimos la buena fe protegida jurídicamente por recaer sobre una apariencia engañosa (buena fe sub-

de nuestra Ley Hipotecaria ²⁵⁸ y el 974 del Código Civil suizo ²⁵⁹— expresamente incluyen el dato ético de la diligencia entre los ingredientes de la buena fe que permite al tercero lucrar los efectos de la fe pública registral. Y, finalmente, aunque acaso el más llamativo y aparatoso argumento: la inanidad de la tesis que aquí combatimos. Para los partidarios de la buena fe psicológica, la pura y exclusiva ignorancia supone ya por sí sola auténtica y plena buena fe; pero — tienen que reconocerlo— inservible e inútil buena fe: sin el dato que la justifica éticamente, la buena fe no deja de ser buena fe, pero sí de obtener los efectos protectores que, con aquel dato, le valdrían el amparo de la Ley ²⁶⁰. ¿Cabe reconocimiento más claro de que el requisito protector de la buena fe es más que mero error o ignorancia? Debiendo volver más adelante sobre el componente ético de la buena fe, quede para ese momento la profundización en su tratamiento. Aquí nos ha sido bastante dejarlo indicado en su condición de necesario ingrediente legal de la buena fe que hace merecedor al tercero del efecto sanante de la fe pública registral. Una buena fe sin diligencia tiene más de censurable ignorancia que de buena fe protegible.

5. Es evidente que la introducción de la buena fe en el mecanismo y funcionamiento del principio de fe pública, tiene que traer como inevitable consecuencia la relativización del resultado protector esperable de la publicidad registral. La función aseguradora

jetiva) como «una situación psicológica cifrada en un estado de error o ignorancia, ética y jurídicamente calificada de inculpable y determinante de una actuación realizada en la convicción de su juridicidad y en la confianza de su intrínseca eficacia».

²⁵⁸ Aunque es polémico que la diligencia exigida en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria sea trasladable a la buena fe requerida por el 34 —cfr. MIQUEL, *La buena fe y su concreción...*, cit., pp. 19-22— y a reserva de lo que al respecto habremos de desarrollar al estudiar la usucapición *contra tabulas*, baste por ahora la transcripción de las palabras de Díez-PICAZO, *op. cit.*, pp. 458-459, asintiendo a la destacada opinión de VALLET DE GOYTISOLO, «Sin embargo, con mejores argumentos, VALLET DE GOYTISOLO ha señalado que no es razonable entender que en el conflicto entre el tercer adquirente y el beneficiario de una usucapición consumada, que no es un titular registral, se exija la buena fe con el especial aditamento de la diligencia y que esa misma buena fe no se exija frente a otros titulares extrarregistrales, que sean asimismo propietarios y poseedores de la finca».

²⁵⁹ Dice así, literalmente, su párrafo I: «Ist der Eintrag eines dinglichen Rechtes ungerechtfertigt, so kann sich der Dritte, der den Mangel kennt *oder kennen sollte*, auf den Eintrag nicht berufen» (cva. n.).

²⁶⁰ Cfr. MENGONI, *op. cit.*, pp. 319: «L'errore non perde la sua identità quando trae origine dalla negligenza dell'errante, onde l'interprete non può affermare il requisito della scusabilità explicando "l'elemento della riflessione" come un predicato già contenuto nel concetto di buona fede. La colpa non pone in questione l'esistenza, ma la sufficienza della buona fede ai fini della tutela giuridica, e dunque no una questione concettuale, ma una distinta questione di politica legislativa, che solo il legislatore, con giudizio nomológico, è competente a risolvere», y 321: «[...] la colpa grave non nega la buona fede, bensì ne impedisce, per volontà di legge, l'efficacia»; MIQUEL, «Buena fe», *EJB*, cit., p. 838, haciendo suya la anterior opinión: «Se ha dicho acertadamente que *la culpa no pone en cuestión la existencia, sino la suficiencia de la buena fe para merecer protección jurídica*» (cva. del a.).

del Registro de la Propiedad no va a depender objetiva y exclusivamente de la inscripción que en él se haya practicado, sino de esa misma inscripción en combinación necesaria con la buena fe del tercero; o, lo que es lo mismo: de esa inscripción sólo en cuanto lleva al tercero honrado y diligente a actuar dejándose guiar por lo que ella publica. Por más que el Registro publique una cosa, no puede acogerse a la fe pública registral quien conoce la realidad distinta a lo publicado, o la existencia real de situaciones inmobiliarias o derechos no inscritos ²⁶¹: el conocimiento efectivo de la realidad no inscrita, sea por la natural visibilidad del derecho real (servidumbres aparentes: art. 532 CC), sea porque *aliunde* se tiene noticia de ella, tiene que perjudicar al tercero ²⁶². En expresión de la jurisprudencia: el silencio del Registro no debe prevalecer contra el «conocimiento cumplido» que el tercero tenga de la situación real ²⁶³. Y es que, por más que sólo la publicidad jurídica llegue a generar la cognoscibilidad legal de la situación inscrita, y por más que la Ley pretenda favorecer y privilegiar la información registral, la publicidad de hecho o el conocimiento efectivo de la situación real no jurídicamente publicada tendrá que interferir en el juego de aquélla siempre que el Registro se conciba en su auténtica condición de instrumento –todo lo privilegiado que se quiera, pero instrumento al fin– de publicidad ²⁶⁴. No hay en ello alteración alguna

²⁶¹ *Vid.*, e. c., entre tantas otras, Sentencias de 23 de marzo de 1968, sobre el conocimiento efectivo o posibilidad de conocimiento de un derecho de retorno arrendaticio no anotado, y 4 de junio de 1990 sobre oponibilidad de pacto de transcendencia real no inscrito pero efectivamente conocido.

²⁶² Cfr. Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 30 de diciembre de 1944: «Sin embargo, no afectarán a la exactitud de los asientos los derechos no protegidos por la fe pública, ni aquellos otros cuya registración no se considera necesaria por razones sociales o por su intrínseca exteriorización»; STS de 20 de mayo de 1992: «[...] es doctrina de esta Sala, cristalizada, entre otras, en las Sentencias de 7 de noviembre de 1911 y 8 de mayo de 1947, que, pese a no hallarse inscritas las servidumbres, cuando conste que el tercero conocía su existencia, bien sea por su carácter aparente o bien –como sucede en el presente supuesto– por haberse acreditado por otros medios, no puede ampararse el tercero en tal falta de inscripción».

²⁶³ STS de 20 de marzo de 1970: «[...] no hay duda de que el rigor de aquel precepto, como el de gran parte de los que establece el ordenamiento hipotecario, se ha de mitigar con los dictados que impone el respeto debido a la buena fe, obligando a que el silencio del Registro no prevalezca contra el conocimiento cumplido que la parte afectada tenga de las limitaciones o condicionamientos inherentes a una determinada adquisición [...]».

²⁶⁴ Para el Derecho italiano, PUGLIATTI, *La trascrizione*, Tratt. CICU-MESSINEO XIV, I (1957), Milano, p. 278: «Ovviamente, però, quel risultato che si qualifica «conoscibilità legale» si consegue unicamente per mezzo dei meccanismi pubblicitari: con tutti gli effetti particolari che la legge ricollega alla detta «conoscibilità», che deriva immediatamente della (regolare) attuazione della pubblicità. Le altre fonti di cognizione possono acquistare rilevanza, anche nel campo degli effetti giuridici, solo in via indiretta, e con riferimento alla conoscenza effettiva. Se, infatti, si riuscisse a provare che un dato soggetto ha attinto notizie al catasto o all'archivio notarile in ordine a determinati atti o negozi, si avrebbe la possibilità di invocare, nelle singole ipotesi, le norme sulla rilevanza della conoscenza effettiva (o della mala fede), ed eventualmente a neutralizzare gli effetti della conoscibilità legale, quando essi trovano un limite nella conoscenza effettiva (art. 1159 CC)». Más llanamente, para

ni quebrantamiento de los principios hipotecarios ²⁶⁵, sino, por el contrario, afinamiento en la determinación de tales principios ²⁶⁶, e indicación de la necesidad de la buena fe del tercero como condición imprescindible en toda forma de protección registral ²⁶⁷ y, concretamente ahora, como ingrediente necesario en el funcionamiento del principio de fe pública registral.

Por más que lo anteriormente indicado pertenezca al terreno de las evidencias más intuitivamente captables por el buen sentido, era necesario detenerse en señalarlo, ya que no han faltado en nuestra doctrina algunas manifestaciones favorables al automatismo de la protección registral. Tanto querría robustecerse el valor de la publicidad, que, una vez instaurado el Registro de la Propiedad como su instrumento específico, se vendría a negar relevancia jurídica al conocimiento extrarregistral de las situaciones inmobiliarias inscribibles y no inscritas. Simple y llanamente –con invocación incluso del art. 225 LH ²⁶⁸– vendría a sostenerse que, elevada la publicidad registral a requisito de oponibilidad *erga omnes*, lo no inscrito, sin más, no podría perjudicar a terceros ²⁶⁹.

Ni para Alemania podría valer una concepción de la publicidad así tan absolutamente independizada de la buena fe del tercero ²⁷⁰;

nuestro Derecho, DE LA RICA, «Meditaciones hipotecarias...», cit., pp. 543-543, reproduciendo un texto de LÓPEZ PALOP y CAMPUZANO, «El fundamento de la protección que a sus titulares concede el Registro se halla en la publicidad; la protección obedece, pues, a la publicidad no al Registro, que es sólo un órgano de la misma; luego cuando la publicidad actúe, aunque no sea a través del Registro, deberá existir idéntica protección».

²⁶⁵ No es exacta, desde este punto de vista, la literalidad de la expresión empleada en la antes vista STS de 20 de marzo de 1970: «el rigor de aquel precepto, como el de gran parte de los que establece el ordenamiento hipotecario, se ha de mitigar con los dictados que impone el respeto debido a la buena fe».

²⁶⁶ En la línea indicada, DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 346: «La doctrina expuesta no significa, sin embargo, una sustancial modificación de los principios hipotecarios. No se trata de otorgar eficacia contra terceros a un derecho real no inscrito, sino simplemente de destacar que la buena fe de los terceros es una exigencia necesaria para la protección por la fe pública del Registro».

²⁶⁷ Porque la buena fe es en nuestro sistema registral algo más que un mero requisito de aplicación del principio de fe pública, nosotros hemos dado autonomía en el mismo al principio de buena fe. Cfr. al respecto «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema español», ADC, 1995, II, pp. 632-646.

²⁶⁸ Aunque refiriéndolo a la buena en el ámbito del artículo 32 LH, GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, II, pp. 191-192.

²⁶⁹ Cfr. CAMPUZANO, *op. cit.*, p. 391, criticando la introducción del requisito de la buena fe en la que él considera la concepción jurisprudencial del tercero: «Hemos afirmado, sin embargo, que esto no encajaba en los moldes del texto legal, y así resulta si con alguna detención se medita sobre el contenido de los artículos 17, 23, 27, 34, 36, 24 y 41 de la Ley Hipotecaria, y sobre todo de los 606 y 1473 del Código Civil, que parece no admiten más formas e instrumentos de publicidad que el Registro [...]»; CARRETERO, «Retornos...», II, cit., p. 125: «La jurisprudencia sobre el requisito añadido de la buena fe y la posterior identificación de ambos terceros son esos paños calientes que, a través de un continuo círculo vicioso, terminan por privar a la inscripción de sus más inmediatos efectos, iniciando su paulatino desprestigio».

²⁷⁰ Cfr., refiriéndose al sistema alemán, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Sistemas hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán», *Estudios...*, I, cit., p. 108: «Si las leyes hipotecarias

mucho menos en nuestro Derecho, aunque, simplificando las cosas, de esa forma absoluta se exprese con cierta frecuencia el significado y efectos de la publicidad registral ²⁷¹. El mismo Serna, que en ocasiones recurre a esa forma de enunciación sin matices ²⁷², tiene que recurrir a ellos apenas se ve en la necesidad de aquilatar y precisar cuál fue la finalidad de la Ley Hipotecaria al instaurar el Registro de la Propiedad y en qué medida podrían los terceros acogerse a su amparo: «En una palabra –dice ²⁷³– lo que establece la Ley es que aquello que por no estar inscrito *no es conocido* por el adquirente, no le perjudique». Lo definitivo, como se ve, no es que un determinado derecho inmobiliario inscribible no esté inscrito; lo que definitivamente importa es que, por no estar inscrito, no sea efectivamente conocido por el tercero. El tercero conocedor *aliunde* de una carga no inscrita, no puede pretender desconocerla, sin más, acogiéndose al silencio que sobre ella guarda el Registro: «Con buena fe –dice Serna– no podría, pues, el adquirente sostener que la finca adquirida estaba libre de la carga o servidumbre: *la ficción de la Ley que supone que el tercero ignora lo que no consta en el Registro, no puede ir tan allá que se ponga contra la verdad demostrada de las cosas*». Es lo que terminantemente hoy establece el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: «La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro».

Es cierto que esta atemperación de la fe pública por la buena fe del tercero, al impedir el automatismo de la protección registral y hacer depender ésta del efectivo desconocimiento de la realidad no inscrita, genera problemas e introduce en su juego elementos de cierta dificultad que no se darían si la inscripción fuera el único medio de información jurídicamente atendible acerca de las situa-

se proponen como fin especial la seguridad y rapidez de las transacciones sobre inmuebles, no pueden olvidar que la inscripción es un medio de expropiación y un arma de dos filos que sacrifica el titular actual al futuro adquirente. Esta norma, aceptable cuando el protegido ha confiado en las declaraciones del Registro, resultaría desmoralizadora y contraproducente si se aplicase a las adquisiciones de mala fe».

²⁷¹ Uno, entre tantos, DE CASSO, *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.^a ed. revisada, ampliada y actualizada, Madrid, 1951, p. 397: «Y así también hoy el efecto de la inscripción a que aludimos se enuncia en términos negativos: *Lo no inscripto, no perjudica al tercero registral*» (cvas. del a.).

²⁷² SERNA, *op. cit.*, p. 600: «[...] No debió parecer difícil la resolución a la Comisión codificadora fijándose en el principio cardinal de la Ley. Este es que no perjudique a tercero el acto o contrato de que no haya podido tener conocimiento por el Registro»; ídem, p. 622: «En esto sigue el espíritu de la Ley y su base capital, según la cual, sin publicidad el tercero nunca puede ser perjudicado. [...] injusto sería que tuviera que experimentar sus consecuencias el que engañado por el silencio del Registro adquiriese la finca que otro había comprado antes al que se la vendió a él, o el que comprase como libre el predio sujeto a una carga o a una condición de que no pudo tener conocimiento por el Registro».

²⁷³ SERNA, *op. cit.*, p. 635 (las cursivas introducidas en el texto son nuestras).

ciones inmobiliarias. Dificultades y problemas que no lo serían, obviamente, de justificación racional y de fundamento, sino de prueba y, sobre todo, de buen sentido y de acierto en la apreciación de lo que, tanto en general como en el caso concreto, la buena fe impone al tercero que se propone adquirir en las condiciones precisas para poder obtener la intervención protectora de la fe pública registral. Para los problemas de prueba –lo veremos más adelante– la Ley ha introducido con plausible criterio la presunción de buena fe en el tercero. Más delicado es el problema de la apreciación de tal buena fe. Lo expresó muy bien De la Rica: «... el requisito de la buena fe en los sistemas de inscripción, es patentemente un arma de doble filo, que ha de manejarse con exquisito tacto. Un paso de más reduce el valor de los asientos a una simple formalidad que no vale la pena, y un paso de menos puede convertir al Registro en un auténtico burladero, que celestinée al fraude»²⁷⁴. Efectivamente, así es; especialmente, teniendo en cuenta que, como ya hemos señalado, la buena fe no es el solo el efectivo desconocimiento de la realidad extrarregistral, sino también la posibilidad de superarlo mediante el empleo de la normal diligencia. Todo sería más fácil si la protección registral funcionara automáticamente, vinculada exclusivamente a la inscripción registral. Más fácil, pero no más auténticamente justo. De ahí que la dificultad en la estimación de la buena fe no deba llevar a la supresión de su exigencia. El Derecho es *ars boni et aequi* (Dig. 1, 1. 1), y no sería un buen instrumento jurídico el que llevara tan lejos su pretensión aseguradora del tráfico que llegara a extenderla, ni siquiera *per accidens*, hasta el adquirente de mala fe²⁷⁵. Es verdad que en la cadena del mecanismo de la seguridad de las adquisiciones, entre los sólidos eslabones de la escritura pública y de la inscripción registral, el requisito de la buena fe introduce uno que puede antojarse frágil y quebradizo²⁷⁶. En realidad no lo es, aunque sí resulte incierta y polémica su comprobación *super casum*. Por encima de ello, lo que distaría mucho de ser una buena, aquilatada y matizada solución sería la de aherrojar los derechos a un tráfico tan mecánica y automáticamente seguro que incluso la adquisición torticera quedara en él

²⁷⁴ DE LA RICA, «Meditaciones hipotecarias. La buena fe...», cit., p. 541.

²⁷⁵ En contra, CARRETERO, «Los principios hipotecarios y el Derecho comparado», *RCDI*, 1974, p. 39: «Ninguna legislación pretende proteger al tercero de mala fe. Pero todas pretenden proteger al de buena fe, con tal intensidad y fervor que para dejarle indemne de una eventual prueba amañada de mala fe llegan a proteger al tercero registral de mala fe».

²⁷⁶ De nuevo, CARRETERO, *op. et loc. ant. cit.*, «Ninguna cadena es más fuerte que su eslabón más débil, y silencian cautelosamente los enemigos de la oponibilidad absoluta, sin consideración al estado psicológico del tercero, que al exigir el requisito extrarregistral de la buena fe, la contienda judicial tiene entre los fuertes eslabones de la escritura pública y la inscripción registral, y disimulado entre ellos, un eslabón inseguro, blando, casi de cartón: la prueba libre, incluso testifical, de la buena o mala fe del tercero».

definitivamente sancionada y salvada. Como autorizadamente entre nosotros se ha dicho, por deshumanizado e injusto, un sistema de aseguramiento registral absoluto no debe entenderse como un deseable progreso ²⁷⁷.

¿Qué es, entonces, la inscripción registral, y cómo puede explicarse en Derecho su naturaleza jurídica?; ¿cómo se puede entender que una misma inscripción valga al tercero de buena fe operando en su favor esa especie de milagro jurídico que es la adquisición *a non domino*, y no sirva, en cambio, absolutamente de nada al tercero conocedor de su inexactitud? Sin necesidad en nuestro Derecho de tener que proceder a las abstrusas elucubraciones necesarias en otros ²⁷⁸, la respuesta se impone inmediatamente por sí misma: la inscripción –a través de ella la publicidad registral– no es sino una forma de apariencia jurídica inmobiliaria, artificialmente provocada y legalmente protegida. Una forma, hemos dicho, porque el dato de su instauración como *fattispecie* principal de la apariencia inmobiliaria no debe llevar a la absoluta exclusión de otras posibles apariencias jurídicas en ese mismo campo ²⁷⁹. Y una forma de apariencia jurídica, porque eso debe ser, de suyo –y eso efectivamente es en nuestro sistema– la publicidad registral: una instancia que, sin nada añadir ni quitar al derecho inscrito, lo publica o hace cognoscible *erga omnes*. Por eso, cuando la inscripción registral es exacta nada necesita de ella el tercero para adquirir con plena eficacia. Supuesta la validez del acto adquisitivo, basta a la efectividad de la adquisición el derecho y la legitimación dispositiva del *tradens*. Otra cosa es lo que sucede cuando la inscripción es inexacta. Entonces es cuando, no obstante su inexactitud, el tercero que por ella se deja guiar creyéndola fiel reflejo de la realidad, se hace merecedor de la tutela que la Ley le dispensa a través del principio de fe pública registral. Justamente porque la inscripción

²⁷⁷ DE LA RICA, *op. cit.*, p. 540: «[...] si el mecanismo de la fe pública registral actúa con sólo el mando o palanca del asiento, entonces, ciertamente, la buena fe carece de sentido en el ámbito del Registro y la Moral mendicará en vano ante la cerrada puerta de éste. Pero también entonces habríamos deshumanizado el Derecho inmobiliario, habríamos hecho de él un perfecto teorema matemático, una implacable logística, un acabado juego de abstracciones y formalidades, algo arquitectónico, puro, frío..., pero inservible para las relaciones jurídicas humanas»; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 569: «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».

²⁷⁸ *Vid.* al respecto, para el sistema italiano, PUGLIATTI, *La trascrizione...*, cit., pp. 172-185.

²⁷⁹ En contra, a propósito de una adquisición de titular simulado, la STS de 26 de febrero de 1990. Criticándola, afirma MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *CCJC*, núm. 23, p. 500: «[...] la apariencia registralmente protegida es la registralmente creada. Pero no es la única apariencia jurídicamente posible, y tampoco la única jurídicamente protegible».

registral está llamada a publicar la realidad de las situaciones inmobiliarias, o a configurar su apariencia protegible en favor del tercero que en ella confía, justamente por eso, decimos, se entiende perfectamente que su más específica y propia virtualidad sólo se despliegue en favor del tercero de buena fe, y que deje de actuar, en cambio, abandonado en su desprotección al tercero conocedor de la realidad que la hace inexacta ²⁸⁰. Lo que, por el contrario, no puede entenderse es que se diga que la idea de la protección de la apariencia una de las ideas-fuerza del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero que en él no obtiene ese mismo rango la buena fe del tercero ²⁸¹; o que, porque la inscripción registral no es apariencia jurídica sino «verdad oficial», los indicios extrarregistrales contrarios a ella carecerían de todo significado ²⁸². Si la idea de la apariencia jurídica es clave del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, *eo ipso* y en idéntico plano la buena fe tiene igualmente que serlo. Como acertadamente dijo hace tiempo Bérnago Llabrés, la idea de la protección de la apariencia descansa sobre dos elementos necesitados recíprocamente el uno del otro: el supuesto de hecho conformador de la apariencia y la buena fe del tercero que en ella confía ²⁸³; y, precisamente porque la inscripción registral cuando es inexacta es mera apariencia jurídica, los indicios extrarregistrales de su inexactitud, en cuanto impedientes de la buena fe del tercero, clamarán por los fueros de la realidad y contra la vanidad de una

²⁸⁰ Cfr. ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 569, siguiendo a LACRUZ, «Ésta [la tutela del Registro], según la opinión más razonable, se concede al adquirente como resultado de una *apariciencia*. Pero la ley no puede proteger esta *apariciencia* en su entidad objetiva, sino en su reflejo subjetivo».

²⁸¹ Así lo dice GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, pp. 230-231: «La primera de las ideas-fuerza del principio de fe pública registral del artículo 34 LH, como su propio nombre indica, es la *confianza en la apariencia registral* [...]. Aparte está la *buena fe subjetiva*, que es un requisito muy importante para la protección del tercero del artículo 34 LH [...], pero no es la idea clave fundamental del precepto, pues, como más adelante veremos, la buena fe subjetiva *se presume*, salvo prueba en contrario, sin que, por ello, se tenga que demostrar, por lo que mal puede fundarse el principio de fe pública registral en un *requisito no probado sino presumido* como es la buena fe subjetiva. Ello sin perjuicio de reconocer su importancia como requisito de protección del tercero de la fe pública registral, pero no como la base fundamental del principio, como a veces erróneamente se piensa» (cvas. del a.).

²⁸² Así, PAU PEDRÓN, «La teoría de los principios hipotecarios», *cit.*, p. 66: «Si el Registro fuera una manifestación más de la apariencia, como se ha pretendido, los indicios de la realidad no tendrían por qué prevalecer sobre el Registro. Pero no es así. El Registro no es apariencia, es *verdad oficial, es publicidad oficial*. Sobre este presupuesto, el razonamiento lógico es que si oficialmente se dice que no existe un determinado gravamen, los indicios extrarregistrales de que existe no pueden considerarse ciertos» (cvas. del a.).

²⁸³ BÉRGAMO LLABRÉS, «La protección de la apariencia jurídica...», *cit.*, pp. 244-245: «No puede existir una apariencia susceptible de protección jurídica mientras no concurren, unidos como hermanos siameses, estos dos elementos: *a*) un elemento material, que constituye una situación jurídica contraria a la realidad, pero que confiere a su detentador los signos exteriores de un titular verdadero; y *b*) un elemento psicológico (calificado diversamente como *error común*, como *error invencible*, o como *buena fe*), que está constituido por la convicción del que se fió en aquellos signos exteriores de que no se le puede exigir racionalmente que conociera dicha inexactitud».

inscripción sospechosa y, en tanto que tal, inmerecedora de la discreta confianza de quien por ella trató de informarse acerca de la situación que *aliunde* le está dando indicios o muestras de su realidad.

Por anacrónico, no sería juicioso ir a los autores de la Ley Hipotecaria para encontrar en ellos la afirmación expresa y refleja de que la inscripción constituye un supuesto de apariencia jurídicamente protegida. Lo que en sus explicaciones sí se podrán encontrar son los datos que a nosotros nos permiten entenderla y seguir explicándola como tal. Para Serna, el Registro de la Propiedad es el instrumento llamado a provocar y servir de fundamento a la general confianza de los terceros²⁸⁴. Justamente, la confianza (*fides*) que campea en la misma denominación del principio de fe pública registral (*fides publica*; la «fe pública del Registro» a que se refiere el art. 29 LH). ¿En favor de quien o de quiénes actuará la protección del Registro? Justo, como en la teoría de la apariencia: no en favor de quienes son parte en el acto inscrito, sino en beneficio del «tercero»²⁸⁵ que, ajeno a la inscripción y a la formación de la situación en ella publicada, puede confiar en lo que a través de la misma inscripción el Registro le dice. Y ¿cómo se explica y razona el mérito de su protección? Aquí van a aparecer ya, unidos y entrelazados, los términos «creer» (equivalente a confiar) y «aparecer»²⁸⁶: la apariencia registral fundamenta la confianza o creencia del tercero registralmente protegido. Así lo razona Gómez de la Serna:

«... si el primer comprador inscribió su derecho oportunamente, nada hay que alterar, la ley de Partida conserva toda su fuerza; pero si no lo hizo, dando lugar a que otro engañado por el silencio del Registro comprara la finca, *creyendo* que el dominio existía aún en el que la vendió, este nuevo adquirente no podrá ser perjudicado por la compra anterior: para él, cualquiera que sea el que posea la finca, no hay otro dueño que el que como tal *aparece* inscrito en el Registro»²⁸⁷.

«... el dominio del segundo comprador posesionado de la cosa sólo será válido contra el primero cuando éste haya dejado de inscribir su título, dando así ocasión a que el segundo comprador se

²⁸⁴ SERNA, *op. cit.*, p. 619: «[...] no son motivos para introducir una perturbación en la confianza que es conveniente que todos presten al Registro».

²⁸⁵ SERNA, *op. cit.*, p. 622, en la glosa al artículo 34: «*En cuanto a tercero*.— Consiguiente es siempre la Ley al principio que la domina; el de salvar de todo perjuicio al tercero, dejando a los otorgantes, dentro de las condiciones del derecho antiguo».

²⁸⁶ El mismo término, éste de «aparecer», que después empleará la Ley en artículos tan significativos como el 34 y el 69: «... los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro *aparezca* con derecho para ello...»; «... no podrá después inscribirlo a su favor, en perjuicio de tercero que haya inscrito el mismo derecho, adquiriéndolo de persona que *aparezca* en el Registro con facultad de transmitirlo».

²⁸⁷ SERNA, *op. cit.*, p. 567 (cva. n).

engañase, *creyendo* que no existía enajenación alguna hecha por el vendedor, en virtud de la cual éste hubiera perdido la facultad de disponer de lo que *aparecía* suyo en el Registro»²⁸⁸.

Es muy claro. El Registro protege al tercero que adquiere creyendo que es verdad lo que, sin serlo en la realidad de las cosas, como verdad aparece en el Registro. El Registro es un instrumento generador de apariencias jurídicamente protegibles. Lo que en 1861 no podía ser objeto de un enunciado directo, expreso y reflejo, pudo ya serlo en 1944. Así lo enunció el Ministro Aunós al defender en el pleno de las Cortes el Proyecto de la Ley de Reforma Hipotecaria:

«El Registro, en las relaciones *inter partes*, no transformará la naturaleza de los derechos, ni alterará sus ineluctables efectos, ni siquiera purificará sus posibles vicios. Pero, eso sí, cuando intervenga un tercero, los asientos registrales cobrarán substantividad de acuerdo con la doctrina de las apariencias jurídicas y del principio de publicidad...: la nueva Ley nada innova en este sentido»²⁸⁹.

6. Es cosa fuera de duda que la efectiva consulta al Registro está en la filosofía del efecto protector provocado por la fe pública registral. Ahora bien, ¿es necesaria dicha consulta para que tal efecto llegue a producirse? La doctrina, unánimemente pero con matices distintos, responde negativamente a esta pregunta. Merece la pena detenerse un momento en esta cuestión.

La Exposición de Motivos de 1861, tratando de explicar la finalidad y el efecto de la publicidad registral, dirá que ésta consiste en que la propiedad «se franquee» a quienes se propongan adquirirla o prestar sobre ella²⁹⁰. En ese franquearse de las situaciones inmobiliarias fundará el adquirente la *confianza firme* –dice Luzuriaga²⁹¹– de que su derecho descansa en un título irrevocable. Es que lo que la Ley Hipotecaria se propone es «evitar perjuicios al tercero que, con buena fe y *fiado en la exactitud del Registro* –son palabras de Gómez de la Serna²⁹²– ... adquiere bienes inmuebles o derechos reales». Está claro cómo se entiende y explica el principio de fe pública registral: porque el tercero adquiere confiando en el Registro y de quien en él aparece como dueño, es mantenido en

²⁸⁸ SERNA, *op. cit.*, p. 568 (cva. n).

²⁸⁹ Vid. separata del núm. 12 de *JUSTICIA, Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, p. 11.

²⁹⁰ Exposición de Motivos, p. 228: «Consiste ésta [la publicidad] en que el registro de la propiedad, en que el registro de las hipotecas, se franqueen a todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que puedan corresponderle, y, para decirlo de una vez, al que tenga un interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes».

²⁹¹ LUZURIAGA, *Concordancias...*, cit., p. 183: «inspirando en el adquirente la confianza firme de que su propiedad descansa en un título irrevocable».

²⁹² SERNA, *op. cit.*, p. 655.

su adquisición. Más allá llegará Aunós en 1944, llevando a la literalidad del artículo 34 esta explicación: «Por ello —dice²⁹³— en el artículo 34 se declara paladinamente que cuantos de buena fe han contratado, fundándose en el Registro, quedan protegidos según sus propias declaraciones». Sin que realmente esté en ella, sin duda lo está en su espíritu según se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma²⁹⁴. El Registro de la Propiedad es instancia publicadora creada como instrumento necesario para la seguridad del tráfico inmobiliario; las inscripciones que en él se practican constituyen una apariencia jurídica²⁹⁵ y suscitan una confianza²⁹⁶ en la que nadie debe ser defraudado. La consecuencia se impone por sí misma: el que adquiere confiando en lo que el Registro publica no puede ver impedida su adquisición por consecuencia de eventuales derechos no inscritos. Con variantes sólo terminológicas así lo expresa la común doctrina cuando trata de exponer y explicar el efecto sanante de la fe pública registral²⁹⁷.

Pero es el caso que lo que tan claramente está en la filosofía del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no se encuentra, en cambio, en su texto. Si en él pueden encontrarse cuidadosamente indicados los requisitos necesarios para la aplicación del principio de fe pública, entre ellos no aparece la efectiva consulta al Registro y, consiguientemente, la positiva confianza en lo que en él se publica. De acuerdo con la literalidad del precepto, basta con que el tercero haya adquirido de quien en el Registro aparece inscrito como dueño con facultades para transmitir. Es muy verdad que normalmente —el *id quod plerumque accidit* que el legislador suele tomar en consideración para establecer sus mandatos—, el tercero que pretende adquirir en las condiciones de seguridad que la ley le propor-

²⁹³ AUNÓS, *loc. ant. cit.*, p. 11.

²⁹⁴ Exposición de motivos 1944: «La presunción legitimadora sería insuficiente para garantizar por sí sola el tráfico inmobiliario, si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles».

²⁹⁵ Cfr. STAUDINGER-GURSKY, *op. cit.*, ad § 892, Rz 5: «die Eintragung im Grundbuch bildet damit die unerläßliche objektive Rechtsscheinbasis».

²⁹⁶ «La confianza que es conveniente que todos presten al Registro», vimos que decía SERNA, *op. cit.*, p. 619.

²⁹⁷ Exponentes especialmente autorizados, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 618: «El adquirir en función de Registro inexacto puede considerarse como la idea central o básica que más caracteriza al tercero hipotecario»; ídem, p. 577: «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 art. 69 de la propia ley Hipotecaria y de la lógica del requisito de la buena fe del tercero, en cuanto éste ha de adquirir, para ello, *confiando* en el contenido del Registro [...]» (cvas. del a.); DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 453: «el tercero es protegido en la medida en que su adquisición se ha llevado a cabo confiando en lo que el Registro publica»; ídem, p. 457: «La buena fe es un presupuesto de la protección registral, dado que el tercero resulta protegido en la medida en que ha contratado confiando en el Registro». En la doctrina alemana, WOLFF, *op. cit.*, p. 275: «El que en la vida práctica de aquel desconocimiento nazca generalmente una *confianza* positiva en la exactitud del Registro, constituye el último fundamento por el cual la ley establece la fe pública del Registro» (cva. del a.).

ciona, y que a tal efecto lleva su adquisición al Registro, haya contado con éste antes de su adquisición para cerciorarse acerca de la titularidad de su transmitente. Normalmente, hemos dicho; pero a renglón seguido tenemos que añadir: no necesariamente. Puede efectivamente ocurrir que sin previa consulta se adquiera de quien en el Registro aparece como dueño, y que, sólo una vez producida la adquisición, se acuda al Registro para inscribirla. Pues bien, esta extraña posibilidad, contraria al *id quod plerumque* que está en la base de la medida legal protectora, ha venido a atraer la atención de los autores, españoles y extranjeros, quienes unánimemente han dado en excluir la previa consulta y efectiva confianza de entre los requisitos legalmente necesarios para la protección deparada al tercero por el principio de fe pública registral ²⁹⁸; llegándose a

²⁹⁸ En nuestra doctrina, e. c., GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de publicidad», *Estudios...*, I, cit., p. 389: «Tampoco este último [el tercero] necesita contrarrestar la prueba que su contrario presente para demostrar que la adquisición se ha realizado sin conocer el contenido de los libros o bajo supuestos equivocados. De la presunción pasamos a una verdadera ficción legal: el tercero para la Ley, conocía la inscripción y al adquirir la finca se confió a su amparo»; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pp. 175: «Pero la Ley, según veremos, cuando hace valer la titularidad registral del transferente, aun contraria a la realidad jurídica, en favor del *accipiens* que inscribe, no exige, para ello, que dicho *accipiens* haya consultado el Registro, sino simplemente que de buena fe crea en la titularidad de su *auctor*»; ídem, p. 186: «No es necesario, entendemos, pese a la redacción del art. 34-2.º, que el tercero crea precisamente en la exactitud del Registro (lo que no sería posible, a falta de asiento antecedente, en los de inmatriculación): basta que ignore la inexactitud y, a la vez, que esté convencido de que quien le transmite es titular. Es más: ni siquiera es preciso que consulte el folio [...]. Sin duda el legislador partió de la consideración de que usualmente el adquirente había consultado el Registro, pero no exigió esta consulta»; CRISTÓBAL MONTES, A., *Introducción al Derecho Inmobiliario*, Zaragoza 1986, p. 247: «La protección registral que la fe pública dispensa es independiente de que el tercer adquirente hubiere o no consultado el Registro y de que conozca o no su contenido, ya que la ley presupone que el tercer adquirente conocía los datos registrales y que negoció en base a ellos (ficción legal)»; CHICO ORTIZ, José María, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, 1989, I, p. 318: «La fe pública registral actúa de tal manera que solamente se tienen en cuenta los requisitos exigidos por el art. 34 para su protección, con independencia de que el que por ellos quede protegido haya o no consultado de hecho el Registro y conozca o no su verdadero contenido»; PAU PEDRÓN, *Manual de Derecho Registral Inmobiliario*, Madrid, 1996, pp. 11-12: «No es requisito haber confiado en el Registro; no lo exige la Ley [...]. Como la consulta al Registro es indiferente, al efecto de que el tercero quede protegido, no cabe alegar ignorancia del contenido registral [...]» (cva. del a.); AMORÓS, *La teoría de la publicidad...*, cit., p. 80, nota 94: «[...] hoy entendemos que, para gozar de la protección de la fe pública, no hace falta el conocimiento que deriva de la consulta del Registro (elemento subjetivo: conducta diligente del tercero protegido), ni siquiera su prueba (presunción de conocimiento que implica la posible prueba en contrario); sino que esa protección resulta de la eficacia proclamada directamente por la ley, que se basa en la posibilidad de conocimiento que desata la publicidad registral (dato objetivo no presunto)»; MONSERRAT VALERO, A. *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid 2000, pp. 252-253. En la doctrina alemana, NUSS-BAUM, *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*, trad. W. ROCES, Madrid, 1929, p. 44: «Sólo puede invocar los beneficios de la fe pública quien, fiado en la verdad del Registro, adquiera un derecho sobre el inmueble [...]. No es necesario, para esto, consultar el Registro ni conocer lo que aparezca de sus inscripciones, con tal de que se obre de acuerdo con ellas. Ni por consiguiente hay obligación de probar que el Registro se consultó»; WOLFF, *op. cit.*, p. 275: «El que en la vida práctica de aquel desconocimiento nazca generalmente una *confianza* positiva en la exactitud del Registro, constituye el último fundamento por el cual la ley establece la fe pública del Registro. Pero esa confianza positiva no

veces, incluso, en un arriesgado paso ulterior, a afirmar que ni siquiera es necesaria a los efectos de tal protección la previa inscripción del derecho del transmitente al tiempo de la adquisición: bastaría con que tal inscripción se haya producido posteriormente siempre que, siendo anterior al momento en que el adquirente inscriba el suyo, se haga posible el engarce de éste con ella ²⁹⁹. Vayamos por partes. Se va demasiado lejos, a nuestro juicio, en este segundo paso ulterior: sin previa inscripción al tiempo de la adquisición, no se cumple la hipótesis prevista en el artículo 34: *el tercero... que adquiera... de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitir* ³⁰⁰. Es cierto que la inscripción del derecho del transmitente al tiempo en que solicita la suya el adquirente, evita a ésta el obstáculo que a su práctica opondría el principio de tracto sucesivo; como es cierto, también, que, una vez practicada ésta, el Registro publicaría una adquisición válida en sí misma si al tiempo de la adquisición el transmitente era efectivamente dueño del bien o derecho inscrito. Lo que ya, en cambio, no puede afirmarse es que si tal condición no se cumple, el adquirente quede amparado por el principio de fe pública registral frente a la reclamación que el *verus dominus* pueda dirigir contra él; desde luego si la reclamación se produce tras la adquisición pero antes de su llegada al Registro; pero también cuando se produzca después, siempre que tal *verus dominus* pueda acreditar que al tiempo de produ-

es un requisito para cada caso singular»; STAUDINGER-GURSKY, ad § 892 Rz 6: «Die §§ 892, 893 schützen nicht ein reales und nachgewiesenes, sondern nur ein **potentielles Vertrauen** auf den Grundbuchinhalt»; 114: «Darüber hinaus ist damit klargestellt, daß ein *positives Vertrauen* des Erwerbers auf den Inhalt des Grundbuches *nicht erforderlich* ist; irgendeine Kausalität des Grundbuchinhaltes für den Erwerbsentschluß ist nicht vorausgesetzt; der Erwerber wird vielmehr dann geschützt, wenn er das Grundbuch überhaupt nicht eingesehen hat» (n. y cva. del a.). En la italiana, PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 423: «La legge attribuisce alla conoscibilità valore di conoscenza effettiva, soltanto perchè può contare sull'organizzazione dei meccanismi pubblicitari, al fine di procurarsi la conoscenza effettiva. Ma, posto ciò, la conoscenza effettiva viene relegata sullo sfondo e considerata soltanto come un antecedente storico o di fatto, dal quale il legislatore ha preso le mosse, per disciplinare l'istituto della pubblicità, e dal quale infine si è staccato, ancorandosi alla conoscibilità legale, come risultato dell'attuazione della pubblicità medesima».

²⁹⁹ SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones...*, I, cit., p. 382: «Basta que el disponente sea titular inscrito en el momento en que al acto o contrato se inscribe, de forma que la cadena de transmisiones se desenvuelva normalmente, cumpliéndose el art. 20 [...] Es, pues, indiferente que la previa inscripción se practique antes o después de realizarse el acto o contrato: únicamente es necesario que la inscripción se practique en forma normal y corriente». A esta opinión se adhiere MONSERRAT, A., *op. cit.*, pp. 247-252. Sobre ello, y no en forma tan decidida, CARRETERO, «Los principios hipotecarios...», cit., pp. 42-43; Díez-PICAZO, *op. cit.*, pp. 463-464.

³⁰⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 603: «¿En qué momento ha de constar ya inscrito el derecho del transferente con facultades para transmitirlo? ¿En el de la transmisión? ¿En el de la inscripción que de la adquisición haga el tercero? Si al tiempo de la transmisión el transferente no tenía inscripción a su favor, no puede invocarse, para la protección del tercer adquirente, la fuerza legitimadora del Registro. Así, pues, en el momento del contrato traslativo debe constar ya inscrito el derecho del transferente (SS de 26 febrero 1949, 24 abril 1962, 12 noviembre 1970, 23 enero 1974)».

cirse la transmisión el adquirente no pudo apoyarse en el Registro para fundar su confianza en la titularidad de su causante ³⁰¹. Sería el caso, e. c., de quien se aviene a adquirir mediante venta de cosa ajena que el vendedor se propone adquirir e inscribir para facilitar al comprador su propia inscripción, y se ve alcanzado por los efectos de la resolución de la venta del *tradens* por impago del precio. En todo caso, aparte este segundo paso, ¿y en cuanto a la afirmación inicial? Es verdad que la previa consulta no aparece en el artículo 34 como requisito expreso y necesario, y que tampoco se la puede detectar como implícitamente impuesta en el de la adquisición de titular previamente inscrito ³⁰², ni siquiera, *a sensu contrario*, en la concreción legal de la buena fe específicamente hipotecaria ³⁰³. De hecho, pues, el tercero que, sin previa consulta al Registro y sin efectiva confianza en lo que en él se publica adquiere de quien la inscripción hace aparecer como dueño, será mantenido en su adquisición una vez que la haya inscrito en el Registro. ¿Cómo podría explicarse este resultado?

Insuficiente nos parece la pragmática respuesta de quienes, eludiendo más bien que resolviendo el problema, se limitan a decir que el caso de quien registralmente adquiere sin previa consulta al

³⁰¹ En la jurisprudencia más reciente, SSTS de 26 de junio de 1994: «[...] cuya falta de inscripción igualmente impide que la tercerista ... pueda ser considerada como tercero hipotecario, al faltar uno de los requisitos exigidos por el art. 34 de la Ley Hipotecaria, cual es el de que el tercero adquiriera algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, requisito que no concurrió en la adquisición del piso por la tercerista, por cuanto los transmitentes... no eran titulares registrales del mismo, por lo que la referida tercerista no pudo adquirir confiada en la publicidad registral, que no existía, al no figurar inscrito, repetimos, el expresado piso a nombre de los transmitentes», y de 23 de septiembre de 2004: «La protección al tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, uno de cuyos presupuestos es la adquisición del titular registral, exige que la titularidad registral exista en el momento de la perfección del contrato, no en el momento de la inscripción a favor del adquirente. Así lo expresa la Sentencia de 22 de abril de 1994 y ahora se reitera [...]». En la anterior, e. c., STS de 12 de noviembre de 1970.

³⁰² PAU PEDRÓN, *op. et loc. ant. cit.*, «No es necesario haber confiado en el Registro; no lo exige la Ley y no puede deducirse, como se ha pretendido –en el ámbito del Registro de la Propiedad–, del requisito de *adquirir de titular registral*, porque éste es un requisito objetivo, no subjetivo: basta con que coincida el transmitente o constituyente con el titular registral, sin que sea necesario que el tercero conozca esa coincidencia» (cvas. del a.).

³⁰³ Díez-PICAZO, en la contestación al discurso de ingreso de AMORÓS en la RAJL: *La teoría de la publicidad registral y su evolución*, Madrid, 1998, pp. 201-202: «Es cierto que el párrafo segundo del art. 34 señala que “la buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro”. He aquí la frase críptica que permite pensar que si conocer la inexactitud del Registro excluye la buena fe, esta última sólo puede ser confianza en la exactitud del Registro. Sin embargo, no creo que la inteligencia del precepto deba ser tan estricta. Me parece claro que conoce la inexactitud del Registro en el sentido del art. 34, párrafo segundo, quien, aunque nunca haya consultado el Registro y no haya confiado en él especialmente, conoce aquellos hechos que hacen que el Registro sea inexacto. Conocer los hechos que hacen el Registro inexacto es lo que dice el párrafo segundo del art. 34 y no saber o tener ciencia de que el Registro es inexacto».

Registro, por su excepcionalidad y rareza, carece de relevancia ³⁰⁴. Irrelevante podrá ser el caso en su consideración estadística, pero, una vez producido, ¿puede tenerse por irrelevante que en él no se cumpla el peculiar presupuesto que en la filosofía de la ley sirve de causa a la protección del tercero? Menos nos puede valer la explicación que involucra en esta materia al artículo 32 de la Ley Hipotecaria ³⁰⁵. Es cierto que para la protección al tercero de acuerdo con este precepto no se requiere la previa inscripción; pero una cosa es la pura y autónoma inoponibilidad latina (art. 32 LH) y otra la fe pública registral (art. 34 LH), aunque una y otra convengan en ser manifestación, cada cual a su modo, de la llamada «eficacia ofensiva de la inscripción». Tampoco nos parecen acertadas las explicaciones que, partiendo de la innecesariedad de la efectiva confianza en la publicidad registral, terminan por sacar la justificación del efecto protector de la fe pública del Registro de la teoría de la protección de la apariencia jurídica. Ocurre ello cuando, al margen de dicha teoría, se pretende crear la de la «honrada adquisición» (*Der redliche Erwerb*) ³⁰⁶ o cuando la inscripción deja de ser considerada como *fattispecie* objetiva de apariencia jurídica para pasar a ser entendida como «verdad oficial». El primero de estos intentos se nos antoja camino de muy breve andadura: ¿Qué es lo que permite proteger como *honrada* una adquisición *a non domino*?; ¿cómo puede entenderse que actúe de buena fe quien se propone adquirir

³⁰⁴ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 660: «[...] es un hecho estadísticamente comprobado, que casi nunca el adquirente deja de consultar, por sí o por otro, el contenido del Registro, sin que la excepción merezca relevancia alguna».

³⁰⁵ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 186: «No es necesario, entendemos, pese a la redacción del art. 34-2.º, que el tercero crea precisamente en la exactitud del Registro (lo que no sería posible, a falta de asiento antecedente, en los de inmatriculación): basta que ignore la inexactitud y, a la vez, esté convencido de que quien le transmite es titular. Es más: ni siquiera es preciso que consulte el folio [...]». Aduce LACRUZ en favor de su opinión la STS de 8 de mayo de 1982, pero esta sentencia se refiere al artículo 32, no al 34 de la LH: «CDO., Que en el motivo quinto, formulado subsidiariamente, se funda la defensa del recurso en la denuncia de la inaplicación de los artículos 32 de la LH y 606 del C. Civ. [...] motivo que también ha de percer, porque si bien es cierto, y en esto el parecer de la doctrina es mayoritario, que el tercero —que lo es el que ha inscrito el art. 32 (*sic*)— no precisa haber adquirido onerosamente para ser merecedor de la protección que le dispensa dicho artículo, sí precisa, por el contrario, haber adquirido de buena fe, entendiéndose por tal no la confianza en el Registro sino la creencia y conciencia de adquirir de quien es propietario y puede disponer de la cosa, es decir, buena fe extrarregistral que equivale al desconocimiento del vicio que pueda invalidar el derecho del transferente [...]».

³⁰⁶ Ya en WOLFF, *op. cit.*, p. 274, nota 22, se decía: «Sería conveniente prescindir, en el Derecho inmobiliario, de los términos “buena y mala fe”, técnicamente ya gastados, eligiendo otras expresiones (probidad, improbidad “Redlichkeit”, “Unredlichkeit”), pero ha sido HAGER quien en su ya citada obra *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb*, München, 1990, ha desarrollado este pensamiento, sustituyendo con la idea de la honrada adquisición la de la protección de la confianza en la apariencia. Cfr. p. 461, en conclusiones: «Auch bei Verfügungen über Liegenschaften schützt das Gesetz nicht das Vertrauen in den Grundbuchstand; privilegiert wird der Erwerber, dessen Partner ihm zur Eintragung ins Grundbuch verhelfen kann».

de quien no es titular del derecho que se pretende obtener? La exclusión de la mala fe en la adquisición *a non domino* aboca necesariamente a la idea de la apariencia jurídica, y, en nuestra opinión, no es una recomendable tendencia la que, haciéndose fuerte en excepcionales supuestos de dificultad, abandona y trata de sustituir la explicación que da certera y adecuada respuesta al *id quod plerumque accidit*. Y algo parecido puede decirse del segundo camino: o la «verdad oficial» de la inscripción es el elemento objetivo que, de acuerdo con la teoría de la apariencia, sirve de sustento a la buena fe del tercero, o el recurso a ella como clave de explicación del régimen de la inscripción y de sus protectores efectos nos lleva a la siguiente –y acaso más frecuente– justificación de la innecesariedad de la efectiva consulta al Registro: la de la cognoscibilidad legal provocada por la publicidad registral. Vendría ésta, en efecto, a traducirse en una presunción *juris et de jure*, o en una ficción legal de efectivo conocimiento de lo publicado, que, como tal ficción, haría irrelevante el caso de su desconocimiento³⁰⁷. Cuadra mejor esta idea al efecto de la autónoma oponibilidad de lo inscrito

³⁰⁷ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de publicidad», *Estudios...*, I, cit., p. 389: «La protección del artículo 34 de la Ley es de carácter absoluto, *juris et de jure* [...] no pueden los Tribunales, en principio, admitir prueba sobre la posibilidad de que el tercero hubiera podido averiguar la situación real de la finca. Tampoco este último necesita contrarrestar la prueba que su contrario presente para demostrar que la adquisición se ha realizado sin conocer el contenido de los libros o bajo supuestos equivocados. De la presunción pasamos a una verdadera ficción legal: el tercero para la Ley, conocía la inscripción y al adquirir la finca se confió a su amparo»; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 315: «De lo que queda dicho parece resultar que la publicidad *formal* está en función de la publicidad *material*; pero, en rigor, más bien aquella está al servicio, y a la vez justifica o fundamenta, la *publicidad como cognoscibilidad legal*, y de la publicidad material en el sentido de *fe pública del Registro*, por ser ineludible que este principio de fe pública opere con independencia, o abstracción hecha, de *si se ha consultado o no el Registro*» (cvas. del a.); CRISTÓBAL MONTES, *op. cit.*, p. 247: «La protección registral que la fe pública dispensa es independiente de que el tercer adquirente hubiere o no consultado el Registro y de que conozca o no su contenido, ya que la ley presume que el tercer adquirente conocía los datos registrales y que negoció en base a ellos (ficción legal)»; GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, p. 307: «Por contra, la introducción del requisito de la “creencia en la titularidad del transmitente”, podría llevar a la confusión de que es necesaria la consulta del Registro, pues sólo consultando ese dato se puede “creer en él”. Sin embargo, ello llevaría a la inseguridad jurídica y al casuismo de entrar en cada caso si una persona ha acudido o no a la oficina del Registro, olvidando que existe el concepto de *publicidad registral como aspecto objetivo de “cognoscibilidad legal”*, es decir que se presume conocido por todos, sin que quepa alegar ignorancia, y en consecuencia, no es un problema de “consulta de los libros”, sino de “desconocimiento de situaciones extrarregistrales”» (cvas. del a); Pau, desde su concepción de la publicidad como «verdad oficial»: *Manual...*, cit., pp. 11-12: «Precisamente porque la publicidad significa el ofrecimiento a los particulares de la *verdad oficial* sobre las situaciones jurídicas –de bienes y persona (físicas y jurídicas)–, el contenido de los libros es oponible a los terceros, tanto si éstos lo conocen como si no lo conocen. El conocimiento del contenido registral no es un requisito necesario para la oponibilidad (mientras que el conocimiento de un dato extrarregistral sí es un hecho imprevisto de la inoponibilidad). No es necesario haber confiado en el Registro; no lo exige la Ley [...]. Como la consulta al Registro es indiferente al efecto de que el tercero quede protegido, no cabe alegar ignorancia del contenido registral, lo que no significa, en absoluto, que se presume del (*sic*) conocimiento del

que a la de la fe pública registral. Puede entenderse muy bien que el tercero no pueda alegar su concreto desconocimiento de lo que, por estar publicado, es perfectamente cognoscible por todos ³⁰⁸. No se comprende, en cambio, con igual facilidad –a menos que se atribuya a la inscripción un valor *a se* que la Ley no le otorga– que la inscripción por sí sola pueda justificar en favor del tercero un resultado protector que el artículo 34 de la Ley condiciona a la concurrencia de su buena fe hipotecaria ³⁰⁹.

Si ninguna de las anteriores explicaciones sería bastante para justificar la aplicación del principio de fe pública registral al tercero que por no haber consultado el Registro, no pudo confiar en la publicidad de él resultante, ¿habremos de apartarnos de la común opinión, negando al tercero la protección registral? No sería ésa, a nuestro juicio, una buena solución. Nos parece más conforme a nuestro sistema entender comprendida en la protección del ordenamiento la adquisición aquí hipotizada, destacando, de una parte, su alta improbabilidad de hecho –quizá la que llevó a considerarla prácticamente irrelevante– y razonando, de otra, los argumentos que justifican su protección.

Su alta improbabilidad de hecho: En efecto, la hipótesis en estudio exige bastante más que una simple adquisición inmobiliaria sin previa consulta al Registro. Supone, por lo pronto, un tercero no tan ignaro y absolutamente despreocupado por la publicidad, que no acuda al Registro al menos para poner a su resguardo el valor de su adquisición. Exige, además, un tercero de buena fe. Nuestro ordenamiento –por sí mismo y en su inequívoca interpretación jurisprudencial– no ampararía jamás la adquisición de quien sabe adquirir de no dueño. Dicho de otro modo: los requisitos

Registro. Para que se produzca la oponibilidad basta con que exista, de un lado, calificación y tracto, y de otro, cognoscibilidad o posibilidad de conocimiento del contenido registral» (cvas. del a.).

³⁰⁸ Cfr. artículo 970, III del Código Civil suizo: «Die Einwendung, daß jemand eine Grundbucheintragung nicht gekannt habe, ist ausgeschlossen». *Ad rem*, en nuestra doctrina, SERRANO SERRANO, «El Registro de la Propiedad en el Código Civil suizo», *AUV*, (oct-dic 1933), núm. 17, p. 38: «El desconocimiento del contenido del Registro no puede considerarse como hipótesis posible para la protección, ya que a ello se opone el artículo 970, ya examinado».

³⁰⁹ DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 149: «S'agissant des droits et des rapports juridiques annotés, l'art. 970 al. 3 est en quelque sorte l'antithèse de l'art. 973: tandis que, d'après cette disposition, l'acquéreur de bonne foi peut se fier aux inscriptions figurant au registre foncier (ou à l'absence d'inscription), le bénéficiaire de droits réels ou d'autres droits ou rapports juridiques découlant d'une inscription ou d'une annotation peut compter que personne ne pourra exciper de son ignorance pour les mettre en question –ce qui suppose évidemment qu'ils existent juridiquement». En nuestra primitiva doctrina, SERRANO, *op. cit.*, p. 635: «[...] la Ley castiga sólo al que no inscribe cuando da lugar por su apatía a que un tercero adquiera con buena fe la finca engañándose sobre quién era su dueño, pero por el contrario le protege siempre que por la inscripción hecha oportunamente ha proclamado su derecho en el Registro para conocimiento de futuros adquirentes».

necesarios para la adquisición *a non domino* trascienden el concreto supuesto de su aplicación en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y, entre ellos, uno imprescindible es la buena fe del adquirente. ¿Cómo, entonces, un tercero que cree dueño a quien le transmite, y que va a inscribir su derecho, no se preocupa por consultar el Registro antes de efectuar su adquisición? He aquí la necesidad de otro requisito en la hipótesis planteada: no hay otra respuesta razonable a la pregunta anterior: porque la titularidad de su transferente le resultaba tan clara y segura que le permitía prescindir de su comprobación registral: *notoria non egent probatione*. El transmitente, por tanto, ha de encontrarse revestido de la apariencia de titularidad que naturalmente resulta de la posesión en concepto de dueño, pública y pacífica; apariencia, además, coincidente en el caso con la que artificialmente resulta de la publicidad del Registro cuya consulta, por considerarla innecesaria, omitió el adquirente. ¿Están así enumerados todos los requisitos que integran la hipótesis? No, falta todavía uno: que, no obstante la apariencia –registral, por hipótesis, y extrarregistral de su titularidad–, el transmitente no sea dueño. Si lo fuera, obviamente, el tercero adquiriría derivativamente, sin más, de acuerdo en nuestro Derecho con el sistema del título y el modo. Si en el caso propuesto se hace necesario acudir al auxilio ortopédico de la adquisición *a non domino* es porque quien aparecía como dueño y así transmitió, no lo era en la realidad de las cosas.

Necesitada normalmente de tantos requisitos, la protección registral del adquirente *a non domino* sin previa consulta al Registro, su hipótesis, aunque no imposible, resulta hartamente improbable. Pues bien, para esa extraña hipótesis, por más conforme al ordenamiento, ¿cuál es la mejor solución? ¿Quién es más merecedor de protección: el dueño no inscrito y que tolera indolente la posesión contradictoria de otro, o el tercero adquirente que, al amparo de la apariencia resultante de tal posesión, adquiere del dueño aparente –incluso registralmente aparente, aunque él no comprobara la inscripción a su favor– y lleva al Registro su adquisición? Para nosotros no hay duda: aparte el favor de la publicidad frente a los derechos clandestinos, en pura aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica, es el tercero quien aquí se hace merecedor de la preferente protección del ordenamiento. Y esto basta para decidir la solución del caso. En tal sentido, nosotros venimos a coincidir con la común opinión que entiende jurídicamente protegida la adquisición *a non domino* de quien, sin previa consulta al Registro y sin positiva confianza en lo en él publicado, inscribe su adquisición. ¿En aplicación literal y exclusiva del

artículo 34 de la Ley Hipotecaria, porque se entiende que en él no es condición necesaria la confianza en la previa inscripción?; ¿como efecto «colateral» o *per accidens* de una norma prevista –sin excluir ésta– para una hipótesis diferente? Ésa es ya cuestión distinta que no puede venir a mudar el sentido de la anterior solución. En aplicación del artículo 34, suele entenderse; pero a ello se puede objetar que la buena fe del tercero que prescinde de la consulta al Registro, no es la buena fe específicamente hipotecaria que en dicho precepto se exige ³¹⁰. Seguramente es así, aunque por encima de ese reparo y en favor del tercero habría que añadir que, en todo caso, lo necesario y esencial para su protección no es tanto la consulta al Registro como la buena fe ³¹¹. Quizá por ello sea lo mejor concluir en esta materia afirmando que así como antes decíamos que la previa consulta al Registro está en la filosofía del artículo 34, aunque no en su letra, ahora podemos y debemos añadir que la protección del tercero que sin previa consulta al Registro adquiere de buena fe e inscribe, no está en la letra del artículo 34, pero sí en su filosofía: en la teoría de la protección de la apariencia jurídica que le sirve de inspiración ³¹².

b) Su necesario ingrediente de diligencia

Dejamos ya visto cómo la buena fe, por su intrínseca connotación moral ³¹³, implica la actitud diligente del tercero. En la misma Exposición de Motivos de 1861, buena fe y diligencia aparecen expresamente como dos cualidades que, formando unidad, se exigen recíprocamente la una a la otra ³¹⁴. Aunque incluso esto, según vimos, a veces haya sido negado desde posiciones quizá excesivamente teorizantes y analíticas, a nosotros nos parece una realidad evidente en la inmediatividad de su percepción por el juicio teórico-práctico propio del discurso jurídico y de la ciencia que lo razona y sistematiza. Ello supuesto, el problema que aquí se plantea es el de la determinación de la medida y alcance de tal diligencia. En

³¹⁰ Cfr. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 453: «[...] el tercero es protegido en la medida en que su adquisición se ha llevado a cabo confiando en lo que el Registro publica», y 457: «La buena fe es un presupuesto de la protección registral, dado que el tercero resulta protegido en la medida en que ha contratado confiando en el Registro».

³¹¹ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 175: «Lo esencial es la buena fe: no la consulta del Registro».

³¹² Más general y ampliamente, nos ocupamos de esta problemática en *La representación aparente...*, cit., pp. 301-316.

³¹³ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 185: «[...] en el propio concepto de buena fe va insito siempre, en correspondencia con su fundamento ético y su condición de regla de comportamiento humano, un mínimo grado de diligencia».

³¹⁴ EM, pp. 278-279: «... y así el dolo o la incuria de unos vendría a convertirse en daño de otros que hubieran obrado de buena fe y con diligencia».

su forma más radical y más simple, la cuestión se puede proponer en torno a la siguiente pregunta: desde el punto de vista de la protección registral del tercero de buena fe: ¿debe considerarse cumplida por éste la diligencia que le es exigible por el solo hecho de que haya adoptado la precaución del consultar el Registro, o se le puede exigir algo más? Sin duda, la adquisición registral *a non domino* está necesitada del adobo de una diligencia relacionada con el Registro de la Propiedad en una doble forma: o bien sólo porque la adquisición de buena fe se lleva a él para acogerla a su amparo (supuesto excepcional de fe pública registral antes estudiado, o inmatriculación de finca por dos o más veces vendida: art. 32)³¹⁵, o bien porque el adquirente se cerciora por el Registro de la titularidad de su transferente y, una vez cumplido el proceso de su adquisición, vuelve a valerse del Registro para obtener de él su publicación³¹⁶. En todo caso, y desde el punto de vista del principio de fe pública registral, arguye de negligencia –excepción hecha del caso de notoriedad antes examinado– omitir la consulta al Registro para asegurarse sobre la titularidad del transmitente. ¿Puede, a la recíproca, entenderse que está satisfecho y cumplido el deber de diligencia por el solo hecho de haberlo consultado? En el sistema del BGB y para la doctrina alemana la respuesta es indudable: mientras la apariencia resultante de la posesión puede ser ambigua, la constituida por la publicidad del Registro debe entenderse inequívoca y suficiente³¹⁷. Lo contrario puede decirse respecto al Derecho suizo: el *conocer o poder conocer* la realidad contraria a lo publicado que impide la buena fe del tercero³¹⁸, habla por sí mismo de una diligencia cuya dosis necesaria no puede

³¹⁵ «De esta forma –decía CÁRDENAS: «Vicios y defectos de la legislación hipotecaria», *El Derecho Moderno*, XII, 1852, p. 39, refiriéndose al caso de la doble venta y a la preferencia en él del comprador que inscribe– entre dos adquirentes de igual buena fe, se limita el daño al menos diligente».

³¹⁶ STS de 14 de junio de 2000: «... para garantía de quien, confiando en la exactitud del contenido registral y sin conocimiento de realidades que pudieran desautorizarlo en orden a la titularidad que consigna, adquiere a título oneroso el derecho así registrado y lo inscribe para sí mereciendo por ello la protección inherente a su buena fe y cuidado que regula el artículo 34 de la expresada Ley».

³¹⁷ STAUDINGER-GURSKY, *op. cit.*, ad § 892 Rz 114: «Die subjektiven Voraussetzungen sind darüber hinaus in § 892 deutlich geringer als im Bereich des Mobiliarsachenrechts (§ 932 Abs 2). Dem Erwerber schadet nach § 892 nur positive Kenntnis, weil dem Liegenschaftsverkehr angesichts der generellen Verlässlichkeit des amtlich geführten Grundbuches keinerlei Nachforschungen über eine möglicherweise vom Grundbuchinhalt abweichende dingliche Rechtslage des Grundstücks zugemutet werden sollte (s Mot III 221)». En el mismo sentido, WEIRICH, *Grundstücksrecht*, 2.^a Aufl. München, 1996, pp. 190-191. Para comprobar, con todo, cómo este criterio suscita reservas, al menos *de lege ferenda* y cómo es suavizado en su aplicación por la jurisprudencia alemana, *vid.* WOLFF, *op. cit.*, p. 274, nota 23.

³¹⁸ Artículo 974 CC suizo: «Ist der Eintrag eines dinglichen Rectes ungerechtfertigt, so kann sich der Dritte, der den Mangel kennt oder kennen sollte, auf die Eintragung nicht berufen».

entenderse cumplida con la sola consulta al Registro ³¹⁹. Esta respuesta, más matizada y templada, es, a nuestro juicio, la que mejor, y *a fortiori*, se aviene a nuestro Derecho, tan alejado del alemán en su forzada de la publicidad registral y en la artificiosa y violenta manipulación del proceso transmisivo al servicio de aquella que en él se consagra, y diferente incluso del suizo en cuanto al valor –siempre y sólo publicador en nuestro sistema– de la inscripción registral. Con todo, no es ésta opinión pacífica en nuestra doctrina ³²⁰ ni en los pronunciamientos de la jurisprudencia ³²¹. Contra ella podría siempre objetarse que un Registro insuficiente por sí

³¹⁹ DESCHANUX, *op. cit.*, pp. 11-15 para una visión comparada de los distintos criterios de solución, y pp. 639-640, para el tratamiento del dato legal suizo: «Le tiers de bonne foi (ou présumé tel en l'absence de preuve du contraire) est privé de la protection qu'assure l'art. 973 s'il n'a pas appliqué «l'attention que les circonstances exigeaient de lui» (art. 3 al. 2). La loi n'exige pas un maximum d'attention –ce qui serait incompatible avec la confiance qu'on est en droit de placer a priori dans notre institution foncière de publicité. Mais le tiers doit être attentif à des faits qui, dans le cas particulier, seraient de nature à ébranler cette confiance. A cet égard, on ne peut poser de règles générales; c'est le domaine de l'appréciation (art. 4)». En nuestra doctrina, sobre el régimen suizo: GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «El Código Civil suizo», *Estudios...*, I, cit., pp. 161-162: «Algo más rígido que el Código Civil alemán, el suizo declara que no puede acogerse a los beneficios de la fe pública del Registro, quien ha dejado de hacer las averiguaciones que se le pueden exigir en vista de las circunstancias»; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 184: «... se considera adquirente de mala fe, no sólo al que haya tenido conocimiento de la inexactitud registral, sino también a quien la haya podido conocer».

³²⁰ En el sentido indicado en el texto, DE CASSO, *Derecho Hipotecario...*, cit., p. 201; VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe...», *Estudios...*, cit., p. 442-445; LACRUZ-SANCHO, pp. 184-185; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 602; Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 458. En contra, NÚÑEZ LAGOS, «La evolución del principio de publicidad», *AAMN*, XIV, 1965, pp. 75-76; ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 669-670; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 459-450; CHICO Y ORTIZ, *Estudios...* I, cit., p. 352; CANO TELLO, *Iniciación...*, cit., p. 275; MÍQUEL, «La buena fe y su concreción...», cit., pp. 19-22; PAU PEDRÓN, «La teoría...», cit., p. 66.

³²¹ Podrían aquí contraponerse las Sentencias de 5 de julio de 1985 y 4 de marzo de 1988, la primera de las cuales es considerada por GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, pp. 201-202, como altamente criticable por dar lugar a la que él llama la «angustiosa buena fe», mientras que la segunda, que califica como «venerable» viene a poner las cosas en su sitio y sirve de contestación a la anterior. En la de 1985 se sostiene: «Que el principio de buena fe, recogido para el ejercicio de los derechos subjetivos en general por el artículo séptimo, párrafo uno, del Código Civil, y para las relaciones obligatorias en particular por el artículo mil doscientos cincuenta y ocho del mismo cuerpo legal, es informador de todo el ordenamiento jurídico, que impone rechazar las interpretaciones que conduzcan a un resultado contrario a la buena fe; lo que tiene lugar, entre otros supuestos, cuando el poder en que el derecho subjetivo consiste se utiliza con una finalidad económico-social distinta de aquella para la cual ha sido atribuido a su titular por el ordenamiento jurídico, o se ejercita en circunstancias que lo hacen desleal según las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico; y conforme a estos principios no puede considerarse actuación de buena fe [...] la que sostuvo D. ..., segundo comprador del piso discutido, cuando conociendo, como declara probado la sentencia recurrida, que dicho inmueble había sido vendido con anterioridad por el mismo comprador (*sic*) al actual recurrente, no obstante, sin más indagación que la formalista de consultar los libros registrales, adquiere la misma cosa mediante escritura pública, a sabiendas de la inexactitud del Registro inmobiliario consultado que hacía figurar como propietario a quien en realidad no lo era; como declaró ya esta Sala en sentencia de treinta de enero de mil novecientos sesenta, el comprador no tuvo en la escritura en que fue parte un proceder recto, leal y sincero, al olvidar la normas éticas de todo contratante y suscribir una escritura de compraventa de una finca que sabía no era del vende-

mismo para proporcionar a los terceros la información necesaria para poder adquirir en condiciones de plena seguridad, sería un Registro inservible a los fines de su institución ³²².

No puede infravalorarse la fuerza de esta objeción, pero tampoco se la puede considerar decisoria. Simplemente: porque no todo

dor; por ello, el comprador recurrido no puede ampararse en el artículo treinta y cuatro de la Ley Hipotecaria, porque no procedió de buena fe, entendida en el sentido de desconocer el adquirente la existencia de una posible inexactitud registral, y extendida incluso a no omitir circunstancia ni diligencia alguna para averiguar si existen o no vicios en la titularidad del transferente; todo lo que evidencia, conforme a la reiterada doctrina de esta Sala que cita la sentencia recurrida, que al faltarle la buena fe, no puede ser protegido por la inscripción registral [...]. En cambio, en la de 1988 se afirma: «Desde luego, hay que partir siempre de la existencia de la buena fe del segundo comprador [...] que constituye el substratum sobre el que opera este fenómeno jurídico inmobiliario cuya esencia es la protección del tercero hipotecario, para no hacer una entelequia de la institución hipotecaria y una mera ilusión del que negocia con buena fe; y ciertamente, que si para estar amparado el adquirente del titular registral precisara del requisito de una previa investigación a ultranza de las vicisitudes extrarregistrales por las que atraviesa o ha atravesado la finca comprada, para el conocimiento exacto de la libertad y pureza de la transmisión, el instrumento jurídico del Registro de la Propiedad no tendría más valor que el de una mera oficina informativa sin alcances vinculatorios en el orden de las transmisiones de titularidad, lo que está en discordancia con la letra y el espíritu de las normas que lo regulan. Por ello, y en clara protección, sin remilgos, del adquirente de buena [fe] del titular registral, queda justificada la aplicación de los artículos 1473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria [...] habiendo inscripción y dando por supuesta la posesión del no inscrito, no cuenta para nada tal elemento efectivo de adquirir, por sobreponerse a ello el juego más importante y útil jurídicamente hablando, en provecho de la sociedad y de la seguridad jurídica, de la fe pública registral, contando obviamente con la buena fe del comprador inscrito, que aquí en este recurso no ha sido descalificada». No obstante, en la más reciente jurisprudencia, cfr. STS de 18 de febrero de 2005: «[...] la buena fe del artículo 34 LH comprende no sólo el desconocimiento de la inexactitud registral sino también que no haya podido conocerse la situación real desplegando una mínima diligencia [...]. La buena fe no sólo significa –requiere– el desconocimiento total de la inexactitud registral, sino también la ausencia de posibilidad de conocer la exactitud (SS., entre otras, 14 de febrero de 2000; 8 de marzo de 2001; 7 de diciembre de 2004 –no se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la exigible diligencia normal o adecuada al caso se debería haber conocido–).

³²² La idea parece subyacente en la obra de SERNA, *op. cit.*, p. 600, entre otros lugares, en el comentario al artículo 29 y a propósito de la oponibilidad de los derechos mencionados en el Registro, aunque no debidamente consignados en inscripción especial y separada: «No debió parecer difícil la resolución a la Comisión codificadora, fijándose en el principio cardinal de la Ley. Este es que no perjudique a tercero el acto o contrato de que no haya podido tener conocimiento *por el Registro*» (cva. n.º); también *idem*, p. 622: «En esto se sigue el espíritu de la Ley y su base capital, según el cual, sin publicidad el tercero nunca puede ser perjudicado». Al respecto pueden verse en NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», *cit.*, p. 239, las palabras de Martou, el mejor comentarista de la Ley belga –dice NÚÑEZ LAGOS– excluyendo la buena fe de entre los requisitos necesarios para la protección del tercero (de art. 32), pero válidas, *a fortiori* para incluir en dicha buena fe el ingrediente de la diligencia: «Este sistema –sin fraude– no está en armonía con los principios de la ley nueva [...]. La seguridad de los terceros ¿puede ser completa en un sistema en que sufren los efectos de los actos no inscritos porque se declare, más menos arbitrariamente, que aquellos terceros los han conocido? ¿No es abrir la puerta a contenciones infinitas el admitir que el simple conocimiento *de hecho* suple el conocimiento legal resultante de la formalidad prescrita? Este conocimiento de hecho puede nacer de circunstancias de naturaleza variada. ¿A qué medios de prueba se habrá de recurrir? ¿Qué grado de conocimiento habrán de tener los terceros de la convención precedente? Nos metemos así en una muchedumbre de dificultades, se alimenta una fuente inagotable de procesos, se suspende sobre la propiedad las incertidumbres que la ley nueva, por su finalidad, tenía precisamente que disipar».

obstáculo a la seguridad de la adquisición tiene que provenir de datos cuya constancia registral sea necesaria o posible. Hace tiempo lo captó y expresó felizmente la jurisprudencia al referirse a esa realidad contraria al Registro que, al «herir los sentidos», tiene que impedir la buena fe del tercero ³²³; y lo que inicialmente fue sólo una acertada inducción jurisprudencial del sistema es hoy una verdad asentada en el texto mismo de la Ley Hipotecaria. Su artículo 36 –aunque también la interpretación doctrinal de este precepto, como se sabe, es polémica– al igual que la norma suiza, equipara al conocimiento efectivo del dato que puede alertar sobre la inexactitud del Registro, el tener «medios racionales y motivos suficientes» para conocerlo ³²⁴. Necesario se hace, pues, matizar y precisar en esta materia; y, así distinguiendo, hay que comenzar dando por cierto que la consulta al Registro entra normalmente, sin duda, en la diligencia exigible al tercero que se propone adquirir con plena seguridad: «sólo podrá ser inducido a error –dirá Serna ³²⁵– el que no emplee la diligencia y actividad necesarias para enterarse de lo que hay en el Registro»; pero inmediatamente hemos de añadir que dicha consulta puede no ser suficiente ³²⁶. La buena fe, en su componente de diligencia, puede exigir otras «investigaciones» –dirá el mismo Serna ³²⁷– ulteriores a la elemental y primaria de aquella consulta. Es que, como afirma Vallet, «la única diligencia que excusa la inscripción es el examen de la titulación» ³²⁸.

³²³ Ya MORELL, «Tercero en la Ley Hipotecaria», RGLJ 1921, p. 20, podía presentar como texto en que se condensa la «doctrina repetidísima de la jurisprudencia» el siguiente: «No puede alegar su cualidad de tercero hipotecario, aquel que tiene perfecto conocimiento de las condiciones con que hubo de verificarse la adquisición, aun cuando éstas no consten en el Registro, ya ese conocimiento se derive de actos realizados por el supuesto tercero, ya de hechos que tienen que herir forzosamente los sentidos, cual acontece, por ejemplo, respecto a determinadas servidumbres aparentes, si bien no deben admitirse presunciones más o menos lógicas o racionales, contradictorias en realidad del esencial fundamento y alcance de los preceptos de la Ley Hipotecaria, ni cabe obligar tampoco a los interesados a que hagan un estudio jurídico de las condiciones de los bienes o derechos inscritos».

³²⁴ A favor del carácter general de esa equiparación y, por tanto, en el sentido del texto, principalmente VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe...», cit., p. 443, y LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 185, a cuya opinión se adhieren DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 458-459 y PEÑA, *op. cit.*, p. 602. En contra, viendo en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria una norma excepcional, y en el tercero que en ella aparece un tercero distinto al del artículo 34, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 459-460; DE LA RICA Y ARENAL, «Meditaciones...», cit., p. 544-545; MIQUEL, *op. cit.*, pp. 19-22; CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, p. 352; CANO TELLO, *op. cit.*, p. 275.

³²⁵ SERNA, *op. cit.*, p. 622.

³²⁶ Resulta, por ello, matizable, a nuestro juicio, la afirmación propuesta en términos absolutos por SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 460: «Por otra parte, si acudiéramos al tipo normal de diligencia exigido en nuestro Derecho, la de un buen padre de familia, llegaríamos a la misma solución, ya que esta general diligencia está cumplida con acudir únicamente al Registro para indagar el estado jurídico de la finca o derecho real».

³²⁷ SERNA, *op. cit.*, p. 686: «El Registro que le pone de manifiesto el día exacto y próximo en que la enajenación anterior se hizo, y el menosprecio con que la finca de nuevo se enajena, serían motivos para fijar su atención y hacerle entrar en investigaciones si tuviera completa buena fe».

³²⁸ VALLET DE GOYTISOLO, *op. et loc. ant. cit.*

El más sólido argumento a favor del diligente deber de averiguación en el que, sin agotarlo, se mueve la consulta al Registro, resulta –en nuestra opinión– de la por todos reconocida excepción al principio de fe pública registral que suponen los derechos reales patentes. Justo porque su existencia se manifiesta naturalmente de forma que tiene que «herir los sentidos», han de perjudicar al tercero aunque de ellos no les haya dado noticia el Registro. Es esto algo tan natural y tan obvio, que su reconocimiento se impone incluso en Alemania, donde el sistema parece afirmar más enérgicamente la esencia exclusivamente cognitiva de la buena fe hipotecaria ³²⁹, o en la doctrina que más decididamente se pronuncia en contra de la integración de la diligencia en la composición de la buena fe ³³⁰. Se entiende que esta doctrina trate de forzar la explicación de esta excepción llevándola siempre a un extremoso supuesto que no tiene por qué darse siempre: en el caso, se habrían cerrado los ojos a la realidad efectivamente vista y conocida de las cosas, con lo que –se vendrá a concluir– lo que en él falla no es el deber de diligencia cuya integración en la buena fe se pretende negar, sino, de forma más radical, la misma buena fe en su exclusiva dimensión cognitiva ³³¹.

No es ésta una buena explicación, al menos por dos razones: porque para dar razón de la oponibilidad, a todo trance, de los derechos reales patentes no es forzoso llegar al supuesto, posible pero no necesario, de que, efectivamente, a su vista, se hayan cerrado los ojos; y porque, cuando no es ése el caso, el supuesto de oponibilidad directa, sin el intermedio instrumental de la inscripción, desmiente el postulado de que basta desconocer la realidad diversa o contraria al Registro para quedar protegido por él frente a ella. La explicación adecuada a la peculiaridad de este caso tiene que buscarse por otro camino. Díez-Picazo lo ha trazado magistralmente en nuestra doctrina. La oponibilidad *a se* de los derechos reales patentes no supone una modificación sustancial –dice– de los principios hipotecarios, sino destacar que la buena fe de los terceros es

³²⁹ Vid. WOLFF, *op. cit.*, p. 278: «La fe pública del Registro *no surte efecto* en algunos casos, a saber: 1. Ciertos casos, en los que la *simple vista* de una instalación notoria y contraria al Registro se preste a hacer dudar de la confianza en aquél» (cvas. del a.); CANARIS, *op. cit.*, p. 505: «Der positiven Kenntnis gleichzustellen sind allerdings –hier wie überhaupt ganz allgemein– analog § 162 BGB die Fälle, in denen jemand “geradezu die Augen vor der wahren Rechtslage verschlossen hat”».

³³⁰ Cfr., con reticencia, MENGONI, *op. cit.*, p. 353: «Tuttavia il limite ulteriore che questa interpretazione, priva di conforto nella lettera della legge, impone al principio della pubblica fede è più teorico che pratico. Quando le circostanze di fatto parlano manifestamente contro lo stato tavolare, è verosimile non tanto che il terzo acquirente non le abbia viste per crassa negligenza, quanto che abbia chiuso gli occhi per non vederle».

³³¹ Así, MENGONI, *op. et. loc. ant. cit.*, a continuación del texto transcrito en la nota anterior: «Al momento dell’acquisto egli si trovava non tanto in uno stato di errore dipendente da colpa grave, quanto in uno stato di dubbio (non rimosso) equiparabile alla mala fede».

una exigencia necesaria para la protección de la fe pública del Registro. «La buena fe –añade– no es sólo el desconocimiento o la ignorancia, sino más que nada, un proceder o comportamiento honesto y legal. Traducido a nuestro caso –concluye– ello significa que el adquirente debe haber inspeccionado la finca, y si no lo ha hecho, no ha actuado diligentemente, y por consiguiente carece de la buena fe necesaria para resultar protegido por el Registro»³³². La misma idea con otras palabras: al adquirente registralmente protegido le es exigible la diligencia «normal en un corriente adquirente de cualquier finca», y no puede ser considerada como diligencia normal la del adquirente que no se preocupa de examinar la situación de la finca que pretende adquirir³³³. En los derechos reales patentes «se han obtenido los efectos de la publicidad sin hacerla»³³⁴, o, formulado con BÉRGAMO desde la teoría de la protección de la apariencia: respecto a ellos, «la realidad manifiesta de la vida se sobrepone a la apariencia formal del Registro»³³⁵.

La oponibilidad de los derechos reales patentes, sin necesidad de inscripción, nos ha llevado así al deber de inspección de la finca que la normal diligencia impone a todo adquirente razonablemente precavido y prudente³³⁶. Ahora bien, una vez comprobado tal deber, ni siquiera es necesario un nuevo paso adelante para tener que admitir la relevancia de la posesión en concepto de dueño como dato que, al manifestar una situación inmobiliaria contraria a la que el Registro publica, tendrá que alertar a quien pretende suceder en ella al titular inscrito. La posesión en concepto de dueño es uno de esos hechos que necesariamente tiene que «herir los sentidos». Imprudentemente pretendería adquirir quien, despreocupándose de ella, decidiera confiarse ciegamente a la publicidad registral. Es importante advertirlo, porque a la luz de lo dicho resulta patente que el deber de diligencia impuesto al adquirente en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria no es algo que excepcionalmente sea de aplicación solamente en el concreto supuesto que en él se regula³³⁷; sin que contra ello se pueda objetar que un tal deber de

³³² DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 346.

³³³ VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, p. 443.

³³⁴ Así, citando a NÚÑEZ LAGOS, DE LA CÁMARA, «La revocación del mandato y el poder», *AAMN*, 1948, p. 654, y MENÉNDEZ, «La buena fe y el Registro Mercantil», *Curso de Conferencias sobre el Registro Mercantil* (año 1971). *Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España*, Madrid, 1972, p. 175.

³³⁵ BÉRGAMO LLABRÉS, *op. cit.*, p. 253.

³³⁶ En la reciente jurisprudencia, STS de 8 de marzo de 2001: «En el caso presente, ante una casa habitada que había sido objeto de complicados avatares jurídicos, el adquirente sabía o podía saber con sólo acudir a la misma, que había persona que era propietario por adquisición anterior, pese a la titularidad formal del Registro. Por lo que el motivo se desestima».

³³⁷ Así, VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, p. 443; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 185; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 458-459.

diligencia, entendido como deber ordinario o normal, venga a impedir la función aseguradora del Registro y resulte contrario al efecto legitimador derivado de la inscripción a favor del titular registral. Dicho efecto se mantiene incólume, sostenido por la presunción *juris tantum* de exactitud de la inscripción, siempre que nada diga en su contra la realidad extrarregistral, y sólo en aquellas materias que para llegar al Registro han tenido que pasar por el riguroso control de la calificación registral. De nuevo, con Vallet de Goytisolo: «la única diligencia que excusa la inscripción es el examen de la titulación»³³⁸.

Y aun es posible un paso más: el artículo 36 no exige conocimiento efectivo de la posesión contradictoria con la situación jurídico-real inscrita. Basta con que el tercero haya tenido «medios racionales y motivos suficientes» para conocerla. Volvemos al componente ético de la buena fe; a lo que ésta implica de proceder honrado y leal. ¿Cómo entender que actúa honrada y diligentemente quien, desoyendo el mensaje de esos indicios, sin intento alguno de verificación y contraste, se lanza a adquirir no ignorando la lesión que eventualmente podría irrogar al derecho ajeno?

El artículo 36, de la mano del deber de diligencia ínsito en la buena fe, nos ha llevado bastante más allá del caso claro e indiscutible de que la inscripción registral resulte contradicha por hechos que necesariamente tienen que herir los sentidos. No es cuestión ahora de volverse atrás, temerosos ante la perspectiva que por este camino se nos abre. El dato legal es cierto y su justificación no puede objetarse. Pero sí se vuelve a hacer necesario —aquí como antes, al introducir el requisito de la buena fe— reparar en lo delicado de esta materia y en la necesidad de aguzar la prudencia (*juris prudentia*) en su apreciación *super casum*. Fórmulas como la empleada por la Sentencia de 5 de agosto de 1985 al exigir al tercero, so pena de considerarlo tercero de mala fe, «no omitir circunstancia ni diligencia alguna para averiguar si existen o no vicios en la titularidad de transferente», además de objetivamente mal enfocadas, son claramente excesivas³³⁹. Atenidos a ella habría de cuestionarse qué utilidad podría el adquirente esperar del Registro de la Propiedad. La buena fe supone diligencia, y la buena fe hipotecaria no deja de ser buena fe; pero la instauración del Registro de la Propiedad como instrumento publicador de las situaciones inmobiliarias, la posibilidad de todo derecho de acceder a él libremente, y la

³³⁸ VALLET, *op. et loc. ant. cit.*

³³⁹ Excesiva, la expresión en sí misma; pero justo el fallo de la sentencia al estimarse probado en el caso que el comprador que inscribió sabía «por habérselo comunicado el primer comprador, que el piso discutido era del mismo, por haberlo adquirido con anterioridad».

presunción de exactitud de lo inscrito asentada en el rigor de la calificación, en algo tienen que aliviar los deberes de comprobación a cargo de quien –por supuesto, honradamente– se propone adquirir con plena seguridad. Es muy claro que el escueto y solo dato de la previa inscripción no puede eximir de indagaciones imperiosamente reclamadas por la evidencia de hechos contradictorios con lo que se halla inscrito; pero cuando los hechos consisten en meros indicios y, sobre todo, si éstos no son de entidad suficiente como para provocar una consistente sospecha, ¿no debe reconocerse al Registro su condición de firme soporte de la confianza razonable y prudente? He aquí cómo la apreciación de la diligencia del tercero adquirente –como, más genéricamente, la de la buena fe– consiste en una tarea cuya solución ha de confiarse al prudente juicio del aplicador del Derecho.

a') En lo así establecido sobre la diligencia como elemento naturalmente integrante de la buena fe, va ya implícita la respuesta a una de las cuestiones que en torno a ésta suele suscitarse. La buena fe hipotecaria consiste en la creencia del tercero en la exactitud del Registro o, dicho negativamente, en el desconocimiento de su inexactitud. Su contraria, la mala fe, será, por tanto, el conocimiento de la inexactitud registral. Pero entre los extremos que separan y oponen a la buena y la mala fe, nítidas y contundentes la una y la otra, puede darse, y de hecho se dará con alguna frecuencia, la gama desigual y variable de eventuales situaciones abiertas a la posibilidad de la duda: ¿En qué medida afecta esta duda a la buena fe: la excluye siempre y sin más, o es compatible con ella? Hemos dicho que la respuesta a esta pregunta ha de ir lógicamente implícita en la solución que se dé al problema de la conceptualización de la buena fe. Es muy claro que si ésta supone, además de error, diligencia, habrá de entenderse necesariamente que la actuación emprendida sin haber logrado la superación de la duda sobre su legitimidad y rectitud, en lo que tiene de negligente y despreocupada, no podrá ser considerada como actuación de buena fe³⁴⁰. ¿Qué hay al respecto en la doctrina, particularmente en la nuestra?

Produce algún desconcierto comprobar cómo, siendo en esta zona tan distinto nuestro sistema al del Derecho alemán, algunos de nuestros autores, siguiendo a la común doctrina alemana, lle-

³⁴⁰ Cfr. para la conexión de esta cuestión con la anteriormente tratada acerca de la integración de la diligencia en la buena fe, GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, pp. 315-316: «Sobre esta cuestión [el estado de duda del adquirente] se ha planteado cierta polémica, que entendemos ha de ser resuelta en el mismo sentido que la cuestión de si se exige o no diligencia, y una vez contestada esa cuestión en sentido negativo, *la duda tampoco puede determinar la mala fe hipotecaria*» (cva. del a.). En contra, MENGONI, *op. cit.*, p. 321: «Con la questione dei rapporti tra buona fede e colpa non si deve confondere la questione di compatibilità del dubbio con la buona fede».

guen a afirmar la irrelevancia de la duda en la apreciación de la buena fe ³⁴¹; y que tal afirmación se haga de forma tan decidida, extremosa y absoluta que ni siquiera se la atempera introduciendo en ella los matices necesarios para evitar ponerla en conflicto con la intuición natural de las más elementales exigencias del *justum* ³⁴². Nosotros creemos que, de nuevo *a fortiori*, la respuesta adecuada al problema propuesto debe ser en nuestro Derecho la misma que se sostiene por la doctrina nacida del sistema suizo: en principio, la duda impide la buena fe ³⁴³; con razón, así lo entiende nuestra jurisprudencia ³⁴⁴. No es necesario entrar en complicaciones para justificarlo y argumentarlo. Basta tener en cuenta que, por más que se trate de asegurar la verdad de lo inscrito, el Registro nunca puede llegar a ser infalible; y que es indeclinable condición del honesto actuar la superación de la duda, máxime cuando se percibe –como en la situaciones de duda suele ocurrir– que el mantenerse en ella siendo posible su esclarecimiento, puede llevar

³⁴¹ En la doctrina alemana: STAUDINGER-GURSKY, ad § 892, Rz 128: «Selbst erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des Grundbuchs begründen grundsätzlich noch nicht die Unredlichkeit»; WEIRICH, *op. cit.*, p. 193 Rz 500: «Zwiefel an der Unrichtigkeit oder grobfahrlässige Unkenntnis genügen dafür nicht». En la nuestra, NÚÑEZ LAGOS, «La evolución del principio de publicidad», *AAMN*, XIV, 1965, cit., p. 76: «No se le permite [al tercero externo] dudar de la validez de lo que *aparece* auténticamente como válido. En el tráfico jurídico “no hay tiempo para dudar: Se cree”. Esto en interés de cada uno, en utilidad de todos. Hay como una entente tácita, para considerar como un derecho la *apariencia* de un derecho» (cva. del a.); GARCÍA-GARCÍA, *op. et loc. ant. cit.*, a pesar de que *ib.*, p. 31, se refirió a la buena fe exigida en el artículo 34 Ley Hipotecaria como «esa buena fe especial y extraña que exige una diligencia excesiva para cualquier persona corriente»; PAU PEDRÓN, «La teoría de los principios...», cit., p. 66: «Si el tercero conoce *algunos datos* –fragmentarios e indiciarios– de la realidad, discordantes con el silencio del Registro, no por eso ha de considerarse desvirtuada su buena fe» (cva. del a.). Particular es la posición de ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 675-676, quien, manifestándose, en principio, contrario a la irrelevancia de la duda en orden a la apreciación de la buena fe, admite la posibilidad de tenerla en cuenta en casos muy especiales: «En principio, salvo caso especialísimo –dice en p. 675–, tal estado de duda del tercer adquirente en orden al desconocimiento o ignorancia de la inexactitud del Registro en sentido amplio, es criterio clásico su falta de relevancia [...]», concluyendo –pág. 676– «Claro está que quien duda parece que no puede tener confianza o creencia sobre la circunstancia en que la duda recae; pero, en rigor, todo dependerá de la intensidad de la culpa».

³⁴² STAUDINGER-GURSKY, *op. et loc. ant. cit.*, «Gelegentlich ist versucht worden, die Lehre vom *dolus eventualis* in diesem Zusammenhang einzuführen [...]. Der Erwerber wäre danach als bösgläubig anzusehen, wenn er ernsthaft mit der Möglichkeit der Grundbuchunrichtigkeit rechnete und der Erwerb vom Nichtberechtigten billigend in Kauf nahm»; BAUR, *op. cit.*, p. 204: «In krassen Fällen grober Fahrlässigkeit sucht die Rechtsprechung mit § 826 zu helfen».

³⁴³ En la doctrina suiza, DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 637: «Ainsi, la bonne foi de l'art. 973 suppose *et* la croyance en la légalité d'une inscription ou d'une non-inscription, *et* l'absence de raisons suffisantes d'en douter»; ídem, p. 640: «Cependant, si un acquéreur a connaissance de faits propres à faire douter de l'exactitude du registre foncier, il doit s'enquérir plus avant». En la nuestra, LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 185: «Finalmente, un estado de duda fundada sobre la titularidad elimina la buena fe».

³⁴⁴ Cfr. STS de 18 de febrero de 2005: «Un fundado estado de duda en el adquirente sobre si la titularidad del derecho que se le enajenó correspondía a su transmitente en la forma que proclama el asiento registral, elimina la buena fe (S. 7 diciembre 2004, que cita la de 14 de junio de 1988)».

ilícitamente al logro de un aprovechamiento propio a costa del derecho ajeno ³⁴⁵.

Ahora bien, una vez sentado lo anterior, hay inmediatamente que matizar. Por dos razones, muy elementales también. Porque en el campo tan impreciso y desigual de la duda, es mucho lo que puede ir de duda a duda; de duda razonable y fundada a escrúpulo imaginario e inconsistente. Y porque no se puede llevar tan lejos la relevancia de la duda y la obligación de su superación que se termine por vaciar de contenido efectivo el principio de publicidad ³⁴⁶. Es obvio que ese sería el resultado si se sostuviera que el más leve asomo de sospecha o de duda obliga a prescindir del Registro y a emprender, sin contar con él, la investigación que nos permita cerciorarnos de algo sobre lo que el mismo Registro está llamado a darnos puntual y completa noticia. En contra del interés general y diciéndolo con palabras de Gómez de la Serna ³⁴⁷, la extremosidad nos llevaría ahora a «perturbar la confianza que es conveniente que todos presten al Registro» ³⁴⁸.

En definitiva, que la duda impide la buena fe, pero que no se puede exagerar ni en la estimación de la duda ni en el deber de su superación ³⁴⁹. No todo atisbo o asomo de duda, sino la duda razo-

³⁴⁵ LACRUZ-SANCHO, *op. et loc. ant. cit.*: «[...] no la tiene [se refiere a la buena fe] el adquirente que conociendo –por la situación posesoria de la finca o por otros indicios– una posible inexactitud del Registro, y en la conciencia del eventual perjuicio del verdadero titular, abusivamente realiza el cambio real; por ejemplo, si al sospechar la situación del inmueble, pudiendo con toda facilidad cerciorarse de ella, apresura la transmisión para no tener conocimiento de la falta de titularidad del causante».

Imposible no recordar aquí –privilegiada muestra de las exigencias percibidas por el recto juicio de las cosas– el dialogo entre Don Quijote y Sancho ante el hallazgo de «un buen montoncito de escudos de oro», envueltos en un «pañizuelo» en la maleta abandonada por el enajenado Cardenio en la espesura de Sierra Morena (p. I, cap. XXXIII): «Y vente ahora tras de mí poco a poco [...] quizá toparemos con aquel hombre que vimos, el cual, sin duda alguna, no es otro que el dueño de nuestro hallazgo».

A lo que Sancho respondió:

–Harto mejor sería no buscallo; porque si le hallamos y acaso fuere el dueño del dinero, claro está que lo tengo que restituir; y así fuera mejor, sin hacer esta inútil diligencia, poseerlo yo con buena fe, hasta que por otra vía menos curiosa y diligente pareciese su verdadero señor; y quizá fuera a tiempo que lo hubiese gastado, y entonces el Rey me haría franco».

–Engañaste en eso, Sancho –respondió Don Quijote–; que ya que hemos caído en sospecha de quién es el dueño cuasi delante, estamos obligados a buscarle y volvérselos; y cuando no le buscásemos, la vehemente sospecha que tenemos de que él lo sea nos pone ya en tanta culpa como si lo fuese».

³⁴⁶ «Ma solo questo limite negativo, costituito dalla conoscenza in concreto della situazione reale –dice MENGONI, *op. cit.*, p. 532–, è compatibile col principio della pubblicità, la cui essenza consiste precisamente nell’esonero dei terzi dall’accertamento della situazione giuridica dichiarata».

³⁴⁷ SERNA, *op. cit.*, p. 619.

³⁴⁸ DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 640: «La loi n’exige pas un maximum d’attention –ce qui serait incompatible avec la confiance qu’on est en droit de placer a priori dans notre institution foncière de publicité».

³⁴⁹ DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 459: «Sin embargo la carga ética de diligencia del adquirente no debe tampoco exagerarse».

nable y fundada ³⁵⁰, de una parte; y de otra: la duda que puede ser superada con el empleo de los medios al alcance de la normal diligencia ³⁵¹. ¿Que así resuelto el problema su solución queda envuelta en márgenes muy notables de indeterminación? Lo reconocemos. Como la apreciación de la buena fe, es ésta una cuestión que necesariamente debe confiarse *super casum* al prudente juicio del aplicador del Derecho ³⁵². Lo que por el temor de tal indeterminación no puede hacerse es –pretendiendo cortar por lo sano– considerar compatible con la buena fe la duda objetivamente razonable o fundada y diligentemente superable con el empleo de la normal diligencia.

b') ¿Se extiende la buena fe hipotecaria a las situaciones obligacionales relativas a la finca o al derecho inscrito? Es ésta una cuestión escasa y desigualmente tratada por nuestra doctrina, y que, en sí misma, igual podría referirse tanto al contenido material o extensión de la buena fe, como a su ingrediente interno de diligencia. Conectándola con éste, nosotros nos vamos a ocupar de ella en este lugar; y, ateniéndonos al uso común, tampoco vamos a extendernos en su tratamiento. Nos bastará tratar de esbozar las grandes líneas que, a nuestro juicio, deben marcar el sentido de su solución.

¿Impide la buena fe hipotecaria el conocimiento de situaciones obligacionales o derechos de crédito relativos al derecho inscrito, o se limita exclusivamente a los aspecto jurídico-reales que constituyen el objeto propio de la inscripción y de la publicidad inmobiliaria? Si a esta pregunta se responde en el primero de los sentidos indicados, el campo de la buena o mala fe del tercero llamado a lucrar los efectos de la fe pública registral, y el de su delicada y prudente apreciación *super casum* resultaría, claro está, notablemente más amplio que si a esa misma pregunta se respondiese en el sentido contrario. Si la buena fe no fuera impedida por el conocimiento de situaciones obligacionales, el campo de la protección registral resultaría ampliado, pero correría el peligro de poder comprender supuestos adquisitivos no merecedores de tutela jurídica,

³⁵⁰ Excesivas parecen desde este punto de vista las siguientes palabras de HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 235: «Y en cuanto existan las dudas, cualquiera sea su entidad, aunque no se haya logrado el conocimiento, falta, por un lado, el convencimiento pleno, y por otro, el presupuesto ético-social de la completa honorabilidad de la conducta. La buena fe es –podría decirse en términos metafóricos– como una ceguera, que cesa ante el más leve rayo de luz, o como una evidencia, que decae ante la sombra de la incertidumbre».

³⁵¹ LACRUZ-SANCHO, *op. et loc. ant. cit.*; en la jurisprudencia, STS de 12 de marzo de 1993: «[...] lo que integra ya de por sí suficiente entidad de estado de duda fundada acerca de la verdadera titularidad, que la sentencia que se ataca acoge para desvirtuar la presunción del artículo 34 [...]».

³⁵² DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 640: «A cet égard, on ne peut poser de règles générales; c'est le domaine de l'appréciation (art. 4)».

si es que se entiende que ésta sólo se debe brindar a las adquisiciones leales y honradas.

El dato legal comparado, por lo que hace al régimen de la fe pública registral, aparece en esta materia decidido e inequívoco. El conocimiento de lo obligacional no impide la buena fe del tercero ni en Alemania³⁵³ ni en Suiza³⁵⁴. La razón es siempre la misma: lo obligacional, por ser ajeno al Registro, no provoca la inexactitud de la previa inscripción respecto de la cual protege la fe pública registral. El argumento es más comprensible desde los presupuestos del sistema alemán, donde, como es sabido, el mecanismo de la adquisición mediante acuerdo real y abstracto (*Einigung*) permite cortar e independizar radicalmente el efecto adquisitivo respecto al contrato obligacional que remotamente lo justifica. En Suiza, en cambio, donde, como entre nosotros, la adquisición es causal, no resulta tan concluyente. Quizá por ello, en el Derecho suizo, la virtualidad de ese mismo criterio resulta sensiblemente aminorada justamente en la medida en que a las situaciones obligacionales se abre generoso camino al Registro mediante la anotación preventiva³⁵⁵. Ahora bien, la referencia a este dato últimamente apuntado no debe distraer aquí nuestra atención enturbiando la nitidez del

³⁵³ Por todos, en la doctrina alemana, STAUDINGER-GURSKY, *ad* § 892, Rz 24. 6: «Eine bloß schuldrechtliche Verpflichtung des eingetragenen Rechtsinhabers kann nie die Unrichtigkeit des Grundbuches begründen»; sobre ello en la nuestra, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario (Orígenes, sistemas y fuentes)*, Madrid, 1924, pp. 221-222: «Sólo por lo que directa e inmediatamente atañe al estado real de la finca o derecho, se considera inexacto el Registro, y éste será, por consecuencia, el ámbito propio del principio examinado. El conocimiento de acciones personales cuyo ejercicio pueda provocar una inscripción o cancelación, o de actos otorgados por el titular que engendren obligaciones, no perjudica al adquirente, aunque una y otras sean incompatibles con el derecho adquirido».

³⁵⁴ En la doctrina suiza, por todos, DESCHENAUX, *op. cit.*, pp. 637-638: «Cet objet [l'objet de la bonne foi (au sens étroit)] est celui-là de la foi publique: l'inscription ou la non-inscription indues d'un droit réel. C'est précisément ce caractère indu qui échappe à la connaissance (ou à la conscience) du tiers. Rappelons qu'une inscription n'est pas indue lorsqu'elle est en opposition avec une obligation simplement personnelle du propriétaire de transférer son immeuble. Peu importe aussi la connaissance d'un vice qui aurait affecté l'acquisition d'un "antéposseur" de l'aliénateur». En la nuestra, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «El Código Civil suizo», *Estudios...*, cit., p. 162: «El conocimiento de los compromisos personales del constituyente no sirve para cualificar la adquisición»; SERRANO SERRANO, «El Registro de la Propiedad en el Código Civil suizo», *AUV*, oct.-dic. 1933, núm. 17, p. 38: «El conocimiento de la invalidez del Registro (mala fe) debe recaer siempre sobre un derecho real y por tanto no existe mala fe si el tercero adquirente conoce la existencia de un derecho personal tendente a la constitución de un derecho real».

³⁵⁵ El dato legal en el ZGB, artículo 959: «Persönliche Rechte können im Grundbuche vorgemerkt werden, wenn deren Vormerkung durch das Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, wie bei Vor- und Rückkauf, Kaufsrecht, Pacht und Miete. Sie erhalten durch die Vormerkung Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Rechte». *Vid.* sobre tales anotaciones, DESCHENAUX, *op. cit.* pp. 523 ss. y p. 559: «Le législateur, surtout ces dernières années, s'est servi du moyen de l'annotation pour rendre opposable aux tiers acquéreurs une modification apporté au régime des droits et obligations résultant d'un rapport de droit réel».

problema que estamos planteando: cuando el derecho personal accede al Registro a través de la anotación preventiva –lo que ocurre también en Alemania³⁵⁶ y, de distinta forma, en nuestro Derecho³⁵⁷– valdría en cuanto a su conocimiento o desconocimiento lo que en general se establece para el de la realidad jurídico-real inscribible. Si ahora nos preguntamos sobre la relevancia del conocimiento de lo obligacional o crediticio respecto a la buena fe hipotecaria, dicha pregunta debe entenderse referida a aquellas relaciones obligacionales que, refiriéndose mediata o finalmente al derecho inscrito, no son susceptibles de acceder al Registro y obtener de él la cognoscibilidad legal que las revista de oponibilidad *erga omnes*. Y es justamente de este dato obligacional del que la doctrina alemana y suiza afirma que, por ser ajeno al Registro, su existencia no provoca inexactitud registral, y su conocimiento no puede impedir la buena fe hipotecaria.

¿Vale esa misma afirmación para nuestro Derecho? Lo que no puede negarse es que, con carácter al menos de máxima, ha encontrado eco en nuestra doctrina³⁵⁸, y que si no llegó a recogerse y ser legalmente sancionado en la reforma de los años cuarenta, no obstante haber sido propuesto en el Proyecto Porcioles³⁵⁹, algún rastro dejó en la Exposición de Motivos de la Ley de 1944³⁶⁰. Previamente la había sostenido Don Jerónimo González argumentado sobre la base del artículo 1473 II del Código Civil³⁶¹ e invocando la autori-

³⁵⁶ Vid., WOLFF, *op. cit.*, pp. 295 ss.

³⁵⁷ Cfr. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, III, p. 11: «El asiento de inscripción publica en general derechos reales o gravámenes de carácter real inmobiliario y sólo por excepción derechos personales, como en los casos de contratos de arrendamiento y de opción de compra. En cambio, la anotación preventiva publica indistintamente derechos reales y personales, así como situaciones jurídicas de mera proyección inmobiliaria».

³⁵⁸ Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 463: «El conocimiento del adquirente que puede provocar la mala fe ha de referirse a derechos reales o a acciones o circunstancias de carácter real; el simple conocimiento de derechos de crédito, aunque vayan dirigidos a la entrega de la finca, de gestiones en curso o de tratos preliminares de una posible transmisión, no afecta a la buena fe»; LACRUZ-SANCHO, «No existe mala fe, según repetida jurisprudencia, cuando sólo se conoce la existencia de derechos de crédito, de circunstancias de carácter no real o de gestiones en curso, aunque vayan dirigidas a la entrega de una finca».

³⁵⁹ Puede verse en *Las Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*, III, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, pp. 6-7: «No afectará a la buena fe el conocimiento: a) De pactos o promesas de carácter obligatorio, sin transcendencia real; b) De hechos más o menos relacionados con la validez de la inscripción precedente, cuando hayan sido objeto de calificación por el Registrador, a no ser que por la condición de las personas, naturaleza de los hechos y otras circunstancias especiales estimen los Tribunales que el adquirente tenía perfecto conocimiento de la inexactitud del asiento; c) De relaciones y situaciones jurídicas que, aunque consten o puedan deducirse claramente de los asientos del Registro de la Propiedad, no hubieren ingresado en el mismo en la forma específicamente determinada por esta Ley».

³⁶⁰ «Sin embargo, no afectarán a la exactitud de los asientos los derechos no protegidos por la fe pública, ni aquellos otros cuya registración no se considera necesaria por razones sociales o por su intrínseca exteriorización».

³⁶¹ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de buena fe», *Estudios...*, I, cit., p. 401: «En fin, el desprecio de los principios hipotecarios se exterioriza con cierto escándalo en la Sen-

dad de la calificación registral como razón suficiente para eximir al tercero de cualquier indagación sobre la validez del título inscrito³⁶²; todo ello para concluir que «no bastará el conocimiento de tratos en curso, ni aun de pactos o promesas de carácter obligatorio, sino que deberá alegarse por el perjudicado y probarse contra la legitimidad presuntiva del acto inscrito, la existencia de un *estado real* contradictorio o modificativo de la inscripción vigente»³⁶³.

La argumentación es muy débil. En cuanto al artículo 1473, porque dista mucho de ser una verdad inconcusa que la omisión literal de la buena fe en su segundo párrafo implique que se prescinde de su necesidad en el concreto supuesto que en él se regula; y, sobre todo, porque la materia de ese mismo párrafo, como en general la del artículo 1473, en su mejor interpretación, no es la pugna del comprador que inscribe con un mero y simple comprador anterior, sino la colisión o el conflicto entre dos adquisiciones ya consumadas³⁶⁴. No indica, por tanto, el artículo 1473.II que el conocimiento del derecho del comprador anterior a la entrega de la cosa comprada no impida la protección registral del comprador posterior que inscribe. Y, por otra parte, la credibilidad que al título inscrito adviene por efecto de la calificación registral en nada puede contribuir a la solución del problema en estudio: simple y llanamente, porque el eventual pacto o promesa de enajenar que, vinculando al titular inscrito, pudiera fundamentar el derecho personal de otro, sería, por

tencia de 13 de mayo de 1908, que, haciéndose eco de la conciencia popular y de un añejo sentir jurídico, se niega a separar los derechos reales de los personales, o, mejor dicho, los amalgama tan íntimamente en los actos adquisitivos, que desvirtúa las lógicas consecuencias del sistema inmobiliario. Si en el caso de la doble venta de la misma cosa admitimos que el primer comprador, a quien no se ha hecho tradición, adquiere tan sólo un derecho de crédito contra el vendedor, es indudable que el segundo comprador, que a sabiendas de lo ocurrido acepta y perfecciona la tradición, debe ser considerado como verdadero dueño, porque la obligación primitiva no puede hacerse efectiva contra un tercero».

³⁶² GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 404: «Tampoco podrá impugnarse una inscripción por el simple conocimiento de hechos más o menos relacionados con la validez de la precedente, sobre todo cuando han sido objeto de estudio y calificación por el Registrador. Los interesados en sostener sus pronunciamientos podrán, por el contrario, hasta invocar su ignorancia jurídica en materia tan especializada, y los Tribunales apreciarán el valor de los avisos, la seriedad y condición de las personas, la posible confabulación, el alcance de las noticias, etc., con el restrictivo criterio que impone la presunción de buena fe y la *autenticidad registral*» (cva. del a.).

³⁶³ *Idem*, p. 404. En la anterior había dicho: «Forzados a dar cartas de naturaleza en el derecho hipotecario español al principio de *buena fe*, nos creemos asimismo en el deber de encauzar esta corriente dentro de la doctrina fijada por los técnicos alemanes y suizos, acomodándola a las novedades introducidas por la repetida Ley de 21 de abril de 1909. [...] Partiendo de la *vigencia real* de los artículos 24 y 41 de la Ley Hipotecaria, la reglamentación de la *buena fe* debiera circunscribirse a los supuestos de inexactitud o deficiencia del Registro; y, por lo tanto, la falta de aquel requisito se referirá al conocimiento de la extinción de los derechos reales inscrito o de la existencia de derechos reales no inscritos» (cvas. del a.).

³⁶⁴ Tenemos que remitimos aquí a lo dicho en nuestro anterior trabajo «La inscripción en el Registro de la Propiedad...», *ADC*, 2001, II, pp. 180-210 para argumentar la interpretación del artículo 1473 CC.

hipótesis, posterior a la calificación y completamente ajeno a la misma. Se entiende, entonces, que nuestra doctrina, atendiendo a la peculiaridad de nuestro sistema transmisivo y de nuestra forma de toma de razón de los derechos en el Registro³⁶⁵, se haya apartado de la opinión de Don Jerónimo González. La publicación del derecho inscrito a través del título que lo fundamenta, y la posibilidad de constancia registral de las causas que lo pueden dejar sin efecto o hacer claudicante (arts. 34.I y 37 LH)³⁶⁶, hacen que en nuestro Derecho el campo del conocimiento que impide la buena fe del tercero resulte muy notablemente ampliado³⁶⁷, y que en él lleguen a comprenderse determinadas relaciones respecto al derecho inscrito que en sí mismas consideradas no llegan a constituir derechos reales autónomos³⁶⁸. La conclusión es clara: también estas relaciones, en cuanto inscribibles en nuestro Derecho, deben considerarse en él sometidas al régimen común de cognoscibilidad y oponibilidad de los derechos con posible acceso al Registro; también para ellas es de aplicación el principio de que el conocimiento extrarregistral de los derechos inscribibles no inscritos impide la buena fe del tercero.

³⁶⁵ Nos hemos ocupado de ella en su peculiaridad y significado, en «Bases del Derecho de Cosas y Principios Hipotecarios», *ADC*, 1995, II, pp. 653-657.

³⁶⁶ Cossío, *op. cit.*, p. 224, después de exponer la opinión de J. González: «Sin embargo, dada la indisoluble vinculación que nuestro sistema mantiene entre el derecho inscrito y su causa obligatoria, no parece admisible tal solución, y, sobre todo, admitiendo que el tercero puede ser afectado por acciones meramente personales, cuando éstas consten explícitamente en el Registro (*vid.* art. 37 de la LH), ninguna razón existe para ponerle a salvo de ellas cuando tuviere conocimiento extrarregistral de la existencia de las mismas. Por otra parte, si dichas acciones son *inscribibles* a través de la anotación preventiva de demanda, difícilmente podría admitirse la buena fe de quien tuviere noticia de su existencia» (cva. del a.); LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 188: «[...] mas no puede alegarse esto, cuando se conoce la invalidez de un contrato, para considerarse tercero frente a los efectos reales de la misma».

³⁶⁷ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 656: «El concepto de buena fe, de tipo psicológico puro de Derecho civil, aplicado al Derecho inmobiliario registral, hay que entenderlo, por tanto, con *gran amplitud*, pues consiste en el *desconocimiento de la inexactitud registral o de los vicios de que pueda adolecer la titularidad registrada del transferente*, según los casos, y esta amplitud es la que ha sido acogida reiteradamente por la jurisprudencia» (cvas. del a.).

³⁶⁸ ROCA SASTRE, *op. cit.*, II, pp. 698-699: «Fuera de estos supuestos específicos de acceso registral de derechos personales [se refiere al arrendamiento y a la opción de compra], cabe señalar otros en que indirectamente derechos de tal naturaleza acceden al Registro. Dejando aparte las que hemos llamado reservas autenticadas y determinaciones o reglas de los estatutos de un edificio en régimen de propiedad horizontal, estos supuestos son los siguientes: [...] b) *Los derechos personales emanados de cargas gravámenes o afecciones de carácter real inmobiliario*. Ya hemos hablado anteriormente de estas cargas, gravámenes y afecciones que sin atribuir derecho real alguno al favorecido con ellas le invisten de un derecho personal. Pues bien, éste es otro supuesto en que en el Registro viene a constar este derecho personal, como, por ejemplo, el derecho de percibir las pensiones periódicas en los censos no enfiteúticos, entre otros, pero a pesar de ello no es este derecho personal u otros accesorios el que se halla inscrito en el Registro, sino tan sólo de un modo indirecto, ya que lo que propiamente está inscrito es el gravamen, carga o afección real inmobiliaria». Nos remitimos en esta materia a lo que al respecto dijimos en «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral...», *ADC*, 1998, II, pp. 438-445.

Por eso, precisamente, no se compadece con nuestro sistema de transmisión causal y toma de razón mediante inscripción circunstanciada del derecho inscrito, la radical exclusión, al modo alemán y suizo, de los derechos personales respecto del objeto material de la buena fe hipotecaria.

Pero aún se puede dar un paso adelante y plantear el problema en su más cruda y nítida manifestación. La venta anterior sin entrega, o incluso la mera promesa de transmitir, en cuanto fundamentadoras de un simple derecho personal en favor del comprador o promisorio, respectivamente, ¿podrían perjudicar al tercero que, conociéndolas, pretendiera haber adquirido del todavía dueño o simple promitente? Aquí es donde parecería que el criterio alemán y suizo podría encontrar legítima aplicación en nuestro Derecho: excluidos del Registro los derechos puramente personales, su existencia no constituye inexactitud registral cuyo conocimiento impida la buena fe hipotecaria³⁶⁹. Nosotros preferimos la opinión defendida por Peña Bernaldo de Quirós: su conocimiento no impediría, quizás, la buena fe específicamente hipotecaria, pero sí la genérica buena fe que como principio general preside todo nuestro ordenamiento (art. 7 CC) y de la cual, la buena fe hipotecaria no es sino una particular concreción³⁷⁰. Entenderlo de otro modo supondría encubrir bajo un tecnicismo jurídico una operación que la sana conciencia percibe como abiertamente inmoral. He aquí cómo es ahora la dimensión ética de la buena fe, la que trae a dominios de ésta el desconocimiento de las situaciones jurídicas que, aunque de naturaleza personal o crediticia, obstan a la honradez de la adquisición que pretende acogerse al Registro.

En la actual doctrina, con todo, la rigidez del criterio alemán y suizo ha encontrado algún autorizado valedor dispuesto a defender

³⁶⁹ Además de GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 404; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 463: «Sin embargo, hay que observar que no siempre el conocimiento de la venta anterior provoca la mala fe en sentido hipotecario. Si ésta es el conocimiento de derechos reales o situaciones jurídicas de esta naturaleza, que pueden perjudicar al posterior adquirente, excluyendo en cuanto a él la protección de la fe pública; y si el contrato no basta en nuestro Derecho para transmitir el dominio, siendo preciso el elemento de la tradición, es evidente que cuando ésta falta en el primer comprador, éste no ha adquirido el derecho real y, por tanto, el contrato no tiene más que una transcendencia obligacional, cuyo conocimiento no supone mala fe».

³⁷⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 601, nota 16: [...] ¿Es de buena fe aquel comprador que cuando adquiere el inmueble conoce que la cosa había sido ya vendida, pero no entregada, a otro comprador? En rigor no hay inexactitud registral porque el mero derecho de crédito del comprador no es un derecho inscribible. Pero el adquirente no se comporta honestamente colaborando en la defraudación del derecho del comprador. Este comportamiento de mala fe debe tener relevancia, en primer lugar, por la regla impuesta en el artículo 7.º-1.º CC y porque la condena de la mala fe integra un principio general y supremo (SS. 3 abril 1968, 4 febrero 1972). También, por el deber de respeto general de los derechos ajenos, y entre ellos de los derechos de crédito (art. 1902 CC; represión del fraude de acreedores)» (cva. del a.).

con renovado brío su aplicación a nuestro sistema³⁷¹. La venta anterior sin entrega, en cuanto generadora de relación puramente obligacional y por ende ajena al Registro, no produce inexactitud registral, y su conocimiento, por tanto, no hace incurrir en situación de mala fe a quien, a sabiendas de su existencia, adquiere lo ya anteriormente vendido³⁷². Por esa misma razón, más allá del supuesto indicado, el conocimiento de lo puramente personal o crediticio no puede impedir la buena fe del tercero protegido por los grandes principios hipotecarios de inoponibilidad de lo no inscrito y de fe pública registral. Aparte ser ésta la opinión de la más autorizada doctrina –se argumenta³⁷³– los artículos 34, 37 y 29 de la Ley Hipotecaria le servirían de soporte legal en nuestro Derecho: el artículo 34, al referirse en él la buena fe al «desconocimiento de la inexactitud del Registro»³⁷⁴; el 37, al establecer, en sintonía con el artículo 11, que «el simple conocimiento de haberse aplazado el precio no implica por sí solo complicidad en el fraude»³⁷⁵; y el 29, al dejar las «menciones» fuera del ámbito de la fe pública registral, lo que *a fortiori* vendría a demostrar que el cono-

³⁷¹ Vid. GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, pp. 196-198, respecto al principio de inoponibilidad, y 320-321, respecto al de fe pública. Posteriormente parece haber matizado y templado esta opinión. *Vid.*, en efecto, GARCÍA-GARCÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., pp. 484-485: «En este punto, aunque la buena fe se ha de referir, según el artículo 34.2.º de la Ley Hipotecaria, al desconocimiento de una *inexactitud registral*, y de ésta quedan fuera las situaciones meramente *obligacionales*, el conocimiento del tercero que determina la eliminación de su buena fe, puede referirse también a situaciones jurídicas que, aun no habiendo hecho tránsito todavía al derecho real, están en camino de provocar dicho cambio de transcendencia real (situaciones de *ius ad rem*) cvas. del a.]».

³⁷² GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, pp.196-198, combatiendo la tesis de PEÑA, antes expuesta.

³⁷³ GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, pp. 320-321: «4.º) Porque la doctrina más autorizada ya lo había señalado así. Por ejemplo, Jerónimo GONZÁLEZ señala este concepto estricto de mala fe, entendiendo que no afecta a la buena fe el conocimiento de situaciones obligacionales, como pueden ser tratos preliminares, promesas de contratos, etc., sino que ha de tratarse del conocimiento de “relaciones jurídicas reales”» (cva. del a.).

³⁷⁴ GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, p. 320: «1.º) El texto del artículo 34 al referirse al “desconocimiento de la inexactitud del Registro”, que según los artículos 39 y 40 sólo se produce respecto a situaciones que dan lugar a eficacia *erga omnes*, como son los aspectos de la “nulidad o la resolución” o situaciones de carácter real inmobiliario. Los pactos obligacionales no suponen ninguna inexactitud del Registro y, por tanto, su conocimiento o desconocimiento es indiferente a efectos inmobiliarios» (cvas. del a.). La misma idea, en p. 197.

³⁷⁵ *Ídem, ib.*, «2.º) El artículo 37 de la Ley Hipotecaria, aun contemplando un supuesto diferente –el de la rescisión en fraude de acreedores– revela claramente el criterio del legislador, pues dice que “el simple conocimiento de haberse aplazado el precio no implica por sí solo complicidad en el fraude”. Aunque se está refiriendo al “fraude de acreedores”, no cabe duda de que excluye el “simple conocimiento de aplazamiento de pago del precio”, pero es porque configura tal aplazamiento como un aspecto meramente obligacional o personal, mientras no haya sido garantizado con la condición resolutoria explícita del artículo 11 de la Ley Hipotecaria» (cva. del a.). La misma idea, antes, en p. 197.

cimiento de un dato ni siquiera inscribible no puede tener relevancia respecto a la misma fe pública registral ³⁷⁶.

Vayamos por partes. Si es cierto que Don Jerónimo González mantuvo el criterio sobre el que ahora se pretende volver, no lo es menos, según ya hemos visto, que la doctrina posterior se vio en la necesidad de apartarse de él. Por otra parte, sabido es que Don Jerónimo González pretendió para nuestro sistema registral una deriva tan excesiva y forzosamente germanizante que en sus últimos años tuvo que retractarse y precaver contra ella a sus propios discípulos ³⁷⁷. Es cierto, también, que el segundo párrafo del artículo 34 hace consistir la buena fe del tercero en el desconocimiento de la inexactitud registral; pero tan cierto como ello es que, según el primer párrafo de ese mismo artículo, las causas no inscritas de anulación o resolución del derecho inscrito vienen a constituir uno de los supuestos de inexactitud registral respecto de los cuales se protege al tercero. Es, como ya hemos indicado, pura consecuencia de nuestro sistema causal de transmisión y de la peculiar forma de toma de razón de los derechos reales (arts. 9 LH y 51 RH), que, por efecto de la admisión de la libre configuración de los mismos (*numerus apertus*), se adopta en nuestro ordenamiento inmobiliario. Igualmente es cierto que el artículo 37 establece que el simple conocimiento de haberse aplazado el precio no implica por sí solo complicidad en el fraude, y que según el artículo 11 «la expresión del aplazamiento del pago [...] no surtirá efectos en perjuicio de tercero a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita»; pero lo que estas disposiciones legales –hijas ambas de la reforma de los años cuarenta y especialmente desdichada la del artículo 11, por ser contraria a la originaria y general concepción de la Ley Hipotecaria e inútil en su redacción actual ³⁷⁸– lo que estas disposiciones,

³⁷⁶ Ídem, *ib.*, «3.º) Porque el artículo 29 de la Ley Hipotecaria destaca claramente que la fe pública del Registro no se extiende a las menciones, lo que significa tanto como prescindir de ellas a «efectos de la fe pública del Registro». Y utilizando el argumento *a maiore*, si respecto a un dato que consta en el Registro –la mención– no es tenido para nada en cuenta a efectos de la fe pública, con mayor razón un dato no inscribible ni inscrito (derecho obligatorio) no ha de tener ninguna relevancia respecto a la fe pública registral del artículo 34» (cvas. del a.). La misma idea, antes, p. 197.

³⁷⁷ Lo cuenta NÚÑEZ LAGOS, *Don Jerónimo*, cit., p. 12: «Y otro día me aconsejaba paternalmente en un aparte en la Comisión de Códigos. “Tenga usted cuidado no germanice aun más nuestros estudios hipotecarios. Quizá yo me pasé de la raya. No se debe seguir por ahí. Hoy ya estoy de vuelta”».

³⁷⁸ El originario artículo 11 de la Ley Hipotecaria disponía en su párrafo primero: «Si la inscripción fuere de traslación de dominio, expresará ésta si se ha verificado pagando el precio al contado o a plazo: en el primer caso, si se ha pagado todo el precio o parte de él; y en el segundo, la forma y plazos en que se haya estipulado el pago». Lo justificaba GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, pp. 481-482: «No nos parece que pueda ponerse en duda, aun en el estado actual de nuestra legislación, que el vendedor tiene el derecho de que quede sin efecto el contrato cuando, aplazada la obligación, no le satisface el comprador, mientras éste sea

decíamos, no pueden desmentir es que, de acuerdo con los artículos 34 y 37, las acciones rescisorias, resolutorias y revocatorias cuyas causas no consten en el Registro, no podrán darse contra tercero que, de buena fe –desconociéndolas además *aliunde*– hayan inscrito sus respectivos derechos. El difícil y forzado intento de distinguir entre estas acciones unas meramente personales y otras de efectos reales, retroactivos y *ex tunc*³⁷⁹, se revela como el conato de reintroducir aquí una «inútil y sutilísima cuestión de Derecho romano y patrio» que nuestro moderno Derecho se propuso superar³⁸⁰ y que la misma regulación unitaria y global de tales acciones en los indicados preceptos parece desmentir rotundamente, principalmente el artículo 37 en su último párrafo. Finalmente, el artículo 29: que si la fe pública del Registro no se extiende a la mención de los derechos susceptibles de inscripción especial y separada, y por tanto reales, mucho menos podrá alcanzar a los de naturaleza personal. Valga la afirmación, pero repárese en la distinción aquí más necesaria que nunca: el derecho real no debidamente inscrito, sino simplemente mencionado, no puede provocar el efecto protector de la fe pública registral; pero si su mención –en la amplia medida en que la admitía la Ley de 1861, y en la mucho más redu-

el poseedor de la cosa vendida [...] Mas puede suceder que el adquirente haya traspasado la finca a un tercero, y en este caso, si no existiera escrito en el Registro que estaba aplazado el pago, el ejercicio de la acción resolutoria sería imposible, porque la Ley en su artículo 36 establece que las acciones de esta clase no se den contra tercero que haya inscrito su derecho, de cuya disposición hace el artículo 37 algunas excepciones, entre las cuales ocupa el primer lugar la que se refiere a las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro. En consecuencia de esto, el artículo 38 en su disposición tercera añade, que no se rescindirán ni anularán los contratos por no haberse pagado todo o parte del precio de la cosa vendida, si no consta de la inscripción haberse aplazado el pago, a lo que es consiguiente que siempre que esto aparezca en la inscripción, queda a salvo la acción que tiene el vendedor de pedir la resolución del contrato, y por lo tanto, que puede quedar sin efecto el dominio transferido, aunque no se haya estipulado expresamente el pacto de resolución, porque en el hecho de estar inscrito el aplazamiento, se sobreentienden todos los derechos que son su consecuencia legal. La Ley quiere, pues, solamente que por el silencio del Registro no se dé lugar a creer que el precio está satisfecho, que es lo que debería deducirse si nada relativo al aplazamiento se expresara en él, porque de otro modo faltaría al espíritu dominante en toda la Ley, que no permite que se convierta en perjuicio del tercer adquirente ninguna responsabilidad a que esté afecta la finca, cuando no pueda éste tener de ella conocimiento, por carecer de la publicidad que le da el Registro». Sobre su inutilidad en su redacción actual, ROCA SASTRE, *op. cit.*, II, pp. 784-785, en ésta: «Imponer esta constancia registral de los aplazamientos de pago del precio y negarle toda transcendencia registral o hipotecaria constituye un contrasentido».

³⁷⁹ GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, pp. 271-272 y 479 ss.; antes, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, I, p. 462.

³⁸⁰ La expresión entrecomillada es de GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, *cit.*, III, p. 415, quien, con alguna variante, la repite en la 416: «cuestión inútil y de meros ápices de derecho en el Romano y en el nuestro». Refiriéndose a las consecuencias del retracto convencional, y comentando el artículo 1436 del Proyecto, dice: «Por esto en el artículo 1439 [actual 1510 CC] se corta la inútil y sutilísima cuestión de Derecho Romano y Patrio, sobre si la acción del vendedor es meramente personal contra el comprador, o personal y real, de modo que pueda ejercitarse contra el tercer poseedor de la cosa».

cida y especial en que todavía se la puede hoy considerar posible³⁸¹— da noticia registral de su existencia, el conocimiento de éste tendrá que impedir respecto de él el juego inmunizante de la buena fe: lo conocido perjudica al tercero; criterio éste que lo mismo debe valer para el derecho real neto y autónomo, objeto propio de la inscripción especial y separada (art. 32 LH), como para las determinaciones del mismo —cargas o limitaciones reales pasivamente y en cuanto al derecho por ellas modalizado, pero derechos activamente que no llegan a serlo de carácter real y autónomo en cuanto al favorecido— que, sin posibilidad de inscripción separada pero inscribibles como circunstancia o condición del derecho real publicable (art. 51, 6.ª, principalmente) al mismo puedan añadirse. En conclusión, pues: la peculiar forma de ser de nuestro sistema registral, y la supeditación de la protección registral a una buena fe ni tan raquíticamente concebida que se la limite a lo puramente cognitivo ni tan débilmente entendida que se la pueda esquivar y burlar mediante el recurso al artificio de ciertos tecnicismos jurídico-conceptuales, impiden que la máxima alemana y suiza sobre la irrelevancia del conocimiento de los derechos personales pueda aplicarse, puramente y sin más, en nuestro Derecho.

c') El ingrediente de diligencia necesario en la conformación de la buena fe subjetiva, nos lleva a plantearnos todavía otra pregunta: ¿Resulta impedida la buena fe hipotecaria por la noticia que acerca de la situación inmobiliaria inexactamente publicada por el Registro de la Propiedad pudiera efectivamente obtenerse de otros Registros? La pregunta cobra su pleno sentido cuando se la propone pensando en los Registros de valor sustantivo, productores, por ello y en la misma medida que el Registro de la Propiedad, de la cognoscibilidad legal de los datos publicados en ellos³⁸². ¿Puede alegar desconocimiento excusable de lo no inscrito en el Registro de la Propiedad quien pudo tener conocimiento de ello tan solo

³⁸¹ Cfr. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «La mención registral: su justificación y contenido», *RCDI*, 1999, pp. 833-896.

³⁸² Queda así fuera de nuestra perspectiva la afirmación contenida en la ya vista STS de 29 de marzo de 1968, que niega la buena fe respecto a un derecho de retorno arrendaticio no inscrito porque el tercero «pudo muy bien cerciorarse de estas circunstancias sin más que acudir al Registro Público de Solares e Inmuebles de Edificación Forzosa [...] donde consta que el Sr A. y el señor D. —que fue el vendedor— fueron requeridos por el Alcalde a los efectos de ejercitar la opción, por el retorno o por la indemnización». Pudiendo y debiendo constar el retorno arrendaticio en el Registro de la Propiedad (art. 15 RH), la omisión de su constancia en él no debe obligar al tercero, en principio y como criterio general, a buscar información acerca del mismo en otros medios. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la afirmación de esta sentencia que acabamos de transcribir se hace en ella *ad maiorem abundantiam*. En el caso constaba que el tercero comprador «conocía la inexactitud de las manifestaciones del vendedor relativas a la libertad de cargas del solar que adquiría». Esto bastaba para tener por probada su falta de buena fe.

consultando lo que ese otro Registro, habiéndolo publicado, puso tan fácilmente al alcance de su conocimiento? El problema se plantea por razón de la coexistencia de diferentes Registros cuyos respectivos objetos pudieran superponerse tangencialmente de forma tal que lo inscrito en uno pudiera ser de interés en relación con lo publicado en otro como su objeto o materia principal. Es lo que respecto al Registro de la Propiedad puede ocurrir en nuestro Derecho cuando se trata, concretamente, del Registro Civil y del Registro Mercantil. Un cambio de titularidad inmobiliaria que sea efecto de una fusión de sociedades, una distinta calificación de la finca debida a la modificación del régimen conyugal de bienes, o una limitación de la capacidad dispositiva del titular registral, por ejemplo, no revelada por el Registro de la Propiedad pero publicada en el Registro Civil o en el Registro Mercantil, según sea el caso, ¿puede impedir la buena fe del tercero que en su actuación inmobiliaria confía en lo que el Registro de la Propiedad le publica y a ello exclusivamente se atiende?

El problema, apenas tratado en nuestra doctrina, tampoco ha sido objeto de muy detenida atención en la suiza. Deschenaux lo resuelve diciendo que la cognoscibilidad legal resultante de estos otros Registros impide al tercero la buena fe respecto de lo que el Registro de la Propiedad le silencia³⁸³. Solución que considera contraproducente por ser muy infrecuente la consulta a alguno de estos Registros³⁸⁴. Serrano Serrano, dando noticia del régimen registral suizo aquilataba más en él y añadía un dato de mucho interés para la solución del problema en nuestro Derecho. Es cierto que la cognoscibilidad legal resultante de otro Registro puede impedir la buena fe de quien sólo se atiende al Registro de la Propiedad, pero ello sólo ocurrirá cuando la Ley no haya previsto y dispuesto el traslado de oficio a dicho Registro de lo que, como su propia materia, se publi-

³⁸³ DESCHENAUX, *op. cit.*, pp. 641-642: «La bonne foi de l'acquéreur selon l'art. 973 peut être écartée par les inscriptions figurant dans un autre registre. Il faut pour cela qu'elles soient censées connues et qu'elles aient une portée en matière de droits réels. C'est le cas pour le registre du commerce. Certes les inscriptions dans ce registre –qui bénéficient de la publicité dite positive (art. 933 al. I CO) –renseignent-elles avant tout sur des faits intéressant le vie du commerce. Mais certaines d'entre elles opèrent des mutations à titre universel: c'est le cas notamment en cas de fusion de sociétés anonymes [...]. Cela étant, un tiers ne peut se fier à l'inscription des immeubles au nom de l'ancienne société si, après la fusion inscrite au registre de commerce, le registre foncier n'avait pas encore été mis à jour. Une situation analogue se présente pour le registre des régimes matrimoniaux, s'il est vrai que les tiers ne peuvent se prévaloir de ce qu'ils ont ignoré une inscription qui y figure. Ainsi, l'apport en communauté d'immeubles des époux s'opère par l'inscription dans le registre ad hoc et par la publication du contrat de mariage adoptant ce régime (art. 248); dès ce moment, un tiers ne peut plus se fier au maintien dans le registre foncier de la propriété individuelle d'un époux».

³⁸⁴ DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 642, nota 80: «Le résultat est fâcheux, car personne (ou presque) ne consulte le registre des régimes matrimoniaux!».

ca principalmente en otro distinto³⁸⁵. En definitiva, pues, que si el Registro de la Propiedad deja de publicar algo sobre lo que podría y debería dar noticia al tercero, la publicación de ese dato en otro Registro distinto no puede impedir la buena fe de dicho tercero. El silencio del Registro de la Propiedad acerca de algo que en él pudiera constar, no arguye de negligencia al tercero que no emprende su indagación recurriendo a ese otro Registro que, como su propia materia, acaso podría publicarlo.

En nuestra opinión, éste es el criterio que, en principio, debe seguirse en nuestro Derecho, y que, aplicado en él sobre el entramado legal relativo al problema planteado, debe llevar a la inversión de su formulación en la doctrina suiza. ¿Por qué esa inversión? La razón es muy sencilla y patente: porque, rompiendo precedentes también en este punto, nuestra Ley Hipotecaria quiso hacer del Registro de la Propiedad el instrumento que, por sí mismo, diera al tercero adquirente completa seguridad sobre la operación inmobiliaria que se propusiera realizar. Para ello, lejos de limitarse a publicar lo estrictamente relativo a la situación jurídico-real de los inmuebles, admitió también como materia en él publicable todo lo que, en relación con ella, pudiera constituir presupuesto necesario de validez del acto inmobiliario que, realizado a su amparo, a él quisiera acogerse por medio de la inscripción. Aparece ello nítidamente en materia de capacidad dispositiva y de obrar del titular inscrito. Aunque la capacidad de obrar, como dependiente del estado civil de la persona, sea objeto propio del Registro Civil, el Registro de la Propiedad no va a desentenderse de ella, ya que para que el tercero pueda adquirir con plena seguridad no basta con que el transmitente sea efectivo y verdadero titular; es, además, necesario que tenga capacidad para obrar y disponer válidamente en Derecho³⁸⁶. De ahí que la Ley Hipoteca-

³⁸⁵ SERRANO SERRANO, *op. cit.*, p. 39: «Dentro de este apartado hay que examinar el papel que juegan los demás Registros en cuanto a la buena fe. Lo contenido en los demás Registros vale como conocido y destruye, por tanto, la presunción de buena fe, salvo los casos en que la ley o las Ordenanzas prevén el traslado de oficio de ciertos datos al Registro de la Propiedad en los cuales éste hace fe plena. En cuanto a saber si un bien es reservado (propio privativamente de un cónyuge) o no, el Registro es decisivo, y si un bien ha sido inscrito como reservado erróneamente a favor de la mujer y ésta lo enajena sin consentimiento del marido, el tercero puede acogerse a la protección del 973. El Registro de la Propiedad hace fe plena en cuanto a los datos que en él deben figurar, y así, si no figuran en él un tercero puede acogerse a la fe pública, aunque esos datos figuraran en el Registro de regímenes matrimoniales».

³⁸⁶ Cfr. EM 1861, p. 243: *Para adquirir con seguridad bienes inmuebles ó derechos reales, no basta que el vendedor ó el imponente sea dueño de ellos; tampoco es suficiente que no estén los bienes afectos á otras cargas; es además necesario que el que enajena, que el que trasmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Solo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. Si la ley no atendiera, pues, á que la capacidad de la persona constara en el registro, su obra sería incompleta y no produciría frecuentemente el efecto apetecido.*

ría admita a inscripción en el Registro de la Propiedad las resoluciones relativas a tal capacidad (art. 2.4.º LH) y permita que en el mismo se anoten preventivamente las demandas dirigidas a obtenerlas (art. 42.5.º LH). Nuestro Registro de la Propiedad, sin dejar de ser tal, es, a la vista de este dato y según decía Gómez de la Serna, un Registro «de derechos e incapacidades»³⁸⁷. La consecuencia que de aquí debe seguirse es clara. Si el Registro de la Propiedad puede y debe dar noticia de la incapacidad del titular inscrito, ¿cómo va a impedir la buena fe del tercero una inscripción de incapacidad publicada en el Registro Civil pero no practicada en el de la Propiedad³⁸⁸? Algo similar puede decirse acerca del posible influjo del matrimonio y del estatuto conyugal de los bienes sobre las titularidades y los derechos inscritos en el Registro de la Propiedad. La condición de los bienes (arts. 90-96 RH), su estatuto, convencional u *ope legis* (arts. 1333 y 1436 CC), y los hechos o vicisitudes que pueden afectarles (art. 102 CC), deben constar, además de en el Registro Civil (art. 266 RRC) y en el Mercantil, en su caso (arts. 87.6.º y 386.6.º RRM), en el Registro de la Propiedad. ¿Cómo, pues, exigir del tercero que, para la práctica de una operación inmobiliaria, tenga que emprender en otros Registros la búsqueda de lo que debería encontrar en el Registro de la Propiedad?

De acuerdo con el criterio propuesto resolvió la STS de 26 de mayo de 1994 el problema de una adquisición inmobiliaria en la que el transmitente, un cónyuge, apoderado por el otro y en representación de éste, actuaba sobre la base de un apoderamiento extinguido al tiempo de la transmisión por consecuencia de su separación conyugal (art. 102 CC): no puede negarse la buena fe del tercero en el caso, ya que «tratándose de un negocio jurídico inmobiliario, no tenía con lógica racional que sospechar de una situación anómala en el estado civil de mandante y mandatario –marido y mujer– máxime cuando pudo muy bien [el cónyuge poderdante] no sólo anotarlo preventivamente en el Registro de la Propiedad al momento de la demanda de separación. [...] Ante esta situación –dice la sentencia– es evidente que el tercero civil de buena fe está protegido por la ley con base en la seguridad jurídica y del tráfico inmobiliario, sin que pueda sufrir perjuicio por la negligencia del mandante [...] ya que los

³⁸⁷ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, pp. 221-222: «No es en el registro de estos derechos e incapacidades la propiedad lo que siempre se inscribe, aunque en unos casos la inscripción sea de un derecho en la cosa que modifique y limite la propiedad y en otros venga ésta a ser protegida poniéndose de manifiesto la verdadera situación legal de las personas y la nulidad de los actos en que tienen participación activa, o de los contratos que celebran...».

³⁸⁸ Remitimos para el desarrollo y argumentación de esta materia a lo que al respecto dejamos dicho en «El objeto de la publicidad...», *cit.*, pp. 545-595 y, anteriormente, en *Capacidad, incapacidades y seguridad de los contratos*, Madrid, 1986, pp. 82-199, esp., 195-196.

terceros compradores se atuvieron a las circunstancias racionales del caso: posesión de poderes, declaración de su vigencia y falta de constancia en el Registro de la Propiedad de esa revocación de poderes producida *ope legis* por la sentencia de separación conyugal»³⁸⁹. La misma doctrina había sido ya mantenida en un caso distinto por la Dirección General de los Registros, en Resolución de 25 de mayo de 1984. Se trataba ahora de discernir cuál de los posibles terceros en conflicto debería ser legalmente protegido en un caso de emancipación no inscrita en el Registro Civil. En rigor, esta falta de inscripción de la emancipación nos saca del problema que aquí venimos tratando; no obstante, la Resolución va a entrar a distinguir el diferente carácter y objeto del Registro Civil y el de la Propiedad³⁹⁰, y va a sentar como doctrina que al tercero que se propone una adquisición inmobiliaria le basta atenerse a lo que respecto al titular inscrito se publique en el Registro de la Propiedad³⁹¹.

³⁸⁹ «Cuando el razonamiento del motivo, como en este caso, se apoya en los artículos 102. 2.º y 106, ambos del Código Civil, habida cuenta de la sentencia de separación conyugal que invalida la escritura de mandato con representación, lo hace simplismente, sin parar mientes que la calificación de buena fe de los compradores, que hay que mantener aquí puesto que, aun siendo tal calificación una valoración jurídica, no han sido destruidos los hechos-base de los que se deduce tal calificación, cual es la ignorancia de la existencia de esa sentencia de separación conyugal y la consiguiente revocación de poderes que fueron subrepticamente utilizados en la comparecencia de la escritura notarial con afirmación de su vigencia para la formalización del contrato de compraventa; ignorancia que se apoya con lógico y racional sentido de las cosas ante una tal declaración y la posesión de la escritura de mandato representativo de su marido por su mujer, sin constancia alguna en contrario en el Registro de la Propiedad, ya que dicha escritura no tuvo acceso a dicho Organismo Inmobiliario hasta el 14 de octubre de 1987, por lo que a la fecha de la escritura de compraventa todo aparecía a ojos de un tercero con una transparencia que no ha sido destruida por la prueba de una eventual convivencia entre la mujer y los terceros compradores, que, tratándose de un negocio inmobiliario, no tenían con lógica racional que sospechar de una situación anómala en el estado civil de mandante y mandatario...».

³⁹⁰ «Cdo., Que, como el Registro Civil es un Registro del estado y condición civil de la persona, y no de cada uno de los actos de gestión realizados sobre los distintos derechos subjetivos (para lo que están los Registros de bienes), es necesario referir el precepto que, según el citado art. 318 [CC] ampara al tercero, al ámbito que, según su *ratio*, le es propio y que ya ha sido señalado [...]; y, en cambio, es necesario no extender más allá el amparo que aquel precepto otorga al tercero hasta el punto de estimar incluso que, además en colisión producida entre los derechos adquiridos por aquel tercero y los adquiridos por otros en virtud de actos realizados regularmente por el emancipado mismo con arreglo a las normas que rigen su nuevo estado civil, siempre hubiera de vencer el tercero que ignoraba la emancipación y de tal modo que, en beneficio de éste, el acto realizado directamente por el emancipado hubiera de considerarse un acto viciado».

³⁹¹ «Cdo., Por el contrario, que siendo unos y otros actos –los realizados directamente por el emancipado y los realizados por el representante legal–, suficientes para la adquisición legítima de los derechos –los primeros, por su concordancia con las normas ordinarias y los segundos por una disposición excepcional protectora de terceros–, la posible colisión de los derechos debe resolverse no ya por las normas que rigen la publicidad de la capacidad o de la consiguiente potestad sustitutoria de gestión –que ya han tenido su efecto en el ámbito que le es propio– sino por las reglas ordinarias que resuelven la colisión de los derechos, según la respectiva naturaleza real o personal de los mismos y con aplicación, en su caso, de las normas que rigen la publicidad ya no del estado civil sino de los derechos mismos en los distintos Registros de bienes».

Aun cuando la estimación de la buena fe sea cuestión a resolver prudente y ponderadamente *super casum*, creemos que el criterio indicado es el que debe guiarla como norma general en nuestro Derecho. Nuestro Registro de la Propiedad no sólo se concibió y estructuró de forma tal que el folio relativo a la finca diera información completa sobre ella al interesado en adquirirla (art. 13 LH)³⁹², sino que quiso además traer a sí toda la información necesaria para su eficaz adquisición y transmisión, evitando de este modo al tercero la necesidad de ulteriores o complementarias pesquisas en cualquier otro Registro.

c) **Determinación del *cuándo* en que es necesaria**

El efecto protector del principio de fe pública registral presupone el desenvolvimiento de un conjunto de actuaciones que, aunque tendentes a un resultado adquisitivo cuya consumación se produce *uno ictu*, tiene que desarrollarse en el tiempo mediante la realización de actos distintos y temporalmente sucesivos. ¿Cuándo es necesaria la buena fe del tercero: cuando el mecanismo adquisitivo se pone en marcha o cuando se consuma? Y, conectada con esta

³⁹² *Vid.*, sobre ello STS de 12 de junio de 2003: «La cuestión jurídica parte de la presunción de exactitud registral, expresión de la eficacia del sistema registral, y en la misma, la presunción *juris et de jure*, plasmada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, conocida como principio de fe pública registral que protege decisivamente al adquirente que es un tercero hipotecario, haciendo que lo que no consta en la inscripción registral no le afecta, en el sentido de que se le mantiene, cuando adquiere de buena fe y a título oneroso, en su adquisición, confiando en lo que expresa el Registro. Los requisitos presupuestos para la aplicación del principio los enumera el primer párrafo de dicho artículo: adquisición de un derecho de quien aparezca en el Registro con facultades para transmitirlo, buena fe, a título oneroso e inscripción del derecho. Todos los requisitos parecen concurrir en el presente caso. Sin embargo, las sentencias de instancia le niegan el primero de ellos, ya que en el Registro de la Propiedad consta también la inscripción de las fincas reivindicadas a favor de la Fundación demandante. Lo cual es cierto, pero esta inscripción no se halla en el folio registral de la finca adquirida. Cuando el artículo 34 de la Ley Hipotecaria prevé la protección *juris et de jure* al tercero hipotecario, lo hace sobre la base de que le alcanza siempre que la causa que haga ineficaz su adquisición [...] no conste en el mismo Registro, lo cual significa que no consta en el folio real de la finca en cuestión, es decir, que el tercero hipotecario confía en la transmisión y la adquisición, basado en lo que expresa el folio real de la finca objeto de su adquisición; pero no, en lo que pueda resultar del conjunto de los libros del Registro, como si se obligara a todo adquirente, si quiere ser considerado tercero hipotecario, a realizar una exhaustiva investigación para comprobar si en el Registro aparece, en otro folio real de otra finca, una causa de ineficacia que pueda alcanzar a su adquisición. Esto es lo aquí ocurrido. Los codemandados adquirieron su finca al amparo de lo que constaba en el Registro, en el folio real de la misma, y no les afecta lo que consta en unas fincas distintas que, según se ha comprobado, fueron absorbidas tabular y materialmente por S., S. A. [...] En este sentido, dice la Sentencia de 27 de marzo de 1984: “le ampara la fe pública registral que, si de una parte cubre y garantiza la extensión de los derechos reales inscritos, actúa de otra con la base que le presta la hoja registral y por tanto no obliga al tercero a una consulta general del Registro, ni siquiera a la de los asientos de otras fincas de la misma procedencia que la de su interés”».

pregunta, otra: ¿cuándo se consuma la adquisición protegida por el principio de fe pública registral: cuando el tercero adquiere –o parece adquirir– o cuando inscribe su adquisición? La formulación de estos interrogantes nos pone ya en la pista de la más adecuada y correcta formulación de la cuestión que en este punto se plantea: ¿Es la buena fe exigida al tercero un requisito de verificación instantánea, referible al momento –uno en sí, lógica y temporalmente– de la adquisición, o consiste en un estado subjetivo temporalmente duradero y concretamente coextenso con el desenvolvimiento del proceso adquisitivo en cuya sanación y mantenimiento va a cifrarse el efecto de la fe pública registral? Generalmente no es así como se propone el problema. De ordinario, el aspecto temporal de la buena fe del tercero suele plantarse con referencia a un momento determinado. La diversidad de opiniones consistirá en determinar a cuál de los posibles momentos debe referirse la buena fe. Implica este planteamiento que tal buena fe es requisito referible a un solo paso del proceso adquisitivo, y no a todo su desarrollo; lo que, a su vez, supondría dar por parcialmente resuelto el problema en la que, a nuestro juicio, es su verdadera y entera dimensión.

Planteada, pues, la cuestión, podemos avanzar ya que su solución no es pacífica en nuestra doctrina. Convendrá por ello que antes de entrar en ella amplíemos nuestra perspectiva atendiendo al Derecho comparado. En la doctrina suiza se entiende que la buena fe del tercero es referible al momento de la adquisición (art. 973 CC); momento que vendría a coincidir con el de la inscripción del derecho adquirido, ya que en Suiza, como se sabe, la inscripción es normalmente constitutiva (arts. 656 y 971-972 CC)³⁹³. Resolver de este modo el problema, supone, además de fijar el momento en que la buena fe es necesaria, dar por supuesto que su necesidad se limita el momento temporal de la adquisición. Las particularidades que al indicado criterio puedan añadirse se refieren más a situar la buena fe en el momento de la adquisición cuando ésta no coincide con el de la inscripción, que a plantear la necesidad de su prolongación en el espacio que va del uno al otro de tales momentos³⁹⁴. Da todo la

³⁹³ Cfr. DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 639: «d) *Le moment à considérer*.- La bonne foi doit en principe exister au moment de l'acquisition du droit réel ou de l'extinction de celui-ci. Quand l'acquisition ou l'extinction s'opère moyennant inscription au registre foncier, c'est au moment de la réquisition correspondante au journal qu'il faut se reporter, en raison de la rétroactivité statuée par l'art. 972 al. 2».

³⁹⁴ DESCHENAUX, *op. et loc. ant. cit.*, «Quand l'acquisition ou l'extinction s'opère par un autre mode, on considère le moment où celui-ci produit légalement ses effets: par exemple, pour un jugement, la date de son entrée en force. En cas de transfert d'un droit réel autre que la propriété d'un immeuble (servitude personnelle cessible, droit de gage immobilier garantissant une créance) ou de constitution d'un usufruit ou d'un droit de gage mobilier sur ces droits, c'est le moment où ces actes deviennent parfaits selon les règles applicables, qui est déterminant pour juger de la bonne foi de l'acquéreur».

impresión de que el problema, quizá por reputarse sencillo, no ha atraído la atención de la doctrina ni ha provocado su discusión más detenida y a fondo. Tampoco en Alemania este mismo problema constituye hoy una cuestión disputada. El segundo párrafo del § 892 del BGB lo ha resuelto expresa e inequívocamente: si para la adquisición es necesaria la inscripción, lo decisivo es el momento en que ésta tiene lugar –retrotraído, naturalmente, al del asiento de presentación–; pero si el acuerdo transmisivo es posterior a la inscripción será al momento de aquél cuando haya de darse la buena fe del tercero ³⁹⁵. También aquí la buena fe se entiende como situación que ha de darse puntual e instantáneamente en el tiempo; y también, aquí como en Suiza, ese instante es aquel en el que se completa o perfecciona el mecanismo adquisitivo, lo que normalmente ocurre al inscribirse la adquisición ³⁹⁶. Ni lo que después de la adquisición pueda ocurrir cuenta ya a estos efectos (*mala fides superveniens non nocet*) ³⁹⁷ ni lo que ocurriera antes tiene ya interés ³⁹⁸. Lo decisivo es el momento de la inscripción, en tanto en cuanto en él se completa o perfecciona el proceso adquisitivo y se produce la adquisición.

Con este dato comparado a la vista, y teniendo en cuenta que en nuestro Derecho la inscripción no es constitutiva, nuestra doctrina vendrá a sostener que es en el momento adquisitivo previo a ella cuando el tercero ha de estar en situación de buena fe. Esta es la tesis prácticamente común entre nuestros autores ³⁹⁹; la que pasa por ser también la tesis seguida por la jurisprudencia ⁴⁰⁰, y la que,

³⁹⁵ § 892, 2 BGB.: «Ist zu dem Erwerbe des Rechtes die Eintragung erforderlich, so ist für die Kenntnis des Erwerbers die Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung oder, wenn die nach § 873 erforderliche Einigung erst später zustande kommt, die Zeit der Einigung maßgebend».

³⁹⁶ STAUDINGER-GURSKY, *op. cit.*, ad § 892, Rz 146, 1: «[...] muß der betreffende unrichtige Buchlage jedenfalls in dem Augenblick bestanden haben, in dem sich der unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens stehende Rechtserwerb vollendet; also regelmäßig im Zeitpunkt der Eintragung des Erwerbers» (cva. del a.); *vid.*, también, Rz 157-161.

³⁹⁷ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Sistemas hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán», *Estudios...*, I, cit., p. 109: «[...] y el conocimiento posterior de la inexactitud no le perjudica (*mala fides superveniens non nocet*)».

³⁹⁸ STAUDINGER-GURSKY, *op. cit.*, Rz 146, 1: «Das RG hatte früher angenommen, daß die dem Erwerber günstige unrichtige Buchlage darüber hinaus auch schon im Zeitpunkt des "den Erwerb vermittelnde Rechtsgeschäfts" (und nicht nur, wie es bei MünchKomm-WACKE Rz 58 heißt, bei der Stellung des Eintragungsantrags) gegeben gewesen sein müsse [...] Diese Erwägung war allerdings nicht tragfähig. Die Tatsache, daß § 892 nicht das Erfordernis des guten Glaubens aufstellt, sondern umgekehrt die Unredlichkeit des Erwerbers zum Hinderungsgrund für den gutgläubigen Erwerb erklärt, macht zugleich deutlich, daß der Inhalt des Grundbuchs für den Entschluß des Erwerbers, das fragliche Rechtsgeschäft abzuschließen, in keiner Weise ursächlich gewesen sein muß [...]. Das RG hat sich denn auch später selbst korrigiert [...]».

³⁹⁹ La siguen, e. c., DE CASSO, *op. cit.*, pp. 201-202; COSSÍO, *op. cit.*, p. 224; VALET, «La buena fe...», cit., pp. 449-450; PEÑA, *op. cit.*, p. 602; Díez-PICAZO, *op. cit.*, pp. 460-461; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La exteriorización...*, cit., p. 173.

⁴⁰⁰ En la reciente jurisprudencia, para una aplicación de este criterio, *vid.* STS de 14 de noviembre de 2002, que engarza en una línea jurisprudencial de la que son

por fin, a punto estuvo de ser llevada al texto mismo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en el Anteproyecto Porcioles⁴⁰¹. Tesis, no obstante, que, de entrada, ya provoca una seria y bien fundada reserva: En Alemania y Suiza tanto la adquisición derivativa ordinaria como la adquisición *a non domino* están igualmente sometidas al requisito de la inscripción; en nuestro Derecho, en cambio, la adquisición derivativa ordinaria se perfecciona y culmina, de acuerdo con el sistema del título y el modo, por efecto de la tradición que da cumplimiento al contrato. Pues bien, no siendo la adquisición sanada por la fe pública registral una adquisición derivativa ordinaria, ¿cómo situar en ella el momento adquisitivo en el de la tradición, cuando, a más de ella y como requisito imprescindible para su consumación el artículo 34 exige el paso ulterior de su inscripción? A nuestro juicio la pregunta que así acaba de formularse tiene entidad y peso suficiente para no dar por cierta e indiscutible, en tanto que común, la opinión que, distinguiendo entre adquisición e inscripción, manda atender a la primera para situar sólo en ella el «momento» en que el tercero necesita estar de buena fe para lucrar los efectos de la fe pública registral.

Antes de entrar a indagar la solución al problema será conveniente situarlo exactamente circunscribiéndolo entre sus posibles extremos. Obviamente queda fuera de él el caso de quien adquiere de titular registral y con buena fe, esto es: desconociendo la inexactitud del Registro, pero después se abstiene de inscribir. Sin la inscripción de su derecho no se puede pensar en la aplicación del principio de fe pública registral. Pero, desde los términos en que la cuestión se plantea en nuestra doctrina, tampoco cabe entender, sin más, que puesto que hasta esta segunda inscripción no hay tercero hipotecario, necesariamente tiene que ser a ese momento de la inscripción al que haya de referirse la exigencia de la buena fe. Resolver así, de entrada y sin más, supone entender que la concurrencia de los requisitos que impone el artículo 34 de la Ley Hipotecaria ha de producirse simultáneamente⁴⁰²; lo cual, no obstante ser por

exponente, entra otras, las SS de 29 de marzo de 1960, 2 de julio de 1965, 31 de enero de 1975, 25 de marzo de 1988, 19 de julio y 13 de diciembre de 1989. En general, para el análisis de la jurisprudencia en este punto, CLEMENTE MEORO, «Sobre el momento en que ha de ser de buena fe el tercero hipotecario», en *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello*, Valencia, 2002, pp. 139 ss.

⁴⁰¹ Puede verse en *Las Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*, III, cit., p. 6: «Se estimará que ha habido mala fe cuando se acredite que el adquirente, en el momento de la adquisición, tenía conocimiento perfecto de la inexactitud registral, aunque ignorase sus causas».

⁴⁰² CANO TELLO, *Iniciación...*, cit., p. 276: «Por nuestra parte, opinamos que debe existir también [la buena fe] en el momento de inscribirse la adquisición en el Registro, porque los requisitos del art. 34 deben ser concurrentes en el tiempo; deben darse a la vez los cuatro requisitos».

demás razonable, implicaría desde el punto de vista de la común opinión incurrir en una petición de principio. Admitiendo, pues, los términos en que tal opinión plantea el problema, vendría éste a consistir en si el requisito de la buena fe se refiere en el artículo 34 al tiempo de la adquisición o si hay que ponerlo en relación con el momento posterior de la inscripción. Para que tal problema se produzca será necesario, por tanto, que el tercero, después de llevado a efecto el acto adquisitivo de buena fe, demore la inscripción de su adquisición; en todo caso, que al solicitarla le sea ya conocida o registralmente cognoscible la inexactitud registral que ignoró al tiempo de la adquisición. ¿Puede invocar entonces el *mala fides superveniens non nocet?*; ¿cabe alegar ahora la buena fe que entonces se tuvo pero en la que ya no se puede permanecer?; ¿es posible retrotraer los efectos de la inscripción de tal forma que, sin buena fe actual, por ella quede sanada una adquisición pretendida y emprendida en situación de buena fe? Tres son las formas de solución que en nuestra doctrina se han propuesto al problema así planteado: la buena fe es necesaria y basta en el momento de la celebración del contrato de finalidad transmisiva, en el de la adquisición, o en el de la inscripción ⁴⁰³. Tratemos de sopesar cada una de ellas para terminar razonando la que, a nuestro juicio, mejor se aviene a la peculiaridad de nuestro Derecho.

La buena fe, según la primera de las opiniones indicadas, sería necesaria sólo en el momento de la celebración del contrato. Es ésta, obviamente, la tesis que más reduce, desde el punto de vista temporal, el juego de la buena fe en el proceso de la adquisición. Aunque, en principio, todas la refieren a un momento temporal concreto, aquí se la sitúa en el que da comienzo al *iter* de la adquisición, permitiendo de tal forma que los que le siguen puedan producirse cuando el adquirente está ya en conocimiento de la inexactitud registral. Contaría esta tesis con el apoyo literal de algunas sentencias del Tribunal Supremo ⁴⁰⁴, y ha sido doctrinalmente sostenida, algo confusamente, por Lacruz ⁴⁰⁵, a cuya opinión se han sumado posteriormente García García, con mayor precisión y nuevos argumentos ⁴⁰⁶, y, no tan decididamente, Monserrat Valero ⁴⁰⁷. En la

⁴⁰³ CLEMENTE MEORO, *op. cit.*, pp. 141-142, añade una cuarta posibilidad, siguiendo a GARCÍA-GARCÍA, referir la buena fe al momento del otorgamiento del título inscribible.

⁴⁰⁴ Así la STS de 26 de febrero de 1949, que dio motivo a la nota de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral y otros problemas», *ADC*, 1949, pp. 1231-1244, y las de 24 de abril de 1962, 22 de noviembre de 1963 y 12 de noviembre de 1970.

⁴⁰⁵ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 189.

⁴⁰⁶ GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, pp. esp., 349-351.

⁴⁰⁷ MONSERRAT VALERO, *op. cit.*, pp. 260-261: «Pero parece más acertado argumentar —dice— [...] que la buena fe debe existir en el momento de la creación del título y no es necesario que subsista hasta la inscripción...».

realidad, esta primera opinión no se diferenciaría mucho de la de quienes sostienen que el momento decisivo para la concurrencia de la buena fe es el de la adquisición. Realizada ésta con vista a su ingreso en el Registro, se la documentará en escritura pública (art. 3 LH), y en tal caso, no resultando de ésta lo contrario (art. 1462 CC), su otorgamiento, haciendo de tradición o entrega, vendrá a hacer coincidir el momento del contrato con el de la transmisión del derecho que con él se pretende adquirir. Pero las cosas no tienen por qué producirse siempre así. El contrato tendente a la transmisión puede también otorgarse por documento privado o incluso verbalmente, y en el rigor de esta primera opinión habría de entenderse que es a la fecha de aquel contrato a la que habría de referirse el requisito de la buena fe; claro está que añadiendo la necesidad, al menos, de que, al plantearse aquí un problema de terceros, el contrato se haya documentado y de su fecha quede constancia fehaciente (art. 1227 CC). Limitación importante y reveladora a las claras de que el puro concierto contractual y la situación subjetiva de quienes como partes lo contraen poco puede decidir cuando andan por medio intereses y derechos de terceros ⁴⁰⁸.

¿Cuál es la argumentación principal de esta primera opinión? Que es entonces, en el momento del contrato, cuando se produce el acto de voluntad necesitado de la buena fe para su protección en Derecho ⁴⁰⁹. Lo que ocurra antes o después carece, pues, de interés ⁴¹⁰. Lo que se requiere y basta es estar de buena fe al tiempo de decidir la adquisición y concertarla. A este principal argumento se han añadido posteriormente otros dos: que si hubiera de atenderse a la adquisición, como se sostiene por los partidarios de la común

⁴⁰⁸ Cfr. al respecto, CLEMENTE MEORO, *op. cit.*, p. 154, con invocación de la STS de 27 de mayo de 1959.

⁴⁰⁹ LACRUZ-SANCHO, *op. et loc. ant. cit.*, «[...] el conocimiento debe existir en el momento en que la voluntad pone en movimiento el mecanismo de la creación del título inscribible, pues es entonces cuando puede influir en la formación de esa voluntad»; GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, p. 351: «2.º) Porque, de acuerdo con la finalidad del requisito de la buena fe y su carácter de hecho intelectual, su formación coincide con la de la declaración de voluntad negocial, sin tener nada que ver ni con el momento de la tradición ni con el de la inscripción. [...] 4.º) Porque desde el punto de vista «realista» y de la lógica del requisito, es mucho más adecuado referir la buena fe al momento en que se celebra el contrato, que es cuando el adquirente sopesa la situación existente y la tiene en cuenta para cerrar o no el contrato, que atenderse a un momento posterior como el de la tradición, caso de que no coincida con aquél, pues éste responde a un momento ulterior en que ya no tiene remedio la actitud intelectual plasmada en la firma del contrato» (cvas. del a.); MONSERRAT VALERO, *op. cit.*, p. 261: «[...] no porque en ese momento se adquiera el derecho real, sino porque en ese momento interviene la voluntad del adquirente para la adquisición del derecho real, siendo la inscripción mera consecuencia mecánica, y la tradición una consecuencia obligada».

⁴¹⁰ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, *ib.*, «La buena fe ha de tenerse, pues, en el momento de contratar, y no basta haberla tenido en otros, anteriores o posteriores: antes, no es suficiente, y después, ha precluido la oportunidad de invocar la protección del Registro».

opinión, habría que esperar, en el caso de la adquisición sanada por el principio de fe pública registral, al momento de la inscripción⁴¹¹; y que cuando el artículo 34 de la Ley Hipotecaria habla de tercero que adquiere algún derecho se está refiriendo a un momento anterior a la inscripción, puesto que siendo el *modo* ajeno a la Ley Hipotecaria, hay que entender que la expresión legal se refiere al título adquisitivo, esto es: al contrato⁴¹². En nuestra opinión, ninguno de estos argumentos tiene fuerza probatoria suficiente, y contra el sentido de esta primera tesis se alzan motivos en el ordenamiento que fuerzan a rechazarla.

Decíamos antes que Lacruz, su primer valedor, la proponía confusamente. Basta en efecto atender a las líneas que le dedica para comprobar que la propone no como una alternativa a la tesis de Roca Sastre, sino conviniendo con ella y oponiéndose a la que ordena atender al momento de la inscripción. Es cierto que literalmente se refiere Lacruz al contrato, y que en su argumentación atiende a la formación de la voluntad que da vida al contrato, lo que en rigor da pie para pensar que su tesis es distinta a la que propugna atender al momento de la adquisición; pero tampoco puede descartarse que cuando Lacruz razona su posición está pensando en el caso ordinario en que contrato y adquisición se producen simultáneamente con el otorgamiento de la escritura pública en que aquél se documenta (art. 1462 CC). De ser ello así, esta primera tesis habría perdido el argumento extrínseco proveniente de la autoridad de su principal valedor. Aparte ello, sostener que si, con la común opinión, se atiende al momento de la adquisición habría que situar la buena fe en la inscripción y no en la tradición, únicamente puede servir para combatir la tesis dominante pero no para fundamentar la que contra ella se propone llevando la buena fe al momento de la celebración del contrato. Por otra parte, entender que el artículo 34 se refiere al título adquisitivo y no al modo cuando habla del tercero que de buena fe adquiere algún derecho, además de forzar la letra lisa y llana del texto legal, no hace justicia a la forma en que nuestra Ley Hipotecaria se refiere a los derechos

⁴¹¹ GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, pp. 350-351: «1.º) Porque si se atiende al momento de “adquisición del derecho”, como hace la doctrina dominante, es absurdo no atender al momento de la inscripción, tanto en la hipoteca como en el supuesto del artículo 34 LH, pues en ambos casos, la inscripción opera como elemento determinante de la adquisición, mucho más que la tradición instrumental, pues en la hipoteca la tradición no existe y en las adquisiciones *a non domino* del artículo 34 LH, la tradición no tiene la fuerza suficiente para provocar tal tipo de adquisiciones».

⁴¹² GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, p. 351: «3.º) Porque, evidentemente, el artículo 34 LH se refiere a un momento anterior a la inscripción, cuando dice *adquiera algún derecho*, pero se refiere al *título adquisitivo* y no al *modo*, pues la Ley Hipotecaria se refiere a los títulos inscribibles» (cvas. del a.).

inscribibles en el Registro de la Propiedad y al modo y medio de su registración o inscripción: cuando la Ley habla de «títulos» en el artículo 2 está haciendo referencia a *la escritura en que se hace constar el acto o contrato en virtud del cual se acredita el derecho que se tiene «en» la cosa*⁴¹³. Es indudable: si la escritura acredita el derecho de quien inscribe *en* la cosa, lo que al Registro llega y lo que al mismo interesa no es el contrato de finalidad traslativa en sí mismo, sino ese contrato en cuanto causa del derecho que por efecto de él se ha adquirido mediante la tradición instrumental operada por la escritura pública que sirve de soporte documental a la inscripción. Finalmente, pretender que la buena fe sanadora de la adquisición en aplicación del principio de fe pública registral haya de situarse en el momento del contrato, sin necesidad de prolongarse hasta la consumación del proceso adquisitivo, pondría al principio de fe pública registral en oposición con sus paralelos sistemáticos próximos y remotos. Pensamos al hablar de paralelo próximo en la adquisición mobiliaria *a non domino*. Para que ésta se pueda producir no basta con que el tercero haya contratado de buena fe sobre la cosa que se propuso adquirir; es necesario, además, que en razón de dicho contrato haya entrado en su posesión: la *posesión* de los bienes muebles adquirida de buena fe es lo que, según el artículo 464 del Código Civil, equivale al título. E igualmente, en el paralelo remoto de la adquisición *a non domino* que es la usucapción ordinaria, el justo título no pasa de ser la envoltura que justifica y da causa al dato principal y básico de la posesión (art. 1940 CC). A la vista de estos datos hay que convenir, nos parece, que sería una muy extraña forma de adquisición *a non domino* aquella que necesitara una buena fe referible sólo al contrato adquisitivo, y relevante, por tanto, antes de que por la tradición se haya entrado en la posesión de la cosa que por él se quiso adquirir.

Objetando de este modo la anterior solución, nos hemos situado ya en la posición que ha llevado a la común opinión a entender que es al momento de la adquisición al que hay que atender para calificar la situación subjetiva del tercero y exigir en él el requisito de la buena fe. Al momento de la adquisición se atiende, como vimos, en Alemania y Suiza; la diferencia consiste en que mientras en éstas la adquisición se produce normalmente al tiempo de la inscripción, en nuestro Derecho, no siendo la inscripción constitutiva, la adquisición habrá de entenderse producida cuando, en cumplimiento del contrato de finalidad traslativa, se produzca la tradición. Éste es, en

⁴¹³ La expresión es de GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 250. Sobre ella y su significado tenemos que remitirnos a nuestro estudio sobre *El objeto de la publicidad...*, cit., pp. 537-544.

sustancia, el criterio mantenido por nuestra común doctrina ⁴¹⁴; criterio que se completa, particulariza o excepciona del siguiente modo: *a)* Siempre, advirtiendo que aunque sea al momento de la adquisición al que debe atenderse, para que el efecto sanante del principio de fe pública registral se produzca hay que esperar al momento de la inscripción de aquella adquisición, lo que supone atribuir a esta última –o al resultado sanante entonces nacido– el efecto retroactivo reclamado por la necesidad de su conexión con el momento temporal en que la adquisición legalmente protegida y sanada tuvo lugar ⁴¹⁵. *b)* Generalmente –Roca Sastre constituye aquí la excepción–, advirtiendo que en el caso concreto de la hipoteca, al coincidir en ella la adquisición con la inscripción, es el momento de la inscripción el que cuenta ⁴¹⁶. Y, *c)*: singularmente –es Vallet de Goytisolo quien lo sostiene–, excepcionando el criterio normal que ordena atender al momento de la adquisición cuando al tiempo de la inscripción, por aplazamiento total o por impago, el precio de la adquisición no haya sido satisfecho ⁴¹⁷.

⁴¹⁴ ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, I, cit., p. 695: «Este momento [...] es en el que queda *concluso en negocio jurídico de adquisición por el tercero* [...]. Tal momento no es, pues, el de la *inscripción* [...]» (cvas. del a.); COSSÍO, *op. cit.*, p. 224: «El momento decisivo para determinar la buena fe, será el de la adquisición del derecho y no el de la presentación del título para su inscripción, rigiendo aquí el principio “*mala fides superveniens non nocet*”»; VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe...», cit., p. 449: «con lo dicho hemos localizado el momento de la adquisición *a non domino*, que es el del otorgamiento del título con valor de tradición a favor del tercero de buena fe. No, como cree SANZ, en el momento de la inscripción»; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 460: «Nosotros creemos como la doctrina general que la buena fe hay que referirla al momento de celebración del negocio adquisitivo sin que tenga que perdurar hasta el momento de la inscripción»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 602: «¿En qué momento ha de tener el adquirente buena fe? Según la jurisprudencia el adquirente debe ser de buena fe en el momento de la adquisición (tradición), sin que sea necesario que persista hasta la inscripción».

⁴¹⁵ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 701: «La fe pública registral sólo desplegará su función protectora de tal adquisición una vez ésta haya ingresado y sido inscrita en el Registro, pero *remontándose* al tiempo de haberse producido el referido negocio jurídico de adquisición» (cva. del a.); DE CASSO, *op. cit.*, p. 202: «Y a éste [al tercero adquirente] ampara la inscripción con efecto retroactivo: desde que adquirió el derecho, si entonces tuvo buena fe».

⁴¹⁶ Para la referencia al problema y manteniéndose en los términos de la opinión mayoritaria, cfr. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 461: «Algunas dudas ha suscitado el negocio de constitución de hipoteca, pues como la hipoteca no se adquiere ni constituye nunca extrarregistralmente, sino que en ella la inscripción es constitutiva, parece que la buena fe, ligada al momento adquisitivo, debe existir no sólo en el momento del otorgamiento de la escritura pública, sino en el momento de la inscripción». En cambio, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 702: «Nosotros creemos que es indiferente en esta cuestión que sea declarativa o constitutiva la inscripción: porque el artículo 34 de la ley Hipotecaria no distingue; porque la sentencia de 8 de abril de 1912, en materia de constitución de hipoteca, exige que la buena fe del prestamista adquirente de la hipoteca exista al tiempo de “otorgar el préstamo”; porque la razón práctica y la dogmática expuesta antes tiene idéntica aplicación cuando la inscripción sea constitutiva que cuando es declarativa; porque en nuestro sistema inmobiliario registral no es posible referirse al juego de la inscripción constitutiva de los regímenes alemán y suizo, debido a que en éstos no se da la radical separación entre el negocio adquisitivo y el Registro que impera en nuestro sistema, pues carece incluso de los dispositivos adecuados con que aquéllos cuentan; etc.».

⁴¹⁷ VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, pp. 449-450: «Respecto a la primera cuestión [la determinación del momento en que el tercero adquirente debe tener buena fe] nos abona la

¿Argumentos que sirven de apoyo a esta segunda opinión? Como más general y de fondo, el ya tantas veces indicado: que es al momento de la tradición cuando se produce la adquisición necesitada de la buena fe para su protección; o que es entonces cuando se produce el acto del tráfico que la fe pública registral se propone sanar⁴¹⁸. No es sin embargo esta razón la que como decisiva esgrime Roca Sastre: lo que definitivamente cuenta, en su opinión, es la consideración «realista» de que, normalmente, sólo tras la consulta al Registro y a la vista de la información proporcionada por éste, forma el tercero su decisión de adquirir⁴¹⁹. Aparte estas razones y como refuerzo legal de la tesis, se invocará el tenor literal del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En su párrafo primero se describe la secuencia temporal de dos fases sucesivas: la de la adquisición y la de su inscripción, y es en la primera de ellas, en la de la adquisición, donde la Ley sitúa el requisito de la buena fe⁴²⁰.

solución propugnada otro argumento de justicia y equidad. Éste nos parece tan decisivo que en los casos especiales en que falle y se invierta, no dudamos que sea suficiente su falta para revolverse contra la razón técnica antes expuesta e imponerse a ella. El meollo de esta razón de justicia se halla en el hecho del pago del precio. Si éste fue satisfecho al otorgarse la enajenación o se reconoció entonces su anterior entrega, sin duda que lo justo aunará el peso de su razón a lo técnico. En cambio, en caso de aplazamiento total, la justicia estará en oposición a la técnica si el tercer adquirente pierde su buena fe antes de pagar el precio y de haber inscrito su adquisición. Ante tal conflicto, preferimos sacrificar la técnica ante la equitativa valoración de los intereses en juego».

⁴¹⁸ DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 460: «[...] Ello se deduce, a nuestro juicio, de la razón de fondo de la protección del art. 34, que es la protección de la fe pública y del tráfico jurídico, que ha de cristalizar por consiguiente en el momento en que el acto de tráfico o de comercio se lleva a cabo».

⁴¹⁹ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 700-701: «Nosotros creemos que la tesis de SANZ [...] se apoya en un malentendido, que es fruto de un defectuoso enfoque en el alcance del problema y de su planteamiento. Por ello creemos que primero hay que proceder a base de situarnos en el terreno puramente *práctico*, esto es, en la manera de producirse normalmente en la vida real quienes pretenden adquirir bienes o derechos inscritos, con la máxima seguridad posible en su futura y probable adquisición. [...] antes del otorgamiento de la correspondiente escritura o título adquisitivo, y, a veces, antes de cerrar el contrato preliminar en documento privado, *procura enterarse del estado de la finca o derecho en el Registro* por medio de la oportuna consulta a efectuar por sí mismo o por otro [...]. Esta previsión naturalmente responde a la sana idea o precaución de *no vincularse* el potencial adquirente hasta estar cierto que normalmente operará en su favor la protección del Registro, y es sólo a partir de entonces que decide en firme adquirir [...]. Esta visión *realista* es la que nos da la fórmula del buen planteamiento del tema que nos ocupa [...] sólo se trata de determinar si la buena fe requerida al tercer adquirente, ha de tenerla al otorgarse el negocio jurídico de adquisición o al inscribirse éste, y frente de tal cuestión, no cabe más remedio que concluir en que dicho tercero ha de estar *en buena fe* al tiempo de que tal negocio de adquisición se haya cerrado y consumado, con plena independencia de la mala fe sobrevenida en tal adquirente» (cvas. del a.).

⁴²⁰ ROCA SASTRE, *op. et loc. ant. cit.*, «Repetimos una vez más que el art. 34 de la Ley Hipotecaria responde a esta idea, pues en él se distinguen *dos fases*, una de *celebración y consumación del negocio jurídico de adquisición* en sí, independiente, de momento, de si el transferente es o no titular del dominio o derecho objeto de dicho negocio jurídico, y otra fase de *inscripción del mismo*, y tal precepto sitúa en la primera, mas no en la segunda, el requisito de la *buena fe* en el adquirente o, si se quiere, en quien desempeña el papel de adquirente. La inscripción no hace más que cerrar el círculo de presupuestos necesarios para que actúe la fe pública del Registro, y nada más» (cvas. del a.).

Tampoco, en nuestra opinión, estos argumentos son convincentes. El primero y más de fondo nos parece que incluso llega a tocar el terreno de lo tautológico. Sin duda hay que admitir que el momento de la inscripción no lleva en nuestro Derecho, a diferencia de lo que normalmente ocurre en el alemán y el suizo, al de la adquisición; pero concluir, desde esa consideración, en la afirmación de que la buena fe exigida al tercero por el principio de fe pública registral debe referirse al momento de la adquisición, sin necesidad de esperar al de la inscripción, implica dar por supuesto que es en ese momento cuando efectivamente se adquiere por efecto o resultado de la protección dispensada al tercero por el artículo 34, y que este mismo artículo otorga su protección sin necesidad de esperar al cumplimiento de todos los requisitos en él exigidos. Ésta es la cuestión a resolver y probar, y, a nuestro juicio, no se la razona y argumenta cuando, sin más, o por la sola razón de que en nuestro Derecho la inscripción no es constitutiva, se la considera resuelta señalando como decisivo el momento de esa misma pretendida adquisición en la que el tercero sólo será «mantenido» si en ella se cumplen los requisitos –todos– exigidos por el artículo 34. Lo dicho vale, naturalmente y de forma más clara, cuando la protección dispensada por la fe pública registral se traduce en la sanación de una adquisición *a non domino*, cuyo mecanismo, obviamente, es distinto al de la adquisición derivativa ordinaria, ésta sí, necesitada y dependiente tan sólo de la conjunción del contrato y la entrega⁴²¹; pero vale también para el caso en que la fe pública registral actúa en una adquisición *a domino* inmunizando al tercero respecto de las causas de resolución o anulación no inscritas del derecho del *tradens*, *verus dominus*, o frente a cargas o limitaciones dispositivas igualmente no inscritas. En estos casos no hay defecto radical de titularidad o derecho que deba ser registralmente suplido en favor del tercero adquirente, pero sí hay una situación real del derecho transmitido que, por obra de la protección registral no va a continuarse cuando su titularidad pase al tercero. Es éste un

⁴²¹ Desde este punto de vista hay que convenir con GARCÍA-GARCÍA, *op. cit.*, pp. 350-351: «[...] si se atiende la momento de “adquisición del derecho”, como hace la doctrina dominante, es absurdo no atender al momento de la inscripción, tanto en la hipoteca como en el supuesto del artículo 34 LH, pues en ambos casos, la inscripción opera como elemento determinante de la adquisición, mucho más que la tradición instrumental, pues en la hipoteca la tradición no existe y en las adquisiciones *a non domino* del artículo 34 LH, la tradición no tiene la fuerza suficiente para provocar tal tipo de adquisiciones». Anteriormente, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 466: «Este efecto [la adquisición *a non domino*] se opera únicamente por la inscripción del título del adquirente: el momento de la adquisición, en tal supuesto, no es el del título, sino el de la inscripción»; GÓMEZ GÓMEZ, «Ámbito de aplicación...», *cit.*, p. 571: «A mi entender, el tercero ha de continuar siéndolo de buena fe en el momento de la inscripción, y precisamente porque en este momento, y no en el de la tradición, es en el que tiene lugar verdaderamente la adquisición».

resultado abiertamente contrario a la ley del *nemo plus juris...* por la que se gobierna la adquisición derivativa de los derechos reales; un resultado, por tanto, no derivado del mecanismo ordinario de la transmisión sino del efecto, ahora inmunizante, del principio de fe pública registral, justamente el principio cuya entrada en acción supone la concurrencia de los requisitos a que lo somete el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. ¿Por qué en este caso, y en el anterior, va a ser bastante la buena fe en la adquisición, cuando en realidad la Ley sigue exigiendo tras ella el requisito de su inscripción, y cuando sin dicha inscripción la adquisición protegida no va a producirse en los términos en que la Ley la va a dar por buena en favor del tercero? Todo lo que no sea responder fundadamente a esta pregunta, limitándose la respuesta a señalar al momento de la adquisición por la sola razón de que en nuestro Derecho la inscripción no es constitutiva, tiene mucho, a nuestro juicio, de pura petición de principio. La cuestión no es ésta. La verdadera cuestión consiste en razonar por qué en una adquisición no derivativa ordinaria y necesitada de inscripción, la buena fe puede bastar en el momento llamado de la adquisición (momento en el cual la adquisición no se logra por no ser entonces consecuencia del mero concurso del contrato y la entrega), sin que se imponga hacerla llegar al momento en que, por la concurrencia de todos los requisitos legalmente exigidos para su producción —el último de ellos, la inscripción— se haya completado el presupuesto normativo de la adquisición registral *a non domino* o, más ampliamente hablando, de la adquisición protegida por la fe pública registral.

Ni el planteamiento o el argumento «realista» de Roca Sastre resuelve mucho más. Simplemente, porque su filosofía nos devuelve a la opinión anterior: a la tesis que requiere la buena fe sólo en el momento de la celebración del contrato tal como vimos en Lacruz y como a veces literalmente se dice en la jurisprudencia. Lo dicho anteriormente acerca de esta opinión, nos exime ahora de tener que volver sobre ello.

Algo parecido cabe decir de la justificación de la tesis común atendiendo a la razón de que es en el momento de la adquisición cuando se produce el acto del tráfico que el principio de fe pública se propone proteger. Es verdad: entonces se produce el acto a proteger; pero también es cierto que la sola producción del acto protegible, sin su posterior inscripción, no basta para que la Ley despliegue su intervención protectora. Con la producción de la pretendida adquisición se ha producido, efectivamente, el acto protegible, pero no se ha culminado el mecanismo legal requerido para su protección.

Sólo queda, pues, el argumento consistente en el tenor redaccional del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. La buena fe se referiría en él a la primera fase de la serie temporal en que se desenvuelve el mecanismo protector de la fe pública registral: a la adquisición, no siendo necesaria, por tanto, en la fase segunda o de la inscripción. También este argumento es susceptible de ser objetado. No es que no pueda hacerse la lectura *ad pedem litterae* que se ha indicado; lo que no puede darse por seguro y averiguado es que la redacción del precepto responda realmente a la finalidad de recluir la buena fe en el momento de la adquisición. Muy bien podría ocurrir que se haya debido a razones pura y exclusivamente de estilo, perfectamente explicables cuando se hace necesario indicar una serie numerosa y compleja de requisitos en la tersura gramatical de un breve párrafo. Por otra parte y en todo caso, la sola literalidad del texto legal puede entenderse insuficiente al fin que se persigue. La adquisición del tercero no resultará protegida sino «una vez» que éste haya «inscrito su derecho». Quiere ello decir que para nada cuenta toda la fase anterior si no se llega a la siguiente; que la adquisición de buena fe no basta si tal adquisición no se inscribe: ¿Permaneciéndose en la buena fe al tiempo de inscribir, o bastando haber estado en ella al momento pretendidamente adquisitivo de la entrega que acompaña o sigue al contrato? A nuestro juicio, se concede mucho al tenor literal de la Ley cuando en él quiere fundarse el sentido de la respuesta ⁴²².

Frente a las indicadas razones, dos argumentos se alzan contra la tesis común: uno de coherencia extrarregistral sistemática, y otro específicamente registral. El primero: si la adquisición *a non domino* es una especie de usucapión inmediata, y si en la usucapión la buena fe necesita ser llevada desde el momento pretendidamente adquisitivo hasta la consumación del plazo temporal necesario de permanencia en la posesión, ¿por qué razón en la adquisición registral *a non domino* va a bastar que la buena fe se dé sólo en el primer momento y que no sea necesaria su prolongación en tanto no se complete y culmine el presupuesto legal de su protección ⁴²³? Y el segundo, exclusivamente registral y, por cierto, advertido pero no resuelto —en

⁴²² Sobre la insuficiencia de la letra del artículo 34 para sobre ella argumentar una respuesta cierta, *vid.* GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *op. cit.*, pp. 1234-1236.

⁴²³ Así, GÓMEZ GÓMEZ, *op. cit.*, pp. 571-572: «Refuerza este punto de vista el paralelismo y semejanza existente entre la posesión *ad usucapionem* y la inscripción en el principio de fe pública. Y tratándose de la prescripción ordinaria [...] para que ésta se consuma [*sic*] es necesario que el prescribiente conserve la buena fe durante todo el tiempo de posesión, según se desprende del artículo 435 del Código Civil en relación con el 1951 del mismo Cuerpo legal [...]. Por tanto, tratándose de la “prescripción instantánea” que la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria entraña, se precisa que el tercero se halle en situación de buena fe en el momento de la inscripción, ya que ésta equivale al plazo de posesión en la prescripción ordinaria».

nuestra opinión— por los partidarios de la tesis común ⁴²⁴: por muy de buena fe que haya actuado el tercero cuando creía adquirir, si antes de que inscriba llegara al Registro otra adquisición incompatible con ella, o se produjera una anotación preventiva relativa al derecho del transmitente, tal tercero se verá en la imposibilidad de inscribir lo que creía haber adquirido, o en la necesidad de tener que estar a lo que resulte acerca del derecho preventivamente anotado. Es que, sobre el estado de conocimiento al tiempo de contratar prevalece siempre la información registral inmediatamente anterior al momento de la segunda inscripción ⁴²⁵. Implica ello, de una parte, que, como sostuvo Sanz Fernández y viene aplicando la jurisprudencia, no es posible en nuestro Derecho hacer jugar retroactivamente a la inscripción llevando su efecto sanante a la fecha del título adquisitivo ⁴²⁶; y, de otra, que contra lo pretendido por González Enriquez, tampoco es posible disociar dentro del juego del artículo 34 de la Ley Hipotecaria un primer momento adquisitivo, perteneciente al mundo germá-

⁴²⁴ Cfr. ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 701: «No cabe duda que mientras el tercero no inscriba su título adquisitivo de un *non dominus* el *verus dominus* podrá reivindicarle la finca comprada; pero éste no es el caso, pues no cabe siquiera dudar de que así será. La cuestión es otra, pues sólo se trata de determinar si la buena fe requerida al tercer adquirente, ha de tenerla al otorgarse el negocio jurídico de adquisición o al inscribirse éste [...]»; VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, p. 449: «Con lo dicho hemos localizado el momento de la adquisición *a non domino*, que es el del otorgamiento del título con valor de tradición a favor del tercero de buena fe. No, como cree SANZ, en el momento de la inscripción. Claro que sólo en este último instante será definitiva la anterior adquisición y será mantenida totalmente libre del peligro de que posteriores adquisiciones, derivadas del transferente registral, sean convalidadas con la fe pública e inscritas antes, apagando con otro nuevo el primer milagro. Puesto que cuando la fe pública opera, a favor de distintas personas y sobre una misma adquisición, diferentes milagros, el que primero se inscriba eclipsará a los demás».

⁴²⁵ Vid. RD 1558/1992, de 18 de diciembre, de modificación de los Reglamentos Notarial e Hipotecario sobre colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, artículo 1, 4: «En todo caso, el Notario hará advertencia expresa en la parte expositiva de la escritura de que prevalece sobre la información a que se refiere el apartado anterior, la situación registral existente con anterioridad a la presentación en el Registro de la copia de la escritura autorizada».

⁴²⁶ SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 467: «Para justificar este absurdo resultado, que trasladaría el juego de la fe pública del Registro al título, sería preciso admitir un efecto retroactivo de la inscripción a la fecha de aquél, que no se puede admitir en nuestro sistema por mucha que sea la fuerza concedida al título de adquisición». En la jurisprudencia, aparte otras sentencias que después se señalarán, *vid.* las de 21 de febrero de 1966: «Que la protección registral que el recurrente propugna, es verdad que se adquiere en el momento en que se practica la inscripción del tercer adquirente en el que concurren los demás requisitos que el artículo 34 señala, pero únicamente se retrotrae a la fecha del asiento de presentación, como se previene en el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, y no al momento en que se haya verificado la adquisición; por eso interpreta acertadamente aquel artículo la sentencia que no se le concede, porque de tal precepto no se colige semejante retroactividad», y 23 de enero de 1974: «[...] no debe olvidarse en cambio que ese tracto no produce sus efectos sino a partir del momento de su transcripción, o mejor dicho, el asiento que lo origina no produce sus efectos sino a partir del momento de su transcripción en las hojas correspondientes sin retroactividad de ninguna clase, en cuanto a la legitimación y a la conversión en tercero hipotecario de quienes en el período intermedio adquirieron su dominio —Sentencias de 26 febrero 1949, 24 abril 1962 y 21 febrero 1966—».

nico del principio de fe pública registral y necesitado, por tanto, de la buena fe, y otro posterior, incardinado en el mundo latino de la prioridad, en el que, como tal, la buena fe no sería necesaria ⁴²⁷. En nuestro Derecho, donde, como sabemos, la inoponibilidad-prioridad autónoma del artículo 32 de la Ley Hipotecaria está supeditada a la buena fe del tercero, la prioridad embebida en los requisitos del artículo 34 no puede entenderse liberada de ella. No es, por tanto, que la buena fe no deba informar el acto de adquisición; es que, después de haberlo informado, deberá conservarse hasta el momento de la inscripción.

Por vía de exclusión desembocamos, pues, en la tercera opinión, minoritaria respecto a la anterior, propugnada principalmente por Sanz Fernández ⁴²⁸, aunque adelantada ya –confusamente, es verdad– por Don Jerónimo González ⁴²⁹, y seguida actualmente por varios autores ⁴³⁰. Sostiene en sustancia esta opinión que es en el

⁴²⁷ GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *op. cit.*, pp. 1240-1243: «A nuestro juicio, esta inscripción del adquirente debe ser relacionada, no con la fe pública sino con la prioridad. *La fe pública del Registro es sólo un presupuesto para que actúe el principio de prioridad* [...]. Pero en este momento de la inscripción sólo juega, como se ve, la prioridad; por eso, aunque este momento es el realmente eficaz, no es necesaria en él la apariencia en ninguno de sus dos aspectos: a) No lo es en su aspecto objetivo (registral), ya que la protección del Registro se otorga también aunque en el momento de la inscripción del tercero conste en el Registro una amenaza a la titularidad del transferente, siempre que tal constancia no sea apta, por las reglas antes dicha, para ganar prioridad. b) Tampoco lo es en el subjetivo (buena fe), según se desprende, como vimos, del propio artículo 34. Y es que en nuestro sistema, como en el francés, las ideas de apariencia registral y buena fe son totalmente ajenas al principio de prioridad. Entendemos que, aunque sujeta a rectificaciones y perfeccionamientos, ésta es la única explicación que puede coordinar las dos verdades, evidentes en nuestra legislación, de que la eficacia de la fe pública no se despliega hasta el momento de la inscripción, y de que, en cambio, basta tener buena fe en el del acto adquisitivo extrarregistral».

⁴²⁸ SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 465-467.

⁴²⁹ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de buena fe», *Estudios...* I, cit., p. 404: «Hasta ahora la atención de los Tribunales ha sido tan absorbida por el contrato inscribible que fuera de él apenas perciben momentos jurídicos de valor; pero si el artículo 41 centra todas las presunciones sobre la inscripción, será preciso desplazar la doctrina y reconocer que no se ha confiado a la inscripción ni merece ser protegido el que pide se extienda a su favor un asiento de eficacia constitutiva, fundándose en otro cuya ineficacia conoce, o el que acepta un crédito hipotecario después de inscrito a su nombre, pero con pleno conocimiento de que el dueño no es el hipotecante que ha otorgado la escritura de modo unilateral. Doctrina y jurisprudencia, sin embargo, estarán conformes en reconocer que el adquirente a título oneroso que pide su inscripción antes de conocer el defecto de la extendida a favor de otro causante, no puede resultar perjudicado –aparte los efectos de otro título anteriormente inscrito– por el conocimiento posteriormente adquirido».

⁴³⁰ GÓMEZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 571: «A mi entender, el tercero ha de continuar siéndolo de buena fe en el momento de la inscripción, y precisamente porque en este momento, y no en el de la tradición, es en el que tiene lugar verdaderamente la adquisición»; CANO TELLO, *op. cit.*, p. 276: «Por nuestra parte, opinamos que debe existir también [la buena fe] en el momento de inscribirse la adquisición en el Registro [...]»; CLEMENTE MEORO, *op. cit.*, pp. esp., 163: «Sobre la base de las anteriores consideraciones se llega a la conclusión de que en los supuestos [...] de adquisición *a non domino*, como es el caso de la que se opera conforme al art. 34 LH, la buena fe ha de perdurar hasta la inscripción, que es el momento adquisitivo, lo que hace innecesario distinguir entre supuestos de inscripción declarativa y de inscripción constitutiva a estos efectos»; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, Com. STS de 18 de diciembre de 2001, CCJC, 59, pp. 642-643: «No cabe, entonces, hablar de buena fe, ni en el momento de

momento de la inscripción cuando el tercero ha de encontrarse en situación de buena fe. Nosotros nos adherimos a ella, añadiendo a su formulación dos detalles o matizaciones.

La primera, y en ella no cabe duda por tratarse de un dato legalmente cierto tanto en nuestra legislación hipotecaria (art. 24 LH) como en el Derecho alemán⁴³¹ y suizo⁴³²: que por momento de la inscripción debe entenderse aquí el del asiento del asiento de presentación. La fecha de éste es la que cuenta en orden el juego de la prioridad registral, y aunque el asiento de presentación no es bastante por sí mismo para desencadenar los efectos del principio de fe pública registral, sí que permite que los de la inscripción, una vez practicada, se retrotraigan al momento de la presentación. La justificación es bien clara y sencilla: en la presentación de su adquisición agota el tercero la diligencia a su alcance en lo relativo a la publicación y aseguramiento de su derecho; lo que tras ella pueda ocurrir en el despacho de su solicitud, escapa ya de sus manos⁴³³.

Y la segunda matización: que la tesis que sostiene la necesidad de atender al momento de la inscripción para calificar la fe del tercero, no debe entenderse como propugnadora de una buena fe sólo

la adquisición del derecho por parte del tercero, ni en el de la inscripción del mismo en el Registro (al que a nuestro entender debe alcanzar también esa buena fe, de modo que ésta se mantenga a lo largo de todo el proceso descrito en ese precepto); ESPEJO LERDO DE TEJADA, *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2005, pp. 211: «No ignoramos que el momento en que debe exigirse la buena fe en el adquirente es uno de los temas más debatidos en nuestra doctrina registral, aunque entendemos que el reiterado criterio de la jurisprudencia en este punto contribuye a clarificar este problema general en el sentido de que la buena fe debe referirse no sólo al momento del negocio adquisitivo sino extenderse hasta la inscripción» y 245: «Por nuestra parte, como ya hemos reiterado, pensamos que el momento hasta el que se debe mantener en el adjudicatario, o en cualquier otro tercero protegido, la ignorancia sobre la verdadera situación jurídica del bien es el de la inscripción». Nosotros mismos la mantuvimos en el comentario a la STS de 23 de mayo de 2002, *CCJC*, pp. 854-855.

⁴³¹ BGB § 892, 2: «Ist zu dem Erwerbe des Rechtes die Eintragung erforderlich, so ist für die Kenntnis des Erwerbers die Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung [...] maßgebend»

⁴³² ZGB art. 972, 2: «Ihre Wirkung [la eficacia de la inscripción] wird auf den Zeitpunkt der Eintragung in das Tagebuch zurückbezogen [...]».

⁴³³ En nuestra doctrina, por todos, SERNA, *op. cit.*, p. 590: «Razón tiene el ilustre juriconsulto: a no establecer la Ley esta disposición, la inscripción debería producir sus efectos solamente desde el día y momento en que se hiciese: el que hubiera acudido a inscribir sin perder tiempo, tal vez en el mismo día en que adquirió el derecho que llevó al registro, podría ser pospuesto al que habiendo obtenido, aunque con posterioridad, otro título, lo llevase también después que el primero hubiera presentado el suyo: la amistad del registrador, o de alguno de sus dependientes, manejos de índole reprobada, descuidos lamentables, pero no tan raros como convendría, podrían así trastornar derechos y causar perturbaciones funestas en la propiedad y en los demás derechos en la cosa inmueble, todo lo que cedería en evidente descrédito de la ley que por su falta de previsión diera lugar a tales abusos». En la alemana, STAUDINGER-GURSKY, *ad* § 892, Rz 161, «Der Erwerb oder sein Scheitern soll nicht von den Dauer des Eintragsverfahrens abhängen, da die Parteien auf den Zeitpunkt der Eintragung ja keinerlei haben und sich je nach Geschäftsanfall beim Grundbuchamt erhebliche Verzögerungen ergeben können».

necesaria, como en la tesis común, en un determinado momento, que ahora, en lugar del de la adquisición, sería el de la inscripción. Por el contrario, la fidelidad a nuestro Derecho exige entender que en el funcionamiento del principio de fe pública registral, la buena fe constituye un requisito necesario en todo el proceso de la adquisición. Ella ha de ser quien inspire desde la decisión de la adquisición hasta su presentación a inscripción en el Registro de la Propiedad, pasando por la celebración del contrato adquisitivo y la entrega que debe seguirle y normalmente coincide con el otorgamiento de la escritura pública de transmisión. Desde el primer momento y hasta llegar a su culminación, toda la secuencia temporal en la que se desenvuelven los requisitos legalmente necesarios para la protegibilidad de la adquisición, debe estar animada por la buena fe del tercero adquirente. Así se encuentra a veces afirmado, con mayor o menor énfasis, en los autores que sostienen esta tercera opinión ⁴³⁴; éste es, probablemente, a nuestro juicio y atendiendo más a su *ratio* que al revestimiento de su expresión, el significado de esa reiterada jurisprudencia que ordena atender a la buena fe en el momento de la adquisición; pero no parece ser, en cambio, el pensamiento de Sanz Fernández, quien, al exponerlo, sigue refiriendo la buena fe al tiempo de la inscripción, considerado éste como el *momento* en que se la debe entender necesaria ⁴³⁵; pensamiento que, por otra parte, estaría en coherencia con su ya conocida opinión de que para gozar los efectos sanantes de la fe pública registral, basta adquirir de quien todavía no tiene inscrito su derecho, siempre que éste se encuentra ya publicado al tiempo en que el causahabiente presente el suyo a inscripción ⁴³⁶. Al sostener este parecer, no se afirma en rigor que pueda ser protegida una adquisición emprendida y pretendida en situación de genérica mala fe, pero sí parece que se da por supuesto que la buena fe específicamente hipotecaria es algo que puede circunscribirse temporalmente ciñéndola al momento de la inscripción. Nosotros, lo repetimos, no lo entendemos así: la buena fe exigida por el principio de fe pública registral, tiene que llegar hasta el momento de la inscrip-

⁴³⁴ GÓMEZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 571: «A mi entender, el tercero ha de continuar siéndolo de buena fe en el momento de la inscripción [...]»; CANO TELLO, *op. et loc. ant. cit.*, «[...] porque los requisitos del art. 34 deben ser concurrentes en el tiempo»; CLEMENTE MEORO, *op. et loc. ant. cit.*, «la buena fe ha de perdurar hasta la inscripción [...]», y, antes, p. 153: «Hemos de partir de dos premisas básicas: [...] Desde luego, ha de existir buena fe en el momento de contratar. Si el adquirente es de mala fe al contratar, no puede resultar protegido en ningún caso».

⁴³⁵ SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 465-466: «El requisito de la buena fe puede ser referido a dos momentos diversos: el de la adquisición o el de su ingreso en el Registro [...] hay serias razones para referir la necesidad de la buena fe al momento de la inscripción».

⁴³⁶ SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 382.

ción, pero después de haber informado todo el procedimiento adquisitivo que en ella se va a culminar.

Los argumentos a favor de esta tercera opinión han sido ya adelantados, al menos en su sustancia, al tener que rebatir las anteriores. Uno es, según vimos, el paralelo con lo que ocurre en la usucapión ordinaria: en ella es preciso que la buena fe se extienda y dure en el tiempo hasta que se agote o consuma el plazo posesorio necesario para la adquisición de la propiedad. Pero otro, y el principal, es el ya varias veces apuntado de que la buena fe necesaria para que se obre el efecto taumatúrgico de la fe pública registral debe tocarse en el tiempo con el momento en que se completa o llega a perfeccionarse la adquisición que por ella resulta sanada ⁴³⁷. En el Derecho alemán tal momento se produce, por regla general, sincrónicamente con el de la inscripción; pero cuando ello no ocurre (§ 892 BGB en relación con el 873), el momento de la inscripción, dejando de ser decisivo, cede su puesto al posterior del acuerdo (*Einigung*) por el que se culmina la adquisición. Pues bien, ¿cuándo se culmina, en nuestro Derecho, el mecanismo que lleva a la adquisición registral *a non domino*? Sin duda, cuando se reúnen y cumplen los requisitos exigidos para ella por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: cuando el tercero lleva al Registro su adquisición. Y ello es así, tanto cuando el efecto sanante de la fe pública registral se cifra en una plena y cabal adquisición *a non domino*, como cuando se limita a inmunizar la adquisición protegida respecto al rigor de la ley por la que se gobierna la transmisión ordinaria de los derechos: la del *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*.

No nos salimos de esta razón o argumento, sino que lo concretamos en su fundamentación registral o hipotecaria, cuando fijamos nuestra atención en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para entenderlo en su contexto normativo y comprobar el modo de su interpretación y aplicación por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. El tercero será mantenido en su adquisición «una vez que haya inscrito su derecho» ⁴³⁸. La idea es clara: sólo por la segunda inscripción se cumple o perfecciona el supuesto legal necesario para que entre en funcionamiento el mecanismo sanante de la

⁴³⁷ En la doctrina alemana, STAUDINGER-GURSKY, *Ad* § 892, Rz 157: «Grundsätzlich muß der Erwerber zur Zeit der *Vollendung seines Rechtserwerbs* gutgläubig sein» (cva. del a.).

⁴³⁸ «Una vez inscritos», decía en 1861 la originaria redacción del artículo 34, refiriendo la expresión a los actos o contratos que, ejecutados u otorgados por persona que el en Registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero por efecto de la fe pública registral.

fe pública registral; y sólo a partir de dicha inscripción la adquisición por ella llevada al Registro puede entenderse tocada por la virtud taumatúrgica de la protección registral⁴³⁹. Mientras no se haya llegado a esa culminación del presupuesto legal necesario, esto es: mientras la adquisición emprendida y pretendida en situación de buena fe no haya sido llevada al Registro, su suerte estará supeditada a la amenaza de tener que sucumbir ante otra adquisición emprendida en igual situación de buena fe pero que se le adelante en su llegada al Registro; o de tener que verse afectada por una carga de la que el Registro no daba noticia al tiempo de la adquisición pero que ya consta en él al tiempo de instarse su inscripción. Con el RD de 18 de diciembre de 1992⁴⁴⁰, de nuevo: sobre la información registral simultánea al acto adquisitivo prevalece la inmediatamente anterior a la presentación al Registro de la escritura que lo documenta. Así lo han venido entendiendo el Tribunal Supremo –principal, aunque no exclusivamente, en materia de anotación preventiva de embargo– y la Dirección General de los Registros: la buena fe queda excluida cuando el obstáculo a la adquisición llega al Registro después de haberse celebrado el acto pretendidamente adquisitivo, pero antes de su inscripción⁴⁴¹.

Indica todo ello que la buena fe anterior a la inscripción, si no registralmente indiferente según la califica Sanz Fernández⁴⁴², sí que es indudablemente insuficiente. Lo que, desde luego, nuestro Derecho no alcanza a permitir es que, mediando un obstáculo registral a la inscripción, pueda ésta lograrse en razón de una buena fe hoy ya imposible aunque hacedera al tiempo de la celebración del acto adquisitivo hasta el que habrían de retrotraerse los efectos sanantes de la inscripción. Para que tal inscripción pueda lograrse es necesario que la buena fe sea posible y perdure hasta el momento de su solicitud; y si, una vez ésta instada, la inscripción puede practicarse, la retroactividad de la misma sólo comenzará con ella, no pudiendo, por otra parte, llegar más allá de la fecha del asiento

⁴³⁹ Vid. SERNA, *op. cit.*, p. 622, en la glosa al artículo 34: «5. Una vez inscritos.– Sólo cuando el título posterior ha sido inscrito y desde que lo ha sido, tiene lugar este artículo. La Ley Hipotecaria sólo considera los actos con relación a la inscripción: cuando ésta no se ha verificado, o al menos no se ha presentado el título para que se inscriba, quedan los actos y contratos dentro de sus condiciones naturales. No sería justo que el derecho anterior no inscrito fuera anulado por el posterior que tampoco lo estuviese».

⁴⁴⁰ En concreto, en su artículo 1, dando nueva redacción al artículo 175 del reglamento Notarial, núm. 4.

⁴⁴¹ Entre las recientes, *vid.*, e. c., RDGRN de 27 de mayo de 99 y SSTS de 14 de febrero de 2000, 18 de diciembre de 2001 y 9 de diciembre de 2004. Para el examen de esta jurisprudencia en materia de anotación de embargo remitimos de nuevo a la obra de ESPEJO LERDO DE TEJADA, *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles...*, *cit.*, *passim*.

⁴⁴² SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 467: «Prueba de ello –dice– es que existe un período de tiempo, el que media entre la fecha del título y la de la inscripción, en que el concepto hipotecario de la buena o mala fe es indiferente».

de presentación. Éste es el tope impuesto por el artículo 24 de la Ley Hipotecaria a la ficción legal⁴⁴³ de que la inscripción se ha producido en momento anterior al de su práctica. Todo lo que vaya más allá, concretamente el intento de retrotraer los efectos de la inscripción al tiempo de la pretendida adquisición de buena fe –mucho más cuando tal buena fe no es ya posible al pretenderse el acceso de la adquisición al Registro– se comprueba ser pretensión carente de base o apoyo en nuestro Derecho.

Hay además una cierta razón de coherencia legal en la defensa de que ésta es efectivamente la solución al problema de la dimensión temporal de la buena fe requerida por el principio de fe pública en nuestro sistema registral. La buena fe –también la específicamente hipotecaria– implica una determinada dosis de diligencia. Diligencia que no ha de limitarse a lo concerniente al conocimiento de la titularidad y derecho del *tradens*, sino que ha de extenderse y prolongarse a la llevanza al Registro del derecho que de él se considera haber adquirido. La diligencia entreverada en la buena fe está siempre presente en los mecanismos de la protección registral. A la idea de la mayor diligencia responde el principio de prioridad, que, necesitado sin duda de la concurrencia de la buena fe en nuestro Derecho incluso cuando la prioridad actúa autónomamente y *a se* operando la inoponibilidad del derecho anterior no inscrito (arts. 32 LH y 1473.II CC), tiene que actuar también conjuntamente con ella cuando su juego se produce embebido en el principio de fe pública registral. Quien, adquiriendo de buena fe de titular inscrito, retrasa la inscripción de su derecho, permitiendo con ello que alguien, igualmente adquirente de buena fe, logre inscribirlo a su favor, queda imposibilitado de poder obtener y alegar para sí la protección del Registro. Es manifestación clara de que para tal protección no es bastante la buena fe en el momento de la adquisición. Una tal buena fe así temporalmente limitada y circunscrita no permitirá impugnar como nula la adquisición posterior que se adelanta en su llegada al Registro, como si este adelanto en la inscripción tan sólo atribuyera una preferencia no definitiva y meramente libraria, llamada por ello a ceder ante la alegación y prueba de la adquisición de buena fe anterior y no inscrita. Lo indica Vallet de Goytisolo diciendo que «cuando la fe pública opera, a favor de distintas personas y sobre una misma adquisición, diferentes milagros, el que primero se inscriba eclipsará a los demás»⁴⁴⁴.

⁴⁴³ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 590: «La Ley, fundándose en motivos notorios de justicia [...], introduce aquí la ficción legal de que se ha inscrito un derecho cuyo título sólo ha sido presentado en el Registro».

⁴⁴⁴ VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe...», *cit.*, p. 449.

Lo mismo habría que decir cuando, sin tener que llegar a la estricta adquisición *a non domino*, la protección registral va a ceñirse a liberar la adquisición *a vero domino* del rigor del *nemo plus juris*. La carga o limitación del derecho adquirido cuyo reflejo registral se produce antes de que se inscriba aquella adquisición, tendrá que ser soportada por el adquirente, sin que su buena fe al tiempo de adquirir pueda retrotraer la eficacia sanatoria que por sí misma –faltando la inscripción– no tiene, hasta el punto de obtener para su derecho una preferencia o prioridad contraria a lo que resulta del orden de su acceso al Registro ⁴⁴⁵. Por todo ello hemos dicho y repetido que la buena fe exigida al tercero no indica un estado de conciencia o una situación de desconocimiento referible a uno sólo de los distintos momentos que se suceden y encadenan en el mecanismo de la adquisición protegida por el Registro. Y por ello mismo llegamos a la comprobación de que esa misma buena fe comprende un componente de diligencia que igualmente se extiende a todo el proceso de la adquisición: desde que el adquirente intenta cerciorarse de la titularidad y derecho de su transmitente hasta que lleva su adquisición al cobijo protector del Registro. El tercero que de buena fe adquiera de quien en el Registro aparece con facultades para transmitir será mantenido en su adquisición *una vez que haya inscrito su derecho*.

d) El fundamento y la función de su presunción legal

Con variantes de fondo y de expresión, los sistemas de publicidad positiva coinciden en sujetar el juego del principio de fe pública registral a la concurrencia de la buena fe del tercero, y en liberar a éste de la necesidad de su prueba. Nada dice, expresamente al menos, el § 892 BGB sobre la presunción de tal buena fe, y lo mismo puede afirmarse del artículo 973 del Código Civil suizo, aunque su silencio resulte perfectamente suplido por la disposición general del artículo 3.1 del mismo cuerpo legal ⁴⁴⁶. Es nuestra Ley Hipotecaria la que lleva a la descripción normativa del principio de fe pública registral la presunción legal de la buena fe del tercero y

⁴⁴⁵ CLEMENTE MEORO, *op. cit.*, p. 163: «El tercero adquirente no resultará protegido por el principio de fe pública registral si cuando llega a Registro la finca ya no está inscrita a nombre de su transmitente (cfr. art. 17 LH), aunque éste fuera su titular registral en el momento de la celebración del contrato, en el del otorgamiento del título público inscribible y en el de la tradición. Tampoco resultará protegido si en el momento de la inscripción consta en el mismo Registro alguna causa de anulación o resolución del derecho de su transmitente (art. 34-1 LH), aunque no constase en un momento anterior».

⁴⁴⁶ «Wo das Gesetz eine Rechtswirkung an den guten Glauben einer Person geknüpft hat, ist dessen Dasein zu vermuten».

la indicación de su carácter de presunción *juris tantum*: «La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro».

Por encima de estas variantes, según decíamos, el régimen legal es considerado siempre igualmente cierto y seguro en sus trazos esenciales: sin buena fe, el tercero no puede acogerse a la fiabilidad del Registro; pero para gozar los efectos protectores de la fe pública registral no necesita el tercero probar su buena fe, sino que será su contradictor quien tenga que probar que el tercero conocía la inexactitud del Registro. La primera parte de este aserto es de pacífica y muy fácil explicación: la publicidad nunca llega a sofocar o a suplantar y sustituir la realidad de las cosas. Siempre es por ello posible que lo publicado no coincida con la realidad, y se entiende perfectamente que cuando ello ocurre y el tercero lo sabe, la Ley mande estar a la realidad de las cosas y no a su inexacta publicación. La publicidad, que desde el punto de vista del principio de inoponibilidad impide el desconocimiento de buena fe de lo publicado, no puede impedir, desde el punto de vista del principio de fe pública registral, el conocimiento extra-registral de la realidad. Por ello no puede haber simetría entre la por algunos considerada presunción legal (*juris et de jure*) de conocimiento de lo inscrito, resultante de la cognoscibilidad legal de lo publicado, y la presunción de desconocimiento de lo no inscrito, presunción *juris tantum* incrustada en el funcionamiento del principio de fe pública registral ⁴⁴⁷.

Ahora bien, ¿por qué esta presunción *juris tantum*?; o en términos más amplios: ¿por qué esta liberación del tercero respecto a la prueba de su buena fe, y por qué, consiguientemente, la imposición al contradictor de la prueba de la mala fe del tercero? Nuestra doctrina apenas se detiene en este punto, y ni la legislación comparada ⁴⁴⁸ ni nuestra jurisprudencia ⁴⁴⁹ facilitan aquí una respuesta convincente y segura.

⁴⁴⁷ Cfr. LEVIS, M., *L'opposabilité...*, cit., pp. 188-193, esp., 190-191.

⁴⁴⁸ El *Codice*, e. c., en supuestos normalmente reconocidos como de protección de la apariencia jurídica como el del heredero o el acreedor aparente (arts. 534.2 y 1189), impone al tercero la prueba de su buena fe.

⁴⁴⁹ Mientras, por ejemplo, la STS de 6 de junio de 2002 entiende establecida en nuestro Derecho una norma absoluta de exclusión de la prueba de la buena fe [«La buena fe –dice–, ya como elemento de un supuesto de hecho normativo, ya como principio general (norma jurídica completa), y ora en su perspectiva subjetiva de situación psicológica de creencia o ignorancia, o estado de conocimiento (con que se manifiesta en el campo de los derechos reales, arts. 451 y ss., 1473 y 1950 CC y 34 LH), ora en la objetiva de conducta ética o comportamiento honrado, justo y leal [aplicable en sede de obligaciones y con relación al principio general en el ejercicio de los derechos, arts. 7 y 1258 CC, no necesita ser probada, de tal modo que corresponde la prueba a quien sostenga su inexistencia]», la de 17 de octubre de 1998 impone su prueba al tercero en el caso del pago al acreedor aparente: «El precepto –dice refiriéndose al art. 1164 CC– implica protección de la confianza en la apariencia jurídica al decir que “el pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito libera al deudor”, pero ello requiere que quien

Una primera explicación –a descartar en nuestra opinión para nuestro Derecho– es la que interpreta la liberación del tercero respecto a la prueba de su buena fe no como el resultado de una presunción legal, para la cual –se advierte– no habría base fáctica justificadora, sino como una manifestación o consecuencia de que en el juego de la fe pública registral, propiamente hablando, más que venir exigida la buena fe como requisito positivo de protegibilidad registral, sería la mala fe la que se tomaría en consideración como hecho impeditivo o causa excluyente de la protección del tercero ⁴⁵⁰. La apariencia registral, en tanto que supuesto alternativo a la legitimación real del transmitente, sería lo que, sin necesidad del auxilio subjetivo de la buena fe, justificaría la protección del tercero adquirente ⁴⁵¹. En nuestra opinión, esta explicación no valdría para nuestro Derecho, porque en ella se niega a la buena fe del tercero el papel de coprotagonista esencial, que, según hemos venido viendo, en nuestro sistema le atribuye el Ordenamiento; y porque la a veces llamada legitimación aparente no puede ser entendida en nuestro Derecho como un supuesto alternativo *a se* y realmente legitimante ⁴⁵². Mejor que hablar de legitimación aparente debería hablarse de apariencia de legitimación, y para que la apariencia valga como realidad en favor del tercero es necesario que dicho tercero la crea manifestación de la realidad; es decir: que respecto de dicha apariencia el tercero sea un tercero de buena fe.

Una segunda explicación es la que da por buena la presunción de buena fe en el tercero protegido por la fe pública registral y explica tan presunción como una aplicación pura y simple de la presunción general de buena fe: se presume que las gentes son

se presenta y actúa como acreedor lo haga con una apariencia adecuada, razonable, objetivamente verosímil, revestido de unas circunstancias que, con independencia de móviles subjetivos del que pagó, de su simple error o creencia, sirvan de justificante a su buena fe al pagar a persona distinta del acreedor, porque aquí no se presume la buena fe, cual ocurre en términos generales, y ha de probarla en cada caso concreto aquel que paga a persona distinta de quien es titular del crédito y a cuyo favor estuviese constituida la obligación; sólo la razonabilidad de la legitimación aparente justifica la liberación del deudor».

⁴⁵⁰ STAUDINGER-GURSKY, *ad* § 892, Rz 114: «Der Erwerb kraft öffentlichen Glaubens scheidet aus, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuches dem Erwerber im entscheidenden Zeitpunkt bekannt ist. Darin liegt zunächst eine für den Erwerber günstige *Beweislastverteilung*: Nicht er muß seine Redlichkeit nachweisen, sondern sein Gegner, der den Erwerb bestreitet, muß den Beweis für die Unredlichkeit des Erwerbers erbringen»; y 138: «Es hat nicht der Erwerber seine Redlichkeit, sondern der Gegner die Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit des Grundbuches im maßgebenden Zeitpunkt zu beweisen. [...] Es handelt sich nicht (wie KOBER in früheren Auflagen angenommen hatte) um eine "Rechtesvermutung", denn es gibt kein zunächst vom Erwerber zu beweisendes Tatbestandsmerkmal, an das die Vermutung des guten Glaubens geknüpft wäre (wie etwa die Eigentumsvermutung an den Besitz, § 1006). Ebenso wird die Redlichkeit nicht stillschweigend vorausgesetzt in Sinne eines prima-facie-Beweis oder einer "tatsächlichen Vermutung", wie oft gesagt wird [...]».

⁴⁵¹ Cfr. MOSCHELLA, R., *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973, pp. 69 ss.

⁴⁵² Así lo razonamos en *La representación aparente...*, cit., pp. 350-356.

honestas y leales mientras no se pruebe lo contrario⁴⁵³. Nada tendríamos que oponer a que la buena fe del tercero pueda y deba aquí ser objeto de presunción, ni a la admisión de la presunción general de buena fe. Lo que nos parece discutible es que la adquisición registral protegida por el principio de fe pública registral deba ser considerada como un supuesto de aplicación de tal presunción. Justamente, por el destacado protagonismo que a la buena fe corresponde en el mecanismo y funcionamiento de la fe pública registral. Si constituye ésta un expediente extraordinario de sanación de adquisiciones de suyo inválidas o ineficaces, y si en su juego la buena fe reviste el carácter de requisito positivo o elemento constitutivo del supuesto legal necesario para tal sanación, no se entendería por qué no es necesaria su prueba y por qué no debería correr ésta de cargo del mismo tercero que por ella va a beneficiarse. Una cosa es la presunción general de honestidad y otra la necesidad de una especial situación subjetiva como requisito imprescindible para la obtención de un especial *favor legis*; y la sanación registral de la adquisición *a non domino* es, indudablemente, un especial favor dispensado por la Ley al tercero de buena fe⁴⁵⁴.

¿Cómo puede explicarse, entonces, la presunción de buena fe establecida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria? A nuestro juicio, por dos vías que partiendo de puntos de vista distintos –subjetivo uno y objetivo el otro–, terminan por encontrarse en una misma razón. La primera: la vía de la imposibilidad de la prueba directa de la buena fe subjetiva. Consistiendo ésta en una situación puramente interna, su prueba sólo es posible indirectamente, a través de las circunstancias que la justifican y le sirven de apoyo⁴⁵⁵. Y, la

⁴⁵³ Así, DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 460. Antes, en este mismo sentido, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 465: «El art. 34 establece en este punto una presunción de buena fe a favor del titular inscrito. Atiende con ello, más que a fortalecer la posición de éste, a recoger para este supuesto concreto, lo que es una de las bases más firmes de nuestro sistema jurídico, en el que la presunción de buena fe es un principio general de derecho, recogido expresamente por el Código Civil en los arts. 434 y 1951».

⁴⁵⁴ Así, GIAMPICCOLO, G., «La buona fede in senso soggettivo nel sistema del Diritto Privato», *Riv. Dir. Comm.*, 1965, p. 357; en nuestra doctrina y específicamente para el funcionamiento de la fe pública registral, ROCA SASTRE, quien después de haber afirmado (*op. cit.*, p. 706) que la presunción de buena fe en el artículo 34 LH «no es un principio general sino norma excepcional», añade (p. 708): «Nosotros estimamos que esto [lo de la presunción general de buena fe] es cierto, pero hasta cierto punto, pues la presunción legal de buena fe es un *favor legis* que permite al tercer adquirente [...] adoptar estáticamente la postura de sujeto de buena fe en el orden que aquí interesa, sin tener que tomar, en general, la iniciativa de hacer valer tal presunción, mientras el *dominus* o el que sea, impugne su buena fe».

⁴⁵⁵ WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. FADDA e BENZA, vol. I., Torino, 1925, p. 643: sobre la presunción de buena fe en la posesión: «La buona fede, come cosa puramente interna, non può essere provata direttamente; la si può soltanto argomentare dalle circostanze cocomitanti la presa di possesso»; sobre la misma materia y en nuestra doctrina, MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO, t. VI, 1980, pp. 89-90.

segunda: la vía del valor persuasivo o de convicción inherente a la situación objetiva de la apariencia; en nuestro caso, la apariencia jurídica resultante de la publicidad registral: a la vista de ésta, la buena fe del tercero es la hipótesis más verosímil y probable. Es así cómo históricamente se pasó de la necesidad de la prueba de la buena fe subjetiva a su presunción *juris tantum* (*rei incertae probabilis conjectura*), y es así, igualmente, cómo la presunción de buena fe termina por manifestársenos como la prueba elíptica, o indirecta y *prima facie*, de la misma ⁴⁵⁶. Concretamente y en cuanto a la presunción que establece el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, su fundamento específico radica en las garantías del procedimiento registral y en la legitimación aparente que la titularidad inscrita proporciona a quien en el Registro aparece como dueño con facultades para transmitir su derecho ⁴⁵⁷.

Innecesario es, por obvio, añadir una referencia final a la importancia práctica de la presunción legal de la buena fe del tercero. No es sólo, en efecto, que tal presunción encuentre su inmediata y más adecuada explicación en las garantías del procedimiento registral y, por consiguiente, en la objetiva fiabilidad de la publicidad del Registro; es, además, que esa misma presunción viene a constituir el natural contrapeso al rigor con que en nuestro ordenamiento se entiende y exige la buena subjetiva. Si en dicho rigor algunos han visto una contraproducente amenaza a la utilidad y efectividad del mecanismo de la publicidad registral, en la presunción de la buena fe habremos todos de reconocer el instrumento por el cual se armonizan las exigencias contrarias de todo sistema de publicidad bien concebido y prudentemente concertado: el de su efectividad, por una parte, y el de su puesta al servicio de la buena fe en la contratación inmobiliaria, por otra.

⁴⁵⁶ Sobre ello, nos remitimos de nuevo a lo que al respecto dejamos dicho en *La representación aparente...*, cit., pp. 287-288.

⁴⁵⁷ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 706-707: «El fundamento de esta presunción de buena fe del adquirente hay que buscarla en nuestro caso en la circunstancia de confiar éste normalmente en el contenido del Registro, que gracias a la calificación del Registrador merece en general cierta confianza de que concuerda con la realidad, pues estadísticamente sólo en menor medida resulta inexacto, lo que hace que el tercer adquirente descansa sobre la legitimación aparente que la titularidad registral proporciona al titular según el Registro».

RESUMEN

Se comienza en este estudio situando el principio de fe pública registral en el marco del principio general de protección de la confianza puesta en la apariencia jurídica y examinando las particularidades derivadas de la concreción legal de tal apariencia en la publicidad registral. A continuación, entrando en el análisis de los requisitos legalmente exigidos para la aplicación del principio registral de fe pública, se pasa al estudio de la figura del tercero hipotecario y a la indagación de las cuestiones relativas a su confianza en la información que le proporciona el Registro. Se procede así al estudio detallado de la buena fe hipotecaria.

