

más al ilustre maestro GARRIGUES podemos repetir con él que "el acto aislado, es decir, desconectado de la serie profesional a que pertenece es imposible diferenciarlo de los actos regidos por el Derecho civil... Es un contrasentido histórico que el Derecho mercantil, nacido para satisfacer las exigencias del tráfico en masa, sea hoy un Derecho regulador de actos aislados" (op. cit., pág. 23 tomo y vol. cits.).

No creemos que haya pues, razón para intranquilizarse por el porvenir del Derecho patrimonial tradicional. En esta como en tantas otras ocasiones los intentos doctrinales de disolución del Derecho civil clásico están abocados al fracaso. La doctrina del Profesor CONDE es un ejemplo palpable de ello. Ninguna aportación decisiva representa el acerbo de los problemas tratados de índole civilista o mercantilista. Donde hay que ir a buscar el verdadero, el auténtico valor del artículo de CONDE es, ya dentro del campo de su especialidad, en las magníficas construcciones sociológicas que nos prodiga en el curso del mismo, y de las que destaca, como insuperable aquella de que hace objeto al fenómeno de la Empresa.

2. El Registro de la Propiedad español (*)

Separata de la Revista «Crítica de Derecho Inmobiliario», por Rafael Núñez Lagos (251, 1949, págs. 217-257)

Con indudable acierto comienza Rafael Núñez Lagos su trabajo relacionando el Registro de la Propiedad con el Notariado.

Tratándose de España no podía ser de otra manera. La característica principal de nuestro sistema, desde el punto de vista de ordenación total de la vida jurídico privada, consiste en utilizar al máximo y perfectamente combinadas esas dos grandes instituciones que en lugar de excluirse se prestan mutuo apoyo para conseguir la seguridad jurídica.

Así, en efecto, puede decirse por el autor que ello "no nos ha reportado quebranto alguno. Antes al contrario, ha robustecido el prestigio del Notariado español y ha logrado gran parte de los efectos del Registro inmobiliario alemán y suizo, dentro de un Código civil completamente latino y en buena parte napoleónico. Y es más, ha resistido victoriosamente los simplismos doctrinarios del Acta o sistema Torrens".

Hace después historia de nuestra legislación inmobiliaria, señalando con fina agudeza cómo la denominación de ley hipotecaria en desacuerdo parcial con su contenido institucional, fué "un problema de táctica política para no despertar recelos que hubiera hecho sospechar una revolución total en la regulación de ese derecho". Cuida mucho Núñez Lagos en este punto, como a lo largo de todo su trabajo, de resaltar la personalidad de nuestro sistema hipotecario, sin perjuicio

(*) Hacemos estas observaciones críticas con la salvedad de que la separata "El Registro de la Propiedad español" es extracto de un libro que el autor tiene en preparación sobre "Legitimación y reivindicación en el Registro de la Propiedad". Esto da a nuestra nota crítica un carácter provisional y relativo.

de acusar las provechosas influencias que recibió de los extranjeros. En efecto, dice: "presididos por Cortina, los autores de la ley fueron un romanista—Gómez de la Serna—y un historiador—Cárdenas—. Acaso aquí reside el éxito de un sistema germánico en suelo latino: hubo un tupido filtro a través de un fuerte espíritu tradicional"; y más abajo: "nuestro sistema, si un día fué un inmigrante alemán, hoy es ya completamente español. Las hojas de morera germánica son ya rica seda española". Ya en este lugar llama la atención sobre una influencia a que tal vez se haya atendido poco por la doctrina: la influencia de la ley belga en Gómez de la Serna de la que más adelante obtendrá interesantes consecuencias.

Después de este breve bosquejo histórico, entra en el examen de las bases fundamentales de nuestro Registro. El Registro se lleva por fincas, actuando un riguroso principio de especialidad. Es un Registro de títulos. Aquí comienza a advertirse uno de los más valiosos méritos del trabajo de Núñez Lagos: su aportación de datos históricos interesantísimos, a través de los cuales puede hacer de una manera profunda y total el enfoque de los problemas. Así en cuanto al origen del folio real, y con él, del mismo Registro de la Propiedad. "En las ciudades nórdicas alemanas el avance de la técnica contable había producido el "folio real". No sólo a las personas, sino a las cosas se les abría una cuenta. Las municipalidades modernizaron sus libros. Se desembocó así en el sistema del folio real. En España, singularmente en Cataluña, empezó a llevarse el protocolo notarial, con clasificaciones parecidas a la de las ciudades alemanas. Los Reyes Católicos salieron al encuentro de esta tendencia imponiendo el orden cronológico a los protocolos notariales. Tal vez se frustró así una evolución que hubiera producido como en la Alemania del Norte, de modo espontáneo, el Registro de la Propiedad."

A propósito de los Registros de Derechos hace una completa y magnífica clasificación de los Registros en Registros de hechos, de los que son una variante los Registros de documentos y Registros de Actos y Contratos, que tienen como variante los Registros de títulos, a todos los cuales hay que añadir el Registro de Derechos. A través de una clara exposición de la dogmática alemana, explica cómo allí el Registro es de derechos, porque en el B. G. B. se ha conseguido "el aislamiento, independencia y abstracción de un elemento: el derecho, subjetivo de naturaleza real", mientras que en España "rige la teoría del título y el modo y el derecho real nace y vive mezclado o en dependencia con las obligaciones", "el derecho real en la ley será lingote de oro, pero no moneda. El título es crisol y troquel. La diferencia entre el Registro español y el del B. G. B. está en eso: el Registro español es un Registro de lingotes; el alemán, un Registro de monedas acuñadas por el Estado". Así, pues, el Registro español lo es de títulos, y esto explica que tenga que actuar el principio de legalidad. Este supone en efecto, "que el acto debe llegar al Registro completo y perfecto". Y que "no es posible, técnicamente, documento, acto, contrato o asiento del Registro de naturaleza constitutiva sin consentimiento en el instante final". Niega aquí Núñez Lagos el carácter constitutivo, en todo caso, de la inscripción en nuestro derecho, puesto que no actúa nunca el principio de consentimiento. Creemos que se parte de una opinión preconcebida sobre la significación de la palabra "constitutiva". La opinión es la que acabamos de reseñar. Sin em-

bargo, constitutivo es aquello sin lo cual una cosa no sería tal. Pues bien, si el legislador dice expresamente que no hay hipoteca sin inscripción, es que la inscripción es constitutiva de la hipoteca como tal derecho real. Y es que toda realidad jurídica tiene dos vertientes: una individual y otra social. En aquella está el consentimiento, allí actúa la voluntad, pero en la otra actúa el legislador, y a veces su actuación es tan fuerte que exige cumplir un requisito para que nazca un derecho. Ambas vertientes son igualmente constitutivas. No vemos por qué la palabra constitutiva ha de vincularse a la prestación de consentimiento. Hecha esta crítica, no admitimos tampoco las afirmaciones reseñadas a propósito del principio de legalidad.

EL REGISTRO DE LA PRIORIDAD

Empieza Núñez Lagos al hablar de la prioridad, la exposición de su tesis fundamental de investigador, pues es tal la donosura y habilidad de su estilo, que en esta conferencia de Buenos Aires consiguió hacer una obra de divulgación casi, para exponer nuestro sistema hipotecario, y, al mismo tiempo, una obra de aportación a nuestra doctrina hipotecaria con ideas nuevas, extraordinariamente fecundas. Volvemos a insistir en una idea ya expuesta: que su gran mérito y su gran método de investigación ha sido hacer historia de los principales preceptos de nuestra Ley. Ahora bien, tal vez esté ahí, también, su defecto. Nos parece que ha exagerado la importancia del elemento histórico, olvidándose en parte de los demás. Ya iremos viendo las consecuencias de este hecho.

Después de trazar la historia de la prioridad, examina su virtualidad en el sistema español, en el cual, a través del folio real se produce en el Registro una genealogía de títulos, cada uno de los cuales origina en el Registro un asiento y fuera del Registro una preclusión o una jerarquía, por el simple acto de inscripción, y una genealogía de titulares o sea, el tracto sucesivo, y como quiera que éste, engendra un asiento, por emanación del anterior, y el consentimiento del titular inscrito es la base del asiento inmediato siguiente, se pasa del tracto al principio de legitimación y de éste a la fe pública. Así enlaza Núñez Lagos todos estos principios de manera distinta a como lo hace Sanz, para quien el tracto es un corolario de la legitimación y a través de él se llega a la fe pública. Sin embargo tal vez no sea más que una diferencia puramente expositiva. La concepción de estos principios creemos que es la misma en ambos autores.

EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Otra etapa de su camino es la exposición del principio de publicidad, de la que hay que destacar la cita de Hedemann sobre el papel que sucesivamente han desempeñado los libros de publicidad recordando, probando, declarando y constituyendo. En esta última etapa se llega al Grundbuchsystem (sistema del libro Registro), orientado cara al transmitente. La orientación hacia el adquirente adviene más tarde por el principio de publicidad, y tenemos así contrapuestos el Grundbuchsystem (Eintragungsprinzip o principio de inscripción) y

el *Drittwirkung* o de publicidad. "aquél pertenece a la esfera del ser, éste a la del valer".

Dentro del principio de publicidad distingue dos sistemas, el del Registro pignoratício (o Pfandbuchsystem) o hipotecario, en sentido estricto, y el de protección a tercero inscrito o *Drittwirkung*, en sentido estricto también.

En torno al principio de prioridad se origina un concepto de tercero, al que llama tercero documental, externo y peritabular, que es distinto del tercero del artículo 34 por la relación jurídica determinante, por la conexión transversal⁽¹⁾ o rem y por el sujeto determinado.

Además, no tiene requisitos habilitantes, como el del artículo 34; le basta haber inscrito. La construcción de esa figura de tercero es central en la tesis de Núñez Lagos, y puede considerarse como una de sus más interesantes aportaciones. Se vuelve a poner sobre el tapete la vieja cuestión de la unidad o pluralidad de conceptos de tercero (1).

Desde luego, estimamos que la construcción de Núñez Lagos es acertada y muy útil, como veremos para una mejor inteligencia del artículo 32 y de otros de la Ley.

Este sistema pignoratício o de prioridad, aunque se estime superado por el de publicidad, ejerció gran influencia y está latente aún en muchos ordenamientos hipotecarios porque "no se llegó nunca a una síntesis perfecta, sino a una yuxtaposición de sistemas".

En el sistema hipotecario español hay superpuestos tres tipos de eficacia:

1.º Inmunidad frente a acciones confesorias e hipotecarias, no inscritas, procedentes de títulos sujetos a inscripción: artículo 32.

2.º Inmunidad en cuanto a las nacidas sin título, por la ley o por usucapión: artículo 13.

3.º Inmunidad frente a las reivindicatorias, revocatorias o resolutorias que no consten en el Registro: artículo 34, en relación con el 36.

Esta idea, combinada con la concepción del tercero, ya apuntada, para el caso del artículo 32 y del 13, es decir, como simple inscribiente y, sobre todo, *sin necesidad de buena fe*, constituye la tesis fundamental de Núñez Lagos, que viene a distinguir dos sistemas de protección hipotecaria de terceros: el de los artículos 13 y 32 y el del artículo 34, frente a la doctrina clásica que integraba esos artículos en un solo sistema, alegando que recogían los aspectos negativo y positivo de la fe pública.

Así, Roca dice que "aunque el artículo 32 hable solamente de tercero a secas, hay que entender que es tercer adquirente que reúna las cuatro circunstancias que el artículo 34 establece" (2).

"Estos artículos 34 y 32 consagran fundamentalmente en nuestro sistema el principio de fe pública registral. El artículo 34 afirma la presunción o función jurídica del Registro exacto. El artículo 32, en cambio, sienta la presunción o función jurídica del Registro íntegro (3).

(1) Un resumen de las posiciones doctrinales en torno a ella puede verse en SANZ, *Comentarios*, pág. 241.

(2) *Instituciones*. T. I, pág. 350.

(3) *Ob. cit.*, pág. 352.

O bien consideraban que el artículo 32 era inútil repetición del 606 del Código civil y estaba comprendido, por otra parte, en el artículo 34 (4).

Frente a esta posición, el mérito indiscutible de Núñez Lagos es haber iluminado, con sus apreciaciones históricas, el ámbito del artículo 32 para hacer ver que no responde al mismo juego del artículo 34, sino que recoge para nuestro sistema—y por ello debemos felicitarnos—las ventajas de los sistemas de prioridad, de transcripción. Muy interesante también es ver cómo relaciona ese principio con el de fe pública, a través del artículo 33, diciendo, citando a Pou, que era preciso evitar que la protección del artículo 32 se extendiese a los títulos ilegítimos, por lo cual se introdujo el artículo 33, pero como entonces quedaba la propiedad sin garantías, hubo que *limitar la limitación* con el artículo 34.

Expuesta la tesis de Núñez Lagos, veamos ahora hasta qué punto es admisible.

Estamos de acuerdo en que representa un sistema distinto del artículo 34, tanto por el argumento histórico, que tan magistralmente expone Núñez Lagos, como por el lógico de que está comprendido el artículo 32—con el sentido que se le quiere dar—en el artículo 34, según la tesis de Sanz y Roca. El hecho mismo de figurar antepuesto al 34 ya pone en guardia para presumir que el tercero a que se refiere es distinto del otro cuyos requisitos enumera aquel artículo. Hay que tener en cuenta, por otra parte, el sistema del artículo 1.473 del Código civil, construido según los cánones de la prioridad para resolver la preferencia entre causahabientes del mismo titular.

Indudablemente, pues, hay que admitir que el artículo 32 responde a un sistema distinto del artículo 34, pero este nuevo sistema de protección de terceros, puesto de relieve genialmente por Núñez Lagos, no creemos que haya de limitarse a las acciones confesorias e hipotecarias, derivadas de títulos o hechos no inscritos, sino que tiene una vigencia general relativa a todo caso de preferencia entre dos títulos, ya sean de constitución de hipoteca o servidumbre o de transmisión de dominio, como ocurrirá en el caso de la doble venta. A lo largo del trabajo que comentamos ya parece resultar, sin embargo, que la doble venta se incluye en la actuación del principio de prioridad, como es lógico, pero no queda suficientemente claro, y hubiéramos deseado que el autor se hubiese planteado francamente el problema de la doble venta en relación con el juego del artículo 32. Tal vez sea ello consecuencia de utilizar con exceso el elemento histórico. Evidentemente el Registro se creó con vistas a acabar con las cargas ocultas del dominio, para lo cual se utilizó el sistema de la prioridad, que era suficiente para conseguirlo, pero más tarde se aplicó el mismo principio al caso de doble venta, entre otras razones, porque se hacía lo mismo en el derecho francés, según vamos a ver en seguida. Y es que los intereses a proteger son idénticos, tratándose del dominio, frente a un censo no inscrito, o del dominio frente a otro dominio no inscrito, si bien en el primer caso chocará contra el Registro una acción confesoria, y en el segundo, una reivindicatoria. Así, pues, el párrafo segundo del artículo 1.473 hay que conjugarlo con el artículo 32, tal como ha sido visto por Núñez Lagos.

(4) Ver SANZ, obra cit., pág. 262; *Instituciones*, pág. 412.
ROAN, con referencia al art. 13, *Texto refundido de la L. H. R. D. P.*, 1946, pág. 646, y al art. 32, pág. 651.
En otro sentido, LA RICA, *Comentarios*, pág. 25.

Hecha esta aclaración, pasemos a examinar los fundamentos de la tesis aludida y, sobre todo, analicemos, en relación con ella, el valor del requisito de la buena fe, que según la doctrina tradicional es indispensable para la protección hipotecaria de terceros.

Evidentemente la regla 32 era y sigue siendo "la base del sistema". Si éste se creó para dar publicidad a los títulos, lo primero a declarar por el legislador era la preferencia de lo inscrito sobre lo no inscrito. Sin embargo, esta preferencia en unos casos tiene un fundamento institucional, mientras que en otros se trata de una medida más bien de política legislativa. Es decir, en unos casos la preferencia se produce por necesidad y en otros por utilidad. Así con referencia a los derechos reales sin visibilidad posesoria, que fueron los que provocaron la necesidad del Registro en nuestra patria (5), este es el medio de publicidad, de modo que respecto de ellos puede afirmarse que la inscripción es necesaria para que surtan efecto *erga omnes*. Aunque no lo declare el Código más que con relación a la hipoteca, hay que generalizar esta solución porque el supuesto es el mismo. En este sentido dice Angel Sanz (6) que "tratándose de derechos reales que no lleven consigo la posesión, como ocurre especialmente con la hipoteca, no es aplicable el artículo 609, y entonces juega exclusivamente la Ley Hipotecaria", y Diego Espín se pregunta si se requiere la tradición para la adquisición por contrato de todos los derechos reales—y añade—, "así parece deducirse del texto del artículo 609, párrafo segundo, interpretado en sentido afirmativo por la jurisprudencia. La doctrina no ha dedicado gran atención a este problema, que sepamos. Recientemente, el profesor Ossorio Morales, al comentar la S. de 26 de febrero de 1942, afirma que, no obstante los términos generales en que el artículo 609 está redactado, el principio de la tradición no tiene una validez general aplicable a todos los derechos reales" (7). Ahora bien, si según ese artículo no basta jamás el contrato y, por otra parte, tratándose de esos derechos reales no cabe la tradición, ¿por qué no concluir, en vista del ejemplo de la hipoteca, y dado el valor publicitario de la inscripción que esos derechos reales, al menos "para los efectos de la seguridad de un tercero", se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la inscripción? Corroboramos esta tesis la jurisprudencia del T. S., citada por el propio Núñez Lagos, que exige para que el titular no tenga buena fe, no el simple conocimiento, sino el asentimiento (8). Si fueran verdaderos derechos reales sin inscripción, bastaría su conocimiento, como ocurre en los demás casos, porque ello implicaría conocer una inexactitud registral (art. 39 de la Ley). Así, pues, el conocimiento del título por el tercero del artículo 32 no supondrá, con relación a esos derechos reales, mala fe en ningún caso, lo mismo si se admite que para ellos la inscripción es constitutiva que si se sigue la orientación del Tribunal Supremo. Por tanto, será imposible que el tercero del artículo 32 tenga mala fe hipotecaria respecto de los derechos reales no inscritos que carezcan de

(5) Ver la Exposición de Motivos de la primitiva Ley.

(6) SANZ, *Un aspecto de la fe pública*. Rv. D. Pdo., 1945, pág. 228.

(7) ESPÍN, *La transmisión de los derechos reales*. R. D. Privado, 1945, pág. 325.

(8) SS. de 23-3-906, 23-9-897, 28-6-897, 29 y 30-9-897, 13-5-903, 24-11-915, citadas en *El Registro de la Propiedad español*, pág. 48.

visibilidad posesoria (9). Pero con esta exposición hemos entrado ya en el problema de la buena fe y el artículo 32.

Después de la última Ley hipotecaria se puede construir perfectamente un concepto legal de buena fe hipotecaria. Dice el párrafo segundo del artículo 34 que "la buena fe se presume mientras no se pruebe que (el tercero) conocía la inexactitud del Registro". El artículo 39 expresa que se entiende por inexactitud registral todo desacuerdo que en orden a los derechos reales inscribibles exista en el Registro y la realidad jurídica extrarregistral. Pero el concepto de buena fe que claramente se desprende de estos dos artículos, debe matizarse atendiendo a nuestro total ordenamiento jurídico-privado, y en este sentido podemos aceptar la construcción de Vallet de Goytisolo que la define como "creencia fundada en la inscripción a favor del transferente, y no contradicha por la posesión de otro en concepto de dueño, de que aquel es el titular real y puede disponer de su derecho".

Núñez Lagos, como hemos dejado dicho, no exige buena fe al tercero del artículo 32, tal como él lo concibe. Esta posición parece muy difícil de mantener en nuestro sistema. Aun reconociendo que es un tercero distinto del artículo 34, no creemos que se le pueda dispensar de la buena fe en general. En cambio, podríamos citar a toda la doctrina, aunque se nos objetaría que ello es consecuencia de la concepción que ésta tiene del artículo 32 como parte del sistema del 34. Hemos, pues, de tratar la cuestión en el terreno nuevo que ha descubierto Núñez Lagos. Dentro de la dogmática de su construcción, ciertamente nos explicamos que rechace la necesidad de la buena fe. Esta supone inexactitud registral, y como quiera que la protección del 32 no se apoya en el contenido anterior del Registro, sino en la inscripción a posteriori, no cabe el juego de un conocimiento de la inexactitud registral, aunque exista en la realidad. Es más, ni siquiera admite la mala fe como fraudulencia. En efecto, dice que los redactores de la Ley hipotecaria de 1861 no reprodujeron las palabras del artículo 1.º de la Ley belga de 1851, que exigían al tercero haber contratado *sin fraude*; siguieron en cambio, el primitivo proyecto que las silenciaba y la opinión de Marou que se opuso a su inclusión.

Ahora bien, ¿debemos admitir esta solución tan radical? Creemos que no hay base alguna para ello, como no sea la puramente histórica ya citada, la cual, por otra parte, es muy discutible. Se ha visto, en efecto, cómo la Ley belga recogió al fin las palabras *sin fraude*, y Roca, con referencia a las primitivas leyes hipotecarias españolas, dice (10): "Con todo, en la Ley de 1861, así como en la de 1909, no existía un precepto que de un modo franco y global proclamara la necesidad del requisito de la buena fe para la protección registral. Por eso nuestros primeros tratadistas se producían haciendo caso omiso de tal requisito, entendido en su sentido técnico hipotecario, aludiendo sólo a la ausencia de *buena fe de tipo doloso*, o sea, a la adquisición verificada con *confabulación o fraudulencia*."

Pero independientemente de las razones históricas, que nunca bastan por sí solas, hay que defender el juego de esta clase de mala fe en el sistema de ar-

(9) Esta solución es, por lo demás, la tradicional, señalada por el propio N. Lagos en su magnífica exposición de la historia del requisito de la buena fe.

(10) *Instituciones*. T. I., pág. 454.

título 32. Es indudable que tal como lo interpreta Núñez Lagos, responde al sistema francés de transcripción. Pues bien, en éste, que niega la necesidad de la buena fe en todo caso, se admite, sin embargo, el juego del fraude. Veamos como Plantiol trata el problema de la buena fe (11). "La buena fe no puede ser exigida al tercero que opone el defecto de transcripción; su derecho queda igual si ha tenido o no conocimiento de la enajenación anteriormente consentida. Es, en efecto, regla general que todo sistema de publicidad es rigurosamente independiente de la buena o de la mala fe de los terceros. Otra cosa es, sin embargo, que el segundo adquirente se haya entendido fraudulentamente con el vendedor para despojar al primer comprador. En este caso, el artículo 3.º, que de no recibir aplicación, en virtud del principio *fraus omnia corrumpit*" (12). El propio González Palomino, creador de la "teoría del burladero" tan relacionada con la tesis de Núñez Lagos, parece admitir en general este juego del fraude, cuando dice que "la buena fe que el Registro debe exigir es lisa y llanamente una buena fe de tráfico, una falta de intención dolosa, una carencia de ánimo fraudulento" (13).

A la vista de estos argumentos, sobre todo del ejemplo del sistema francés, debe ser rechazada tal vez la extrema postura de Núñez Lagos. El Registro, creado para "poner límites a la mala fe", no puede ser un instrumento al servicio del fraude. Todo esto sin perjuicio además, de que el fraude está incluido en el supuesto de mala fe normal, y vamos a pasar a defender la aplicación al sistema del artículo 32 del requisito de buena fe en tesis general.

El requisito de la buena fe tiene una aplicación general. No basta citar el ejemplo belga o el francés para desvirtuarlo. Nuestro sistema se apartó de aquellos en bases fundamentales, y ello determinó irremediables consecuencias. Con el juego de los principios de legitimación, tracto y fe pública se produce la necesidad de que actúe aquel requisito para proteger a terceros. Podríamos citar aquí las precisas palabras de Sanz: "el juego de la buena fe está íntimamente ligado con la idea de publicidad. El adquirente no está obligado a acudir a más fuente de información que al Registro, que es el medio de que el estado real de la finca llegue a su conocimiento; pero si éste le llega por cualquier otro medio, aquellos derechos y acciones de carácter real surten efectos contra él" (14). Aparte de las razones de orden lógico, existen razones de orden histórico y positivo para abonar esta tesis. Sabido es que la Ley de 1861 no recogió el requisito de la buena fe, ni aun con referencia al artículo 34, pero que fué tenido en cuenta se deduce de la Exposición de Motivos, expresiva de que "en el sistema de la Comisión no cabe fijar un término dentro del cual se lleven al Registro los títulos que para ser eficaces contra tercero necesitan la inscripción. En el interés del que adquiere 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

(11) Agrega PLANTIOL que "el entendimiento fraudulento podrá ser establecido por todos los medios de prueba. Es preciso, desde luego, observar que casi siempre, cuando el segundo adquirente conoció la primera venta, la complicidad con el vendedor se sigue necesariamente, hecha salvedad de la hipótesis en que la segunda sea hecha de buena fe por los herederos del vendedor muerto. *Locus cit.*

(12) *Traité*. T. III, pág. 631.

(13) Citado por ROCA en sus *Instituciones*. T. I, pág. 452.

(14) *Comentarios*, pág. 245.

misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente" (15). ¿Cabe una alusión más clara a la buena fe? Sabido es asimismo que, como ha señalado Roca, el texto de la Ley ofrecía bases para contruir con la jurisprudencia el requisito, como efectivamente se hizo. La exigencia de este requisito con referencia al párrafo segundo del artículo 1.473 (16) significa que debemos tenerlo en cuenta en el sistema del artículo 32.

Sin embargo, esta necesidad de la buena fe para la protección del tercero que se aprovecha del "burladero" o "asilo" del Registro, la concebimos como una regla general, que tiene una excepción importante, respecto de la cual regirá en toda su pureza la concepción de Núñez Lagos. Nos referimos al caso de que el primer adquirente que descuidó la inscripción no haya consumado la adquisición más que por tradición instrumental o cualquier otra forma de tradición que no sea la de la posesión material en concepto de dueño o titular del derecho real de que se trate. En este caso, habrá adquirido el derecho real (art. 609 del Código civil) y, por tanto, el conocimiento del título por el que inscribió supone, con arreglo a aquel concepto técnico de buena fe que dejamos sentado, conocimiento de la inexactitud registral. No obstante, admitimos que en este caso tal conocimiento sea irrelevante. Esta solución encuentra fundamentos en el derecho francés. En éste, el efecto de trascendencia real se produce por el mero consentimiento (1.138 del Code N.), y, sin embargo, veamos lo que dice Planiol, "el principio expresado en el artículo 1.138 del Código francés lleva como inconveniente la clandestinidad de las transmisiones. Pero dicho principio se encuentra enormemente limitado por dos instituciones que actúan la publicidad, una en los muebles, otra en los inmuebles. La limitación en materia de inmuebles tiene lugar en virtud de la publicidad inmobiliaria. El principio de transmisión *solo consensu* no sufre una derogación, subsiste, pero su aplicación no es absoluta, sino parcial, pues hay ciertas personas especialmente protegidas por la Ley de 1855 que tienen derecho a desconocer la venta que no ha sido hecha pública y respecto de las cuales en vendedor no ha cesado de ser propietario" (17). He aquí cómo este sistema se relaciona con el principio de transmisión *solo consensu*. Veamos esta relación más claramente expresada en otro lugar por el mismo Planiol (18): "La transferencia convencional de la propiedad inmobiliaria no puede ser mantenida, so pena de abocar a los peores inconvenientes, si no es reforzada con un sistema de publicidad destinado a llevar al conocimiento de terceros los cambios de propiedad y la constitución de los derechos reales inmobiliarios."

En el derecho español no se adoptó el sistema de transmisión sólo *consensu*, pero se llegó al mismo resultado al admitir las formas espiritualizadas de tradición, y casi podemos decir que la admisión en el artículo 1.462 del Código civil de la tradición instrumental, tan facilitada, equivale a la proclamación de aquel

(15) En este mismo sentido, Roca cita las siguientes palabras de la E. de Ms.: "quien terga derechos que haya descuidado inscribir no debe perjudicar por una falta que a él solo es imputable al que sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiere la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe. Roca, *Instituciones*, I, página 354.

(16) Hay que señalar que esta exigencia no ha sido bien recibida por todos los autores.

(17) Citado por Espín en *La transmisión de los derechos reales*. R. D. Pdo., 1945, página 355.

(18) *Traité*. T. III, pág. 604.

principio, si bien—y aquí está la diferencia—no con carácter general (19). Lo interesante es que en derecho español existen una serie de formas de tradición que no llevan consigo publicidad ninguna (20) y, por tanto, a estos supuestos son aplicables las consideraciones de Planiol y las soluciones del derecho francés. Otro fundamento lo podemos encontrar en las palabras mismas del artículo 32, que habla de que los títulos *no perjudicarán*, o sea, que los títulos, por sí solos, no tienen nunca virtualidad para perjudicar a tercero, porque no llevan consigo publicidad. Esta es consiguiente al otorgamiento y consistirá en la posesión o en la inscripción, en cuyo caso lo que perjudicará será el título más la posesión o el título más la inscripción, o sea, el título más la publicidad.

Finalmente, podemos fundar nuestra posición en la consideración misma del principio de la ocasión, base del sistema del artículo 32. Se dice que el que no inscribe debe quedar perjudicado porque da ocasión con su negligencia a que otro inscriba. Hay, pues, una negligencia frente a una actuación diligente y como ésta, además, interesa a la comunidad, el legislador la protege para favorecer la institución del Registro (medida ésta más que de justicia, de política legislativa, en un sistema de inscripción voluntaria como el nuestro). Ahora bien, el que toma posesión de la cosa—no digamos nada del que inscribe—ya lleva a cabo una actuación diligente con valor publicitario (21) e incluso, según algunos, con un valor superior al de la inscripción (22). Por lo tanto, cuando haya tenido lugar una tradición de este tipo el que ha inscrito no tiene “derecho” a desconocer la inexactitud registral. Precisemos, finalmente, que aceptamos la posición de Vallet de Goytisolo en cuanto a la diligencia exigible al que haya de tener buena fe (23). Con las limitaciones que resultan de lo expuesto, creemos que es aceptable la tesis de Núñez Lagos. La utilidad del artículo 32 será, a pesar de todo, enorme. Servirá para determinar preferencias entre causahabientes de la misma persona, preferencias a las que es ajeno el artículo 34, cualquiera que sea la extensión que se le den a sus términos.

El supuesto de doble venta mismo no puede explicarse más que por este sistema, y sería muy interesante estudiarlo a fondo teniéndolo en cuenta.

Así, pues, fijando lo que de una manera, un tanto deslavazada, hemos venido exponiendo resultará que la protección del artículo 32 estará condicionada por el requisito de la buena fe en estos términos:

- 1.º La existencia de fraude excluirá en todo caso la protección.
- 2.º Para el caso de que no haya fraude, el conocimiento del título anterior,

(19) Puede verse la influencia francesa en el art. 1.162, en la exposición de cómo se llegó al sistema del *soit consensu* en Francia, que hace ESPÍN, *ob citada*, pág. 352.

(20) “La tradición es una institución que a través de la historia del Derecho ha cabalgado y sigue cabalgando a dos vertientes. Pues dos han sido y son sus funciones: dar efectividad a la transmisión y darle publicidad.” Conviene tener en cuenta estas palabras de VALLET DE GOYTISOLO en R. D. Pdo., 1927, pág. 942.

(21) Junto a la publicidad formal del Registro existe la publicidad física de la posesión. Ha dicho NÚÑEZ LAGOS (*Realidad y Registro*, pág. 13): “La dogmática de la conferencia de Porcioles, reflejada en la nueva Ley (art. 36), supone conceder beligerancia a la posesión física y efectiva como sistema de publicidad del documento distinto del Registro. Esta publicidad de la posesión no se basa en una simple deducción dogmática. Tiene, a nuestro parecer, una forma base en el art. 448 del C. civil.

VALLET DE GOYTISOLO, *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*. L. cit., pág. 937.

(22) Véase a este respecto, en ese mismo artículo, lo que dice VALLET DE G., página 942.

(23) L. cit., pág. 449.

unido al conocimiento de la posesión de otro en concepto de dueño, excluirá también la protección.

3.º Tratándose de derechos reales, sin visibilidad posesoria, el fraude para adquirirlos o el asentimiento después de la adquisición excluirá la protección.

4.º En los demás casos, el tercero del artículo 32 será protegido simplemente por el hecho de haber inscrito.

Expuesta la tesis central de Núñez Lagos y hecha su crítica, sólo nos resta concluir afirmando que su obra tiene un interés extraordinario para la comprensión del mecanismo de protección de terceros de nuestra Ley hipotecaria y que como tal, a pesar de su reducida extensión viene a constituir una aportación fundamental en la ya rica doctrina hipotecaria española.

Alberto BALLARIN

*Notario. Letrado de la Dirección General
de los Registros y del Notariado.*