

# **JURISPRUDENCIA**



# I. SENTENCIAS ANOTADAS

## 1. Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral y otros problemas

SENTENCIA 26 FEBRERO 1949 (1)

Entre los varios problemas que plantea esta interesante sentencia, vamos a dedicar especial atención al que sirve de epígrafe a la presente nota, sin perjuicio de hacer referencia, al final, a otros dos.

I. Para el planteamiento de la cuestión, deben verse los antecedentes de la sentencia. Aquí nos interesa destacar que el recurrente alegó en los motivos del recurso que el tercer adquirente de la finca no podía ser considerado como tercero protegido por la fe pública registral por faltarle el requisito de buena fe; esta misma alegación había sido hecha en ambas instancias sobre la base de la prueba testifical que, a juicio de dicho recurrente, demostraba la notoriedad, dentro del ámbito de la ciudad en que se produjeron los hechos, de la cuestión suscitada y, específicamente, de la presentación de la demanda inicial del pleito, la cual no pudo ser desconocida del adquirente, que, si bien contrató antes de dicha demanda, inscribió después. En casación, ante la necesidad de fundar el error de hecho en algún documento auténtico, hubo el recurrente de acudir a una supuesta anotación preventiva caducada, que, según declara el T. S., no resulta de los autos; a otros documentos cuyo conocimiento por el adquirente no se acredita suficientemente, y a la propia resultancia del pleito, cuya demanda se había interpuesto antes de la inscripción del adquirente. Así planteado el recurso en este punto, es evidente que no podía prosperar, ya que la simple presentación de la demanda antes de la inscripción, sin que de dicha demanda se hubiese tomado anotación preventiva, no podía probar la mala fe del adquirente y el consiguiente error de la Sala de instancia. Así lo entiende el T. S., rectamente; pero añade un argumento jurídico que es el que ha de servir de base a esta nota: el de que "no es a la fecha de la inscripción, sino a la de la celebración del contrato que la motivó, anterior a la demanda, a la que hay que remitirse para juzgar si la adquisición se efectuó con conocimiento registral o extrarregistral de la causa de nulidad del título del transferente".

En torno a la buena fe, como requisito para la protección por la fe pública registral, se ha producido, como es sabido, una jurisprudencia muy abundante (2), que, sin embargo, no ha abordado en ningún caso, que

(1) Véase en el tomo II, fasc. 2, de este ANUARIO, págs. 807-811.

(2) Puede verse una lista de sentencias en ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Edit. Bosch, Barcelona, 1948, I, pág. 454, n. 3.

sepamos, el problema que ahora se nos plantea. Las conclusiones que, a los efectos de dicho problema, podemos obtener de esta jurisprudencia son: 1.º No se ha sentado doctrina legal sobre el mismo; las referencias, más o menos vagas, a que a continuación aludiremos, no se utilizaron con carácter decisorio, sino incidentalmente, dado que no se planteó en ningún caso la cuestión de pérdida de la buena fe después del contrato y antes de la inscripción. 2.º En general, el T. S. habla de conocimiento o desconocimiento "al adquirir" (3), y sin duda esta expresión, para el Tribunal Supremo, quiere referirse al momento en que se dieron los elementos exigidos por el Derecho civil para la adquisición: contrato y tradición, si ésta es necesaria; otras sentencias hablan más concretamente de conocimiento o desconocimiento "en el acto de contratar" (4), es decir, usau terminología análoga a la de la sentencia que ahora nos ocupa. Esto puede deberse, como cree D. Jerónimo González (5), a que "la atención de los Tribunales ha sido tan absorbida por el contrato inscribible que fuera de él apenas perciben momentos jurídicos de valor". Incluso en un caso de protección por la fe pública a un acreedor hipotecario, la sentencia de 8 de abril de 1912 habla de desconocimiento "al otorgar el préstamo", olvidando el carácter constitutivo de la inscripción en este caso. 3.º No obstante, hay algunas sentencias en que, más o menos conscientemente, puede haber dado base el T. S. para una interpretación contraria: así, la de 28 de junio de 1941 afirma que la jurisprudencia condicional la preferencia establecida en el párrafo segundo del artículo 1.473 C. c. a la existencia de buena fe "por parte del inscribiente"; y la de 6 de julio de 1945, al enumerar los cuatro requisitos básicos para la protección por la fe pública, considera como el último de ellos el de "haber procedido de buena fe" pareciendo referirse, por tanto, a un proceder que abarca todo el proceso de cumplimiento de los demás requisitos, y entre ellos el de "haber inscrito su derecho". No obstante, es preciso tener en cuenta que en ninguno de estos casos debió pensar el T. S. en dar al problema que planteamos una solución contraria a la que pareció tener presente en una jurisprudencia reiteradísima, y que adquiere carácter decisorio en la sentencia ahora comentada.

La moderna doctrina hipotecarista española se plantea la cuestión, aunque, por lo general, no con mucha amplitud. D. Jerónimo González parece inclinarse por la necesidad de tener buena fe en el momento de solicitar la inscripción (6); para ello se funda en que el artículo 41 (de

(3) Sentencias de 11 de enero de 1895, 7 de febrero de 1896, 29 de septiembre de 1897, 5 de abril de 1898, 31 de marzo de 1902, 20 de diciembre de 1904, 7 de noviembre de 1911, 16 de junio de 1917, etc.

(4) Sentencias de 9 de julio de 1900, 24 de marzo de 1905, 3 de marzo de 1909, 8 de julio de 1916, etc. V. también Rés. de 8 de agosto de 1940.

(5) *Principios hipotecarios*, Madrid, 1931, pág. 204.

(6) Ob. y loc. cit. El texto en cuestión no está muy claro, ya que alude a "asiento de eficacia constitutiva"; puede referirse al carácter constitutivo de la inscripción en el juego de la fe pública, o bien sólo a los casos en que la inscripción es normalmente constitutiva. Quizá incline a esta segunda interpretación el paralelismo que se advierte con el párrafo 2.º del artículo 802 B. G. B.

la Ley de 1909) centra todas las presunciones sobre la inscripción. La doctrina más reciente acude a otros elementos de juicio: especialmente, se estima que se debe tener buena fe en el momento de la adquisición del derecho por el tercero. Según Roca Sastre (7), "así resulta del tono de los preceptos fundamentales de la Ley Hipotecaria (artículos 34, 36 et- cetera), de reiterada jurisprudencia, y de los principios clásicos del Derecho". Pero la discrepancia surge en cuanto al momento en que se verifica dicha adquisición; para el último autor citado, dado que la inscripción es declarativa en nuestro sistema, el momento será el del otorgamiento del acto adquisitivo, es decir, el de la tradición, si ésta es necesaria; se exceptúa el caso de la hipoteca, en que se deberá tener buena fe en el momento de la presentación del título en el Registro. Aunque más de pasada, sostienen análoga tesis Núñez Lagos (8), De Cossío (9) y Vallet de Goytisolo (10). En contra Sanz (11), piensa que a pesar de los fuertes fundamentos que pueden apoyar el anterior punto de vista, hay serias razones para referir la necesidad de la buena fe al momento de la inscripción; para ello se basa: 1.º En que el artículo 34 L. H. sólo protege al adquirente según Registro. 2.º En que en el caso típico de aplicación de dicho artículo, el de inexactitud de la inscripción del transferente, el momento de la adquisición no es el del título, sino el de la inscripción.

Es fácil reconducir esta discrepancia a la que media entre Roca Sastre y Sanz, en cuanto al mecanismo de actuación de la fe pública; para el primero de estos autores, el juego de dicho principio se centra en la inscripción del transferente, que tiene, frente al tercero, un valor autónomo, sustantivo, desligado, a tal efecto, de toda conexión con el título que le sirvió de base. Por tanto, basta el acto adquisitivo extrarregistral, apoyado en esa inscripción, para que se opere la adquisición; la ulterior inscripción del adquirente no tiene más significado que el de que, al acogerse al Registro, se hace inatacable la adquisición ya realizada (12). En cambio, Sanz desplaza la virtualidad adquisitiva a la inscripción del tercero, que así tiene un valor convalidante, es decir, constitutivo en cierto modo, al suplir, con la intervención de la energía protectora del Registro, la preexistencia de derecho en el transferente, que era el elemento que faltaba para que en puro Derecho civil se operase la transmisión (13).

A nuestro juicio, se impone un desdoblamiento en el análisis del problema:

A) En primer término, es preciso ver a dónde puede llevarnos el planteamiento de la cuestión en el terreno en que la han centrado los au-

(7) Ob. cit., I, pág. 471.

(8) *Realidad y Registro*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1945, I, pág. 426.

(9) *Lecciones de Derecho Hipotecario*, Edit. Bosch, Barcelona, 1945, págs. 133-134.

(10) *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*, en "Revista de Derecho Privado", 1947, págs. 931 ss.

(11) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Edit. Reus, Madrid, 1947, I, págs. 465 ss.

(12) Ob. cit., I, págs. 159 ss.

(13) Ob. cit., I, págs. 246 y 432.

tores últimamente citados, es decir, ligando el momento en que debe haber buena fe con el de la adquisición.

En abstracto, la adquisición por la fe pública registral es, en el ámbito en que se haya de desplegar la eficacia de ésta como más intensa que la derivada de las normas puramente civiles, una adquisición de buena fe. Respecto de éstas en general, ha dicho con toda exactitud González Rodríguez (14) que "la adquisición normal supone la transmisión por el verdadero titular; pero la apariencia de alguien como titular, según el signo válidamente admitido, ya corresponda o no este signo con la cosa significada, es decir, con la titularidad, hace válida la adquisición a favor de quien tuvo buena fe". Es decir, la virtualidad adquisitiva se centra en la apariencia jurídica; en el caso de la fe pública tal apariencia objetivamente reside en el contenido registral, eficaz respecto de tercero, existente en el momento en que la adquisición se opere; además se requiere que la apariencia opere subjetivamente, es decir, que sea tal respecto del adquirente por desconocer éste la discordancia entre tal apariencia y la realidad.

Esto supuesto, parece lógico que la eficacia propia de la fe pública se opere en el momento en que exista un acto adquisitivo, con validez intrínseca, basado en ese doble aspecto de la apariencia jurídica. No obstante, a nuestro juicio, no cabe sostener que actúe la virtualidad específica de la fe pública registral antes del momento de la inscripción del adquirente. Esta afirmación puede ser fundamentada en los siguientes argumentos:

1.º Si se piensa que el artículo 34 L. H. exige cuatro requisitos para la protección por la fe pública registral, parece evidente que será preciso reunir los cuatro para obtener dicha protección. No hay que preguntarse por el momento en que una persona que reúne todos los requisitos ha adquirido su derecho, sino por la situación de la persona que sólo reúne tres de los requisitos, es decir, que aún no ha inscrito (15). ¿En qué precepto legal cabe amparar la adquisición de dicha persona en la medida en que no pueda operarse por el puro Derecho civil?

2.º No cabe recurrir a la letra del artículo 34; en efecto, si este precepto dice que "el tercero que de buena fe *adquiera... será mantenido en su adquisición* una vez que haya inscrito su derecho", no puede con ello sancionar una adquisición no operable en Derecho civil en el momento del

(14) *La buena fe y la seguridad jurídica*, en "Bocetos jurídicos", separata del tomo III de los Anales de la Academia Matritense del Notariado, pág. 28.

(15) Los cuatro requisitos son, como es sabido: inscripción del transferente, adquisición del título oneroso, buena fe e inscripción del adquirente. La moderna doctrina hipotecaria española hace referencia constante a estos cuatro requisitos, que también son destacados en la citada sentencia de 6 de julio de 1945. En cuanto al distinto enfoque de la cuestión a que aludimos, puede originar contradicciones; así, Roca Sastre parece incurrir en una al sostener (ob. cit., I, pág. 426) que los requisitos deben darse simultáneamente, de forma que si falta uno de ellos no se otorga la protección, quedando sometida la adquisición, en este punto, a las reglas del Derecho civil puro; en cambio, antes había hablado de que la adquisición en virtud de la fe pública se opera antes de la inscripción del adquirente.

acto adquisitivo extrarregistral, adquisición que la inscripción se limitaría a hacer inatacable, y esto por lo siguiente: no hay que olvidar que la palabra "adquiera" no pertenece al ámbito de la eficacia jurídica otorgada por la norma, sino al supuesto de hecho contemplado por la misma; la adquisición a que dicha palabra se refiere no es establecida por el artículo 34, sino que éste parte de ella, de una adquisición que debe haberse efectuado al margen del ámbito de eficacia de dicho artículo. En este sentido, sólo caben dos explicaciones: o bien es que la palabra aludida quiere referirse meramente al acto adquisitivo extrarregistral, con validez intrínseca, pero posiblemente con eficacia adquisitiva nula o restringida por causas que afectan a la titularidad del transferente; o bien es que el artículo 34 sólo contempla en su letra los supuestos en que aun por Derecho civil hay adquisición extrarregistral eficaz, aunque amenazada; nos inclinamos por esta segunda interpretación, ya que hay que tener en cuenta que, a continuación, el artículo 34 sólo nos habla de los casos de anulación o resolución del derecho del transferente, pero no de los de inexistencia o nulidad radical. Así queda perfectamente claro el sentido literal del párrafo primero de dicho artículo; hay que distinguir tres momentos:

a) Momento en que el tercero adquiere, de buena fe y a título oneroso, un derecho existente y perteneciente al transferente, aunque resoluble o anulable. El tercero adquiere eficazmente, sin necesidad de intervenir para nada el ordenamiento hipotecario, pero su adquisición quedará pendiente de las vicisitudes del título del transmitente.

b) Momento en que el tercero inscribe: al ingresar en la esfera de actuación de la fe pública, por reunir los cuatro requisitos del artículo 34, la adquisición, ya operada extrarregistralmente, se hace inatacable.

c) Momento en que se anula o resuelve el derecho del transferente; a pesar de ello, el tercero "será mantenido en su adquisición". Este mantenimiento, que en este caso es la específica eficacia desplegada por la fe pública, sólo puede producirse a partir de la inscripción del adquirente.

Por razones de analogía y por inducción de otros preceptos de la Ley Hipotecaria (16), hay que sostener la aplicación del artículo 34 a los supuestos en que el transferente carece en absoluto de derecho; pero para tales casos habría que modificar la letra del citado artículo; los tres momentos aludidos deberían ser establecidos así:

a) El tercero realiza un acto adquisitivo con todas las condiciones de validez intrínseca al acto, pero ineficaz totalmente en puro Derecho civil por faltar la titularidad en el transferente; aunque éste tenga inscrito el derecho a su favor, y el tercero actúe de buena fe y a título oneroso, no adquiere nada, porque el artículo 34, aplicado por analogía, no otorga eficacia alguna a este primer momento previo a la inscripción.

b) El tercero inscribe; en este momento, por analogía, se despliega la eficacia del artículo 34; ahora bien, mientras en el supuesto previsto

---

(16) Es básico en este aspecto el párrafo final del artículo 40; lo que sucede es que el artículo 34 resulta aún muy incompleto y no establece de manera suficientemente amplia el principio de la fe pública registral.

en la letra de este artículo dicha eficacia consiste en hacer inatacable una adquisición previa, aquí consistirá en operar una adquisición que no se había realizado.

c) Aquí no cabe anulación de ningún derecho, sino meramente declaración de una nulidad o inexistencia previas; tal declaración, claro está, será ineficaz respecto del tercero.

De todo lo dicho se deduce que es incorrecto hablar de adquisición para referirse a la eficacia del artículo 34; dicha eficacia, en muchos casos, la mayoría probablemente, y precisamente en el específicamente contemplado por la letra de dicho artículo, no consiste en operar una adquisición, sino en dotar de inimpugnabilidad a una adquisición previa. Por brevedad, cabe permitir que se hable simplemente de adquisición, pero teniendo en cuenta lo dicho y evitando las confusiones.

3.º Acudiendo a otros preceptos hay que hacer notar que los artículos 32 L. H., y 1.473 C. c. plantean la cuestión estrictamente en el terreno de la inscripción; concretándonos al segundo, que no es sino una aplicación del primero, es de advertir que mientras ninguno de los adquirentes inscriba no entra en juego ni puede entrar el párrafo segundo, sino que el conflicto se decidirá por el párrafo tercero; es decir, si después que el primer comprador adquiere la propiedad en virtud de tradición instrumental el vendedor enajena al segundo, haciéndole también tradición, este segundo comprador no adquiere nada en virtud de la fe pública, aunque reúna todos los requisitos del artículo 34 L. H., menos la inscripción. Su adquisición sólo puede basarse en ser primero en la posesión (17) o en la inscripción.

4.º El artículo 37 también limita su protección al tercero que haya inscrito.

5.º El artículo 36 L. H. parece, en su ámbito propio, llevarnos a la misma solución. Si el propio artículo nos habla de que la protección especial que otorga sólo es a los "titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34", y que "en cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la condición de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil", parece dar a entender que mientras el adquirente no inscriba prevalece sobre él la usucapión: es decir, o bien el tercero no adquiere nada hasta que inscriba, si la usucapión estaba consumada, o bien, si no lo estaba al tiempo de la adquisición, el usucapiente adquiere el derecho cuando la usucapión se consume si para entonces el tercero no había inscrito.

Creemos que de todo lo dicho puede desprenderse que la virtualidad propia de la fe pública registral no se despliega hasta el momento de la inscripción. Así lo entiende Sanz, como vimos. No obstante, esta tesis produce determinadas anomalías. En primer lugar, contradice el juego nor-

---

(17) Esta posesión de ser la real, no bastando la instrumental; si no, no tendría sentido la regla supletoria del propio párrafo 3.º del artículo 1.473, ya que el mero título, sin ningún tipo de tradición, no puede transmitir la propiedad.



mal de las adquisiciones de buena fe, para las que basta, como dijimos, el acto adquisitivo con validez intrínseca y apoyado en la apariencia jurídica, en su doble aspecto. En segundo lugar, hay que considerar que debe ser decisivo el momento en que, según nuestro Derecho positivo, haya de existir tal apariencia; respecto a esto, es preciso tener en cuenta:

a) Es difícil apoyar en textos legales la tesis de que la buena fe debe ser exigida en el momento de la inscripción. En efecto, sobre la base de distinguir en el artículo 34 los tres momentos a que hemos hecho referencia, es evidente que dicho artículo refiere el requisito de la buena fe exclusivamente al primero de ellos; también el artículo 36 refiere igualmente el requisito de la ignorancia respecto a la posesión por otro a ese primer momento; así se deduce de las palabras "antes de perfeccionar su adquisición", que sin duda quieren aludir a un acto adquisitivo extrarregistral anterior a la inscripción. Igual impresión se adquiere del párrafo último del artículo 40.

b) En cuanto a la apariencia meramente objetiva, es decir, al contenido registral en que ha de apoyarse el tercero, hay que reconocer que en la mayoría de los casos, si dicho contenido ha variado después del acto adquisitivo, pero antes de la inscripción, en el sentido de ingresar en el Registro los títulos o causas que podrían estorbar la adquisición inatacable del tercero, el derecho de éste no podrá prevalecer; ahora bien, en realidad lo que sucede es que el nuevo contenido registral producirá un efecto de cierre e impedirá la inscripción del título del tercero; más adelante procuraremos profundizar algo más en esta cuestión; ahora lo que interesa es ver cómo cuando no se produce el cierre existe la posibilidad de que prevalezca el derecho del tercero; aún sucede en el caso de la anotación preventiva de demanda realizada después del acto adquisitivo del tercero, pero antes de que éste inscriba: en tal supuesto, del párrafo cuarto del artículo 198 del Reglamento Hipotecario se deduce claramente que, si el tercero ha inscrito después, el Juez podrá decidir la cuestión a su favor, con la consiguiente cancelación de la anotación preventiva y con el cierre del Registro a la resolución judicial favorable al anotante.

Es decir, cuando juega puramente el principio de fe pública, sin ingerencia de elementos extraños a él, cabe que sea suficiente la apariencia registral en el momento del acto adquisitivo.

Ante todo esto, caben dos soluciones: 1.<sup>a</sup>) mantener ligados a pesar de todo, por exigencias lógicas, y no obstante los textos contrarios, el momento de la adquisición (en el sentido de eficacia de la fe pública) y aquel en que es exigida la apariencia, refiriéndolos ambos a la inscripción. Esta es la posición de Sanz, al menos en cuanto a la buena fe. 2.<sup>a</sup>) tratar de plantear el problema en otro terreno, desligando los dos momentos referidos y dando una adecuada explicación de ello.

B) Esto último es lo que vamos a intentar, en un plano de sugerencias; pero más que una solución concreta quisiéramos sugerir un camino que, siguiendo en parte la tendencia ya iniciada por algún autor, pudiera conducir hacia una mejor comprensión de la fe pública registral en el sistema hipotecario español. Las ideas que vamos a exponer están sin

construir suficientemente y tendrán, sin duda, numerosos puntos débiles; pero tal vez en ulteriores elaboraciones puedan conducir a algo útil.

El punto de partida ha de ser, a nuestro juicio, el esclarecimiento del significado que tiene la inscripción del adquirente. El papel que la inscripción puede desempeñar en las modificaciones jurídico-reales inmobiliarias se desdobra así: o bien puede ser un elemento constitutivo, o bien puede dotarlas de una situación privilegiada respecto de las no inscritas; en el segundo caso, como lo normal es que el privilegio se obtenga inscribiendo antes, estamos ante lo que Núñez Lagos ha llamado Registros de la prioridad (18). Aunque ambos regimenes pueden coexistir en un mismo sistema (19), cabe referir el primero de ellos al Derecho alemán, el segundo al Derecho francés. La más reciente doctrina hipotecarista española ha destacado el carácter ecléctico de nuestra primera Ley Hipotecaria (20); creemos que es exacta esta apreciación: lo que en principio caracteriza un sistema es la posición que adopta respecto al significado de la inscripción; y nuestra Ley adoptó la segunda de las posiciones antes indicadas; pero introdujo respecto al sistema francés dos modificaciones trascendentales: 1.º, el folio real; 2.º, una gran amplificación de las situaciones registrables. La primera, al permitir la integración y la fácil percepción del total contenido registral referente a una finca, y unido todo ello a la fuerza legitimadora que a dicho contenido imprimía el principio de legalidad, pudo conducir a la noción de tercer adquirente apoyado en el Registro. La segunda implicó un mayor número y una mayor complejidad en las posibles colisiones de situaciones registrables. Por todo ello se advirtió rápidamente, al redactar la Ley, la insuficiencia del artículo 25 (hoy 32); y así se llegó (21) al artículo 34. Lo específico de este artículo es que se refería no a la colisión abstracta entre títulos, sino a una colisión entre un título y una situación registrable que amenazara la titularidad del que en dicho título aparecía como transferente. Causas: 1.º En virtud del folio real, podía crearse en el Registro una apariencia de

(18) V. *El Registro de la Propiedad español*, separata de la "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1949, págs. 17 ss.

(19) En España, la inscripción es constitutiva respecto a la hipoteca, según la mayoría de la doctrina. En Alemania y Suiza también se conoce el principio de prioridad, pero en un sentido mucho más restringido, limitado a lo que con más propiedad debe ser llamado rango hipotecario.

(20) SANZ (ob. cit., I, págs. 82-83) piensa que el sistema de dicha Ley proviene de la unión de ciertos principios germánicos con el Derecho español tradicional relativo a la transmisión de los derechos reales. NÚÑEZ LAGOS ha destacado la influencia que en la Ley de 1861 tuvo la Ley belga de 16 de diciembre de 1851, de sentido más germánico que las leyes francesas. (V. obra últimamente cit., págs. 4 ss., 21 ss., 40 ss. y 58 ss.)

(21) NÚÑEZ LAGOS (ob. últ. cit., págs. 59 ss.) nos habla del proceso formativo del artículo 34 de la Ley de 1861; a través de su exposición, se puede ver cómo dicho artículo derivó del 23 a través del 33; hoy es fácil considerar esto como un enfoque equivocado de la cuestión; pero nos revela cómo el punto de arranque de nuestro sistema estuvo en el artículo 23, correlativo a otros de leyes extranjeras, más próximas al sistema francés que al alemán actual. Por esto, la antigua doctrina española centraba todo el sistema sobre el artículo 23; sólo una desmedida influencia alemana ha podido llevar modernamente a un excesivo olvido de dicho artículo (hoy 32). Una de las ideas axiales del citado trabajo de NÚÑEZ LAGOS es devolver a este artículo su destacada significación en nuestro sistema.

titularidad inatacable con fuerza suficiente para servir de apoyo al tercero. 2.º Cabía proteger a dicho tercero frente a las amenazas a la titularidad del transferente, porque dichas amenazas también tenían ingreso al Registro. Consecuencias: 1.ª Se exigía la existencia, previa a la adquisición, de una apariencia registral de titularidad inatacable. 2.ª También se exigía que las amenazas, aun siendo registrables, no constaran en el Registro. Todo esto llevaba a resultados que pudieron fácil y legítimamente encajarse en el principio de fe pública. Pero el entronque con el principio de prioridad, de origen francés, se manifestaba: 1.º En que la eficacia del artículo se centraba en la inscripción no constitutiva, sino inmunizadora. 2.º En que la cuestión se planteaba sobre la base de una colisión entre situaciones registrables. Este punto de partida condujo a ciertas confusiones, entre ellas a la contradicción entre los dos primeros párrafos del artículo, contradicción que fué origen de grandes problemas y que, en definitiva, condujo a desvirtuar el sistema (22).

Las Leyes de 1944 y 1946 han reformado a fondo el artículo 34, en parte restituyéndolo a su primitiva significación y en parte consagrando la evolución doctrinal y jurisprudencial realizada en torno al mismo. La jurisprudencia, al considerar implícito en dicho artículo el requisito de la buena fe, y la doctrina, al asimilar progresivamente su contenido al principio de la fe pública, de corte alemán, han llevado a que se coloque como base y esencia del artículo 34 una adquisición de buena fe, en el sentido técnico de esta expresión. No obstante, no nos parece sostenible la idea de que dicho artículo consagre, en toda su pureza, una adquisición de ese tipo; ya dijimos que, a nuestro juicio, para dichas adquisiciones debe bastar un acto adquisitivo, con validez intrínseca según las normas generales y basado en una apariencia jurídica, en su doble aspecto, a la que el Derecho dote de tal virtualidad. Este es el juego que en España tiene la adquisición consagrada por el artículo 464 C. c., y el que tiene en Alemania y en Suiza, el principio de la fe pública registral; en efecto, el artículo 892 B. G. B. viene a decirnos que se reputa exacto el contenido del Registro en favor del que adquiere por negocio jurídico un derecho sobre un inmueble o sobre un derecho real inmobiliario, salvo si existe una inscripción contradictoria o si la inexactitud es conocida por el adquirente. Y el párrafo segundo de dicho artículo distingue implícitamente entre los supuestos en que la inscripción es necesaria para la adquisición y aquellos en que no lo es. Es decir, *la inscripción del adquirente no es un requisito para la protección*; el requisito es la adquisición por negocio jurídico; en la mayoría de los casos, la inscripción es un elemento de dicha adquisición (no un requisito independiente); cuando no es necesaria para la adquisición normal, tampoco lo es para la protección por la fe pública. Igual conclusión se obtiene del artículo 973 del C. c. suizo, que dice: "El

---

(22) Nos referimos a la polémica iniciada por CARDELLACH y a la subsiguiente reforma del artículo 34 por la Ley de 1869. Puede verse una exposición del problema y de la polémica en GÓMEZ DE LA SERNA, *La Ley Hipotecaria comentada y concordada*, Madrid, 1862, págs. 623 ss. En cuanto a la reforma de 1869 y a una adecuada valoración de la misma, nos remitimos a SANZ, ob cit., I, págs. 392 ss.

que adquiere la propiedad u otros derechos reales fundándose de buena fe sobre una inscripción del Registro inmobiliario es mantenido en su adquisición."

En ambos casos, la inscripción del adquirente juega exclusivamente dentro del llamado principio de inscripción, no dentro del de fe pública. Frente a esto, puede resultar anómalo el que un sistema como el español, en que generalmente la inscripción no es constitutiva, exija la inscripción del adquirente como requisito para la protección por la fe pública. Cabe pensar: 1.º Que dicha inscripción es precisa porque el Registro sólo protege al que se acoge a él: ésta es la tesis más generalizada; ahora bien, que esta idea no responde a una necesidad institucional está demostrado por la posición de los ordenamientos antes citados; en nuestro sistema, podía responder a un deseo de estimular la inscripción; pero lo que se pregunta ahora no es el propósito del legislador, sino el significado técnico de esta inscripción. 2.º Que si en España la inscripción no es constitutiva, su especial virtualidad en ésta de convalidar los vicios de la titularidad del transferente, es decir, realizar la especial eficacia de la fe pública; así opina Sanz (23). Puede ser exacta esta idea; pero no nos aclara de dónde le viene esa virtualidad a la inscripción.

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* (24). Es decir, respecto del sistema francés, lo que la prioridad gana en extensión y en intensidad de afectos se compensa con la exigencia de mayores requisitos (25). Podemos desarrollar así esta tesis:

En virtud de la inscripción, el adquirente de un derecho real se antepone a los títulos inscribibles no inscritos aún, de forma que éstos no le podrán perjudicar, es decir, podrá considerarlos como no existentes en todo aquello en que entren en colisión con su propio título. Esta es la esencia del principio de prioridad (26), que se halla claramente consagra-

(23) Ob. cit., I, págs. 246 y 432.

(24) Por la fe pública, la apariencia jurídica es elevada, en favor del tercero, a medida de lo que éste adquirirá al ganar prioridad, inscribiendo, sobre los títulos no inscritos aún.

(25) Esta diferencia proviene de lo ya antes dicho: el principio de especialidad permite la formación de un contenido registral unitario relativo a cada finca; el de legalidad permite que, en favor de la seguridad del tráfico, se dote a ese contenido de fe pública. Pero esto no basta en nuestro sistema: el punto de arranque (Registros de la prioridad, conectados con el principio de inscripción declarativa) exige que el adquirente se anteponga, inscribiendo, a lo no inscrito. El párrafo final del artículo 40 da el mismo trato de postergación a la rectificación cuando ésta consiste en inscripción de un título no inscrito (caso típico de la prioridad en los sistemas más próximos al francés) que cuando consiste en declaración de nulidad de un título inscrito (caso típico de fe pública en el sistema alemán). Hay que entender que el tercero a que alude dicho artículo 40 ha de haber inscrito antes de la rectificación del Registro.

(26) La diferencia entre el aspecto negativo (el tercero no es perjudicado) y el positivo (el tercero adquiere) es simplemente de enfoque; no está aquí la separación esencial entre los artículos 32 y 34, sino en su diferente función: es en gran parte exacta la contraposición que hace NÚÑEZ LAGOS (ob. cit., pág. 40). Pero no nos parece exacta la idea de este autor de que no son aplicables al tercero del artículo 32 los requisitos del ar-

do en los artículos 32 L. H. y 1.473, párrafo segundo, C. c. Aquí lo que hay es colisión entre dos títulos inscribibles. Pero en el artículo 34 el problema se complica: a primera vista, parece que la colisión se da en él entre un título inscribible y una causa de resolución o anulación que puede no ser precisamente un título, sino algo embebido en un título, o implícito en él, o incluso algo que, afectando a un título, no halle ningún reflejo en él. No obstante, en el caso del artículo 34 la colisión no es respecto a dicha causa de anulación o resolución, sino respecto de la misma anulación o resolución que, como modificación jurídico-real, sí es un título (en sentido material) inscribible; es decir, las citadas causas no juegan en el principio de prioridad, sino en la integración del contenido registral previo a la adquisición del tercero. En efecto, en términos generales, la prioridad sólo se refiere a títulos con trascendencia jurídico-real inmediata, bien por ser declarativos de una situación real preexistente, bien por producir una modificación jurídico-real (27). Pero las causas de anulación o resolución no tienen tal trascendencia inmediata, sino que se limitan a poder provocar en su día una modificación real.

Por tanto, el esquema de actuación de la protección registral al tercer adquirente es el siguiente:

1.º El tercero ha de realizar el acto adquisitivo con los requisitos propios de las adquisiciones de buena fe: validez intrínseca del acto, apariencia objetiva, buena fe y, en este caso, que se trate de adquisición por negocio jurídico inter vivos y a título oneroso. Conforme intentamos demostrar antes, el tercero no adquiere más de lo que hubiera adquirido por Derecho civil puro; pero sí se coloca en una especial situación que le hace apto para anteponerse, por la inscripción, a los actos que pueden perjudicarle y que no hayan sido aún inscritos al tiempo de esa inscripción del adquirente (prioridad), y cuya causa no constara registrada al tiempo de verificarse el acto adquisitivo (fe pública). Una aplicación de esta última distinción resulta de la interpretación que creemos más aceptable del párrafo cuarto del artículo 198 del Reglamento Hipotecario; esta interpretación es la dada por Roca Sastre (28): la anotación de demanda no provoca cierre registral; pero si la resolución judicial que se obtenga es favorable al anotante habrá de solucionar la colisión entre el derecho de éste y el de los que con posterioridad a la anotación hayan registrado algún derecho sobre la finca; si este derecho fué adquirido después de la anotación, no hay problema (párrafo segundo, artículo 198 cit.; la fe pú-

---

título 34. (V. págs. 57 ss. de dicha obra. V. también la nota crítica de BALLARÍN sobre el estudio de NÚÑEZ LAGOS, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, II-2, 1949, págs. 676 ss.) A nuestro juicio, dejando a salvo la diferencia de función, es aplicable a ambos artículos el mismo juego que aquí propugnamos en torno a la fe pública y a la prioridad.

(27) El artículo 32 sólo se refiere a los títulos de dominio o de otros derechos reales; el artículo 34, en el aspecto de prioridad, también, ya que títulos de tal naturaleza son en el fondo aquellos en que se contiene la anulación, resolución, etc., de actos inscritos referentes a tales derechos. En cambio, lo relativo a las causas de anulación, resolución, etc., no juegan en el aspecto de prioridad, sino en el de fe pública; por esto, aunque el artículo 34 no lo diga expresamente, sólo hay que referir su existencia al momento del acto adquisitivo.

(28) Ob. cit., III, págs. 439 ss.

blica y la prioridad son favorables al anotante); pero sí lo hay si fué adquirido antes; el citado párrafo cuarto ordena al Juez que resuelva la colisión si el adquirente se opone a la cancelación de su inscripción, pero no da criterio para tal resolución. A nuestro juicio, siguiendo a Roca, hay que distinguir: si la sentencia declara la existencia de una inexactitud registral en sentido estricto (es decir, discordancia en cuanto a situaciones jurídico-reales), prevalecerá el derecho del anotante (29); y esto porque al publicar la anotación tal discordancia y tener, por tanto, trascendencia jurídico-real inmediata, fué favorecido su titular por la prioridad y se antepuso al derecho del anterior adquirente. En cambio, si la sentencia provoca por sí misma la modificación real, sin declarar una situación anterior (ejemplo: si anula, resuelve, rescinde, etc., un acto inscrito), la anotación se limitó a publicar una causa de una modificación real *in potentia*, y, por tanto, no ganó prioridad: fué el tercer adquirente el que se antepuso, inscribiendo antes de que se inscribiera la sentencia. Igual juego tiene, a nuestro juicio, la constatación registral de otras causas de resolución, revocación, etc., de actos inscritos (así la nota marginal expresiva de haber adquirido una finca la cualidad de reservable). En cuanto a las demás anotaciones preventivas que no provocan cierre registral, plantean en general complejos problemas que exceden de la índole de esta nota (30).

2.º Al inscribir el tercero que adquirió en las condiciones antedichas, se coloca en la situación de privilegio que le otorga la prioridad, pero sólo, claro está, respecto a los títulos aun no inscritos; respecto a los ya inscritos, puede suceder: a) Que sean plena y definitivamente aptos para ser favorecidos a su vez por la prioridad: se anteponen al del tercero que estamos considerando y le perjudican, aunque no estuviesen inscritos al tiempo de la adquisición de éste; como regla formal de efectución de tal prioridad, el artículo 17 L. H. cierra el Registro al título del tercero que no inscribió antes. b) Que el asiento en cuestión se limite a adelantar efectos de un título posterior apto para ser favorecido por la prioridad; aquí hay que distinguir: si ese título posterior se refiere a una situación aún no existente al tiempo de practicar el asiento preparatorio, éste no perjudica para nada al tercero; si se refiere a una situación ya existente en dicho tiempo, sí le perjudica; pero no siempre provoca el correspondiente cierre registral a su título: lo provoca, por ejemplo, la anotación preventiva por defectos subsanables, no la anotación de demanda.

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 cons-

(29) Siempre que tal inexactitud existiera antes de la inscripción del tercero.

(30) Especialmente, en varias anotaciones se produce una reserva de rango que supone una verdadera excepción al principio de prioridad.

te en el Registro una amenaza a la titularidad del transferente, siempre que tal constancia no sea apta, por las reglas antes dichas, 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, esta 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 (31).

Aplicando estas ideas a la sentencia comentada, hay que observar: a) En cuanto a la buena fe, el T. S. está en la posición exacta, si bien puede no ser muy justo hablar de la fecha del contrato; la fecha será la del acto adquisitivo, incluyendo la tradición, si es necesaria; lo que sucede es que en la mayoría de los casos operará la tradición instrumental, que coincidirá, por tanto, con el contrato. b) En cuanto a la apariencia registral, no es muy adecuado hablar de conocimiento registral, ya que en este aspecto es indiferente que haya o no conocimiento efectivo. Aparte de esta objeción terminológica, cabe hacer otra: aunque sin carácter decisorio, porque en realidad no se había tomado anotación preventiva de la demanda, el T. S. parece indicar que también debía prevalecer el derecho del tercero aunque se hubiese tomado dicha anotación, puesto que el acto adquisitivo fué anterior a la presentación de la demanda; no estamos de acuerdo con esta tesis, que creemos implícita en la argumentación del Tribunal Supremo, ya que la acción ejercitada no era de anulación, sino de declaración de una nulidad existente en virtud de resolución administrativa (no inscribible por no haber sido oídos los titulares registrales), al tiempo de la interposición de la demanda: es decir, según lo dicho antes, la anotación de ésta habría publicado una posible inexactitud registral en sentido estricto y habría, por tanto, ganado prioridad.

II. Dada la excesiva extensión concedida al anterior problema, nos limitaremos a aludir a otros dos de los que plantea la sentencia:

A) Alude la sentencia a un caso de derecho de retención amparado en el artículo 453 C. c., y sostiene, sobre tal supuesto, que "no es dudoso afirmar que obra de buena fe quien posee una finca al amparo del derecho que la Ley le concede", si bien reconoce como posible que esta tesis no tenga conceptualmente acogida en los artículos 433 y 435 C. c. Se trataba de dilucidar si el poseedor estaba o no obligado a abonar los frutos dejados de percibir por el legítimo titular. A nuestro juicio, hay cierta

---

(31) Todo lo dicho ha de interpretarse con la excepción de la hipoteca; en ésta, dado el carácter constitutivo de la inscripción, el juego es bastante análogo al de la fe pública en el sistema alemán; por ello, la apariencia registral y la buena fe han de ser referidas al momento de la inscripción; y la prioridad sólo juega en el aspecto restringido de rango hipotecario, salvo tratándose de colisión con otros derechos en que la inscripción sea declarativa.

irregularidad en el planteamiento de la cuestión. ¿Cabe hablar de que un usufructuario, un acreedor pignoraticio o incluso un propietario es poseedor de buena o de mala fe? Indudablemente, en general, no tiene sentido (32); la Ley, al aludir a la posesión de buena o mala fe, pretende reglamentar sobre esta base una serie de situaciones de colisión entre el poseedor y el legítimo titular de la cosa o el derecho poseídos, situaciones que no se dan si el poseedor lo es en virtud de un título legítimo y eficaz; entonces la posesión se regulará por las normas relativas al derecho del que es titular el poseedor. Lo que sucede con el derecho de retención es lo siguiente: 1.º Su titular ha sido poseedor de buena fe; después ha conocido los vicios de su título o modo de adquirir (por esto la sentencia comentada reconoce la pugna de su tesis con el artículo 435); y entonces, si el legítimo titular ha de abonar ciertos gastos, surge el derecho de retención, cuyo título ya no es el que servía de base a la anterior posesión de buena fe, sino la propia Ley. 2.º El contenido del derecho de retención apenas está regulado en nuestro Derecho; ahora bien, si con la atribución a su titular de la condición de poseedor de buena fe se pretende aplicarle determinadas normas referentes a éste, es evidente que se llegaría a ciertas anomalías: habría, desde luego, que excluir lo relativo a la usucapión (no habría posesión en concepto de dueño); pero tampoco sería aplicable el artículo 451, ya que ello daría al derecho de retención un carácter anticrético que no está autorizado por la Ley. En cuanto al problema planteado, referente a los frutos dejados de percibir, parece evidente que no será aplicable el artículo 455; pero esto se deberá a que tampoco cabe conceptuar al titular del derecho de retención como poseedor de mala fe.

B) Finalmente, la sentencia de que nos ocupamos niega la procedencia de la cancelación de una inscripción cuando ya ha servido de base a la adquisición de un tercero protegido por el artículo 34 L. H., el cual ha inscrito a su vez su adquisición. La sentencia piensa que es inútil dicha cancelación, ya que la inscripción a cancelar ya aparece extinguida por la inscripción de transferencia a favor del tercero (artículo 76 L. H.). El problema es interesante y merecería cierto detenimiento; pero baste observar la profunda diferencia que existe entre la extinción por cancelación y la extinción por inscripción de transferencia; por ello, acertadamente, Roca Sastre piensa que en casos como el contemplado por la sentencia comentada es procedente y útil la cancelación, si bien dejando a salvo, claro está, el derecho y el asiento del tercero. Así parece desprenderse también del artículo 173, párrafo segundo, del Reglamento Hipotecario.

Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ

---

(32) El propietario puede, a efectos de facilitar la prueba de su derecho, alegar normas referentes al poseedor de buena fe, en especial las relativas a la usucapión. Pero esto es solamente una referencia a la hipótesis de que el propietario no lo fuera y hubieran de entrar en juego las normas relativas al poseedor de buena fe.