

puesto que los adquiridos antes de la unión, como allí se explica, fueron liquidados con la ex-cónyuge, finalizándose así, en cuanto a ellos, su inclusión en la sociedad económico-matrimonial anterior, por un lado, y en cuanto también el fallecido adquirió, permanente la posterior unión, los que los reemplazaron, por otro lado.

Su valor será el que corresponda al momento de la definitiva liquidación y adjudicación.

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

1.3. Derechos reales

BUENA FE EN DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL.—BUENA FE EN EL TERCERO HIPOTECARIO. CONCEPTO, MOMENTO Y PRUEBA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE FEBRERO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Varela.

Antecedentes.—La vivienda litigiosa en cuestión formaba parte de las construidas por «Agrupación de Viviendas Santiago», formada por militares profesionales, y de la que, dada su condición de tal, don Doroteo, padre del actor, formaba parte. Don Doroteo se había casado en segundas nupcias con doña Elvira Inda. El 10 de abril de 1968 se procedió a la adjudicación de las viviendas mediante sorteo, y correspondió al padre del actor la vivienda litigiosa, donde vivió junto con su esposa hasta su fallecimiento en 1972. Al fallecimiento de don Doroteo existía un hijo de éste, don Ignacio Ayerra, de su anterior matrimonio.

Continuó viviendo allí su esposa, y el 28 de enero de 1976 el Patronato de Casas Militares otorgó escritura pública de venta de la misma a favor de doña Elvira Inda, habiéndose abonado el 50 por 100 de su precio en vida de su esposo. Dicha compraventa se inscribió en el Registro de la Propiedad.

Posteriormente, el 28 de enero de 1988 doña Elvira vendió dicha finca a su sobrina doña María Pilar Hernández. Esta compraventa fue inscrita en el Registro de la Propiedad mucho después, en junio de 1995, probablemente después de que se hubieran producido conversaciones entre ésta y el heredero de don Doroteo en torno a la titularidad de dicha finca, pues poco después en octubre de 1995, don Ignacio Ayerra demandó por trámites del juicio declarativo de menor cuantía a doña María Pilar Hernández, herencia yacente, herederos desconocidos de doña Elvira y Patronato de casas militares, en la que suplicó: 1. Que se declarase el carácter ganancial de la vivienda litigiosa perteneciente a la comunidad formada por doña Elvira y don Doroteo. 2. Que se declare la nulidad por simulación absoluta o ausencia de consentimiento de la compraventa entre doña Elvira y su sobrina. 3. Subsidiariamente, que se declare la simulación relativa de esa compraventa encubriendo una donación *mortis causa*. 4. Que se declare que la vivienda pertenece pro-indiviso al demandante y a los herederos de doña Elvira. 5. Decretar la nulidad de la inscripción registral a favor de doña María Pilar.

El Juzgado de primera Instancia rechazó la demanda, y su sentencia fue revocada en Apelación por la Audiencia Provincial, afirmando que: 1. La vi-

vienda litigiosa fue de conquistas, perteneciente pro indiviso a la comunidad formada por don Doroteo y doña Elvira. 2. La nulidad absoluta de las escrituras de compraventa entre doña Elvira y el Patronato de Casas Militares y la recompraventa entre doña Elvira y doña María Pilar. 3. La nulidad de las inscripciones correspondientes. 4. La pertenencia de la citada vivienda a la comunidad formada por don Ignacio Ayerra y los herederos de doña Elvira.

Doña María Pilar interpuso recurso de casación contra la sentencia, por los siguientes motivos: 1. Al amparo del artículo 1692.3 LEC por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, infracción de las normas reguladoras de la sentencia que han producido indefensión para el recurrente. 2. Al amparo del artículo 1692.4 LEC por aplicación indebida del artículo 1.253 del Código Civil. 3. Al amparo del 1692.4 por infracción de ley, con violación por su inaplicación de los artículos 34, 36 y 38 LH, pues no puede negarse la condición de tercero hipotecario a doña María Pilar por falta de buena fe, basándose en que al tiempo de la inscripción de su título conocía la existencia de irregularidades en el título del transmitente. Pues el conocimiento de las irregularidades ha de referirse al momento de la adquisición, y no en el de la inscripción, para poder negar la buena fe en el tercero hipotecario.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y establece la siguiente:

Doctrina.—El Tribunal Supremo en cuanto al motivo tercero del recurso, por inaplicación de los artículos 34, 36 y 38 LH, lo desestima porque, «de una parte, el concepto de buena fe, aplicado al Derecho Inmobiliario Registral, según las doctrinas científica y jurisprudencial consiste en el desconocimiento de la inexactitud registral o de los vicios que pueda adolecer la titularidad registrada del transferente, según los casos; y, de otra, tal como sienta reiteradísima doctrina jurisprudencial de ociosa cita, la determinación de si el tercer adquirente es o no de buena fe constituye una cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde a los Tribunales de instancia, salvo que ésta resulte ilógica, contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, que son supuestos de exclusión no concurrente en este caso, pues lo contrario sería transformar el recurso de casación en una tercera instancia».

COMENTARIO

La reflexión originada por esta sentencia solamente va a versar sobre la buena fe del tercero hipotecario, cuya falta aprecia el Tribunal de apelación, y reclama la recurrente en casación, aduciendo inaplicación de los artículos 34, 36 y 38 LH, pues entiende que fue adquirente de buena fe, digna de protección registral frente al demandante en instancia.

La buena fe del tercero hipotecario es un requisito fundamental para conseguir la protección que otorga el Registro, y, así, resultar mantenido en la adquisición realizada, aunque se resuelva o anule el derecho del transmitente.

La buena fe del tercero protegido ha estado siempre presente, pero sólo se materializa como exigencia expresa en la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944-46, donde aparece recogida con claridad en el artículo 34 por primera vez. La necesidad de que la persona que va resultar mantenida en su adquisición, por efecto del 34, tenga buena fe, es obvia, ya que sólo el que confía en lo publicado por el Registro debe merecer tan especial protección.

Podemos definir la buena fe registral como la creencia del adquirente en la titularidad y poder de disposición de su transmitente, tal y como lo publica el Registro; y en sentido negativo como la ignorancia de la existencia de vicios o inexactitudes en esa titularidad, que no publica el Registro. Se trata, de manera principal, de una buena fe psicológica, aunque tiene que ir impregnada, a mi entender, de cierto componente ético, una mínima diligencia que en determinados casos no puede obviarse para concluir la buena o mala fe de una persona (1).

Es importante el momento en el que ha de tenerse esa buena fe, y por tanto confiar en la titularidad del transmitente. Se ha discutido sobre cuál es ese momento, encontrando hasta tres tesis distintas, a saber: *a)* el momento ha de ser cuando se contrata, *b)* cuando se adquiere el derecho real, o *c)* por el contrario, cuando ese derecho se inscribe. La doctrina, mayoritariamente, se adhiere a una de las dos primeras ideas (2).

En concreto, defiende que la buena fe es necesaria en el momento de la contratación, entre otros, LACRUZ BERDEJO, que afirma que debe tenerse la buena fe «en el momento de otorgamiento del acto dispositivo, y no queda privado de la protección registral aunque luego y antes de la inscripción descubriera la inexactitud»; asimismo, y en un primer momento, GARCÍA GARCÍA, que sostiene que «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».

Sin embargo, sostienen que el momento en que ha de tenerse la buena fe es cuando se adquiere el derecho real, y por lo tanto, según nuestro sistema de título y modo, cuando existe la tradición, entre otros: ROCA SASTRE que afirma que el momento en que debe existir buena fe es «el en que queda concluso el negocio jurídico de adquisición por el tercero, de acuerdo con las

(1) La doctrina coincide con distintos matices, por regla general con este concepto de buena fe. Véase LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III bis. *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, págs. 189 y sigs. La buena fe consiste en «la ignorancia del adquirente de que la titularidad de su causante está viciada o no existe ya en él, y correlativamente la creencia de que es dueño de la cosa y puede transmitir su dominio». Este autor introduce la mínima diligencia ética en la buena fe registral. Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, ed. Tecnos, Madrid, 1978, págs. 377-381, considera que la buena fe es «la creencia de que el titular registral es el dueño de la cosa y ostenta un poder de disposición sobre la misma suficiente para transmitir el dominio o constituir un derecho real e, inversamente, la ignorancia de la inexistencia de real titularidad o de cualquier otra circunstancia que pueda hacer ineficaz o limitar la titularidad que el Registro publica». GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo II, ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 305: la buena fe es «el desconocimiento, o sea, aspecto negativo del no conocimiento de una inexactitud registral»; PAU PEDRÓN, A., *Elementos de Derecho Hipotecario*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, pág. 39: «la buena fe supone que el tercero desconoce la inexactitud del Registro, es decir, la discordancia que existe entre el Registro y la realidad extraregistral».

(2) Véase LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil», III bis, *ob. cit.*, pág. 190; GARCÍA GARCÍA, J. M., «Derecho Registral Inmobiliario», *ob. cit.*, pág. 349; Díez PICAZO, L., «Fundamentos de Derecho Civil», *ob. cit.*, págs. 380-381; ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo II, ed. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 391 y sigs.

normas del Código Civil, completadas en su caso, por otras de índole procesal, sin que interese el tiempo posterior»; y Díez Pícazo, que recoge esta doctrina, la matiza admitiendo 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».

De manera minoritaria, como excepción, encontramos a Sanz Fernández (3), que defiende que la buena fe debe tenerse en el momento de la inscripción, pues es entonces cuando realmente se produce la adquisición del derecho real, ya que ésta se trata de una adquisición a *non domino*. Igualmente refrenda esta última tesis Gómez Gómez (4).

La jurisprudencia es contraria a admitir que el momento en que debe existir la buena fe es el de la inscripción; y es oscilante cuando se trata de determinar si el momento es el del otorgamiento del contrato o el de la adquisición del derecho real. Aunque, probablemente, sea doctrina más moderna y más frecuente, esta segunda idea. Por ejemplo, de manera muy precisa, la STS de 23 de diciembre de 1992, que recoge la doctrina de la STS de 29 de marzo de 1960, afirma que «el conocimiento de la inexactitud de la inscripción registral, para que no opere a favor del tercer adquirente la situación de buena fe, ha de hallarse referido al momento de la adquisición del inmueble, o sea a aquél en que se efectúe la tradición por el otorgamiento de la escritura, a base del artículo 1.462 del Código Civil, si de la misma no resultare o se dedujera claramente lo contrario, siendo irrelevante que llegara o pudiera llegar a enterarse de la inexactitud registral después de tal otorgamiento, a efectos de privarle de la condición de adquirente de buena fe, pues *mala fides superveniens non nocet*». En el mismo sentido se pueden citar las SSTs de 2 y 31 de enero de 1975, 12 de noviembre de 1970, 2 de julio de 1965, 3 de octubre de 1963, 24 de abril de 1962, 28 de marzo de 1961 y 29 de marzo de 1960.

Pero manteniendo la tesis de que el momento de la buena fe es el de contratar, sin mencionar la tradición, también encontramos las siguientes sentencias: de 12 de noviembre de 1970, 22 de noviembre de 1963, 26 de febrero de 1949, 8 de agosto de 1940, 8 de julio de 1916, 3 de marzo de 1909 y 24 de marzo de 1905.

Se mantenga una u otra tesis, lo que está bastante claro es que la buena fe debe tenerse antes de la inscripción (5). Y, asimismo, lo que parece indu-

(3) Véase Sanz Fernández, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1947, I, págs. 465-467.

(4) Véase Gómez Gómez, M., «Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», en *RCDI*, 1952, pág. 571.

(5) Yo me inclino, como dice García García en sus escritos posteriores, que el momento debe ser el del otorgamiento del acto inscribible, que muchas veces implica la tradición. Véase García García, J. M., EN AA.VV., «Comentario al artículo 34 LH», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 4.º, Edersa, Madrid, 1999, págs. 510 y sigs. Allí García García añade la tesis de que la buena fe ha de tenerse en el momento del otorgamiento del título inscribible, modificando parcialmente la postura defendida hasta entonces, de que la buena fe ha de tenerse en el momento de otorgar el contrato. «Consiste en referir el momento de la buena fe al del otorgamiento del título inscribible, prescindiendo tanto del momento de la inscripción como el de la tradición, e incluso del contrato privado de adquisición. El artículo 34 LH se refiere al tercero que de buena fe adquiriera. Pero como se trata de un precepto de la legislación hipotecaria, el «adquiera» hay que ponerlo en relación con el «título de adquisición», y

dable, hoy en día, es que la permanencia de esa buena fe hasta el momento de la inscripción es irrelevante.

Por tanto, en la sentencia que se analiza, tiene razón la recurrente cuando considera que la Audiencia Provincial se equivoca, pues refiere el momento de la buena fe al de la inscripción del derecho, ya que fue entonces cuando «parece» que la recurrente ya conocía la irregularidad de la titularidad de su causante, y no cuando adquirió el derecho, muchos años antes. Y en este punto sería indiferente la discusión sobre si el momento debe ser el de contratar o el de adquirir el derecho real, pues la escritura pública se otorga (y por tanto se adquiere el derecho de propiedad), de forma casi inmediata al contrato, y mucho antes que la inscripción, que es cuando aparecen los indicios de la mala fe. Luego, en ningún caso habría dudas sobre la buena fe en esos momentos que perfeccionan la adquisición del derecho real.

Además, creo que también puede tener razón la recurrente en el sentido de que la Audiencia deduce la mala fe de una serie de indicios, o conjeturas, probablemente muy válidos, pero que no prueban la mala fe de modo pleno, cumplido y manifiesto, tal y como afirma el Tribunal Supremo en innumerables ocasiones (SSTS de 24 de marzo de 1970, 1 de febrero de 1974, 21 de enero de 1975, 31 de enero de 1975, 18 de noviembre de 1980 y 25 de marzo de 1988). Esa prueba clara y precisa es necesaria para desvirtuar la presunción de buena fe, y siempre a cargo de quien la niega.

Es cierto que, a veces, se permite la prueba por presunciones, cuando de los hechos deriven indicios vehementes del conocimiento por el adquirente de la situación extrarregistral, como parece que entiende la Audiencia Provincial en este caso, y que igualmente ha mantenido el TS en ocasiones (SSTS de 23 de octubre de 1964, 17 de marzo de 1966, 31 de marzo de 1969 y 11 de diciembre de 1992). Si bien, entiendo que esos indicios deben ser lo suficientemente determinantes al efecto, y no sé si en el caso que se analiza eran de esa calidad.

Por todo ello, puedo entender las razones que llevan a plantear el recurso de casación, pero entiendo que el Alto Tribunal rechace el motivo al considerar que toda la prueba de la buena fe es una cuestión de hecho que corresponde a los Tribunales de Instancia, sobre la que no puede entrar, a riesgo de convertirse en una tercera instancia, y esa no es su misión (6).

El razonamiento del Supremo es innegable y no ofrece dudas: la buena fe sólo es recurrible en casación como cuestión de hecho y no de derecho. Pero no lo es menos, que también, en ocasiones, ha modificado, y por tanto y en cierto modo, ha revisado, la prueba de la buena fe establecida en instancia, cambiando lo apreciado por la Audiencia, cuando se dé un patente error en la apreciación de las pruebas practicadas, como reconoce la STS de 5 de febrero de 1962 y como ocurrió en la STS de 27 de febrero de 1995, en la que entra a valorar los hechos que justificaban la buena o mala fe.

no con el modo de adquisición, pues este último es un concepto extraño a la legislación hipotecaria, que sólo se refiere a los títulos adquisitivos, conforme a los artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria».

(6) En este sentido véanse, entre muchas otras, las siguientes sentencias: SSTS de 28 de marzo y 22 de diciembre de 1961; 5 de febrero y 24 de abril de 1962; 7 de diciembre de 1963; 16 de febrero de 1981; 6 de febrero y 17 de diciembre de 1984, y 31 de enero de 1985.

Hay que tener en cuenta que todo esto es excepcional, y sólo en muy limitadas ocasiones puede darse, ya que en ningún caso es admisible, como mantuvo la STS de 5 de julio de 1985, que la buena fe puede considerarse como un *concepto jurídico*, como una *máxima de experiencia*, apreciable como tal por los Tribunales, pues esto supondría una enorme inseguridad jurídica.

Pero sin llegar a estos extremos, sí que puede resultar criticable, en la sentencia que se analiza, el hecho de si se practicó debidamente la prueba de la mala fe, o si, por el contrario, pudiera haberse cometido un error en tal prueba que no llegó a ser plena, clara y manifiesta. Hay que tener en cuenta, además, que, desde luego, esa mala fe no parece referirse en ningún momento al de la adquisición del derecho, que es, en cualquier caso, cuando debe tenerse, sino en la inscripción, que como ya hemos dicho parece irrelevante.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

PROPIEDAD HORIZONTAL. MODIFICACIÓN TÍTULO CONSTITUTIVO POR EL PROMOTOR-PROPIETARIO ÚNICO. COMPRAVENTA DE PISOS EN DOCUMENTO PRIVADO.—NO SE PRODUCE LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE MARZO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

Antecedentes.—Con posterioridad a los contratos privados de compraventa de pisos, el promotor del edificio en cuestión otorgó unilateralmente una escritura pública de rectificación del título constitutivo de propiedad horizontal, añadiendo como finca número 28 un local comercial sito en la planta baja del edificio y reduciendo los coeficientes de participación comunes de las restantes veintisiete fincas.

El objeto de litigio es esa finca de una superficie de 1.090 m², parte sin edificar, y parte bajo cubierta. Los recurrentes pretenden la nulidad de dicha escritura de rectificación en la que se manifiesta que dicho local pertenece en plena propiedad al promotor y su sociedad de gananciales, asegurando que se trata de un elemento común de la comunidad de propietarios.

Hay que señalar que, en las escrituras de compraventa de pisos posteriores, apareció en todas ellas reflejada la escritura de rectificación que ahora se discute.

El promotor interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia, solicitando que se declare a su favor la propiedad del local en cuestión, y se obligue a los demandados a retirar los obstáculos que impiden el acceso al local propiedad del actor.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta declarando que el local descrito es propiedad del demandante y su sociedad de gananciales.

Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, dictó sentencia estimando parcialmente el recurso en el sentido de no imponer las costas de primera instancia a ninguna de las partes contendientes, confirmando el resto de los pronunciamientos del fallo, entendiendo que, al tiempo de la escritura de rectificación, el promotor era el único propietario de todo el inmueble, y por tanto estaba facultado para realizar las rectificaciones convenientes del título constitutivo, y que, además, los compradores conocieron por