

Sobre el momento en que ha de ser de buena fe el tercero hipotecario (*)

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN Y POSIBLES SOLUCIONES: 1. BUENA FE EN EL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO. 2. BUENA FE EN EL MOMENTO DEL OTORGAMIENTO DEL TÍTULO INSCRIBIBLE. 3. BUENA FE EN EL MOMENTO DE LA TRADICIÓN. 4. BUENA FE EN EL MOMENTO DE LA INSCRIPCIÓN.—**II. LA SOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA.**—**III. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES:** 1. ARGUMENTOS Y CONTRA ARGUMENTOS. 2. SUPUESTOS Y SOLUCIONES. 3. LOS CASOS DE INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN Y POSIBLES SOLUCIONES

Conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el principio de fe pública registral sólo protege al tercero de buena fe, esto es, a quien ignora la inexactitud del Registro. Mas dado que en nuestro sistema, la propiedad se transmite conforme a la teoría del título y el modo (cfr. arts. 609 y 1.095 del Código Civil), sólo son inscribibles títulos públicos (cfr. art. 3.º LH), y se exige que el tercero hipotecario haya inscrito su título para que resulte protegido (cfr. art. 34.1 LH), resulta controvertido si la buena fe de éste sólo ha de darse en el momento en que nace el título, esto es, cuando se contrata; si también en el momento en que se otorgue el título público inscribible, o cuando concurren título y modo, es decir, en el momento de la adquisición, e incluso en el momento de la inscripción. Veamos cada una de estas soluciones.

(*) El presente artículo constituye la contribución del autor a los Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Doctor Celestino Cano Tello.

1. BUENA FE EN EL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

Según una primera solución, bastaría con que la buena fe del tercero hipotecario se diera en el momento de la celebración del contrato, y resultaría irrelevante que en un momento posterior —antes de la entrega o tradición o antes de la inscripción— llegara a su conocimiento la inexactitud registral, esto es, la existencia de una causa de nulidad o resolución del derecho de su transmitente.

A favor de esta solución se han señalado los siguientes argumentos:

- a) El conocimiento debe existir en el momento en que la voluntad pone en movimiento el mecanismo de creación del título inscribible, pues es entonces cuando puede influir en la formación de esa voluntad, la cual, si decide adquirir una cosa a sabiendas de que no pertenece al transmitente, no puede ser protegida, y, en cambio, si ignora eso, determina, por motivos lícitos, la realización de un trueque, en el que ya no debe quedar defraudada (1).
- b) La buena fe hay que referirla al momento de celebración del negocio adquisitivo, sin que tenga que perdurar hasta la inscripción, lo que se deduce de la razón de fondo de la protección del artículo 34, que es

(1) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 2.ª ed., 1957, pág. 271 (vid. también LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., *Elementos de Derecho Civil*, III bis, *Derecho Inmobiliario Registral*, 2.ª ed., Barcelona, 1984, pág. 189), quien añade que «el acto posterior de la inscripción, pura consecuencia mecánica que ni siquiera ha de ser forzosamente provocada por el tercero, no es producto de la propia determinación de la voluntad de adquirir, y por tanto el conocimiento de la alienación de la cosa no influye, como motivo determinante, en la adquisición» y que «la finalidad de este requisito queda cumplida en el momento de cerrar el contrato. La buena fe ha de tenerse en ese momento: no basta haberla tenido en otros, anteriores o posteriores; antes, no es suficiente, y después, ha precluido la oportunidad de invocar la protección del Registro. He aquí por qué no estará protegido el heredero, aun de buena fe, de un causante de mala».

Manifiesta asimismo LACRUZ que «en cuanto a los derechos condicionales o aplazados suspensivamente, lo decisivo para la buena fe no es el momento del cumplimiento de la condición o el término, sino el último acto necesario para la constitución del título: estas modalidades no afectan a la esencia del negocio jurídico, y sí sólo a su eficacia».

En este mismo sentido señala GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo II, Madrid, 1993, pág. 351, «que de acuerdo con la finalidad del requisito de la buena fe y su carácter de hecho intelectual, su formación coincide con la de la declaración de voluntad negocial, sin tener nada que ver ni con el momento de la tradición ni con el de la inscripción»; y que «desde un punto de vista "realista" y la lógica del requisito, es mucho más adecuado referir la buena fe al momento en que se celebra el contrato, que es cuando el adquirente sopesa la situación existente y la tiene en cuenta para cerrar o no el contrato, que atenerse a un momento posterior como el de la tradición, caso de que no coincida con aquél, pues éste responde a un momento ulterior en que ya no tiene remedio la actitud intelectual plasmada en la firma del contrato».

la protección de la fe pública y del tráfico jurídico, que ha de cristalizar, por consiguiente, en el momento en que el acto de tráfico o comercio se lleva a cabo (2).

- c) El artículo 34 LH se refiere a un momento anterior a la inscripción, cuando dice «adquiera algún derecho», pero se refiere al título adquisitivo y no al modo, pues la Ley Hipotecaria se refiere a los títulos inscribibles (3).

2. BUENA FE EN EL MOMENTO DE OTORGAMIENTO DEL TÍTULO INSCRIBIBLE

Como una variante de la teoría que predica la buena fe sólo del momento de celebración del contrato se ha afirmado que el momento en que debe darse es el del otorgamiento del título inscribible, con base en los siguientes argumentos (4):

- a) Aunque el artículo 34 LH se refiere al «tercero que de buena fe adquiriera», este precepto de la legislación hipotecaria hay que ponerlo en relación con el «título de adquisición», y 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 LH. El artículo 34 LH liga un elemento intelectual, como es la buena fe, con un momento que tiene que ser el del otorgamiento del título de adquisición, que es en el que se manifiesta ese elemento intelectual y la declaración de voluntad, y no con posterioridad, pues el modo o tradición opera como mero acto real debido, en que cabe perfectamente aplicar el aforismo *mala fides superveniens non nocet*.

(2) Cfr. Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. III, *Relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, 2.ª ed., Madrid, 1995, págs. 460-461, quien, sin embargo, señala las dudas que suscita en este punto el negocio de constitución de hipoteca, por cuanto ésta no se adquiere ni constituye nunca extrarregistralmente, sino que en ella la inscripción es constitutiva, con lo que «parece que la buena fe, ligada al momento adquisitivo, debe existir no sólo en el momento del otorgamiento de la escritura pública, sino en el momento de la inscripción».

(3) Cfr. GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, cit., pág. 351, quien añade: «Naturalmente, dado lo dispuesto en el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria, que exige título público para inscribir, lo normal es que el otorgamiento del título público coincida con el de la tradición instrumental, pero puede suceder que se trate de elevación a público de documento privado y que éste tenga fecha fehaciente, o que sea necesaria una ratificación de un representado, y entonces para éste el momento es aquél en que emite su propia declaración de voluntad de ratificación».

(4) Cfr. GARCÍA GARCÍA, J. M., «Comentario al artículo 34 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, tomo VII, vol. 4.º, Madrid, 1999, págs. 511-512.

- b) El artículo 36 LH confirma esta interpretación, pues con referencia a la buena fe alude al momento de perfeccionarse la adquisición, que en dicho precepto no puede ser el de la tradición, porque, estando la finca poseída por otro como usucapiente, falta el elemento de la tradición posesoria.
- c) Desde el punto de vista del argumento lógico, la buena fe ha de referirse al momento en que el tercero manifiesta su voluntad de adquirir en el correspondiente título, que es cuando se compromete estableciendo las condiciones de la adquisición.
- d) Desde el punto de vista «realista» es mucho más adecuado referir la buena fe al momento en que se otorga el título público inscribible, que es cuando el adquirente, pensando ya en la ulterior inscripción de su título —cosa que no es imaginable cuando se compra en documento privado—, sopesa la situación existente y la tiene en cuenta para dar firmeza a su adquisición, en lugar de atenerse a un momento posterior como es el de la tradición —con mucha menos justificación que en el momento de la inscripción—, pues la tradición puede responder a un momento ulterior al que ya está plenamente formado el juicio intelectual del adquirente y todas las condiciones de la adquisición.

3. BUENA FE EN EL MOMENTO DE LA TRADICIÓN

Según una tercera solución, el momento en que se requiere la buena fe en el tercer adquirente es aquél en que queda concluso el negocio jurídico de adquisición por el tercero, entendido éste como el momento en que concurren título y modo, y ello con apoyo en los siguientes argumentos:

- a) La dicción literal del artículo 34.1 de la Ley Hipotecaria, que se refiere al que «de buena fe *adquiera*», que «será mantenido en su adquisición, *una vez haya inscrito su derecho*, aunque después se anule o *resuelva*...». En este precepto se distinguen dos fases, una de celebración y consumación del negocio jurídico de adquisición en sí, independientemente, de momento, de si el transferente es o no titular del dominio o derecho objeto de dicho negocio jurídico, y otra fase de inscripción del mismo, y tal precepto sitúa en la primera, mas no en la segunda, el requisito de la buena fe en el adquirente. La inscripción no hace más que cerrar el círculo de presupuesto necesarios para que actúe la fe pública del Registro, y nada más (5).

(5) Cfr. ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo II, *Fundamentos de la publicidad registral*, 8.^a ed., Barcelona, 1995, págs. 391 y 398.

- b) El momento de adquisición *a non domino* es el del otorgamiento del título con valor de tradición a favor del tercero de buena fe, y no el de la inscripción. Y es por ello que ese es el momento en el que el tercer adquirente debe tener buena fe (6).

4. BUENA FE EN EL MOMENTO DE LA INSCRIPCIÓN

Finalmente, también se ha considerado que la buena fe del adquirente ha de perdurar hasta el momento de la inscripción, sobre la base de los siguientes razonamientos:

- a) El artículo 34 no protege una adquisición cualquiera derivada del titular inscrito, sino solamente la que tenga lugar *según el Registro*. El derecho real puede, en nuestro sistema, tener existencia en la realidad jurídica extrarregistral, para lo cual basta el título y la tradición, en su caso, y en la apariencia formal hipotecaria, para lo cual es necesario que el título se inscriba. Quien adquiere por virtud de un título inscribible, pero no inscrito, es titular de un derecho real en la esfera y en el ámbito del Derecho Civil, aplicándose íntegramente y sin desviación alguna las normas de éste; la aplicación de los princi-

(6) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública», en *Estudios sobre Derecho de cosas*, Madrid, 1973, págs. 369-370, quien añade: «Nos abona la solución propugnada otro argumento de justicia y equidad. Este nos parece tan decisivo que en los casos especiales en que falle y se invierta, no dudamos que sea suficiente su falta para revolverse contra la razón técnica antes expuesta e imponerse a ella. El meollo de esta razón de justicia se halla en el hecho del pago del precio. Si éste fue satisfecho al otorgarse la enajenación o se reconoció entonces su anterior entrega, sin duda que lo justo aunará el peso de su razón a lo técnico. En cambio, en caso de aplazamiento total, la justicia estará en oposición a la técnica si el tercer adquirente pierde su buena fe antes de pagar el precio y de haber inscrito su adquisición. Ante tal conflicto, preferimos sacrificar la técnica ante la equitativa valoración de los intereses en juego».

También consideran que la buena fe ha de darse en el momento de la adquisición (contrato más tradición), NÚÑEZ LAGOS, R., «Realidad y Registro», en *RGLJ*, 1945, pág. 426; Cossío Y CORRAL, A. DE, *Lecciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1945, pág. 224; *Instituciones de Derecho Hipotecario*, revisado y puesto al día por Manuel Cossío y Martínez, Madrid, 1986, pág. 239; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M., «Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral y otros problemas. Sentencia de 26 de febrero de 1949», en *ADC*, 1949, págs. 1241 y sigs.; VILLARES PICÓ, M., «Principios hipotecarios de la Ley de 1861», en *Información Jurídica*, 1952, pág. 592; CASSO ROMERO, I. DE, *Derecho Hipotecario y del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1951, pág. 201; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, *Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, 3.^a ed., Madrid, 1999, pág. 556; VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., «Efectos de la inscripción», en LÓPEZ Y LÓPEZ, A. y MONTES PENADÉS, V. L. (coords.), *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Valencia, 1994, págs. 888-889.

pios del Registro, y especialmente la protección del artículo 34, sólo existe cuando se da entrada al título en el mundo hipotecario. Una adquisición, según Registro, requiere la inscripción del título del adquirente (7).

- b) El momento de adquisición *a non domino* es el de la inscripción, y no el de la tradición. El artículo 34 tiene su campo propio de aplicación cuando la inscripción a favor del transferente es inexacta, subsanando la inexactitud y operando una verdadera adquisición *a non domino*. Pero este efecto se opera únicamente por la inscripción del título del adquirente: el rfiomento de la adquisición, en tal supuesto, no es el del título, sino el de inscripción (8).

(7) SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, Madrid, 1947, págs. 465-466.

(8) Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, cit., pág. 466; GÓMEZ GÓMEZ, M., «Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», en *RCDI*, 1952, págs. 571-572, quien señala: «A mi entender, el tercero ha de continuar siéndolo de buena fe en el momento de la inscripción, y precisamente porque en este momento, y no en el de la tradición, es en el que tiene lugar la verdadera adquisición. Y esto dejando aparte la cuestión de si en los casos generales de transmisión, por negocio jurídico *inter vivos* de derechos reales, es declarativa o constitutiva la inscripción en nuestro Derecho. Pues en estos casos especiales en que el tercero adquiere, en virtud de la aplicación del principio de fe pública, es necesario que se cumplan todos los requisitos que la Ley Hipotecaria (especialmente en su art. 34) señala, el último de los cuales es la inscripción, y hasta que éste no se cumpla el tercero no adquiere, siendo su adquisición no propiamente derivativa, sino más bien originaria, *ex lege* y *a non domino*».

Refuerza este punto de vista el paralelismo y semejanza existente entre la posesión *ad usucapionem* y la inscripción en el principio de fe pública registral. Y tratándose de la prescripción ordinaria (no de la extraordinaria de treinta años, en la que la buena fe no es precisa), para que ésta se consume es necesario que el prescribiente conserve la buena fe durante todo el tiempo de posesión, según se desprende del artículo 435 del Código Civil en relación con el 1.951 del mismo Cuerpo legal, ya que nuestro Derecho, siguiendo las huellas del canónico, no acepta el principio *mala fides superveniens non nocet* (cuyo criterio es también el de Castán). Por consiguiente, tratándose de la «prescripción instantánea» que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria entraña, se precisa que el tercero se halle en situación de buena fe en el momento de la inscripción, ya que ésta equivale al plazo de posesión en la prescripción ordinaria. Claro que, seguramente, habrá que entender como momento de la inscripción, no en el que ésta materialmente se extienda (y que puede depender de hechos extraños a la voluntad del tercero, como pueden ser imposibilidad del Registrador, trabajo de la oficina, etc.), sino el del asiento de presentación, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 24 de la Ley».

Con un argumento similar, pero no tanto respecto del artículo 34 LH como del 1.473 del Código Civil, se pronuncia RUBIO GARRIDO, T., *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994, pág. 81, por el momento de la inscripción, sobre la base de distinguir entre la adquisición *a domino* conforme al artículo 1.473 del Código Civil, en que la buena fe ha de concurrir sólo en el momento de perfección del contrato, y la adquisición *a non domino*, en que «la virtualidad transmisiva no radica en el contrato transmissivo que actúa como justo título (*ex hypothesi*, no puede y no podrá nunca sustanciar la transmisión), sino en la ley que la concreta cuando concurren todos los elementos que componen el complejo supuesto de hecho, al cual anuda aquella consecuencia. Por tal motivo, como-

- c) La buena fe debe darse también en el momento de inscribirse la adquisición en el Registro, porque los requisitos del artículo 34 LH deben ser concurrentes en el tiempo. Deben darse a la vez los cuatro requisitos (9).

II. LA SOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

La posición de la Jurisprudencia sobre la cuestión del momento en que debe darse la buena fe del tercero hipotecario dista de ser unívoca:

- a) De una parte, varias sentencias, y alguna Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, optan por el criterio del momento de la contratación. Es el caso de las sentencias de 7 de julio de 1900 (JC 45), 24 de marzo de 1905 (JC 118), 3 de marzo de 1909 (JC 5), 8 de julio de 1916 (JC 104), 8 de marzo de 1922 (JC 90), 30 de diciembre de 1944 (RJ 1395), 26 de febrero de 1949 (RJ 258), 12 de noviembre de 1970 (RJ 5104), entre otras, y de la Resolución de 8 de agosto de 1940 (RJ 792).
Así, las sentencias de 7 de julio de 1900 (JC 45), 24 de marzo de 1905 (JC 118), 8 de julio de 1916 (JC 104), manifiestan que lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria supone que las causas de nulidad o de resolución del derecho del otorgante que no consten en el Registro de la Propiedad fueron desconocidas por el adquirente en el acto de contratar; y el resto aluden igualmente al momento de contratar como aquél al que ha de referirse la buena fe.
- b) Pero por el criterio del momento en que concurren título y modo, se decantan las sentencias de 11 de enero de 1895 (JC 17), 7 de febrero de 1896 (JC 54), 29 de septiembre de 1897 (JC 72), 5 de abril de 1898 (JC 2), 31 de marzo de 1902 (JC 91), 20 de diciembre de 1904 (JC 109), 7 de noviembre de 1911 (JC 116), 16 de junio de 1917 (JC 118), 24 de mayo de 1952 (RJ 846), 29 de marzo de 1960 (RJ 1255), 28 de marzo de 1961 (RJ 1798), 24 de abril de 1962 (RJ 2093), 3 de octubre de 1963 (RJ 3964), 2 de julio de 1965 (RJ 3692), 31 de enero de 1975 (RJ 269), 16 de febrero de 1981 (RJ 528), 30 de junio de 1986 (RJ 4403), 25 de marzo de 1988 (RJ 2475),

quiera que el artículo 34 LH concede tal efecto *cuando el comprador inscribe su título...* hay que entender que la buena fe de este comprador, *no sólo debió estar presente en el momento de la perfección de su título válido, sino también en el de inscribir»* (las cursivas son suyas).

(9) Cfr. CANO TELLO, C., *Manual de Derecho Hipotecario*, 2.^a ed., Madrid, 1992, pág. 303.

16 de junio de 1989 (RJ 4692), 19 de julio de 1989 (RJ 5728), 24 de octubre de 1989 (RJ 6956), 13 de diciembre de 1989 (RJ 8828), 15 de noviembre de 1990 (RJ 8712) y 23 de diciembre de 1992 (RJ 10685), entre otras (10).

Se trata de resoluciones en las que de manera explícita o implícita el Tribunal Supremo refiere al conocimiento que tuvo el tercero, *al adquirir la finca*, de las causas de nulidad o resolución del derecho del otorgante o de las cargas que gravaban el inmueble. Significativamente, la sentencia de 25 de marzo de 1988 (RJ 2475), entiende por inexistencia de buena fe «el conocimiento anterior a su adquisición de que los inmuebles transmitidos no son propiedad de sus vendedores», o bien el «conocimiento de la existencia de un vicio en el título o modo de adquirir de que se trate», y las sentencias de 19 de julio de 1989 (RJ 5728), 24 de octubre de 1989 (RJ 6956), 13 de diciembre de 1989 (RJ 8828) manifiestan que la buena fe del tercero suponen «que *en el momento de adquirir*, desconozca o ignore la existencia de la inexactitud del Registro por discrepar su contenido con la realidad material».

En estas sentencias, la referencia al momento de la adquisición de la finca puede resultar ambigua, en la medida en que cabe considerar que la adquisición conforme al artículo 34 LH se produce sólo en el momento de la inscripción. Sin embargo, veremos a continuación que el Tribunal Supremo hace referencia, como momento de adquisición, a aquél en que concurren título y modo.

- c) Ninguna sentencia que conozca mantiene de manera explícita que el adquirente ha de ser de buena fe en el momento de otorgamiento del título público inscribible (como momento distinto al de la tradición), ni en el momento de la inscripción.
- d) Ahora bien, en la mayor parte de las sentencias citadas la referencia al momento de contratar o al de adquirir tiene carácter de *obiter dictum*, ya que la solución del caso no dependía del momento en que el adquirente había conocido la inexactitud registral. Sólo en las sentencias de 26 de febrero de 1949 (RJ 258), 29 de marzo de 1960 (RJ 1255), 3 de octubre de 1963 (RJ 3064) y 2 de julio de 1965 (RJ 3692) el Tribunal Supremo se pronunció explícitamente sobre

(10) También la sentencia de 12 de noviembre de 1970 (JC núm. 516, págs. 243 y sigs.; RJ 5104) declara que «a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, hay que atender, no a la fecha de la inscripción del tercero, sino a la de la celebración del contrato», pero se refiere no a la buena fe, sino al momento de adquisición del bien, en cuanto el artículo 34 exige que sea de persona que el Registro aparezca con facultades para transmitir.

el momento en que ha de existir la buena fe, por ser trascendente, en mayor o menor medida, a los efectos de dar solución al caso planteado.

- a') La sentencia de 26 de febrero de 1949 (RJ 258) tuvo que ver con un juicio sobre nulidad de contrato. Se solicitó la declaración de nulidad de escritura de compraventa de un inmueble hecha a favor de doña Teresa G. de la R. por el Agente Ejecutivo de Contribuciones, la cancelación de la inscripción correspondiente, la de cuantas inscripciones y anotaciones hubiese causado en el Registro el expediente de apremio seguido contra el actor y anulado por Orden Ministerial, la declaración de nulidad, por inexistencia y simulación, de la escritura de compraventa de unos terrenos otorgados por los demandados como vendedores, la declaración de nulidad por los indicados motivos de un arrendamiento del inmueble, la restitución del mismo inmueble a su estado jurídico anterior y diferentes condenas sobre frutos. Se dictó sentencia desestimando la demanda y la reconvencción. Interpuesto por la parte demandante recurso de casación, fue desestimado por el Tribunal Supremo: «El motivo cuarto es el único que formula la *quaestio facti* del pleito y denuncia error de hecho en que se dice ha incurrido la sentencia de instancia al estimar que el demandado señor M. E. adquirió la finca en litigio sin que conociese ni constase en el Registro de la Propiedad la causa de nulidad del título anteriormente inscrito a favor de quien le transmitió el dominio, y para demostrar el error denunciado se invocan varios documentos, entre los cuales figura una anotación preventiva de anulación de la venta a la que alude el recurrente, sin que en los autos conste su existencia, según fue apreciado ya por la Sala sentenciadora, invocándose también la propia resultancia del pleito referida a la fecha de la inscripción a favor del señor E., posterior a la de la demanda, pero es lo cierto que ni de ésta había constancia en el Registro al efectuar aquella inscripción, ni es a su fecha, 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».
- «Estos antecedentes llevan a la conclusión jurídica evidente de que el señor E., que inscribió el dominio de la finca, es tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en cuanto a la intangibilidad de su título de dominio».

b') En el caso de la sentencia de 29 de marzo de 1960 (RJ 1255), el vendedor de una finca con pacto de retro la había recuperado pagando la cantidad estipulada, pero mientras tanto el adquirente con el mismo pacto la había enajenado a un tercero, que la inscribió a su nombre en el Registro. El primero demandó la nulidad de la venta llevada a cabo por el segundo. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda. Apelada, la Audiencia la confirmó en cuanto a determinadas fincas y la revocó en relación con otras. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo: «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, como ordena el precepto, siendo irrelevante que llegara o pudiera llegar a enterarse de la inexactitud registral después de tal otorgamiento, a efectos de privarles de la condición de adquirente de buena fe, pues *mala fides superveniens non nocet*, como resulta del texto de los artículos 34 y 36 de la Ley Hipotecaria».

Ahora bien, esta afirmación se hizo a mayor abundamiento, frente a la alegación del recurrente de que el adquirente conocía ser la finca de persona distinta de su transmitente en el momento de la inscripción.

c') La sentencia de 3 de octubre de 1963 (RJ 3964) resolvió con base en los siguientes antecedentes. Interpuesta acción reivindicatoria, el Juez de Primera Instancia absolvió a los demandados de la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia, estimando parcialmente la demanda, declaró la pertenencia de la finca litigiosa al actor, la procedencia de la reivindicación y la nulidad de las inscripciones causadas en el Registro de la Propiedad. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, confirmando la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia. Como hechos probados se tuvo que la finca litigiosa fue objeto de falsas inscripciones a nombre de los titulares registrales anteriores al deudor hipotecario de quien era causahabiente el recurrido; que la mencionada finca, en un procedimiento judicial sumario al amparo del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, fue rematada en subasta pública celebrada en 14 de noviembre de 1954, a favor del acreedor hipotecario, con

reserva por su parte de ceder el remate a la persona que designase, recibíendose cuatro días después en el Juzgado que conocía de las actuaciones un exhorto de otro Juzgado, solicitando se hiciera constar en dicho procedimiento la circunstancia de que estaba tramitando una demanda de juicio declarativo ordinario tendente a conseguir la nulidad de los títulos de que dimanaba el del deudor hipotecario, lo que se acordó testimoniar en virtud de providencia dictada el 18 del mismo mes; sin que conste fuera notificada al rematante, que en 22 siguiente cedió su derecho en presencia judicial al recurrido, que satisfizo el importe de la liquidación sin tener noticia en tal momento del exhorto presentado; y que en 2 de diciembre de 1954 se dictó el correspondiente auto aprobando la cesión y adjudicación de la finca al cesionario.

El Tribunal Supremo declaró: «La buena fe como requisito ineludible para ostentar la condición de tercero a efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, consiste, en su aspecto positivo, en la creencia, por parte del que pretende ampararse en la protección registral, de que la persona de quien recibió la finca de que se trata, era dueña de ella y podía transmitirle su dominio, según enseña el artículo 1.950 del Código Civil, y en su sentido negativo, en la ignorancia o desconocimiento de la existencia de inexactitudes registrales o vicios invalidatorios que puedan afectar a la titularidad del enajenamiento (*sic*), como se infiere de la redacción de los artículos 34, párrafo 2.º, 36, 40, apartado D), y número 9 del 107 de la primera ley citada, y 433 y 1.778 del Código Civil, al extremo de que la jurisprudencia de esta Sala ha proclamado con reiteración, entre otras, en sus sentencias de 28 de junio de 1941 (RJ 761), 5 de noviembre de 1956 (RJ 4114), 10 de abril de 1957 (RJ 1959), 1 de julio de 1958 (RJ 2528), 24 de febrero de 1959 (RJ 1080) y 11 de mayo de 1962 (RJ 2313), que carecen de aquella cualidad quienes tienen noticia perfecta de la situación jurídica extratabular de lo transmitido o de las posibles causas capaces de enervar el título de su transferente, siendo necesario, en todo caso, que dicho requisito y circunstancias que lo rodean, subsistan precisamente en el momento en que se produzca la adquisición del inmueble litigioso, puesto que el artículo 34 mencionado, al definir al tercero hipotecario, se refiere expresamente al que «de buena fe adquiere determinados derechos», con lo que conecta de modo claro y directo el requisito psicológico e intelectual generador de la buena fe con el acto determinante de la adquisición».

«En las transmisiones de bienes inmuebles operadas a través de un contrato de compraventa, el instante en que se produce la adquisición de lo comprado no se identifica con el del perfeccionamiento del convenio a que se refiere el artículo 1.450 en relación con los 1.254, 1.258 y 1.278, todo del aludido Cuerpo legal, porque tal fase contractual únicamente confiere al comprador un *ius ad rem* sobre la cosa objeto de la estipulación y una acción de índole meramente personal para reclamar su entrega con apoyo en los 1.461 y siguientes, sino con el de su consecuencia mediante la tradición que exigen los 609 y 1.095, redactados en observancia de la pauta señalada al legislador por la Base XX de la Ley de 11 de mayo de 1888, como declararon, entre otras, las sentencias de esta Sala de 15 de junio de 1891, 2 de junio de 1900, 8 de marzo de 1901, 5 de junio de 1945 (RJ 695) y 31 de octubre de 1951 (RJ 2364) por ser entonces cuando surge el verdadero *ius in re* sobre la cosa adquirida, con el consiguiente efecto de inmediatez sobre el inmueble y acción *erga omnes* para hacerlo efectivo, cuya consumación normalmente se produce con el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de transmisión, según el artículo 1.462 de dicho Código, que en las ventas judiciales forzadas, realizadas en el procedimiento judicial sumario consignada en el artículo 131 de la Ley especial, se sustituye por el auto aprobatorio de la adjudicación, de acuerdo con la regla 17 de dicho precepto y de la sentencia de esta Sala de 2 de junio de 1900».

«Aun cuando el recurrido ignoró los vicios que podían afectar a su titularidad en el momento de celebrarse la subasta del inmueble litigioso y en el de verificarse la cesión del remate a su favor, los conoció en cambio perfectamente al dictarse el auto aprobatorio de la adjudicación en el que se reconocieron expresamente, y como este auto, que constituye el título de la compraventa, es el que consumaba la adquisición de la finca, al haber estimado la Sala sentenciadora la concurrencia de su buena fe a efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, aplicando la presunción *iuris tantum* contenida en su párrafo 2.º, sin tener presente que la misma quedaba destruida por los hechos probados que la servían de fundamento, contrariando con ello lo dispuesto en el artículo 1.251 del Código Civil, es evidente que incidió en aplicación indebida del citado artículo 34 y violó, por inaplicación, los 33 de la expresada Ley y 433 y 1.950 del Código mencionado y doctrina legal que los interpreta».

d') Finalmente, la sentencia de 2 de julio de 1965 (RJ 3692) resolvió sobre una acción reivindicatoria sobre dos parcelas enclavadas dentro del perímetro de una finca propiedad de los actores, con la consiguiente petición de nulidad de las inscripciones registrales efectuadas sobre dichas fincas. El Juzgado estimó la demanda y declaró que las mencionadas parcelas eran propiedad de la parte actora, ordenando dejar sin efecto las inscripciones registrales de las mismas. La Audiencia revocó la sentencia apelada y absolvió al demandado de la demanda. El Tribunal Supremo casó la sentencia y confirmó la dictada por el Juez de Primera Instancia: «Para que el repetido artículo 34 surta la totalidad de sus efectos y el adquirente a título oneroso quede inmunizado de los resultados destructores de la regla *Resolutio jure concedentis, resolvitur jus concessum*, convalidando incluso su posible adquisición *a non domino* es imprescindible que el requisito de la buena fe, antes aludido, y las diversas circunstancias que lo rodean, subsistan precisamente en el momento en que se consume el acto traslativo del dominio del inmueble litigioso y no en otro posterior, aun cuando coincidiera con el de su inscripción en el Registro de la Propiedad, como lo demuestran el principio general de Derecho *mala fides superveniens non nocet*, y la redacción del mencionado artículo 34 al definir al tercero hipotecario, se refiere de forma explícita y expresa al que "de buena fe adquiera determinados derechos", enlazando el requisito subjetivo y psicológico en que la misma descansa, con el objetivo del negocio jurídico determinante de la transmisión».

«Al haberse declarado probada en el razonamiento primero de la resolución que se impugna, que el titular registral del inmueble litigioso lo aportó a la entidad recurrente el 24 de mayo de 1957, recibiendo en compensación un número de acciones de valor equivalente, y que en 16 de diciembre siguiente enajenó dicha finca a la misma sociedad, y al inferir de ello que la transmisión se realizó en la última de estas fechas, es indudable que el Tribunal *a quo* incidió en el error de hecho en la apreciación de la prueba que se denuncia en el primer motivo del presente recurso al amparo del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la venta que se dice operada en la última de estas fechas se opone al contenido de los documentos consignados en el folio 9 del apuntamiento que acreditan sin el menor género de duda, que lo transmitido ese día a los componentes de la compañía demandante no fue la

finca controvertida, sino los títulos mobiliarios que a cambio de ella se entregaron a la otra parte contratante, por lo que dicho motivo debe prosperar».

«La afirmación que contiene la sentencia recurrida de que la entidad actora tuvo noticia del derecho que asistía a los demandados sobre determinadas parcelas de la finca litigiosa por haber promovido dos incidentes de nulidad de actuaciones en el proceso de ejecución de la sentencia firme que reconoció aquel derecho, y la deducción a que llega de negarla (*sic*) su cualidad de tercero hipotecario, por presumir que ese conocimiento "fue anterior a la inscripción en que basa su reivindicación", infringe por violación, el citado artículo 34, como se pone de relieve en el cuarto motivo de este recurso, apoyado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, no sólo porque, según se indicó, entre otras, en la sentencia de 29 de marzo de 1960 (RJ 1255), la ausencia de buena fe no se presume nunca, por impedirlo el párrafo 2.º de dicho precepto, sino muy especialmente porque, aun cuando se estimaran inatacables en casación las declaraciones fácticas de la Sala de instancia, el resultado sería idéntico, dado que la circunstancia de que la compañía actora estuviese enterada de los vicios existentes en su adquisición, no se relacionó con ésta, sino con la inscripción, lo que como se ha expresado anteriormente provoca, por sí solo, el acogimiento de este motivo, sin que sea necesario entrar en el análisis de los restantes».

- e) Como cabe apreciar, la sentencia de 26 de febrero de 1949 (RJ 258) entiende que la buena fe sólo ha de darse en el momento de la celebración del contrato, pero las de 29 de marzo de 1960 (RJ 1255), 3 de octubre de 1963 (RJ 3964) y 2 de julio de 1965 (RJ 3692) establecen como momento relevante el de la adquisición conforme a la teoría del título y el modo. Desde esta perspectiva, parece que la doctrina jurisprudencial se inclina por esta segunda solución, lo que cabe afirmar desde una triple consideración:
 - a') En primer lugar, no hay dos sentencias que declaren, como *ratio decidendi*, que la buena fe del tercer adquirente sólo ha de darse en el momento la celebración del contrato; pero sí existen al menos dos sentencias que declaran, también como *ratio decidendi*, que el momento relevante es el de la adquisición conforme a la teoría del título y el modo.
 - b') En la sentencia de 26 de febrero de 1949 (RJ 258), el Tribunal Supremo no casa, sino que confirma la sentencia de instancia; a

diferencia de lo que sucede tanto en la sentencia de 3 de octubre de 1963 (RJ 3964) como en la de 2 de julio de 1965 (RJ 3692), en que sí se casan las sentencias de instancia.

c') En la sentencia de 26 de febrero de 1949 (RJ 258) se declara que hay que estar al momento de celebración del contrato para juzgar la buena fe del adquirente, pero tal declaración se hace desestimando un motivo de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba en el que también se afirma que tal error no se cometió por la sentencia de instancia en tanto no consta en autos la existencia de una anotación preventiva de anulación de la venta a la que alude el recurrente ni tampoco constaba en el Registro de la Propiedad, antes de la inscripción de los recurridos, la resultancia del mencionado pleito de nulidad. En consecuencia, el Tribunal Supremo pudo haberse ahorrado la declaración del momento en que debe darse la buena fe. Le habría bastado con desestimar el motivo de casación con base en los argumentos reseñados.

f) Sin embargo, tampoco existe plena identidad entre los supuestos de hecho de las mencionadas sentencias de 3 de octubre de 1963 (RJ 3964) y 2 de julio de 1965 (RJ 3692), pues en la primera de ellas se afirma que la buena fe ha de existir en el momento de la tradición para negar la condición de tercero hipotecario al demandado, que había conocido de la inexactitud registral antes de aquélla; mientras que en la segunda se hace la misma afirmación pero a efectos de considerar tercero hipotecario al demandante, que no había conocido de la inexactitud registral sino después de la tradición.

III. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

1. ARGUMENTOS Y CONTRAARGUMENTOS

Como cabe apreciar, el abanico de argumentos en uno u otro sentido es amplio, y existen buenas razones para apoyar cualquiera de las soluciones apuntadas. ¿Cuál ha de prevalecer entonces?

Hemos de partir de dos premisas básicas: 1) Si la buena fe perdura hasta la inscripción y se dan los demás requisitos del artículo 34 LH, no cabe duda de que el tercer adquirente resultará protegido por el principio de fe pública registral; 2) Desde luego, ha de existir buena fe en el momento de contratar. Si el tercer adquirente es de mala fe al contratar, no puede resultar protegido en ningún caso.

La cuestión, por tanto, es si la buena fe ha de perdurar y por qué. La cuestión consiste en encontrar los motivos por los que también ha de haber buena fe en un momento posterior al de la celebración del contrato, cual sea el del otorgamiento del título público inscribible, el de la tradición o entrega, e incluso el de la inscripción. Y a este respecto hay que partir de las siguientes consideraciones:

- a) Referir la buena fe exclusivamente al momento de la celebración del contrato puede dar lugar a problemas derivados de la inoponibilidad del título privado esgrimido. Si se prueba que el tercer adquirente sabía de la inexactitud registral en el momento de la tradición, el título privado que esgrima a efectos de afirmar su buena fe al contratar puede desplegar dudas sobre su autenticidad respecto a la fecha (cfr. art. 1.227 del Código Civil), a los otorgantes, a la voluntad negocial, al contenido y a su cumplimiento efectivo; y por ello tal título no será, en principio, oponible frente a su contradictor. Así, en el caso de la sentencia de 27 de mayo de 1959 (RJ 2469), el demandado alegó que aunque en el momento de firmar la escritura pública de venta, el 23 de septiembre de 1952, sabía de la venta anterior en favor del demandante, que tuvo lugar el 12 de septiembre, aquella escritura era elevación de un contrato de compraventa celebrado en julio de 1952, esto es, anterior a la venta en favor del actor. El Tribunal Supremo, que casa las dos sentencias contestes de instancia, declara que «el intento de prueba en base a las cartas cruzadas de don Carlos es inadmisibile por el artículo 1.227 del Código Civil», mientras que considera probado que en la fecha de elevación a escritura pública conocía el demandado la venta en favor del actor.
- b) El carácter subjetivo de la buena fe, a que se refiere el artículo 34 LH, no la vincula exclusivamente al momento en que se forme la voluntad de adquirir el tercero, entendiendo por tal momento el de la celebración del contrato o el del otorgamiento del título inscribible. Lo mismo que para la usucapión, puede haber buena fe en la posesión en el momento en que nace el título y después perderse (cfr. art. 435 del Código Civil).
- c) Algunos autores —y algunas sentencias— se fijan en el momento de la tradición, sobre la base de que es el de la adquisición del derecho real. El argumento parece ser el siguiente: mientras no se produce el tránsito del derecho de crédito al derecho real, sigue teniendo trascendencia, a los efectos de la protección dispensada por el principio de fe pública registral, el conocimiento que el tercero alcance del defecto o vicio del título de su transmitente. Una vez se produce tal tránsito, esto es, una vez ingresa el derecho real en el patrimonio del

tercer adquirente, como resultado de la teoría del título y el modo, ya resulta irrelevante que llegue a conocer esa inexactitud registral.

A esta argumentación se pueden hacer una objeción de base; y es que más parece que la adquisición, en estos supuestos, no se produce sino con la inscripción (11). La adquisición del tercero hipotecario no es una adquisición *a domino* mediante la conjunción del título y el modo, pues para ello no hace falta la protección dispensada por el principio de fe pública registral, sino una adquisición *ex lege* y *a non domino* (12), aunque derivativa (13).

(11) Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, cit., pág. 466; NÚÑEZ LAGOS, R., «Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad», en *RGLJ*, 1950, pág. 604; GÓMEZ GÓMEZ, M., *Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral*, cit., pág. 571; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M., *Momento en que es exigida la buena fe...*, cit., págs. 1234 y sigs.; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, cit., pág. 300; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo II, cit., pág. 341; «Comentario al artículo 34 de la Ley Hipotecaria», cit., pág. 502; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, «El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad», en *RDPat*, núm. 1, 1998, pág. 55.

En contra, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*, cit., págs. 356, 367 y 368; ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo II, cit., págs. 438 y sigs.

(12) Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, cit., págs. 402 y sigs.; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, tomo I, Madrid, 1948, págs. 384 y sigs.; HERMIDA LINARES, M., «El Derecho Inmobiliario español, los modos de adquirir y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1951, págs. 722 y sigs.; ROCA SASTRE, R. M.^a, «Las adquisiciones *a non domino*», en *AAMN*, tomo XIX, 1974, págs. 261 y sigs.; ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo II, cit., págs. 454 y sigs.; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, cit., págs. 289 y sigs.; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho Inmobiliario Registral*, 2.^a ed., cit., págs. 209 y sigs.; CRISTÓBAL MONTES, A., «La adquisición registral *a non domino*», en *RGLJ*, 1966, tomo LIII, págs. 587 y sigs.; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. III, cit., págs. 465 y sigs.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, cit., págs. 46 y 599; CANO TELLO, C. A., *Manual del Derecho Hipotecario*, cit., pág. 305; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «Configuración doctrinal de las adquisiciones *a non domino*», en *RCDI*, 1985, pág. 344; MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ, L., *La legitimación registral...*, cit., págs. 638 y sigs.; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo II, cit., págs. 355 y sigs.; *Comentario al artículo 34 de la Ley Hipotecaria*, cit., pág. 525 y sigs.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^a R., *Efectos de la inscripción*, cit., págs. 886 y 887; RUBIO GARRIDO, T., *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, 1993, pág. 25; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, *El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad*, cit., pág. 60. En contra, NÚÑEZ LAGOS, R., *El Registro de la Propiedad español*, cit., págs. 248 y 249, a quien sigue CASTÁN TOBENAS, J., *Derecho Civil Español, Común y E oral*, tomo II, *Derecho de cosas*, vol. 1.º, *Los derechos reales en general. El dominio. La posesión*, 13.^a ed., revisada y puesta al día por G. García Cantero, Madrid, 1987, pág. 431.

(13) La propiedad pasa del *verus dominus* al tercero protegido por el artículo 34 LH, aunque el acto de disposición no lo haya llevado a cabo aquél. El *tradens* no propietario no transmite un dominio que nunca ha tenido, sino que éste deriva del *verus dominus* en

- d) En la posición que refiere la buena fe al momento de la inscripción lo que subyace es un deseo de extremar la posición ética del adquirente. Si el tercero va a ser protegido en la medida en que sea de buena fe, ésta ha de darse todo el tiempo; y parece contrario al principio ético que subyace en el de fe pública registral que quien ha llegado a tener conocimiento de la inexactitud registral acuda al Registro para buscar su cobertura.

Es más, la adquisición *a non domino* no puede ser un principio general en tanto es una derogación al principio de autonomía privada, según el cual el propietario ha de consentir la pérdida de su propiedad; y como tal derogación de una regla general requiere una justificación especial. Para que se opere una adquisición mediante un negocio jurídico en el que no intervenga el titular ha de imputarse a éste una conducta contraria a las exigencias de la buena fe (objetiva) y la adquisición ha de ser en favor de quien a su vez procede de buena fe (subjetiva), invirtiendo su confianza a costa de algo, es decir, adquiriendo a título oneroso (14).

virtud de que la Ley Hipotecaria así lo establece para proteger al adquirente que reúne los requisitos de su artículo 34. En este sentido se trata de un modo de adquirir derivativo. Cfr. ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo II, cit., pág. 478 y sigs.; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho Inmobiliario Registral*, 2.^a ed., cit., págs. 212-213; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. III, cit., pág. 466; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, *El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad*, cit., pág. 47. En contra, los que consideran que la adquisición del tercero hipotecario es originaria [cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, cit., pág. 385; JORDANO BAREA, J., «Comentario a la obra de Mengoni, Luigi: *L'acquisto "a non domino"*», Milán, 1949, en ADC, págs. 785 y sigs.; GÓMEZ ACEBO, F., «La buena y la mala fe: su encuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el Código Civil», en RDP, 1952, págs. 224 y sigs.; JORDANO FRAGA, F., «Doble venta. Venta de cosa ajena. Adquisición *a non domino*. Responsabilidad por evicción (Comentario a la STS, Sala 1.^a, de 4 de marzo de 1988)», en ADC, 1989, pág. 1357; y CHICO Y ORTIZ, J. M.^a, «Los principios hipotecarios de fe pública y buena fe en la Legislación Hipotecaria de 1944», en RCDI, 1994, págs. 2224-2225, para quien se trata de una adquisición en virtud de «prescripción instantánea»], y los que entienden que el tercero adquiere derivativamente del transmitente respecto del contenido registral a través del negocio jurídico, pero originariamente respecto del *verus dominus* (cfr. SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, cit., págs. 405 y sigs.; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo II, cit., págs. 377 y sigs.; *Comentario al artículo 34 de la Ley Hipotecaria*, cit., pág. 523 y sigs.).

(14) Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, *El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad*, cit., pág. 47.

2. SUPUESTOS Y SOLUCIONES

Las anteriores consideraciones apoyarían la teoría según la cual la buena fe ha de perdurar hasta la inscripción. Pero acaso convenga llegar a una conclusión definitiva desde otra perspectiva, cual es la de dar respuesta a los diferentes supuestos de inexactitud registral que pueden determinar que aparezca la figura del tercero hipotecario a efectos de apreciar en qué condiciones de buena fe resulta protegido tal tercero en cada supuesto. Y para ello procede distinguir dos grandes grupos de casos. De una parte, aquéllos en que existe doble venta o doble disposición del bien o derecho inscrito; de otra, aquéllos en que se anule o resuelva el título del transmitente.

a) En caso de doble venta o doble disposición pueden darse los siguientes supuestos y sus respectivas soluciones (15):

1. «A», titular registral, vende a «B» y más tarde a «C». Si «C» contrata de mala fe, por saber de la venta en favor de «B», no puede

(15) En las consideraciones que a continuación se formulan se parte de la base de que el artículo 1.473 del Código Civil también exige buena, aunque nada diga al respecto su segundo párrafo en punto a la compraventa de inmuebles, tal y como lo ha entendido la jurisprudencia [cfr. sentencias de 13 de mayo de 1908 (JC 54), 31 de octubre de 1929 (JC 226), 31 de octubre de 1929 (JC 226), 23 de junio de 1951 (JC 224), 11 de junio de 1954 (JC 253), 24 de enero de 1957 (JC 52), 30 de enero de 1960 (JC 50), 25 de junio de 1965 (JC 403), 30 de noviembre de 1967 (RJ 4867), 24 de enero de 1969 (JC 32; RJ 201), 31 de diciembre de 1969 [RJ (1970) 1361], 30 de abril de 1974 (RJ 1802), 16 de febrero de 1981 (RJ 528), 10 de febrero de 1983 (JC 73; RJ 961), 17 de diciembre de 1984 (RJ 6286), 31 de enero de 1985 (RJ 224), 5 de julio de 1985 (RJ 3642), 30 de junio de 1986 (RJ 4403), 4 de marzo de 1988 (RJ 1554), 15 de diciembre de 1989 (RJ 8836), 24 de enero de 1990 (RJ 20), 20 de julio de 1990 (RJ 6122), 10 de abril de 1991 (RJ 2682), 11 de abril de 1992 (RJ 3096), 23 de diciembre de 1992 (RJ 10685), 13 de octubre de 1993 (RJ 7516), 24 de noviembre de 1995 (RJ 8715), 27 de septiembre de 1996 (RJ 6645) y 25 de noviembre de 1996 (RJ 8559), entre otras], y la doctrina (VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*, cit., págs. 379 y 380; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Pluralidad de ventas de una misma cosa», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Batlle Vázquez*, Madrid, 1978, págs. 24 y 25; MOLINA GARCÍA, A., *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Madrid, 1975, pág. 286; AMORÓS GUARDIOLA, M., «La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios», en *RCDI*, 1967, págs. 1550 y sigs.; GARCÍA CANTERO, G., «Comentario a los artículos 1.461 a 1.473», en *Comentario del Código Civil*, dir. por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo y Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch, tomo II, 2.ª ed., Madrid, 1993, págs. 930 y 931; PETIT SEGURA, M. A., *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona, 1990, págs. 124 y sigs.; ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., «Comentario al artículo 1.473 del Código Civil», en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo V, Madrid, 1991, pág. 222; RUBIO GARRIDO, T., *La doble venta y la doble disposición*, cit., págs. 55 y sigs. y 173-174; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª, *El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad*, cit., pág. 58).

resultar protegido. Pero qué sucede si «C» es de buena fe y «B» conoce de la venta a favor de «C». ¿Pasa a ser de mala fe y no puede ya ser protegido? A mi juicio, no sucede tal cosa. Cuando «B» contrata con «A» no hay inexactitud registral alguna, ni tampoco después, esto es, cuando «B» conoce la venta a «C». De hecho, en ese momento «C», mero segundo comprador, no puede dirigirse contra «B» por ninguna causa. No tiene pretensión alguna frente a él, aunque sí frente a «A». Luego «B», aun conociendo de esa segunda venta, está perfectamente legitimado para exigir de «A» el otorgamiento de escritura pública e inscribir, con lo que resultará definitivamente protegido.

2. «A», titular registral, vende a «B» y le entrega el bien. Luego vende a «C». Lo mismo que en la situación anterior, el conocimiento que pueda adquirir «B» de la venta a «C» no le puede perjudicar, pues adquirió del *verus dominus* y no hubo respecto de él inexactitud registral alguna. Nada le impide exigir la elevación a escritura pública —o interponer una acción declarativa de dominio—, inscribir y resultar protegido por el Registro de la Propiedad.

¿Y «C»? ¿Qué sucede si «C» conoce de la transmisión operada en favor de «B» y obtiene escritura pública a su favor otorgada por «A»? ¿Puede acudir al Registro antes que «B» y resultar protegido? Según esto, «C» es de buena fe al contratar (si fuera de mala fe en ese momento, no resultaría protegido en ningún caso) pero de mala fe al otorgamiento del título público inscribible. Sabe que hay inexactitud registral en ese momento y que no escritura con el *verus dominus*. Entiendo, en consecuencia, que no podrá resultar protegido por el principio de fe pública registral. Si siendo consciente de la inexactitud registral opta por exigir a «A» que escriba a su favor, en lugar de por la resolución del contrato de compraventa, su mala fe le impide obtener la protección registral.

3. «A», titular registral, vende a «B» y le entrega el bien. Luego vende en escritura pública a «C». Si «C» es de mala fe al contratar, no quedará protegido. Si es de buena fe, ¿perjudica a «B» el conocimiento que obtenga de esta segunda disposición en favor de «C»? No me lo parece. Estamos como en *sub* 2. «B» adquirió del *verus dominus* y entonces no había inexactitud registral alguna. «B» podrá exigir a «A» la elevación de la compraventa a escritura pública e inscribir, quedando protegido por el Registro de la Propiedad. Aun en el supuesto de que consideráramos a «B» de mala fe en este caso, por conocer después de haber adquirido que también hubo título y modo a favor de «C», habría que considerar igualmente a «C» de mala fe desde que supiera que con anterioridad adquirió «B» del *verus dominus*. En consecuencia, aun partiendo de esa consideración, sería «B» de mejor condición que «C».

En este supuesto, si «C» llega a saber de la anterior transmisión del bien en favor de «B», después de otorgada la escritura a su favor, sería de

buena fe al contratar e incluso al otorgarse el título público inscrible, pero tendría noticia de la inexactitud registral antes de inscribir, y ello sería suficiente para preferir a «B», que no pudo ser de mala fe por cuanto obtuvo título y modo del *ve rus dominus* y sin que hubiera inexactitud registral alguna ni al contratar ni al adquirir. Sólo si la buena fe de «C» perdura hasta la inscripción, resultará protegido por el principio de fe pública registral.

4. «A», titular registral, vende a «B» y luego a «C», a quien entrega el bien. Enterado «B» de esa enajenación a favor de «C», que es de buena fe, obtiene aquél escritura pública de «A» e inscribe. ¿Resulta protegido? Claramente no. «B» es de buena fe al contratar pero no al escriturar, pues sabe que su *tradens* ya no es propietario. Sabe que en ese momento el Registro es inexacto y, consecuentemente, no puede resultar protegido.

¿Qué sucede si cuando «B» obtiene escritura a su favor ignora que «A» ha vendido y entregado a «C»? Aquí «B» y «C» son de buena fe tanto al contratar como al operarse la tradición —real o ficticia— a su favor (si «C» es de mala fe al contratar, no resultará protegido). Ahora bien, no puede perjudicar a «C» el conocimiento que obtenga antes de inscribir del otorgamiento de escritura en favor de «B», pues cuando adquirió no había inexactitud registral alguna: adquirió del *verus dominus*. Y no ocurre lo mismo con «B». Si antes de inscribir sabe de la transmisión operada en favor de «C», no puede resultar protegido.

5. «A», titular registral, vende a «B» y luego a «C». Más tarde «A» entrega el bien a «B» y luego escritura a favor de «C». En este caso, el conocimiento por parte de «B» de la compraventa a favor de «C» antes de recibir la cosa no le afecta. Estamos en la misma situación que *sub* 1. Y tampoco le afecta saber de la escritura en favor de «C» antes de inscribir, porque cuando contrata y cuando recibe la cosa es de buena fe y no hay inexactitud registral alguna. Pero si «C» sabe de la entrega del bien a «B», antes de escriturar o antes de inscribir, no puede quedar protegido porque llega a saber de la inexactitud registral.

6. «A», titular registral, vende a «B» y luego a «C», que es de buena fe al contratar, pero después llega a saber de la primera venta en favor de «B». Más tarde «A» otorga escritura pública en favor de «C», que inscribe. La cuestión aquí es la trascendencia que tiene ese conocimiento por «C» de la primera venta en favor de «B» cuando resulta que éste no tiene más que un derecho de crédito y no hay inexactitud registral alguna de la que «C» llegue a tener conocimiento. La cuestión es, en definitiva, si el adquirente *a domino* ha de ser de buena fe también en el momento de adquirir; si no basta con ser de buena fe al contratar. Dicho de otra manera, ¿cómo afecta el conocimiento por «C» del primer contrato en favor de «B»? Desde luego, si «C» sólo conoce de ese primer contrato, una vez operada la tradición

en su favor, entiendo que «C» adquiere de manera irreproachable. Pero no está tan claro que así sea si antes de la tradición conoce de la primera venta en favor de «B». Es verdad que no existe en ese momento inexactitud registral alguna, pero «C» tiene en ese momento, lo mismo que «B», un simple derecho de crédito frente a «A», y juega en su contra, como criterio de decisión, que es de mala fe y no lo es «B», por ser el primer comprador (16). Esa es la diferencia fundamental entre este supuesto y los que se describen *sub* 1 y 5, que «C» conoce de una causa que puede enervar el título de su transferente —acaso porque el propio «B» se lo hace saber— (17), lo que, a mi juicio, le hace de peor condición frente a éste. En lugar de exigir la tradición, es decir, el cumplimiento del contrato de compraventa, «C» debió resolverlo (18). Estamos ante un supuesto típico de doble venta, pues la primera compraventa no se ha consumado al celebrarse la segunda (19), y que la buena fe deba darse hasta el momento de

(16) No se toma en consideración el supuesto en que el primer comprador es cómplice del vendedor en el fraude al segundo comprador.

(17) De manera similar, la STS de 18 de noviembre de 1967 (RJ 5043), en relación con la alegación del demandado, relativa a que la buena fe consiste en el desconocimiento de la inexactitud registral, y ésta no se había dado, pues la venta anterior había sido en documento privado, declara que el demandado tuvo conocimiento de tal venta y supo que no había sido resuelta, «por lo que no puede alegar que adquirió de quien tenía facultades para transmitirle».

(18) En contra, RUBIO GARRIDO, T., *La doble venta y la doble disposición*, cit., págs. 80-81, quien considera que en este supuesto la buena fe sólo ha de darse al contratar.

(19) Pues en tal caso se entiende que al celebrarse la segunda compraventa, más que doble venta habría venta de cosa ajena: cfr. SSTs de 30 de junio de 1986 (RJ 4403), 11 de abril de 1992 (RJ 3096), 17 de noviembre de 1992 (RJ 9234), 8 de marzo de 1993 (RJ 2052), 3 de marzo de 1994 (RJ 1647), 25 de marzo de 1994 (RJ 2535) y 2 de julio de 1994 (RJ 6423), entre otras; MOLINA GARCÍA, A., *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, cit., págs. 14 y 75; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. II, *Contratos en particular*, 2.ª ed., Barcelona, 1982, pág. 179; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Pluralidad de ventas de una misma cosa*, cit., pág. 264; GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 1.473 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo, tomo XIX, 2.ª ed., Madrid, 1993, págs. 930 y 931; PETIT SEGURA, M. A., *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, cit., págs. 13 y 89 y sigs.; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 6.ª ed., Madrid, 1989, pág. 313; ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., «Comentario al artículo 1.473 del Código Civil», cit., págs. 219; PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 606 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dir. por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo y Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch, tomo I, Madrid, 1993, pág. 1535; CARRIÓN OLMOS, S., «Doble venta. Venta de cosa ajena. Inexistencia de la segunda venta por falta de objeto. Buena fe ex artículo 1.473-2 del Código Civil. Comentario a la STS de 11 de abril de 1992», en *CCJC*, núm. 29, 1992, pág. 502; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «Contratos traslativos del dominio a título oneroso (I)», en *Derecho de obligaciones y contratos*, coord. por M.ª R. Valpuesta Fernández, 3.ª ed., Valencia, 1998, pág. 602; NAVARRO CASTRO, M., *La tradición instrumental*, Barcelona, 1996, págs. 236 y sigs. En contra, GORDILLO CAÑAS, A., «Protección registral

la tradición es el criterio que deriva de los párrafos 1.º y 3.º del artículo 1.473, en que se habla de quien «haya tomado posesión de ella —la cosa mueble— con buena fe» y de «quien de buena fe sea primero en la posesión».

Del estudio de todos estos supuestos de doble venta o doble disposición podemos obtener algunos criterios de solución del conflicto. Serían los siguientes:

1. Quien ha adquirido *a domino* no puede verse perjudicado por el conocimiento posterior que llegue a obtener de los negocios de su *tradens* con un tercero. En la medida en que no tuvo conocimiento de inexactitud registral alguna, pues adquirió del titular registral en el momento en que era el *verus dominus*, no puede verse afectado por ese conocimiento posterior a la adquisición, aunque sí por el previo.

2. Por el contrario, quien sabe de la adquisición anterior del bien por un tercero al mismo *tradens* y *a domino* pierde su buena fe, incluso si tal conocimiento se obtiene después de haber título público inscribible a su favor. En la medida en que llega a saber que su *tradens* no era dueño cuando hubo título público, resulta de mala fe (sabe de la inexactitud registral), y en el conflicto entre el adquirente *a domino* y el que sólo puede llegar a adquirir *a non domino* ha de ser preferido aquél si éste no es de buena fe en el momento de la inscripción.

En definitiva, la buena fe ha de darse hasta la tradición (real o ficticia) para quien adquiere *a domino*; y hasta la inscripción para quien sólo puede llegar a adquirir *a non domino*. Y como el artículo 34 LH sólo es aplicable a aquellos supuestos en que no se ha adquirido *a domino*, porque si se ha adquirido *a domino* no resulta necesario ampararse en el principio de fe pública registral, resulta que en los supuestos de doble venta o doble disposición en que sea necesaria la aplicación del artículo 34 LH la buena fe ha de darse hasta la inscripción.

del tercero de buena fe: sus requisitos según el artículo 34 LH; validez del acto adquisitivo; relación entre los artículos 33 y 34 LH. Doble venta y venta de cosa ajena. Nulidad de actuaciones procesales estimada en posterior proceso declarativo de menor cuantía. Error material del juzgador y casación. Comentario a la STS de 8 de marzo de 1993», en *CCJC*, núm. 31, pág. 274; RUBIO GARRIDO, T., *La doble venta y la doble disposición*, cit., pág. 51. Por su parte, CANO TELLO, C. A., «El artículo 1.473 del Código Civil y la inscripción registral», en *RGD*, 1965, págs. 274 y sigs.; JORDANO FRAGA, F., «Doble venta. Venta de cosa ajena. Adquisición *a non domino*. Responsabilidad por evicción (Comentario a la STS, Sala 1.ª, de 4 de marzo de 1988)», en *ADC*, 1989, págs. 1355 y sigs.; y RODRÍGUEZ MORATA, F., «Doble venta. Fe pública registral. *Litis consorcio* pasivo necesario. Saneamiento por evicción. Llamada en garantía (Comentario a la STS de 4 de marzo de 1988)», en *CCJC*, núm. 16, 1988, pág. 173, entienden aplicable el artículo 1.473-2 en el supuesto de inscripción por el segundo comprador, habiéndose consumado la primera compraventa.

b) Los casos en que resulte anulado o resuelto el derecho del transmitente son de más sencilla formulación: «A», titular registral, vende a «B», que inscribe, y éste a «C», y luego resulta que la compraventa entre «A» y «B» es nula, o se resuelve o rescinde por cualquier causa que no consta en el Registro. En este caso es claro que «C» se verá privado de la protección que dispensa la fe pública registral si llega a conocer de la inexactitud registral antes de contratar, ¿pero también antes de escriturar o de inscribir?

A mi juicio, la aplicación a este supuesto de las consideraciones vertidas en relación con los casos de doble venta o doble disposición llevan a concluir que «C» tampoco resultará protegido si llega a saber de la causa de nulidad, resolución o rescisión antes de inscribir. Dicho de otra manera, «C» sólo resultará protegido si es de buena fe en el momento de la inscripción. Y ello puede apreciarse si perfilamos el supuesto de hecho expuesto. Así, en el caso de que «A», verdadero propietario por ser nula su compraventa, demande a «B» y «C» antes de que éste inscriba, e incluso anote su demanda en el Registro de la Propiedad, la consideración de que la buena fe ha de darse sólo en el momento de la celebración del contrato, o en el del otorgamiento del título público inscribible, o en el de la tradición, llevaría a admitir que «C» podría inscribir después de interpuesta y anotada la demanda, dejando sin efecto la acción ejercitada, para lo que sería preciso admitir un efecto retroactivo de la inscripción (20), lo que ha sido rechazado por la jurisprudencia (21).

3. CONCLUSIÓN

Sobre la base de las anteriores consideraciones se llega a la conclusión de que en los supuestos de adquisición *a domino* basta con que la buena fe exista en el momento mismo en que se produce la adquisición, esto es, cuando concurren título y modo, mientras que en los de adquisición *a non domino*, como es el caso de la que se opera conforme al artículo 34 LH, la buena fe ha de perdurar hasta la inscripción, que es el momento adquisitivo, lo que hace innecesario distinguir entre supuestos de inscripción declarativa y de inscripción constitutiva a estos efectos.

El tercero adquirente no resultará protegido por el principio de fe pública registral si cuando llega al Registro la finca ya no está inscrita a nombre de su transmitente (cfr. art. 17 LH), aunque éste fuera su titular registral en el

(20) Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, cit., pág. 466.

(21) Cfr. Sentencias de 21 de febrero de 1966 (RJ 1532), 12 de noviembre de 1970 (RJ 5104) y 23 de enero de 1974 (RJ 257).

momento de la celebración del contrato, en el del otorgamiento del título público inscribible y en el de la tradición. Tampoco resultará protegido si en el momento de la inscripción consta en el mismo Registro alguna causa de anulación o resolución del derecho de su transmitente (cfr. art. 34.1 LH), aunque no constase en un momento anterior. Y, finalmente, tampoco resultará protegido si, tal y como he intentado demostrar, conoce antes de inscribir que el Registro es inexacto.

MARIO E. CLEMENTE MEORO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia