

Los principios hipotecarios de fe pública y buena fe en la Legislación Hipotecaria de 1944

SUMARIO: I. PRINCIPIO DE FE PUBLICA REGISTRAL: A) Su FORMULACIÓN HISTÓRICA. B) RETROCESO LEGISLATIVO. C) LEGISLACIÓN DE 1944-1946: a) *Entendimiento correcto del principio*. b) *Fallos de esa legislación*. c) *Consecuencias doctrinales en la interpretación del principio y desviaciones producidas*.—II. PRINCIPIO DE BUENA FE: A) Su ACEPTACIÓN TÁCITA EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y EN LA PRIMITIVA LEY. B) LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO. C) LA FORMULACIÓN EXPRESA EN LA LEY DE 1944. D) CONCEPTUACIÓN DEL MISMO.

I. PRINCIPIO DE FE PUBLICA REGISTRAL

La esencia de este principio —eje de nuestro sistema hipotecario— se debe a la configuración que del mismo ofrece la Ley Hipotecaria de 1944 con su proyección en el texto refundido de 1946. La pureza del principio ya transcendía de la Ley Hipotecaria primitiva, pero inexplicablemente la reforma llevada a cabo pocos años después de ella, esto es en el año 1869, alteró sustancialmente el concepto y lo sustituyó por un sistema de notificaciones que lo degradaron. Hasta el año 1944 subsistió ese erróneo sistema y entiendo que es fundamental afrontar el estudio del mismo teniendo en cuenta que el legislador actual parece estar de nuevo encaprichado por el sistema de notificaciones. Veremos igualmente las desviaciones doctrinales y legales que el mismo va teniendo en comentarios y legislaciones complementarias. Por todo ello, dividimos este trabajo en las tres partes históricas que son decisivas para el mismo.

A) SU FORMULACIÓN HISTÓRICA

Convendría precisar —antes de seguir adelante— que partimos de la base de que los dos grandes principios que mantienen el edificio registral son el de publicidad y el de la seguridad del tráfico inmobiliario. La publicidad —siguiendo a DON JERÓNIMO GONZÁLEZ (1)— tiene una doble proyección a través de los principios de «fe pública registral» y legitimación, aunque tampoco cabe olvidar el principio de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito. Si la publicidad la calificamos como *efecto* los principios citados no son más que una emanación del mismo. Son los efectos tangibles en los que cristaliza el principio general de publicidad.

De ahí que cabe hablar de todo ello en la Exposición de Motivos y en el propio texto de la Ley de 1861. La Exposición de Motivos está llena —por así decirlo— de publicidad, referida al tema que le preocupaba al legislador en aquel momento: las hipotecas. Así proliferan en la misma frase que se están refiriendo a la publicidad: «el deseo de que la nueva Ley partiera del principio de publicidad...», «la preferencia que se da al acreedor hipotecario más antiguo sobre el más moderno, es una consecuencia lógica del sistema de publicidad...», «pero al menos por lo que a ella toca, aplicó los principios de publicidad y especialidad que la Comisión proclama en este proyecto-ley como únicos para lo sucesivo...» etc. Es más, ya califica al Registro de la propiedad como un registro «jurídico» y no «como un censo de la riqueza inmueble» y —a mayor abundamiento— nos habla de los «terceros interesados» y —posteriormente— al referirse a la venta dice que el dominio se le traspasa al comprador si inscribe «se lo traspasa respecto a todos; y si no inscribe, aunque obtenga la posesión será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción».

Leyendo detenidamente esta Exposición de Motivos encuentra uno —con gran sorpresa— soluciones para muchos de los problemas que se han ido planteando a través de más de un siglo por la doctrina y jurisprudencia. Nada tiene de extraño que el texto de la Ley reflejase estas ideas en diversos artículos. El fundamental fue el artículo 34 cuya numeración persiste en el vigente texto, que decía:

«No obstante lo declarado en el artículo anterior (referente a los actos o contratos nulos que no se convalidan por la inscripción), los actos o contratos que se ejecuten por persona con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, de causas que no resulten claramente del mismo Registro.

Solamente en virtud de un título inscrito podrá invalidarse en perjuicio de tercero, otro título posterior también inscrito.

Lo dispuesto en este artículo no producirá efecto hasta un año después de que empiece, a regir la presente Ley, y no será aplicable en ningún tiempo el título inscrito, con arreglo a lo prevenido en el artículo 397, a menos que la prescripción haya convalidado y asegurado el derecho a que se refiera dicho título».

Escoltan a dicho precepto otra serie de ellos (36, 37, 38) y el que ha de provocar luego la gran discusión doctrinal sobre si contiene o no el principio de inoponibilidad, es decir el artículo 23 (hoy 32). Había más referencias, pero creemos que con estas notas ya queda cubierta la finalidad pretendida.

B) RETROCESO LEGISLATIVO

Llevaba poco tiempo en vigor la Legislación de 1861 cuando se siente la necesidad de reformarla con la finalidad de alcanzar mayores perfecciones, pero lo que la Legislación de 1869 consigue es un auténtico «retroceso legislativo» y un serio atentado al principio de publicidad. Todo el gran esfuerzo llevado a cabo por el legislador de 1861 para proteger al que confiado en los pronunciamientos registrales se acoge a los beneficios que ello supone se viene abajo, pues ya la posibilidad de que la nulidad del acto o derecho que sustenta la titularidad del adquirente pueda ser declarada y afecte al mismo, salvo que se emplee el sistema de las «notificaciones», rompe en pedazos la esencia de la «publicidad efecto», pues la fuerza de la protección se traslada del asiento registral al sistema de la «notificación».

Conforme al nuevo artículo 34 de la LH se acepta en principio que la invalidación de los actos y contratos que consten en el registro a favor de personas determinadas, no afectarán a los terceros adquirentes de dichas personas, bien la anulación se haga como consecuencia de un título no inscrito o de causas que no consten en el mismo Registro, añadiéndose que tampoco les afectarán las nulidades si *«la inscripción se hubiese notificado o hecho saber a las personas que en los veinte años anteriores hayan poseído, según el Registro, los mismos bienes, y no hubieran reclamado contra ella en el término de treinta días»*.

El artículo desenvolvía la «forma» de la notificación (verbalmente, por escrito o por edictos), las personas a las que se debería notificar, la manera de hacerlo y los plazos en que se debería contestar, así como el resultado de la notificación que habría de hacerse constar por medio de una nota marginal.

Se hace preciso retroceder a los comentaristas de la reforma para determinar el alcance que a la misma se le dio, pues solucionado el tema en la legislación de 1944-46, la doctrina ya se preocupó muy poco de ese «bache» legislativo que va desde 1869 hasta la legislación vigente, lo cual bordea una etapa de «setenta y cinco años». Y la cosa puede ser grave si se sigue permitiendo el sistema de «notificaciones» en menor escala que el legislador actual ha introducido en contra del principio de publicidad. Vamos a intentar descifrar la razón de la reforma, para luego señalar los atentados actuales que hacen retroceder a la legislación hipotecaria.

No queda nada claro el motivo o la razón por la que se introdujo ese sistema, pues de los comentarios que he manejado y de la Exposición de Motivos de la Ley de 1869 no afloran razones suficientes para la reforma y la adopción de esa medida tan lamentable. El Ministro de Justicia que firma la Exposición de Motivos (ANTONIO ROMERO ORTIZ) justifica la reforma para favorecer el crédito territorial, porque de otro modo, esto es, con los preceptos de la Ley del 61, los terceros quedaban expuestos a perder su derecho, si el título del hipotecante fuese falso o nulo, y reclamasen los bienes otros que con anterioridad al mismo hubieran inscrito su título, peligro que no podía evitarse ni aun con el examen de todos los títulos inscritos referentes a los mismos bienes, si su contenido no revelaba la falsedad o nulidad. Añade MORELL Y TERRY (2), de quien tomamos estas notas, que el Ministro suponía que el título falso o nulo podía ser el del hipotecante, que antes de hipotecar pedía la «notificación» para encubrir su falsedad, y podía también solicitar el llamamiento por edictos a los propietarios con derecho inscrito con anterioridad, por ignorar su domicilio o fingir ignorarlo.

La opinión del autor citado es contraria al sentido adoptado por la reforma, pues dice que «exponer el sistema es condenarlo». Y añade opiniones como la de ESCOSURA que calificó la reforma de «antimoral, antilegal y antieconómica». CÁRDENAS la consideró opuesta al sistema de publicidad y la mayor parte de los jurisconsultos la rechazaron por igual motivo. **Únicamente** cabe destacar la opinión contraria de BARRACHINA que literalmente dice: «A pesar de las censuras esa modificación subsiste; se la cree justa y necesaria, aunque otras cosa sostenga el insigne ESCOSURA, cuyo ilustre comentarista, presentando el caso del dueño de una masía, a quien durante su viaje de dos meses de veraneo por el extranjero, regresa a su finca y se le sorprende con la nueva de haber sido enajenada por un falso vendedor, habiendo apelado el tercer adquirente al medio de liberalización para tener asegurado su derecho, exclama con estas elocuentes palabras: Si esto es posible ¿hay legislación que lo sancione, país que lo sufra, Gobierno que lo tolere, hombre de ciencia que lo aplauda?».

Entiendo que estas referencias aclaran poco la razón de la reforma y

tampoco aportan gran cosa la discusión parlamentaria cruzada entre el señor MORALEZ DÍAZ y el señor CURIEL y CASTRO sobre la frase de lo «adquirido anteriormente». Sin embargo, DÍAZ MORENO (3) precisa que la notificación que se establece es «una ficción de derecho» que no descansa en principio alguno que la justifique, un engendro legal extravagante ni civil ni hipotecario. Por ello aboga para que desaparezca el procedimiento de notificaciones y el fundamento que las origina, ya que si la nulidad que tiene su base en títulos anteriormente inscritos simplemente por estarlo, y sin que en la inscripción conste la causa productora del ejercicio de la acción, es una excepción que se opone al artículo 36 y especialmente al artículo 77 según el cual: «la inscripción de la transferencia del dominio o derecho real inscrito en favor de otra persona, cancela la inscripción del dueño anterior, o sea del que puede ejercitar dicha acciones por el solo motivo de haber tenido registrados sus títulos, bien que ya, cuando las usa a dicho título para los demás efectos, no se le reconoce validez alguna»

MORELL Y TERRY, en la obra citada, considera obligado precisar que la ley no se está refiriendo a la nulidad de títulos muertos, y resucitados después, sino a títulos anteriores registrados y vivos, a inscripciones contradictorias de otras posteriores. Y ello es posible no sólo por el trasiego de las inscripciones de las Antiguas Contadurías de Hipotecas, sino de los títulos anteriores a 1863 cuya inscripción se consiente sin una inscripción previa y la convalidación de las inscripciones de posesión por prescripción, así como los casos de doble **inmatriculación**.

Sea cualquiera la justificación doctrinal para avalar lo que disponía el precepto —que por razones transitorias pudo tener causa **jurídica**— lo cierto es que su prolongación en el tiempo —con una Ley intermedia de 1909— siembran de incertidumbre el cambio operado en lo que parecía claro en la Exposición de Motivos de 1861.

Por ello creo que las posibles razones que el legislador de 1944-46 expone para la reforma del precepto aclaran la justificación de tan anormal procedimiento de enervación de acciones a base de «notificaciones».

Y antes de pasar ya a la Legislación vigente entiendo que debo precisar lo que es la «notificación» y lo que es la «publicidad», por lo menos en la forma que lo entiendo. Utilizar la notificación es retroceder al campo de la forma y desconocer la plena eficacia que la Ley concede a la publicidad registral. Quizá «notificación» y «publicidad» persigan una misma finalidad: «puesta en conocimiento de determinadas personas de la existencia de un acto», pero mientras la «notificación» es un requisito añadido al acto para que éste al ser conocido produzca efectos, la publicidad «por sí sola», sin necesidad de notificación, produce el efecto perseguido, pues el contenido registral se presume conocido de todos y sus pronunciamientos favorecen o perjudican al que confía en los mismos. La «notificación» no pasa

de ser un medio para que en el ámbito judicial y administrativo las decisiones de uno y otro campo tengan la eficacia que no puede proporcionarles la publicidad. Son complementos para que el acto tenga la consistencia necesaria y al ser requisitos legales, provocan la nulidad del acto y permiten su impugnación. No pasan de ser requisitos del procedimiento judicial o administrativo y de ahí que todos aquellos tratadistas hipotecarios que dan relieve y significación al *procedimiento de inscripción*, no hacen más que apoyar todas aquellas tesis doctrinales que tratan de desprestigiar el principio de publicidad. Favorecen, por así decirlo, el regreso al mundo de la forma, cuando la realidad predica el imperio de la publicidad. Esta idea no debe arrinconarse, pues es la gran defensa frente a futuros ataques.

C) LEGISLACIÓN DE 1944-1946

La reforma hipotecaria de la Ley de 1946 se hizo en dos etapas: la ley que precisaba en sus diversos artículos las bases, principios o puntos de partida para su desarrollo en un texto refundido y articulado que como ley definitiva tuviera vigencia y eficacia.

La Ley de reforma de la legislación hipotecaria llevaba por fecha 30 de diciembre de 1944 y el texto refundido lleva por fecha la de 8 de febrero de 1946. En las bases se precisaba con exactitud los límites dentro de los cuales había de moverse la actividad del Gobierno en la elaboración del texto refundido y los fines que se habían de cumplir con éste.

Una de las modificaciones introducidas por el legislador de 1944-46 es la nueva redacción del artículo que contenía el principio de fe pública registral, pues tal y como estaba formulado el principio provocaba en la doctrina un rechazo total. SANZ FERNÁNDEZ (4) que formó parte de la Comisión redactora de la nueva Ley y que publicó uno de los mejores comentarios a la reforma y otro al texto ya articulado, decía que la doctrina rechazó y combatió durísimamente la reforma llevada a cabo por la Ley de 1869, pero lo curioso del caso es que entre que intentaron justificar dicha modificación cita a Don JERÓNIMO quien, sin embargo, reconoció su poca virtualidad práctica, citando también a ROCA SASTRE que propuso algunas reformas no muy aceptables, y PELAYO HORE que defendió el sistema de notificaciones (5). La realidad reflejada en la práctica jurídica hizo caso omiso según SANZ del sistema de notificaciones y parece ser que el sistema nunca fue utilizado, sosteniéndose por VILLARES PICO que había quedado derogado por el desuso.

Ni el Anteproyecto formulado por JOSÉ MARÍA PORCIOLES (6) ni la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944 dan o explican la supresión del sistema de notificaciones y así en la Exposición de Motivos

leemos: «Objeto de particular estudio ha sido el principio de fe pública registral, elemento básico de todos los sistemas hipotecarios. La presunción legitimadora sería insuficiente para garantizar por sí sola el tráfico inmobiliario, si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera la seguridad de que sus declaraciones fueran incontrovertibles».

Entiendo que ya se hace necesario reproducir el texto que la Ley de 1944 acepta para describir la esencia del principio de fe pública registral:

«La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.

El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante, por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del titular inscrito se presume siempre, mientras no se pruebe lo contrario.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o **transferente**».

El juicio crítico que la redacción de este precepto mereció a la opinión doctrinal tuvo un sentido positivo y favorable, ya que en el mismo se estaba aceptando la fuerza publicitaria de la inscripción. No es hora de hacer acopio de citas doctrinales, pero sí resulta importante destacar las opiniones de SANZ FERNÁNDEZ y de LA RICA, que forman parte de la Comisión que redacta el texto refundido de la Ley de 1946 y, el primero, de las dos comisiones: la de reforma y la de redacción del texto refundido.

SANZ FERNÁNDEZ en la obra citada y en otra posterior (7) singulariza la novedad de la redacción de la Ley de 1944 considerando que hasta esa fecha el principio de fe pública registral se ofreció en forma predominantemente *negativa*, mientras que en la nueva ley se destaca el aspecto positivo del mismo («ser mantenido en la adquisición»). Se incorporó al mismo, como párrafo primero, la regla del valor de la inscripción frente a los actos nulos, se suprimió el carácter excepcional de la protección registral, se eliminó el procedimiento de notificaciones, refundiendo las hipótesis de títulos no inscritos y causa de nulidad que no consten en el Registro, se dio entrada a la buena fe como requisito de protección, se aclaró la situación de los adquirentes a título gratuito y se suprimieron las aplicaciones a la posesión y a las adquisiciones a favor del Estado.

LA RICA, en un artículo muy ponderado sobre la reforma (8), dijo que se modifica esencialmente el artículo 34 de la Ley, robusteciendo de modo categórico el principio de la fe pública registral rechazando nulidades o re-

soluciones de derecho inscrito a favor de tercero de buena fe por causas que no consten del mismo Registro. Al alterar las normas fundamentales, suprimir, como es lógico, las accesorias de la notificación que ya serían inoperantes. No obstante, este autor me provoca una desorientación ya que dice que «el procedimiento de notificación, dado el anterior mecanismo del artículo 34, era plausible en principio, pues tendía a robustecer situaciones jurídicas registrales, inmunizándolas contra acciones derivadas de títulos anteriores inscritos». La reforma al suprimir este trámite de las notificaciones —sigue diciendo el autor— no hace sino seguir la corriente y recoger las experiencias. Se echa, sin embargo, de menos un sistema de seguro inmobiliario o indemnización por el Estado para los insólitos casos de propietarios despojados como consecuencia de la virtualidad de asientos registrales no notificados. Termina diciendo que «la actual reforma que no modifica las esencias de nuestro sistema, ni se lo propuso, tenía que respetar principio tan cardinal.

A mi entender la Ley de 1944-46 da un paso gigantesco en orden al principio de publicidad, eliminando el mecanismo de las notificaciones y centrando toda la eficacia protectora del adquirente que confía en los pronunciamientos registrales, en lo que dice el Registro y si en el mismo no constan las causas que pueden anular el acto y la inscripción del titular disponente, es evidente que en base del principio de seguridad del tráfico jurídico, el adquirente debe «ser mantenido» en su adquisición.

a) *Entendimiento correcto del principio*

El texto transcrito del artículo 34 tal y cómo quedó por la reforma de 1944 no era lo suficientemente correcto para precisar la esencia del principio que se quería establecer en toda su pureza. Nunca el principio de fe pública podía ser una «excepción» al fenómeno o efecto que la inscripción producía sobre el acto nulo, que, a pesar de ser inscrito, no se convalidaba, no se hacía válido y seguía siendo nulo, lo que sucedía es que la nulidad que se declaraba no perjudicaba al tercero que había adquirido de un acto que aparentemente era válido. Había caído en la trampa, en expresión popular, pero esa trampa no le afectaba.

Por eso, quizá, en el texto refundido se desglosó el primer párrafo del artículo 34, para formar el artículo 33 y la redacción actual dice:

«El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente».

El desglose que se hizo del párrafo primero del artículo 34 de la Ley de 1944 lo explica con claridad meridiana SANZ FERNÁNDEZ en la obra citada, diciendo que en dicho artículo se englobaban erróneamente dos cuestiones: 1) El problema de la causa de la transmisión en sí mismo considerada, esto es, el de la validez del acto o contrato, único al que se aplica el párrafo primero y que queda limitado a las relaciones entre partes y 2) El problema de la transmisión misma o de preexistencia del derecho en el enajenante, regido exclusivamente por la Ley Hipotecaria y el principio de fe pública, para el que no tiene aplicación el párrafo 1.º y sí únicamente el 2.º

Hay que estar plenamente de acuerdo con este criterio y considerar que al no haber sido aceptada por la Comisión redactora de la Ley de reforma el carácter «constitutivo» de la inscripción había que ofrecer a la misma una eficacia en la que pudiera basarse el ciudadano que confiaba en lo que proclamaba el Registro: lograr la seguridad del tráfico jurídico.

Entiendo que resulta muy difícil intentar cualquier alarde en estos puntos admitidos dogmáticamente por la doctrina y, sin perjuicio, de que puedan discutirse aspectos que traten de justificar la adquisición del tercero, la de terminación de la figura del tercero, la colindancia con el principio de oponibilidad, la amplitud de la presunción de exactitud e integridad del Registro y la eficacia de los pronunciamientos registrales en ciertos casos, lo que si es evidente es que la publicidad resplandece en el precepto —**me** refiero a la publicidad **efecto**— y que la misma está escoltada por la protección de los asientos por la autoridad judicial, por la presunción de legitimación para disponer del titular registral, por la presunción de extinción del derecho a través de la cancelación y por otra serie de preceptos que hacen corro en torno al artículo 34 de la LH. Quizá por ello sea importante destacar los grandes fallos que tuvo la legislación de 1944-1946 en varios aspectos, los ataques doctrinales al principio y a la esencia del Registro, las interpretaciones jurisprudenciales de la Dirección General de los Registros y la «indiferencia» que ofrecen al principio determinadas leyes especiales en contra de la «unidad» del ordenamiento jurídico español de que habla la Constitución.

Por todo ello, entiendo, que debemos destacar los puntos «negros» que hemos citado, para luego concluir con lo que la doctrina más moderna mantiene en orden al principio de publicidad.

b) *Fallos de la legislación hipotecaria*

Existe una especie de contraste entre esa «pureza» de formulación del principio de fe pública registral y los posibles *fallos* que él mismo recibe no en forma de excepciones al principio, que ello podría tener su justificación, sino en contradicciones que se ofrecen frente al principio de publicidad. Vamos a intentar resumir los más serios para luego ir exponiendo ese conjunto de normativas especiales que atacan solapadamente al mismo.

A tres voy a reducir los grandes fallos que tuvo la legislación de 1944-46 frente a los grandes avances que logró en el campo de la expansión del sistema registral. Estos podemos concretarlos en la falta de una fórmula general del principio, en la adopción del sistema de notificaciones por edictos y en la problemática que ofrece la cesión de créditos hipotecarios, supuestos todos que van en contra del principio de publicidad en la forma pura de su entendimiento y suponen un retroceso a ese sistema que parece que la Ley Hipotecaria de 1944-46 desterró: las notificaciones.

Merece la pena detenerse en cada uno de los supuestos, pues todos y cada uno han planteado problemas en orden a la protección registral. El examen debemos hacerlo breve, aunque abre cauces impresionantes para acoger discusiones doctrinales. Veamos:

La formulación. Dice ROCA SASTRE (9) y en eso, como en muchas otras cosas hay que estar con él, que en un sistema que otorga tantas garantías a los adquirentes que confían en sus pronunciamientos registrales exigía un precepto que consagrara de un modo expreso la «*cognoscibilidad legal*» del contenido registral, a la manera como lo hizo el anterior Reglamento del Registro Mercantil artículo 2.2.º (14 de diciembre de 1956) al decir: «se presume que el contenido de los libros del Registro es conocido de todos y no podrá invocarse su ignorancia». Hoy día la expresión es diferente, ya que el artículo 7 (RD 29 de diciembre de 1989) solamente dice que «el contenido del Registro se presume exacto y válido» y que los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales.

Verdaderamente hay que entender la existencia de esa «*cognoscibilidad legal*» si a la inscripción la vitalizamos con la presunción de que lo inscrito «existe y pertenece a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo» y se otorga al adquirente que confía en los pronunciamientos registrales la seguridad de «ser mantenido en su adquisición» y que todo ello queda protegido por estar los asientos bajo la «salvaguardia de los Tribunales». Pero con todo no hubiera estado de más su formulación, pues ello hubiera evitado torcidas interpretaciones y ciertas disposiciones legales que atentan al principio.

Aunque Don JERÓNIMO (10) nos habla de una publicidad equivalente a un «*mero anuncio o noticia*» y otras veces a «*notificaciones oficiales*» ello no desvirtúa la esencia del principio. En el primer caso podemos poner como ejemplo el de las «*notas marginales*» de que habla la legislación urbanística en su artículo 309.3 (RDL, 26 de junio de 1992) cuyo efecto es el de dar a conocer «*la situación urbanística*», pues ello supone eliminar la presunción de buena fe en el posible tercero. En el segundo caso cita ROCA los supuestos de retractos legales y de notas de expedición de certificaciones registrales, que sirven o hacen las veces de notificaciones. Ya veremos cómo el legislador se distancia de esta idea en la reforma de la LEC y Reglamento Hipotecario.

Los edictos. No tiene justificación jurídica la necesidad de la publicación de edictos en los casos de inmatriculación de fincas conforme al artículo 207 LH, pues ello supone negar fuerza publicitaria al Registro de la Propiedad partiendo de la idea de que su contenido es conocido de todos.

Es bien cierto que la Ley de 1944-46 lo único que hizo es recoger lo que disponía el Reglamento Hipotecario de 1915 y la Ley posterior de 21 de junio de 1934. Sea cual fuere el origen, lo que sí se critica es el mantenimiento del requisito que los edictos que vienen a «*complementar*» la publicidad que emana del Registro y hace de la inscripción un asiento provisional sujeto a caducidad, que provoca determinadas inseguridades:

1. No acaba de comprenderse la razón de que para las certificaciones de dominio del Estado y las personas que cita el artículo 206 LH no se precisen edictos. Existe una desconfianza hacia el documento público.
2. Si no es suficiente la publicidad que emana del Registro y se tiene que acudir a los edictos, es evidente que el que adquiere registralmente no debe quedar sujeto a la posible cancelación de su inscripción por la caducidad de la de inmatriculación. Estas inscripciones carecen de publicidad y su efectividad depende de la que le concede el requisito del edicto que no pasa de ser una «*notificación*», cosa que no se acepta por la nueva legislación en el mecanismo adquisitivo del tercero.
3. Entendemos que solamente con la vacación de los dos años que establece el artículo 207 LH para los dos casos —el del título público y la certificación **administrativa**— era suficiente garantía, ya que el que pueda enterarse por el edicto y se sienta perjudicado solamente les queda acudir en juicio declarativo ante el Juez o Tribunal que ordenará una anotación de demanda (art. 298 RH).

Cesión de créditos hipotecarios. Conforme al artículo 149 de la LH la cesión de créditos hipotecarios debe hacerse en escritura pública y de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro.

Estos requisitos —**deslindados** por la doctrina **debidamente**— son diferentes entre partes y terceros. Frente a terceros sólo es preciso la inscripción en el Registro de la cesión (art. 1.526 del CC). Para que quede vinculado el deudor por la cesión debe notificársele, no la inscripción (que sería lo acertado, ya que ello supone una novación por cambio de acreedor), sino el documento que la contiene. Ello puede producir que si la cesión no se inscribe el antiguo acreedor sigue siéndolo con todas las consecuencias.

Solamente la inscripción —**aún** suponiendo que fuera **declarativa**— tiene la fuerza publicitaria para que a través de la misma tenga conocimiento el deudor. Pero todo lo viene a estropear el artículo 176 del RH que involucrando la «notificación» permite la cancelación de la cesión si en el Registro no consta la «notificación», lo cual si bien es lógico, pues el pago extingue el crédito, no hay que olvidar que existe un acreedor hipotecario protegido por la fe pública **registral**.

c) *Consecuencias doctrinales en la interpretación del principio y desviaciones producidas*

Al ser uno de los principios más extensamente estudiados por la doctrina, apenas quedan resquicios para poder decir algo nuevo sobre el mismo. Por ello no haremos más que apuntar las diferentes posiciones doctrinales sobre los problemas sustanciales del mismo y en forma resumida destacar las desviaciones producidas al «*no considerar*» al mismo como uno de los grandes componentes del genérico principio de publicidad.

1. *Viejos problemas*. La aparición del texto de la LH de 1944-46 aún vigente en la actualidad provocó un sin número de comentarios y la aplicación de los principios suscitó posturas diferentes según fuera la manera de ser entendidos. Creo que fundamentalmente los más importantes los podemos reducir a los siguientes:

La naturaleza y justificación de la adquisición. El primer punto puso a la doctrina en movimiento para decidir si la adquisición operada en base de los pronunciamientos registrales y por un tercero que reúna los requisitos del artículo 34 era originaria, derivativa u obedecía a un concepto intermedio. El tema que provocaba la existencia de opiniones contrarias residía en la admisión legislativa de la «inexactitud» registral frente a la realidad jurídica y ello podía producir o una adquisición «originaria» o una «derivativa»: originaria en caso de inexactitud y derivativa en caso de concurrencia. Mi opinión —que raramente ha sido tenida en **cuenta**— es que el

mecanismo adquisitivo estaba basado en una «prescripción instantánea» y ello nos conduce a un nuevo encuadramiento, como sucede con la «expropiación forzosa». Visto todo ello a «toro pasado» no creo que tenga tanta importancia la precisión de esa «naturaleza».

Entiendo que tiene mayor transcendencia el lograr una justificación a ese efecto por el cual puede resultar despojado un titular en favor de otros que por razones de confianza en los pronunciamientos registrales «son mantenidos en su adquisición. La justificación que creo es unánime —aunque se matice en su rigor por medidas indemnizatorias al verdadero propietario— reside en el principio de «seguridad» jurídica que, a partir de EHREMBERG (11) se divide o escinde entre la seguridad del derecho y la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario. Sólo ese superior principio puede justificar un despojo y, no aceptarlo, es negar un mecanismo para la solución de colisiones de derechos y retroceder al campo de la forma o a la admisión de Registros administrativos con publicidad «noticia» que sólo sirven de medios de prueba en el campo judicial. La Constitución española —creo que sin proponérselo— admite en su artículo 9.3 el principio general de la seguridad jurídica que debe entenderse a la manera del jurista alemán, pues de lo contrario quedaría en una interpretación «parcial» de su dimensión.

La exactitud y la integridad. Uno de los grandes inspiradores de la Legislación Hipotecaria, ya que formó parte de la Comisión redactora del texto refundido de 1946 fue NÚÑEZ LAGOS (12) el cual se planteó posteriormente a la publicación del texto un conjunto de problemas para precisar debidamente las diferentes clases de Registros, el objeto de la inscripción y los efectos que producían.

Uno de los ataques —en base de esas precisiones— que se hizo al Registro de la Propiedad española era que él mismo podía presumirse «exacto», pero no *íntegro*, pues eso sólo podía predicarse del sistema alemán con inscripción «constitutiva» donde la fe pública convertía la inscripción en un documento exacto e íntegro, en beneficio del tercer adquirente.

La doctrina reaccionó contra este punto de vista y al precisar el alcance del artículo 32 LH ofreció argumentos suficientes para afirmar la «integridad» registral (13). Mi postura fue defender no sólo la exactitud, sino la integridad, pues si la presunción de contenido registral lo reducimos a la primera y excluimos la segunda, mal puede presumirse la «buena fe» del adquirente. (14)

La relación entre el artículo 32 y 34 LH. El artículo 34 de la LH en sus diversas formulaciones en las diferentes leyes hipotecarias ofrece —según apunta parte de la doctrina— un supuesto de *excepción* al principio de que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos (art.33) y de contemplar en forma «negativa» el principio de fe pública o de protección

registrar contra los títulos no inscritos, la nulidad o falsedad, acciones rescisorias y resolutorias, derechos cancelados, nulidad formal y errores en los asientos.

Aunque hubo una cierta diferencia entre la redacción que dio al artículo 34 la Ley de 1944 y la vigente de 1946, lo que sí parece cierto es que —como apunta SANZ— se liberó el precepto de ser «excepción» y su formulación fue netamente positiva, precisándose el efecto de las adquisiciones gratuitas y exigiéndose el principio de buena fe.

Pero el tema que estaba latente es la relación que pueda tener el artículo 32 con el 34 y es ahí donde la evolución de la doctrina ha ensanchado campos y ha precisado puntos, agregando claridades. Para la tesis tradicional o llamada «monista» el fenómeno de la publicidad que emana de los asientos del Registro reside en los artículos 32 y 34 que representan formulaciones complementarias del principio de fe pública registral, siendo el primero un desarrollo negativo del principio y positivo el segundo. Es la tesis que mantuvieron don JERÓNIMO, ROCA SASTRE, SANZ FERNÁNDEZ, COSSÍO, HERMIDA LINARES, etc.

En otro lugar he explicado lo que podría llamarse tesis «dualista» (15) cuya raíz reside en la precisión dogmática de NÚÑEZ LAGOS al señalar en su conocido trabajo ya citado, las diferencias existentes entre el Registro de la Propiedad español y el alemán. Es, sin embargo, LACRUZ BERDEJO (16) el que al tratar de los efectos ofensivos de la inscripción distingue dentro de la normativa española dos grandes sistemas: el latino de la inoponibilidad que cristaliza en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria y el sistema germánico de protección integrado por los artículos 34, 37, 31, 40 y 220 LH. El artículo 32 limita su acción al conflicto entre un título inscrito y otro no inscrito, pero no protege contra la nulidad del propio título, ni contra la de los anteriores previamente inscritos. Para lograr esa segunda protección nacen los artículos 34 y concordantes.

Poderosamente contribuyó a esta idea la aportación que hace TIRSO CARRETERO al Primer Congreso Internacional de Derecho Registral al llamar la atención de la necesidad de volver al sistema latino y abandonar el germánico. Los artículos 32 y 34 responden a finalidades distintas y se hace preciso la vuelta al primitivo artículo 606 del Código Civil para aclarar la eficacia de nuestro sistema de publicidad. GÓMEZ GÓMEZ y AMORÓS GUARDIOLA siguen esta misma línea y entienden que el artículo 32 contiene una norma general de inoponibilidad o falta de eficacia de lo no inscrito frente a los inscritos. Es evidente, además, la conexión entre el artículo 32 y el 1.573-2 del Código Civil ya que el primero sienta la norma general de la inoponibilidad o ineficacia de lo no inscrito frente a lo inscrito y el segundo hace una aplicación en el singular caso de la doble venta (17).

Por mi parte también mantuve desde la primera edición de mi libro y

en cuantos artículos he dedicado a materias colindantes, la necesaria diferenciación del principio de inoponibilidad y el de fe pública registral (18). GARCÍA GARCÍA (19) en su última subyugante publicación hace un estudio concienzudo del problema y sigue la dirección apuntada. Para dicho autor son claramente diferenciables las situaciones de los artículos 32 y 34. El fundamento de los artículos 32 y 606 del Código Civil no es la «confianza en la apariencia», sino la eficacia general ordinaria de la inscripción frente a la clandestinidad. Para dicho autor el artículo 32 resuelve un problema o «conflicto de títulos», dando preferencia a inscrito frente a no inscrito, y el artículo 34 lo que trata de resolver es un problema de «inexactitud» registral manteniendo en la adquisición a la persona que confía en los pronunciamientos del Registro aun siendo inexacto.

Es de esperar que éste frente doctrinal que abre cauce en una importante distinción tenga en sucesivos comentarios la aportación que necesitan estas opiniones.

La figura del tercero hipotecario. El tema apuntado anteriormente lleva consigo otro derivado —por no decir superior— de si en todos los casos en los que la legislación de 1944-46 se habla del «tercero» puede admitirse la unidad de su concepto.

SANZ FERNÁNDEZ en las publicaciones citadas consideraba que se había simplificado notablemente la cuestión de la noción del tercero, ya que conforme a la Exposición de Motivos de la Ley de 1944 se disponía: «Ni la noción de tercero es privativa de las leyes inmobiliarias ni puede desconocerse que todos los regímenes de tipo intermedio se han visto precisados a regular esta figura jurídica precisamente al fijar el ámbito del principio de publicidad. Se trata de una realidad impuesta por la naturaleza de las cosas que el legislador no pudo preferir. Las dudas que motivadas en parte por una exagerada exégesis, con harta frecuencia se han suscitado sobre el valor conceptual del tercero, han sido allanados al precisar su concepto en el artículo 34...»

Para el citado autor —por lo dicho— está claro que se unifica el concepto de tercero y la realidad de los comentaristas demuestra todo lo contrario: *la pluralidad de terceros*. Lo cual es preocupante. Según la legislación de 1944 el tercero puede ser definido en esta forma: «a los efectos de la *fides pública*, no se entenderá por tercero al *poenitus extraneus*, sino únicamente al tercer adquirente, es decir, al *causahabiente* del titular registral por vía onerosa».

Prescindiendo del concepto civil del tercero inducido del artículo 1.257 del Código Civil y de otros, como el 1.219, 1.227 y 1.280, es evidente que el tercero es el que ha entrado en contacto jurídico con el objeto de la relación jurídica establecida, vinculándose con una de las primitivas partes contractuales. El tercero hipotecario ofrece la peculiaridad de la existencia

del Registro de la Propiedad y estaremos ante un tercero cuando el adquirente se ampare en un determinado contenido registral.

La doctrina fue complicando el concepto y así comenzó a distinguirse entre el concepto y la protección registral, llegando a decir GONZÁLEZ PALOMINO que tercero no es un modo de ser, sino un modo de estar: nadie es tercero, se está en tercero. SANZ FERNÁNDEZ identificó concepto con posición, mientras que ROCA SASTRE los separa: Es tercero el adquirente considerado frente de su consideración de parte, ante un determinado contenido registral».

Las tesis monistas y dualistas que antes apuntamos forzosamente llevaban consigo la afirmación de que sólo existía un tercero (Don JERÓNIMO, ROCA SASTRE, ANGEL SANZ, HERMIDA LINARES, etc.) o de que existían otros terceros (ALONSO FERNÁNDEZ Y DEL HOYO, NÚÑEZ LAGOS, LACRUZ BERDEJO, LA RICA, TIRSO CARRETERO, AMORÓS GUARDIOLA, etc.). Parece haber triunfado la tesis dualista, ya que en la doctrina actual —representada por GARCÍA GARCÍA— es claro que el artículo 32 y 34 son diferentes y uno y otro resuelven, como antes apuntamos, dos problemas diferentes.

Apurando conceptos y aquilatando situaciones la doctrina especuló con las diversas referencias que la LH hace a la figura del tercero y así se ha hablado del tercero del artículo 28 (adquirente del heredero inscrito o heredero legal y titular de la *actio petitio hereditatis*), el tercero del artículo 36 (tercero «pluscuamperfecto» exigiéndosele una diligencia), el tercero del artículo 37 (que se complica por la frase «segunda enajenación» que el artículo utiliza y que divide a la doctrina), el del artículo 114 LH (discutiéndose si debe o no reunir los requisitos del artículo 34 LH), el del 313 LH (con su criterio de inadmisión de documentos y que GARCÍA GARCÍA lo relaciona estrechamente con el artículo 32 LH), etc. Al lado de estos temas se ha especulado con los conceptos de «tercer poseedor» de finca hipotecada, «hipotecante no deudor», el tercero en la «readquisición», el tercer adquirente de la nuda propiedad, la posibilidad de admitir un tercero en un acto nulo, etc.

Excepciones y no aplicaciones del principio. Nos vamos a limitar al señalamiento o enumeración de las misma y ciertos avances conseguidos en algunos casos en que la excepción no tenía plena justificación.

Excepciones. Se citan las del artículo 29 referentes a las «menciones» que **prácticamente** han ido desapareciendo de la documentación notarial, pero no de las otras dos.

Igualmente pueden ser consideradas como excepciones *las limitaciones legales* o estatutarias de la propiedad en su referencia del artículo 26.1.º LH. Ya veremos luego en forma un poco más amplia el tema de la esfera urbanística y su repercusión.

La *retroacción de la quiebra* es otro de los supuestos en que no actúa la fe pública, pues conforme al artículo 878 del Código de Comercio son

«nulos» todos los actos que estén dentro del período a que el Juez retrotraiga la quiebra. La verdad que esta doctrina de durísima aplicación ha sido hoy superada por la Resolución de 28 de julio de 1988 que exige para que puedan ser cancelados dichos actos o el consentimiento de los titulares registrales o la declaración firme de carácter judicial en procedimiento debidamente entablado contra los titulares registrales. Interesante en este punto es la Sentencia del TS de 20 de septiembre de 1993 que invoca el principio de la seguridad del tráfico jurídico y la necesidad de que se pruebe el perjuicio al acreedor y el *consilium fraudis* para proceder a la cancelación de los actos anteriores a la quiebra (SS. 10 de julio de 1928, 12 de julio de 1940, 10 de octubre de 1957 y 28 de enero de 1966). Igualmente cita el artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, sobre el Mercado Hipotecario que impele a la adecuación normativa imperada en el artículo 3 del Código Civil y el artículo 9 de la Constitución Española.

Igualmente se cita —porque lo dice expresamente un precepto— el caso de «reversión en la expropiación forzosa». Pero su formulación reside en el artículo 69 del Reglamento de la Ley de Expropiaciones y ello va en contra del principio del rango legal de las disposiciones, conforme al artículo 9.3 de la Constitución Española.

Los otros supuestos de usucapión, anotaciones de embargo y cesión de créditos, entendemos que, aun afectando al principio, pueden estudiarse y tener su encaje en otros puntos de los que abordamos.

Supuestos de no aplicación. Es evidente —por pura enunciación del principio— que toda causa que conste en el Registro referente a la rescisión, resolución, revocación de donaciones etc., afectan al tercero (art. 37 LH).

Plantean problema los *retractos legales*, pues según la teoría de TIRSO CARRETERO (20) todo ello se debe a la desafortunada reforma de la Ley Hipotecaria de 1909 y obliga en estos momentos a replantearse el tema de su inclusión en los libros registrales cosa que se está ya admitiendo en alguna Comunidad Autónoma respecto a las inscripciones de viviendas de protección oficial. Al hilo de ello se sitúan las *servidumbres aparentes*, aunque la tendencia en la actualidad es inscribirlas.

Quedan, por supuesto, excluidos los datos de *mero hecho* y entre ellos, la finca, su extensión y linderos, aunque pueden alegarse Sentencias del Tribunal Supremo en que se mantiene un criterio distinto (21 de marzo de 1953, 20 de mayo de 1974, 7 de abril de 1981 y 2 de febrero de 1984). Sin embargo, la Sentencia de 20 de diciembre de 1993 —siguiendo el criterio general del TS —considera que el Registro de la Propiedad carece de una base física fehaciente y no responde ni de las descripciones de las fincas, ni de su existencia, ni de su superficie. Urge la debida coordinación entre Catastro y Registro para que una vez lograda pueda entrar en el campo de

la seguridad la base física del Registro, ya que éste no es que sea de fincas sino que se lleva por fincas. Un gran avance ha significado el RD de 3 de mayo de 1980 con fines de coordinación y ciertos resultados positivos en su puesta en función en diversos Registros.

Prescindimos de los casos de vacación que diversos artículos señalan y en los que no juega el principio de fe pública registral.

2. *Nuevos problemas y desviaciones.* Es evidente que los tiempos al ir cambiando muchas cosas ofrecen un conjunto de situaciones que inciden en el ordenamiento de los diferentes países y provocan reformas de disposiciones, todas ellas bien intencionadas, aunque no todas pueden considerarse acertadas, pues suponen un desconocimiento de parte del derecho vigente y suponen serios obstáculos para su aplicación, lo cual en el fondo viene a provocar una «inseguridad jurídica» y un serio atentado a un derecho vigente. Por supuesto que, sin intención de agotar materia, pueden señalarse los siguientes casos:

La pretendida unificación de Registros. Fue un ataque solapado a la institución porveniente de un trabajo de MONTORO PUERTO (21) que provocó serias adhesiones incluidas las de algunos Registradores, sin tener en cuenta que, con ello, nos llevaban a convertir el Registro de la Propiedad en un Registro «administrativo» o en un Registro con publicidad «noticia». Todo ello bajo la institución registral. Bien fuera por los ataques que hice a dicha tesis (22) o porque la Constitución me vino a dar la razón, lo cierto es que parece que la calma en ese sentido está siendo el criterio dominante. El artículo 105 de la Constitución Española considera a los Registros administrativos como meros archivos, en comparación con el artículo 1.491 de la misma que a los Registros jurídicos se refiere, ponen límites a osadas interpretaciones. En otros lugares recojo la idea matriz de la Exposición de Motivos y diversas leyes recientes que separan unos y otros Registros (23).

Legislación urbanística y Registro de la Propiedad. La Legislación urbanística que nace en el año 1956, se desarrolla en el 1976 y parece que toca techo en 1990-92 es uno de los obstáculos serios que el legislador español ha puesto para evitar la coordinación de todas las normas constitutivas del ordenamiento jurídico. No puede detenerme mucho en el poco acierto «anticonstitucional» de concebir la propiedad como «vacía» de contenido, tampoco puedo destacar —como se merecía— la torpe forma —a través de una corrección de erratas— de suprimir una de sus disposiciones de «aplicación preferente» y tampoco quiero destacar como el legislador más que coordinar —como expresó la Ley de 1976— los preceptos legales con la Legislación Hipotecaria, lo único que ha hecho ha sido

servirse (y eso significa un conocimiento de la técnica hipotecaria) del Registro para mantener la exigencia de las licencias municipales, al igual que el legislador fiscal.

A mi entender esa regulación que el artículo 307 de la misma con ser amplia, sólo es aparente, pues la «caja negra» que va a dar soluciones a toda la negociación urbanística no es la publicidad registral (aún habiendo logrado cotas importantes) sino un precepto diabólico —**artículo 22 del texto vigente**— donde se mantiene el principio de «subrogación» del adquirente en derechos, obligaciones, cargas, etc. del anterior titular sin necesidad de que las mismas consten en el Registro.

Ese atentado al principio de publicidad y, sobre todo al de seguridad jurídica, culmina en uno de los casos del artículo 307-4 y 5 de la Ley donde a la nota marginal que refleja las condiciones especiales de la concesión de licencia y los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico, no producen otro efecto que dar a conocer la situación urbanística en «el momento» a que se refiere el título que lo origina.

Las urgentes reformas procesales y sus secuelas. La Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal 10/1992 de 30 de abril que reforma la LEC y vincula en esta reforma a los Reglamentos Hipotecarios y Notarial es, quizá, uno de los testimonios legislativos que más atentan al principio de publicidad, contradicen el espíritu de la Exposición de Motivos de 1861 (que sigue vivo en sus líneas generales) y da efecto retroactivo a un sistema que la Ley de 1944-46 consideró desterrado: las notificaciones.

Lo que me admira es que la doctrina no haya reaccionado violentamente, aunque sólo fuera comparando situaciones en las que sin necesidad de notificación afectan a tercero y otras en las que es preciso la notificación. Vamos a ir examinando situaciones y, sobre todo, descubrir en la Exposición de Motivos de la primitiva Ley las funciones de colaboración del Registrador con la Administración.

Es curioso observar cómo la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 llamaba la atención sobre la «necesidad» de colaboración del Registro con la Administración, pero todo ello sin detrimento de los principios fundamentales. Decía una de ellas: «sin negar que los Registros de la Propiedad y de las Hipotecas *puedan y deban* venir en auxilio de la Administración en las arduas tareas que para beneficio público le están encomendadas... ello debe entenderse sin detrimento de los principios de justicia y *sin desnaturalizar* los Registros distrayéndolos de su verdadero objeto...». Nadie ha negado esa colaboración que se ha prestado con una *prodigalidad digna de mejor causa* y que ha llegado a esos extremos de los que hablaba Don JERÓNIMO GONZÁLEZ la función patriarcal, no sólo detectando los defectos, sino aconsejando la forma de subsanarlos. Pero una cosa es el auxilio y otra la desvirtuación de un principio de publicidad.

Resulta lamentable leer el artículo 1.453 de la LEC que impone al Registrador la «obligación» de «comunicar al órgano judicial la existencia de ulteriores asientos que pudieran afectar al embargo anotado». Si la publicidad registral supone que el contenido del mismo es conocido de todos —incluso de los jueces— sobra la notificación normatizada. Quizá hubiera sido más lógico construirla como excepción al principio de fe pública. Más penoso es enterarse por el artículo 143 del RH (RD 1368/1992, de 23 de noviembre) que aclara que los asientos que deben notificarse serán los que «produzcan la cancelación de la anotación o disminuyan el derecho embargado». Norma que tiene una repetición en artículo 252.2 de la Ley de Procedimiento Laboral de 27 de abril de 1990.

Cualquiera que fuera la finalidad que persigue el precepto y la razón habida para su reforma, lo que sí es cierto es que el legislador está negando la fuerza publicitaria al Registro de la Propiedad, al que ahora parece negársele que su contenido es conocido de todos.

A los interesados se les «involucra» también en esta ceremonia, pues conforme a los artículos 1.489 LEC y 143-3 del RH la expedición de certificación de cargas y dominio hasta ahora se hacía en el procedimiento ejecutivo y se hacía constar al margen de la finca la expedición de la misma certificación, pues ello servía de advertencia a los adquirentes posteriores de la existencia de un procedimiento en curso que les podía afectar. Pero es que ahora, esta certificación y otra de expedición que cumple frente a los adquirentes esa función publicitaria, carece de efectos frente a titulares de derechos posteriores al gravamen que se ejecuta, pues el Registrador debe comunicarles «el estado de la ejecución para que puedan intervenir en el avalúo y subasta de los bienes» (art. 1.490 LEC y 353 del RH). En todo caso el cumplimiento de estas notificaciones debe hacerse constar en la certificación misma, conforme al artículo 353 RH ya citado.

Esta función «típicamente procesal» se traslada al Registrador sin competencias en este punto y sin conocimientos suficientes para poder determinar «el momento de la ejecución» que pertenece a la esfera decisoria del Juez. A parte de la complicidad que todo ello supone y de la «delegación» de funciones que entraña, es un serio atentado al principio de publicidad.

Colaboración entre Notarios y Registradores. El RD 1558/1992, de 18 de diciembre, completado por una O. ministerial de 2 de agosto de 1993, con el propósito de lograr una plena seguridad en el tráfico jurídico, modificaron el Reglamento Notarial y el Hipotecario, arbitrando un sistema de petición de informes que llevaba consigo la determinación que el Registrador debería hacer de las solicitudes de información sobre la finca, los títulos presentados después de expedir la nota simple informativa, si la finca está o no inmatriculada y los documentos pendientes relativos a la misma finca, etc.

El sistema es complejo, no tan necesario como el legislador considera

y, sobre todo, el sistema propuesto podría tener su base en una «certificación», pero nunca en una nota simple, sin valor. Aparte de eso ya existen medios como el de la información continuada, informe no vinculante, etc.

La condición resolutoria. La Legislación de 1944-46 trata el problema de la condición resolutoria y establece que no basta que en la inscripción conste el «aplazamiento del pago del precio», sino que se hace preciso que a la falta del pago del mismo se le de por las partes el carácter de condición resolutoria «*explícita*» (art. 11 de la LH y 59 RH). Con ello queda de acuerdo la Legislación Hipotecaria con el artículo 1.504 del Código Civil y supone un tratamiento de la condición resolutoria como derecho real, pues así parece deducirse de lo que establecen los artículos 37-1 LH, artículo 51-6.^a del RH y el artículo 107 de la LH al referirse a su hipoteca. La resolución de la venta por falta de pago notificada expresamente al comprador, provoca la cancelación de la venta. Esta doctrina que emana de las Resoluciones 13 y 18 de junio y 23 de septiembre de 1962, 16, 19 y 29 de diciembre de 1963 y 11 de enero de 1964, va a quedar sin efecto sobre la base del artículo 151-6 del Reglamento de 1915 y 175-6.^a del actual que son interpretados indebidamente, a nuestro entender, por la Dirección General de los Registros y Notariado.

Los artículos citados (151-1.^o del RH de 1915 y 175-6.^a del RH vigente) se refieren a un supuesto distinto del examinado, pues una cosa es la venta con condición resolutoria a que se refiere el artículo 11 LH y 59 del RH y otra «*la venta a un tercero de una finca sujeta a condición resolutoria*». La primera es una situación de posible resolución entre partes y la segunda es un problema de repercusión del pacto resolutorio frente a tercero. La Dirección General aplica a ambos supuestos —por razones de *analogía*— la norma del artículo 175-6.^o del RH: depósito del valor de los bienes o el importe de los plazos que hayan de ser devueltos. Ello debe ser complementado por lo que dispone el artículo 180 RH que exige *mandamiento judicial* de cancelación.

La Dirección General en RR 17 y 28 de noviembre de 1979, 29 de diciembre de 1982, 16 de diciembre de 1987, 19 de enero de 1988, 5, 6 y 7 de febrero de 1990, las de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991 y en cascada todas las del 1992 insisten en la aplicación a ambos supuestos de la norma del artículo 175-6 del RH un tanto influida esta doctrina por el TS y su conocida teoría de que impide la resolución de un contrato bilateral la declaración del deudor que no «implique voluntad rebelde de no cumplir».

Con estos criterios —en uno y otro caso— se ataca el principio de publicidad involucrando en el mismo un problema de intenciones, de actuaciones judiciales y de moderaciones de penas ajeno al efecto fundamental de la publicidad. El artículo 175-6.^o es contrario a lo que dispone los artículos 1.504 del Código Civil, 1.124 Código Civil con su remisión a la legislación hipotecaria y 1.154 Código Civil en la intervención judicial.

Derecho de opción. En este caso del derecho de opción —lo mismo que en el de las prohibiciones de **disponer**— convendría precisar el efecto de la inscripción de dicho derecho a favor de una determinada persona, pues si lo que se pretende es aplicar lo que viene disponiendo el artículo 175-6.º del RH y el correspondiente depósito, así como el consentimiento de los titulares posteriores, de nada o de muy poco sirve su inscripción y ello prescindiendo de su naturaleza. Si el derecho consta inscrito debe respetarse y en base del principio de publicidad quedar afectado el posterior adquirente que, conociendo la existencia del mismo, carece de buena fe. Tampoco creo que cabe saltarse la eficacia de la inscripción en base de un doble venta.

No es muy clara la jurisprudencia de la Dirección, pues mientras la R. de 28 de septiembre de 1982 niega eficacia a la opción inscrita, la de 10 de abril de 1987 admite la cancelación automática, citando, por último, la R. de 4 de septiembre de 1992 donde el ejercicio de la opción genera una primera venta que se inscribe y un embargo posterior que desemboca en venta no puede tener acceso por figurar ya inscrita la finca a favor de otra persona. Pero esto es una solución que adviene en base del principio de prioridad y del tracto sucesivo.

Invocando estos principios y relacionándolos con el de fe pública registral —cosa que pasó desapercibida a PELA YO HORE en su versión infantil del principio de prioridad desligado de los **demás**— podríamos argumentar cómo en el artículo 175-2 RH se dicta una norma que no tiene apoyo legal y es *contra legem*, ya que ordena en todo procedimiento de apremio la cancelación de todos los asientos posteriores al derecho que se ejecuta, incluso aquellos que se hayan practicado en base de documentos anteriores. Ello no tiene base jurídica, pues el artículo 44 de la LH dice otra cosa y el 1.518 de la LEC —**en** el que pretende **apoyarse**— habla sólo de la «cancelación» de asientos posteriores de «gravamen» y no de «dominio».

II. PRINCIPIO DE BUENA FE

A) SU ACEPTACIÓN TÁCITA EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y EN LA PRIMITIVA LEY HIPOTECARIA

La doctrina suele enfocar el estudio del principio de buena fe destacando cómo su exigencia se debe a la doctrina de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero, sin tratar de negar esa indudable y valiosa aportación del TS, es lo cierto que la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria —**tan** poco leída por **algunos**— da pie a que en la mente del legislador estaba latente la exigencia de ese requisito para que pueda ser protegido el que confía en los datos **registrales**.

Uno de los pasajes de esa asombrosa muestra del ingenio jurídico, dice así: «La Comisión ha considerado ante todo en la cuestión propuesta los principios de justicia; no ha creído que con arreglo a ellos, cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripción, deba de ser de condición mejor el que burlando, su solemne compromiso, se niega a cumplir el contrato celebrado o pide su nulidad fundándose en un defecto de forma, y faltando a la buena fe, a la lealtad que se deben los contrayentes; buena fe que, en lugar de debilidad, debe procurar el legislador fortalecerla, en cuanto alcance...».

ROCA SASTRE ya nos alerta de que el primitivo artículo 23 de la Ley Hipotecaria estaba concebido dentro del clima de la buena fe del tercer adquirente. Por eso cita la Exposición de Motivos en otro párrafo que dice: «Quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él le es imputable, al que, sin haberla cometido ni poderla conocer, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe». No se habla de sanción —dice ROCA— alguna a la negligencia de inscribir, sino más bien se respira la idea de la buena fe o de protección a la confianza. Cita a GÓMEZ DE LA SERNA, quien al explicar el fenómeno de la doble venta en donde el primer comprador que no inscribe su título da lugar a que el segundo comprador *engañado por el silencio del Registro* acerca de la primera venta, comprara la finca *«creyendo que el dominio existía aún en el que la vendió»*. Era, en definitiva, el requisito de la buena fe.

B) LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Singularmente el Tribunal Supremo vino imponiendo desde el año 1895 el requisito de la «buena fe», sobre todo en aquellos casos de doble venta que es donde podía surgir el acto fraudulento que afectase al segundo comprador.

Pueden citarse a este respecto Sentencias del TS de 5 de junio de 1953, 10 de abril de 1957, 23 de mayo de 1970, 1 de abril de 1982, 17 de diciembre de 1984, 16 de septiembre de 1985, etc. Recientemente el Tribunal Supremo ha precisado que la buena o mala fe a pesar de ser cuestiones de hecho, pueden ser consideradas como conceptos jurídicos de libre apreciación por los Tribunales (SS. 22 de octubre de 1991, 12 de marzo de 1992 y 11 de febrero de 1993).

El Tribunal Supremo no sólo impuso este requisito de la buena fe, sino que construyó el concepto, precisó el momento en que había de sopesarse su existencia, demostró cuándo se tenía mala fe y cómo había de probarse de modo pleno cumplido y manifiesto que no tenga lugar a dudas por medio

de hechos que tienen que herir forzosamente los sentidos o bien por actos que haya realizado el posible tercero. La buena fe ha de apreciarse no por la fecha de la inscripción, sino en el momento de celebración del contrato. Todo ello en Sentencias de los años 1975, 1972, 1970, etc.

C) FORMULACIÓN EXPRESA EN LA LEGISLACIÓN DE 1944-1946

De todos es conocido cómo el artículo 34 de la vigente Ley Hipotecaria señala como uno de los cuatro requisitos que debe reunir el adquirente es la «buena fe», que su párrafo segundo presume «siempre» mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Por ello, no sólo este artículo formula esta presunción, sino que nos ofrece el lado negativo de la buena fe: no hay buena fe cuando se conoce la inexactitud del Registro.

D) CONCEPTUACIÓN DE LA BUENA FE

Entiendo que sobre este punto está todo dicho a través del prólogo que pone DIEZ PICAZO a la obra de FRANZ WIEACKER (24) y donde distingue entre la idea escueta de la buena fe (el poseedor de buena fe a efectos de los frutos, art. 451 CC) y el principio de buena fe (que supone un comportamiento leal en la fase previa de constitución de relaciones y en los derechos y deberes que surgen de las mismas: ejercitarse y cumplirse de buena fe).

Las dos concepciones de la buena fe se basan en una situación psicológica o en una concepción ética. Según la primera la buena fe es una creencia o una ignorancia. En la segunda la ignorancia o la creencia deben ir acompañadas de un comportamiento conforme a la diligencia socialmente exigida. En la primera cualquier tipo de error o ignorancia genera buena fe. En la segunda es preciso contemplar la no culpabilidad en el error o la ignorancia.

Las notas características de la buena fe dentro del Derecho Hipotecario actual son:

- Al tercero no se le exige ninguna diligencia para considerarle de buena fe. Solamente en un caso —el del artículo 36 LH— al tercero se le convierte en «pluscuamperfecto».
- En los casos de representación la buena fe debe tenerla el representado si ésta es voluntaria y el representante si es legal. En la persona jurídica debe ostentarla el órgano de representación.
- La doctrina del Tribunal Supremo exige la buena fe en el momento de celebración del acto inscribible, mientras que parte de la doctrina

hipotecaria —SANZ y LA RICA— la sitúan en el momento de la inscripción.

- Parece mayoritaria la doctrina que opina que el artículo 32 de la LH la exigencia de la buena fe es decisiva precisamente porque la esencia del principio se basa en una «confianza» de los pronunciamientos del Registro. Aparte de que la buena fe es un principio general del Derecho aplicable a este caso concreto.

En todo trabajo quedan una serie de flecos que se hubiesen podido abordar si el tiempo concedido para elaborar estas notas hubiese sido mayor y los espacios de que se disponen fueran más amplios. Pero al autor de estas notas le hubiera gustado abordar tres o cuatro temas en relación con estos dos principios tan seriamente amenazados: el problema de la incidencia del fraude y los posibles medios para evitarlo, la necesidad de que se de una entrada prudencial a la Ley de Defensa del Consumidor y puedan rechazarse determinadas cláusulas abusivas y de si es o no momento para propiciar un cambio en los principios estudiados, esto es, si debemos seguir con la inscripción declarativa, transformarla en constitutiva u obligatoria o volver la vista al origen latino del principio de inoponibilidad. Tiempo habrá de abordar estos temas en esa serie de días que para mi ya son festivos, aunque no de precepto.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ
Registrador de la Propiedad

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

1. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, D. J.: *Principios Hipotecarios*. Asociación de Registradores de la Propiedad. Madrid, 1931.
2. MORELL Y TERRY, J.: *Legislación Hipotecaria*. Tomo II, Editorial Reus, 1927, pág. 690 y ss.
3. DÍAZ MORENO, E.: *Legislación Hipotecaria*. Madrid, 1907-1911.
4. SANZ FERNÁNDEZ, A.: «Comentarios a la nueva Legislación Hipotecaria», AAMN.
5. PELAYO HORE, S.: La Reforma Hipotecaria, RDP, 1945, pág. 145.
6. PORCIOLES, J. M.: «Anteproyecto de reforma». Lo recoge íntegramente la obra citada de SANZ FERNÁNDEZ y también en *Leyes Hipotecarias y Regístrales de España* (Tomo III, Colegio N. Registradores, Quinto Centenario, 1990).
7. SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Derecho Hipotecario*. Tomos I y II, 1947-1953.
8. LA RICA Y ARENAL, R.: «Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944», RCDI, 1945.
9. ROCA SASTRE, R. M., y ROCA SASTRE MUNCUNILL, LUIS: *Derecho Hipotecario*. Bosch, 1979.

10. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: Obra citada en la nota 1.
11. EHREMBERG: *Rechtsiertheit und Verkehrssicherheit*. Ihering, Jahrb, 1904, pág. 293.
12. NÚÑEZ LAGOS, R.: «Registro de la Propiedad español», *RCDI*, 1949.
13. Pueden citarse entre los autores que defienden esa postura a LA RICA, ALONSO FERNÁNDEZ, CARRETERO GARCÍA, LACRUZ BERDEJO, AMORÓS GUARDIOLA, etc. Debe consignarse que en el anteproyecto de PORCIOLES al proponer la reforma del artículo 606 del Código Civil lo redactaba diciendo que «Los asientos del Registro se presumirán *exactos o íntegros* a favor de sus respectivos titulares, mientras no medie declaración judicial de inexactitud». Recoge la doble presunción la Exposición de Motivos de la Ley de 1944.
14. CHICO Y ORTIZ, J. M.^a: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. Pons, 1989.
15. Obra citada en la nota anterior.
16. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*. Zaragoza, 1957.
17. AMORÓS GUARDIOLA, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Tomo VII, EDESA, 1978), y GÓMEZ GÓMEZ, M.: «Ambito de aplicación del principio de fe pública registral», *RCDI*, 1952.
18. CHICO ORTIZ, J. M.^a: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. Pons, 1981.
19. GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho inmobiliario registral e hipotecario*. Civitas, Madrid, 1992.
20. CARRETERO GARCÍA, T.: «Tanteo y retracto arrendaticio urbano y Registro de la Propiedad», *RCDI*, 1957-58.
21. MONTORO PUERTO, M.: «Apuntes para la estructura de una Administración registral». *Libro homenaje López Rodó*, Madrid, 1972.
22. CHICO ORTIZ, J. M.^a: «Administración pública de derecho privado». Jornadas del Ministerio de Justicia, mayo 1986.
23. CHICO ORTIZ, J. M.^a: «Jurisdicción, administración y función». *RGLJ*, octubre 1987.
24. FRANZ WIEACKER: *El principio general de buena fe*. Prólogo de Díez Pícazo. Civitas, 1977.