

Monismo, dualismo, triadismo

SUMARIO: I. UNA OBRA IMPORTANTISIMA.—II. SOBRE LA INSCRIPCION DECLARATIVA.—III. TERCERO O TERCEROS.—IV. NECESIDAD DE BUENA FE.—V. LA ONEROSIDAD.—VI. EL ADQUIRIR DE TITULAR INSCRITO.—VII. PROPUESTA SISTEMATICA.—VIII. CONCLUSION.

I. UNA OBRA IMPORTANTISIMA

Sin más bagaje que mi afición al Derecho Hipotecario, y sin más méritos que el ser desde hace treinta años lector de la revista española a tal disciplina consagrada, quiero en estas líneas expresar la profunda impresión que me ha causado la lectura de la obra sobre Derecho Inmobiliario Registral, de la que es autor JOSÉ MANUEL GARCÍA, y aparecida en 1988. Creo que habría de remontarme a la lectura de ROCA SASTRE, en su edición de 1954, para hallar una impresión semejante.

Y lo primero que hay que destacar en la nueva obra es la tremenda claridad de exposición de su autor. Si se ha dicho que la claridad es la cortesía del intelectual, bien que la cumple el autor del tratado que ahora comienza. Es una delicia leer una obra tan profunda sin estar torturado por la redacción oscura o por el uso impropio de los signos de puntuación.

Puede decirse que todo el trabajo mantiene esa altura, y tensión. Quizá por encima de todo, la enorme trabazón lógica de todas sus partes que hace del conjunto una construcción bien abroquelada. Es precisamente entonces cuando echamos de menos el que no esté entre nosotros el maestro de hipotecaristas, ROCA SASTRE, para conocer su postura ante la moderna obra.

En el mismo sentido, es pena que sólo hayamos podido leer el primer tomo de la obra de JOSÉ MANUEL GARCÍA. Cuando precisamente en el segundo es donde abordará el principio de inoponibilidad y el de fe pública que son los que van a motivar estas líneas.

Finalmente y aunque ya hablamos antes de la altura mantenida de toda obra, queremos destacar, a título de ejemplo, el precioso trabajo

sobre el tan asendereado artículo 313 de la Ley Hipotecaria. La interpretación se aparta mucho de la más recibida, pero no puede ser más apasionante y sugestiva.

II. SOBRE LA INSCRIPCION DECLARATIVA

Más claro es que para mostrar total conformidad sobraba con las líneas precedentes. Vayan, pues, algunas donde expresamos nuestras reservas sobre algunos de los planteamientos que en la obra se contienen. El primero, sobre los términos en que se critica la llamada inscripción declarativa.

No es que discutamos ahora la mera terminología que el autor emplea de inscripción conformadora. Lo que nos parece excesivamente dura es su crítica al término inscripción declarativa. Se la califica de algo vacío y sin sustancia alguna. Ciertamente que para los que defendían tal expresión, el derecho, en la mayoría de los casos, nace al margen del Registro. Pero ello no quiere decir que la inscripción no produzca sus efectos.

Recordemos aquella 5.^a edición de ROCA SASTRE en la que, al exponer el principio de inscripción, se destacaba el valor de ésta. Para constituir algunos derechos (caso de la hipoteca), como presupuesto del juego de los principios hipotecarios de legitimación, prioridad, tracto sucesivo, fe pública registral, en definitiva, adquisición a *non domino*.

Creemos que bajo aquella inscripción declarativa habría bastante sustancia. Pero, en todo caso, quizá estemos ante una cuestión terminológica. Y en éstas poco cabe la discusión, pues la doctrina es libre de emplear aquellas denominaciones que estime más adecuadas al caso.

III. TERCERO O TERCEROS

Sí tiene en cambio mucho más alcance el tema de la dualidad o unidad de los terceros, o sea, el de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. Precisamente para nuestro autor, ellos dan origen a los principios de inoponibilidad y fe pública registral. Y decimos que aquí la cuestión es ya de fondo, porque lo que se debate son los requisitos que deba tener el tercero, lo que no es baladí.

Ciertamente no entramos aquí a fondo en el problema del monismo o dualismo del tercero. En ese sentido, sólo podemos remitirnos a la obra de ROCA SASTRE, en sentido monista, y a la de JOSÉ MANUEL GARCÍA, en dirección opuesta, ya avanzada en el tomo aparecido. Tampoco hay por qué detenerse en todos los autores que sobre tal tema se han pronunciado.

Los argumentos de uno y otro lados son múltiples. Cada postura cree encontrar en sus preceptos el apoyo formidable que la contraria en cambio minimiza. Pensamos que algunos argumentos aparecen como algo marginales y no pueden resultar decisivos. Así ocurre con el artículo 225 de la Ley Hipotecaria, citado por GARCÍA (sólo la certificación acredita la existencia de cargas en perjuicio de tercero), o con el 69, citado por ROCA (sobre necesidad de adquirir de titular inscrito en la anotación preventiva).

Sí es importante el dilema que ROCA construye entre los artículos 32 y 34 en el caso de doble venta de finca inscrita, en el que cada comprador entenderá ser aplicable uno de esos artículos (si es que realmente los requisitos de protección son distintos). Y resulta también muy trascendente el artículo 40 de la Ley, cuando al tratar de la rectificación del Registro, se refiere al tercero a título oneroso y de buena fe. Y decimos esto porque sustancialmente coincidimos con la tesis de ROCA, en la forma que vamos a exponer.

IV. NECESIDAD DE BUENA FE

Sobre que el tercero a que se refiere el artículo 32 tenga que inscribir su derecho, no hay la menor duda, pues tal circunstancia es presupuesto de su aplicación. Pero queda por ver los tres requisitos restantes.

Creemos que no puede prescindirse de la buena fe. Realmente esta es la postura de la jurisprudencia. Al tratar sobre la doble venta del artículo 1.473 del Código Civil, se ha exigido en el comprador que primero inscribe que lo fuera de buena fe. En este sentido se pronuncia BALLARÍN, a pesar de no ser monista.

Como dice ROCA SASTRE, también en este caso de doble venta hay una inexactitud registral, puesto que el titular que vendió al primero dejó de ser propietario. No es sólo eso, sino que en tales supuestos caemos dentro del campo de actuación del Código Penal. En efecto, el artículo 531 de dicho Código sanciona como autor del delito de estafa a quien enajena dos o más veces la misma cosa o a quien la grava después de haberla enajenado.

Creemos que el principio de buena fe es esencial en nuestro Ordenamiento y que en contra del mismo no puede prosperar la pretensión del artículo 32 o de correlativo 606 del Código Civil. La jurisprudencia sobre la doble venta es buena prueba de ello. Incluso la Sentencia que en apoyo de la tesis dualista se mencionará más abajo no prescinde de esa buena fe, como veremos al transcribirla.

Proclamación clara de este principio hallamos en el artículo 1.258 en

sede de contratos y sobre todo en el 7, también del Código Civil, con arreglo al cual los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Ya es importante la protección del artículo 32 de la Ley Hipotecaria al tercero, como para que no haya de extenderse al que no lo es de buena fe.

V. LA ONEROSIDAD

El segundo requisito es el de haber adquirido a título oneroso. Aquí, J. M. GARCÍA cita una interesante Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1982 (R. A. 2559), la cual permitiría prescindir de aquel requisito. Fue su ponente el hoy Magistrado del Tribunal Constitucional don CARLOS DE LA VEGA BENAYAS.

El Considerando pertinente, ante el motivo de casación fundado en la inaplicación del artículo 32 y en que éste no exige la onerosidad, decía así: «Motivo que también ha de perecer, porque si bien es cierto, y en esto el parecer de la doctrina es mayoritario, que el tercero (que lo es el que ha inscrito el art. 32 de la Ley Hipotecaria) no se precisa haber adquirido onerosamente para ser merecedor de la protección que le dispensa dicho artículo; sí precisa, por contra, haber adquirido de buena fe». Siempre, pues, la buena fe.

En realidad, aparte de que una sola Sentencia no constituye jurisprudencia, el hecho es que la afirmación transcrita constituye un claro *obiter dictum* en el razonamiento y no es determinante del fallo; la mera redacción del párrafo (si bien es cierto...) es claramente expresiva de aquella condición. En efecto, en el caso resuelto, la Sentencia de la Audiencia había negado la protección al tercero al entender que no era a título oneroso y que le faltaba la buena fe, y el Tribunal Supremo desestimó el recurso.

Sobre este requisito nos parecen decisivas las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944, tantas veces citada. «Después de ponderar las ventajas e inconvenientes que, en orden a la aplicación del predicho principio (el de fe pública), rigen en la Legislación comparada, se ha considerado pertinente mantener el criterio tradicional español. La inscripción solamente protege con carácter *iuris et de iure* a los que contrataren a título oneroso mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe. Los adquirentes en virtud de la Ley, por una declaración jurídica o por causa de liberalidad, no deben ser amparados en más de lo que sus propios títulos exigieren. Es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro, a que sufran quebranto económico aquellos

otros que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transmitente.»

Las palabras citadas son muy importantes. Porque en ellas no se habla sólo de quien adquiere de titular inscrito, sino de quien adquiere. Además se exige terminantemente el título oneroso como solución tradicional de nuestro Derecho. A ese requisito se alude desde luego en otros varios artículos de la Ley Hipotecaria. Y es que, cual decían nuestros clásicos, es más grave causar un daño que evitar un lucro.

Por otro lado, la debilidad del título gratuito de adquisición frente al que lo es oneroso, es característica general de nuestro Ordenamiento. En materia de herencia es tradicional el principio de que antes es pagar que heredar. Sólo para las donaciones (ejemplo de acto a título lucrativo) está prevista su revocación en los casos legales. Además, las normas que sobre interpretación contiene el artículo 1.289 del Código Civil, o sea, menor transmisión de derecho para los actos lucrativos y la mayor reciprocidad posible para los que sean onerosos, encaja en la misma trayectoria. Es finalmente en los actos lucrativos donde la Ley más fácilmente presume el fraude; así ocurre en el artículo 1.297 del Código Civil o en el 880 del Código de Comercio.

Aquel dilema entre el primer comprador que no inscribe y el donatario posterior que sí lo hace, creemos que debe ser resuelto a favor del primero. Máxime cuando en nuestro Ordenamiento la propiedad se adquiere conforme a la teoría del título y el modo, y si tenemos en cuenta que en aquél no se ha establecido la inscripción constitutiva por libre decisión del legislador.

La finalidad de publicidad del Registro de la Propiedad guarda relación con la seguridad del tráfico, pero no puede desconocer las exigencias de la seguridad de pertenencia de los derechos. Porque los principios no pueden exasperarse, so pena de incidir negativamente en la propia institución a la que se aplican. Ciertamente la seguridad jurídica es un principio asentado en el artículo 9 de nuestra Constitución, pero no lo es menos que para el artículo 1 de la misma, la justicia es uno de los valores superiores del Ordenamiento jurídico. Y no parece justo crear un «burladero» tan fuerte donde la justicia se estrelle.

VI. EL ADQUIRIR DE TITULAR INSCRITO

Queda por ver el último requisito que la doctrina monista exige al tercero del artículo 32: el haber adquirido de titular inscrito. Y vaya por adelantado que ni el artículo 32 de la Ley Hipotecaria ni los 606 y 1.473 del Código Civil lo exigen expresamente. ALONSO FERNÁNDEZ y HERMI-

DA se producen en ese sentido. Ni que decir tiene que J. M. GARCÍA también.

ROCA SASTRE, que defiende lo contrario, lo hace con invocación de tres Sentencias del Tribunal Supremo, las de 10 de diciembre de 1951, 6 de diciembre de 1962 y 12 de diciembre de 1963. Esta última no la hemos encontrado, pero en fecha cercana hay otra de 22 de noviembre de 1963 a la que aludiremos.

La primera invocada es la de 10 de diciembre de 1951 (R. A. 2363). El párrafo pertinente es el siguiente: «En el ámbito propio del Derecho inmobiliario, respecto del cual basta recordar, a efectos del presente recurso, que, apartado el tema de protección por *fides* pública del tercero hipotecario *strictu sensu* (no aplicable a los actores primeros inscribientes de información posesoria)...»

Creemos que también aquí la frase transcrita constituye un *obiter dictum*, como lo prueba la propia expresión «*apartado el tema...*» En efecto, ese argumento no fue la *ratio decidendi* de la Sentencia. La acción fue desestimada en aquel caso porque en todas las instancias se entendió que faltaba el presupuesto de la reivindicación. Además, la Sentencia alude al tercero hipotecario *strictu sensu*, como refiriéndose al del artículo 34 de la Ley, donde no está protegido el inmatriculante; pero no se refiere al tercero del artículo 32, que es el cuestionado.

Es también interesante la Sentencia de 22 de noviembre de 1963 (R. A. 4958). La parte pertinente dice así: «Aparte de que estando sujeta la principal de las fincas objeto del contrato a los efectos del artículo 207 de la Ley, por haber sido inscrita conforme a lo prevenido en el 205, el inscribiente no la adquirió de quien, según el Registro, podía transferírsela, como exigen los artículos 20, 38, 69 y la esencia interna del principio de la fe pública registral, que por ello no despliega sus efectos protectores en favor del inmatriculante ni de sus sucesivos causahabientes durante los dos primeros años de vigencia de dicho asiento».

En el presente caso el argumento era a mayor abundamiento, como lo prueba la frase introductoria «*aparte de que...*» Se trataba de la suspensión de la fe pública registral. Además, en el caso de tal Sentencia, la demanda prosperó porque el contrato inscrito se declaró simulado y hubo la afirmación de que el adquirente lo era de mala fe. En último extremo, en el motivo de casación que dio lugar a aquel Considerando parcialmente transcrito, el artículo cuya infracción se denunciaba era el 34 y no el 32 de la Ley.

Llegamos así a la que creemos más importante, la Sentencia de 6 de diciembre de 1962 (R. A. 5058). El último Considerando dice así: «Que, por último, se combate la Sentencia recurrida en el quinto motivo del

recurso, por la vía del número primero del 1.692, alegando la interpretación errónea del artículo 1.473 del Código Civil y la aplicación indebida del 34 de la Ley Hipotecaria, por entender el recurrente que tratándose de una doble venta le corresponden los bienes por ser quien primero inscribió en el Registro de la Propiedad; y si bien se trata en efecto de una doble venta, no cabe olvidar que las fincas no estaban inscritas en el Registro y fue el propio recurrente quien logró su matriculación por medio de un acta de notoriedad, que conforme a lo dispuesto en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria no surte efectos registrales hasta transcurridos dos años desde la inmatriculación, por lo que, impugnada antes de pasado dicho plazo, ni el señor C. tiene el carácter de tercero hipotecario, ni el de propietario inscrito.»

Realmente aquí sí que se aborda de frente el tema de la protección del que adquiere de quien no era titular inscrito. El interesado reclamaba la aplicación del artículo 1.473 del Código Civil, que no exige aquella previa inscripción. Ahora bien, curiosamente el Tribunal Supremo desestima esa pretensión, no porque rebata su argumento frontal, sino en razón a que el inmatriculante estaba sujeto a una suspensión de dos años de la fe pública y entretanto no podía considerarse tercero hipotecario.

Parece que si dicho plazo hubiera transcurrido, aquel adquirente habría sido protegido. Y como, en definitiva, el inmatriculante no deja de serlo porque hayan pasado dos o cuatro años desde su inscripción, es por lo que pensamos que la Sentencia citada, invocada por ROCA SASTRE en abono de su tesis monista, más bien apoya la conclusión de que el tercero del artículo 32 puede ser protegido aunque no haya adquirido de titular inscrito. Lo que ocurre es que, según el Tribunal Supremo, esa protección no se dispensa mientras y en los casos en que juega la suspensión de la fe pública. Es lo que había mantenido DEL HOYO, en un trabajo de 1949, sobre el concepto de tercero.

Tendríamos entonces que las diferencias entre el tercero del artículo 34 y el del artículo 32 se reducen al requisito de adquirir de titular inscrito, exigible en el primero y no en el segundo. Lo que creemos es que tal circunstancia debía ser aclarada legislativamente, en evitación de cavilaciones doctrinales o, incluso, de pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios que en algún momento pudieran producirse.

VII. PROPUESTA SISTEMÁTICA

Para ese momento de modificación legislativa, pensamos que no estaría de más una reordenación sistemática de buena parte del título II de la Ley Hipotecaria dedicado a la forma y efectos de la inscripción. Concretamente

nos ceñiremos a los artículos 32 y siguientes hasta el 41, que son los que preferentemente hemos contemplado. No sin advertir que también guardan relación con los mismos otros, como el 28, referente a la suspensión de la fe pública, o el 29, relativo a la extensión de la misma.

Pensamos que el párrafo primero del artículo 38, donde se consagra el principio de legitimación, es el que debía figurar en cabeza de esta serie. Tras él, el artículo 33 actual, sobre que la inscripción no convalida los actos nulos con arreglo a las Leyes. A continuación, el artículo 34, que trata del principio de fe pública, en su enérgica vertiente positiva. Lo seguirá el 37 como complemento de dicho 34.

Después de ellos podría aparecer el actual 32 con la vertiente negativa de la fe pública. Pero se debía aclarar que ese tercero había de reunir los requisitos de buena fe y título oneroso. De ello, y por exclusión, se desprendería que no era necesario el adquirir de titular inscrito.

Como segundo párrafo del mismo precepto y aplicación concreta de él podía figurar la referencia que a la doble venta contiene el artículo 1.473 del Código Civil, en el sentido de que, tratándose de inmuebles, la propiedad correspondería a quien primero inscribiese en el Registro en las condiciones del párrafo anterior (esto es, buena fe). Así se recogería del Código una norma con evidente trascendencia hipotecaria.

Finalmente, un tercer párrafo, añadido a ese artículo, podría aclarar que la misma regla se aplicaría en el caso de doble donación. Pues en éste, ante la colisión de dos títulos de carácter lucrativo, ningún inconveniente habría en dar preferencia al donatario que primero inscribió.

Seguidamente podrían darse los actuales artículos 35 y 36 que se ocupan de la prescripción y el registro. A continuación, los artículos 39 y 40, que tratan de la inexactitud registral y las formas de remediarlas.

La parte procesal quedaría para el final. Y en ella, todo el resto del actual artículo 38, que se ocupa de las consecuencias procesales del principio de legitimación, para cerrar con el artículo 41, regulador de otro efecto procesal importante de aquel principio. Es este carácter fundamentalmente adjetivo el que aconseja que aquella parte del artículo 38 sistemáticamente se desplazara algo.

VIII. CONCLUSION

Al llegar aquí volvamos al título de este trabajo. Puede admitirse que haya un tercero hipotecario *strictu sensu* que es el del artículo 34 de la Ley. Se ha hablado de otro *plus quamperfecto* que era el colocado ante la usucapión, porque a él se le exige una buena fe más reforzada. Cabría finalmente otro tercero *minus quamperfecto* el del artículo 32, al que no

sería necesario el adquirir de titular inscrito. Por eso, frente a monismo a dualismo, cabe hablar de triadismo como referencia a los tres terceros indicados.

Ahora bien, si esas diferencias son tan importantes como para hablar de dualidad o pluralidad de figuras, o por el contrario no rompen la sustancial unidad del tercero, es algo en lo que no vamos a entrar. Si se trata de cuestión de nombres, no romperemos una lanza por ello.

Sí lo hemos hecho en lo que nos parecía cuestión de fondo, o sea, la exigencia de requisitos de protección. Y ello al hilo de la lectura de la obra verdaderamente apasionante de J. M. GARCÍA, cuyo segundo tomo aguardamos con interés, y con el recuerdo y añoranza de ese maestro que fue ROCA. Creo que para el primero, ese parangón que establezco con el segundo puede ser un motivo de legítimo orgullo hipotecario.

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS

Abogado del Estado