

## B U E N A F E

Aunque el derecho civil, por exigencias de su propia naturaleza, no atribuye corrientemente a los fenómenos de la vida interna una inmediata influencia sobre el orden exterior, mientras por mediación de la voluntad no encarnen en un acto u omisión trascendental; gradúa el alcance de estas manifestaciones con racional ponderación de las representaciones, motivos e intenciones del agente, y hasta modifica la posición jurídica de éste en atención a su conocimiento o ignorancia de ciertos hechos.

Claramente se destacan estos efectos en las normas de todas las legislaciones que regulan la posesión, la prescripción y la adquisición a título derivativo, y para asegurar la contratación inmobiliaria, sin disminuir la seguridad del dominio, los libros del Registro, según hemos visto, fijan el estado oficial de la fincas y derechos que las afectan inmediatamente, aunque sin garantizar en todo caso su concordancia con la realidad, y favorecen a quien actúa fiado en tales declaraciones.

Precisamente, por estas circunstancias, resulta en ocasiones confirmado el error del adquirente por su creencia en la exactitud del asiento hipotecario, y, en otros términos, se protege su *buena fe* en perjuicio del verdadero derechohabiente.

Esta protección carece de base cuando el que la alega conocía la inexactitud o deficiencia del Registro y, lejos de haber sido inducido a error por sus declaraciones, trata de conquistar la ventajosa situación de titular inscrito.

Lo difícil es determinar la zona en que la carencia de buena fe, en unión con la desarmonía de Registro y realidad y la falta de fuerza probante de la inscripción, colocan al tercero en una situación de inferioridad y exponen el derecho inscrito a los embates de las acciones de impugnación ejercidas por el verdadero titular.

Un sistema hipotecario que confiere fuerza de cosa juzgada a la inscripción, no admite otra verdad que la registrada, y dejará al

expropiado tan sólo el campo limitado de un recurso extraordinario de revisión ; si exige como base indispensable de los asientos y *conditio sine qua non* de la transferencia otros elementos jurídicos, abre la puerta a numerosas causas de inexactitud, y si se concreta a transcribir los documentos, puede conceder a la transcripción el carácter de *sacramental*, negando frente a tercero valor a los actos imperfectos (no transcritos), o dejar al derecho civil la cualificación del título transmisivo.

El examen y discusión del principio de buena fe en la legislación hipotecaria española, está lleno de dificultades. En el articulado de los distintos textos fundamentales, aparte de las normas que se refieren al fraude de acreedores, no se encuentra una disposición clara que limite la protección hipotecaria a los terceros de *buena fe*. No faltan alusiones en la Exposición de motivos, a este requisito que el legislador debe fortalecer, y frases relativas a «la lealtad y orden de las transacciones», al intento de alejar «hasta la sombra del fraude», a que «al adquirente de buena fe no debe perjudicar el castigo justo que se impone a la ingratitud del donatario», a que no se cause perjuicio a la persona que «no pudo preverlo ni evitarlo» y «cuya buena fe no debe quedar burlada» ; otras sobre la negativa del «beneficio de la restitución para despojar de la propiedad o de cualquier otro derecho en la cosa al tercer poseedor de buena fe» sobre «la inseguridad en que estaban los terceros poseedores de buena fe» por el derecho antiguo cuando rescindía las enajenaciones en fraude de los acreedores, sobre la necesidad de anotaciones preventivas para que no se enajene la cosa a un tercero «que por tener inscrito un derecho y ser adquirente de buena fe pueda después defenderse con éxito de la reivindicación...» Puede decirse que, sobre todo en la primera parte de esta armoniosa obertura de la Ley, la adquisición de buena fe tiene la importancia de un *leitmotiv* o tema principal que acompaña, refuerza, matiza o dirige a todos los razonamientos.

No obstante reconocerlo así los primeros comentaristas—como puede apreciarse en la célebre discusión del tercero entre La Serna, Moscoso y Galindo y Escosura—, la insuficiencia doctrinal es grande, los subsidios que nuestra ciencia pueda obtener de la teoría de la enajenación en fraude, de los estudios sobre la causa ilícita, o de los preceptos sobre la culpa y el dolo civil, muy escasos ; y las

orientaciones del Tribunal Supremo, que ha saltado por encima de los escrúpulos hipotecarios, resultarán oscuras para el investigador y escandalosas para los oídos de los especialistas en la materia.

El punto de vista adoptado por los autores de la Ley, parece ser el siguiente: así como el artículo 1.<sup>º</sup> de la Ley belga d<sup>o</sup> 16 de Diciembre de 1851 exigía la transcripción para que los actos correspondientes pudiesen ser opuestos a los terceros que hubieren contratado *sin fraude*, la Ley primera del año 1855, siguiendo el precedente de la promulgada en 11 de Brumario del año VII, suprimió las palabras *sin fraude* para indicar que no lo hay en el aprovechamiento de una ventaja legal.

Nuestros legisladores, sin atreverse a optar por una de las dos soluciones, que tenían respectivamente en su apoyo la aureola de la buena fe contractual y el prestigio del asiento en los Registros, aceptaron un término medio y dejaron solamente indefenso, con variada fraseología, al tercero que hubiera sido parte o hubiera intervenido en el acto o contrato (1) que se le oponga o no hubiere sido ajeno al mismo.

Fuera de estos supuestos, reducidos por la redacción del artículo 27 (*intervención* en el acto o contrato *inscrito*) y más por la del 31 (*participación* en el mismo), sería necesario acudir a la acción pauliana, o revocación de lo actuado en fraude de acreedores para *contrarrestar la fuerza de la inscripción a favor del segundo adquirente* (2).

No se encuentra en la Ley ninguna declaración que coloque el

(1) *Inscrito o no.* En la Exposición de motivos hay frases que se refieren a ambos supuestos, y en uno de los libros de actas de la Comisión de Códigos aparece al final del precepto origen del célebre artículo 27: «Acto o contrato *no inscrito*.»

(2) Troplong sostenía la admisibilidad de la acción pauliana siempre que el segundo adquirente hubiere conocido la primera enajenación (transcripción número 75). Contra esta interpretación, Mirabelli (*Del diritto dei terzi*, t. I, página 145 y siguiente), alega que se confunde una institución propia del derecho de obligaciones con otra característica de la transmisión de la propiedad. El primer adquirente no es acreedor mas que cuando se le oponga al segundo. Rescindida la segunda enajenación por el efecto propio de la acción pauliana, el inmueble debe volver al patrimonio del deudor; pero en el caso discutido lo adquiriría directamente el primer contratante.

principio de publicidad en el plano germánico de la investidura.

El Código de Federico Guillermo de Prusia había consignado los efectos de la falta de buena fe con toda claridad :

a) El que sabe que el propietario inscrito, con quien ha celebrado un contrato de enajenación o gravamen, no es el verdadero dueño del inmueble, no adquiere ningún derecho real sobre el mismo.

b) Quien sabe que no es verdadero propietario aquel de quien deriva su título de adquisición, no adquiere la propiedad del inmueble, aunque obtenga la inscripción del título o la entrega o tradición de la misma cosa.

c) Aquel que al tiempo de verificar la entrega de la cosa o de obtener la inscripción de un título de adquisición conocía la existencia de un acto de enajenación otorgado por el mismo propietario en favor de otra persona, no adquiere tampoco, en perjuicio de esta última, ningún derecho sobre la cosa (1).

Aunque el Código austriaco de 1811 no hacia análogas declaraciones, lo entendió siempre así la jurisprudencia de aquella nación, y en las leyes de Baviera, Wurtenberg y Sajonia, de la primera mitad del siglo xix, se otorgaba los beneficios de la publicidad hipotecaria tan sólo al que confiado en la inscripción y de buena fe hubiera realizado un acto referente a la propiedad y a los derechos reales.

Y no son estos preceptos concesiones hechas a la doctrina romana y canónica, con verdadero sacrificio del «sistema moderno, que funda todo el régimen de la transmisión de la propiedad inmueble sobre el valor sustantivo de la inscripción», como afirma nuestro Oliver (2), sino que responden al modernísimo concepto de publicidad en que se halla inspirado el derecho civil del siglo xx y a las necesidades del comercio de buena fe. La investidura—y el Registro de la Propiedad que de ella deriva—es tan sólo la armazón exterior, la forma notificadora del derecho real, y tiene a su favor únicamente la apariencia jurídica, porque es el tipo normal del derecho, la forma con que regularmente entra en la vida. Y de igual modo que la contratación sobre muebles gira alrededor de

(1) Artículos 10, 24 y 25, tít. X, parte primera del A. L. R. Respetamos la traducción del Sr. Oliver. (*Der. immobil.*, 119.)

(2) Con referencia a los textos de la cita anterior.

la posesión con buena fe, la protección hipotecaria se desenvuelve sobre la inscripción y la buena fe.

Así la ley prusiana de 5 de Mayo de 1872 mantiene la exigencia de la buena fe para consolidar las adquisiciones por virtud de la inscripción (artículo 9.º); el Código civil alemán deniega la protección del Registro a quien haya conocido su inexactitud (artículo 892); el Código civil suizo extiende la exclusión al tercero que ha conocido o debido conocer los vicios de la inscripción (artículo 974), y el proyecto de Código civil húngaro exceptúa de la protección derivada de los efectos de la *fides publica* al adquirente que no hubiera obrado de buena fe por saber que el contenido del Registro no era exacto o no estaba completo (artículos 386 y 394).

Nada debe extrañarnos, por lo tanto, que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo se haya desbordado e invadido campos que la ley Hipotecaria quería dejar cerrados y al abrigo de toda disputa. Para ello atribuye o niega un poco a ciegas el carácter de tercero, palabra que en las discusiones hipotecarias sirve de fórmula mágica con que se hacen surgir o se destruyen las defensas extraordinarias del sistema.

Limitándonos a las tendencias que con mayor precisión señalan las nuevas orientaciones, citaremos en primer lugar la sentencia de 9 de Julio de 1900, según cuyos pronunciamientos «lo dispuesto en el artículo 34 de la ley Hipotecaria supone que las causas de nulidad y 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, puesto que estando éste cerciorado de ellas no tiene el carácter de tercero y falta la base de la ficción legal en que descansa la garantía del Registro».

Refiriéndose al mismo artículo, la sentencia de 13 de Mayo de 1903 dice, que su sentido no es tan absoluto, según la jurisprudencia del Supremo, que considere como tercero al que contrata un préstamo con hipoteca sobre un inmueble, a sabiendas de que ha sido enajenado por el que con él contrató, aun cuando no aparezca en el Registro, siempre que dicho conocimiento se revele en actos del adquirente o en hechos que no puedan desconocerse. En igual sentido la sentencia de 4 de Julio de 1896: «No tiene el carácter de tercero el arrendatario de una porción de varias fincas

que conocía perfectamente el estado, circunstancias y derechos que respecto a todas se había reservado el propietario.»

Y la de 23 de Marzo de 1906: «No puede alegar su cualidad de tercero para oponerse a la nulidad de un derecho aquél que tiene perfecto conocimiento de las condiciones con que hubo de adquirir, aun cuando éstas no resultaran del Registro, si bien semejante conocimiento ha de revelarse evidentemente, ya por hechos que tienen que herir forzosamente los sentidos, ya por actos que haya realizado el mismo supuesto tercero.»

Igualmente la de 14 de Octubre de 1905: «Carece de la cualidad de tercero el que por lo ostensible e indubitable del derecho reclamado no puede alegar ignorancia del mismo, porque falta el fundamento para dicha trascendencia legal, sin desvirtuar el precepto de la ley Hipotecaria; pues siendo uno de sus objetos el de la publicidad de las cargas que afecten a la propiedad inmueble con arreglo a ella, no puede considerarse tercero al que, si bien no intervino en el acto o contrato, tuvo perfecto conocimiento de él.»

En fin, el desprecio a los principios hipotecarios, se exterioriza con cierto escándalo en la sentencia de 13 de Mayo de 1908, que, haciéndose eco de la conciencia popular y de un añejo sentir jurídico, se niega a separar los derechos reales de los personales, o, mejor dicho, los amalgama tan íntimamente en los actos adquisitivos, que desvirtúa las lógicas consecuencias del sistema inmobiliario.

Si en el caso de doble venta de la misma cosa admitimos que el primer comprador, a quien no se ha hecho tradición, adquiere tan sólo un derecho de crédito contra el vendedor, es indudable que el segundo comprador, que a sabiendas de lo ocurrido acepta y perfecciona la tradición, debe ser considerado como verdadero dueño, porque la obligación primitiva no puede hacerse efectiva contra un tercero.

El derecho romano no da una solución precisa al problema, porque al declarar en el supuesto de doble venta la mejor condición del poseedor, parte de dos compras de buena fe (1); la Ley 50,

(1). *Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus...* (L. 9, par. 4. *D. de publ. in rem actio*, 6, 2.) El texto es de Ulpiano, y aprueba una respuesta de Juliano.

título IV de la Partida 5<sup>a</sup>, tampoco es más explícita, porque se refería al caso de «una cosa vendiendo un omc dos veces a dos omes en tiempos departidos», sin hacer cuestión de la buena fe, como la Ley 15 (*D. de reivindicatione*, 3,32).

Explicado queda cómo surgió el tipo intermedio del *jus ad rem* y se otorgó la victoria al primer comprador contra el segundo, que había adquirido el *jus in re* conociendo la enajenación anterior (1).

Como consecuencia de esta evolución, el español Covarrubias, el francés Molineo y los alemanes Gail, Klock, Michael, Rosenthal, Beyer, Wernher y Leyser, con la mayoría de los juristas y de las Facultades, enseñaron en el siglo xvi que el segundo comprador en tales condiciones debía ceder ante el primero.

La legislación nacional prusiana, el Código Napoleón y el derecho inglés siguieron la misma regla en la doble venta de cosas muebles, e igualmente el artículo 982 de nuestro Proyecto de Código civil de 1851. En la relativa a bienes inmuebles se han indicado ya las divergencias, y sólo es necesario añadir que el artículo 1859 del citado Proyecto preceptuaba que «cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes un título», sin distinguir de buena o mala fe.

Corroborando este criterio, la causa cuarta del artículo 38 de la primitiva ley Hipotecaria decidía que no se anularían ni rescindirían los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito un derecho por la doble venta de una misma cosa, cuando una de ellas no hubiese sido inscrita, y el artículo 1.473 del Código civil, que en el primero y el último párrafo exige explícitamente la buena fe para conceder la pasividad, omite en el segundo requisito tan fundamental para atender únicamente a la inscripción.

Pues bien: la sentencia últimamente citada, insistiendo en la orientación aludida, declara que el precepto del artículo 1.473 del Código, relativo a bienes inmuebles, ha de entenderse siempre sobre la base de la buena fe prescrita en el párrafo primero, por no poderse entender que el legislador haya querido borrar y sancionar la mala sólo por el cumplimiento de una mera formalidad que ni

(1) Véase el número 2.<sup>o</sup> de esta Revista; pág. 87 y siguientes.

en las verdaderas cuestiones entre terceros prevalece en determinados casos.

Después de esto, nada tan natural como la pregunta que se hace al concienzudo Alcubilla al comentar el artículo 23 de la recién publicada edición de la ley Hipotecaria (1):

«¿ Debe entenderse que por este precepto queda desautorizada o revocada la doctrina del Tribunal Supremo, interpretativa del artículo 34, con arreglo a la cual el tercer adquirente, que conoce los vicios de nulidad de su adquisición, no puede acogerse a los beneficios del citado artículo cuando no constaren en el Registro? Tal parece ser la intención del legislador, que en verdad pudo manifestar su pensamiento con mayor precisión, y esta consideración es la que, ampliándola, nos inclina ahora a afirmar que, dada la importancia y reiteración de la doctrina del Tribunal Supremo, sus serios fundamentos, la autoridad del Alto Tribunal de que emana y los inconvenientes de toda derogación vaga o tácita, si el legislador se hubiera propuesto anular tal interpretación, contenida por el Tribunal Supremo dentro de términos racionales y justos, lo hubiera declarado no ambiguamente, sino en términos expresos y claros, como lo ha hecho con la doctrina que elevó a derecho real, la mención literal de las adjudicaciones de bienes para pago de deudas de una herencia o concurso.»

Forzados a dar cartas de naturaleza en el derecho hipotecario español al principio de *buena fe*, nos creemos asimismo en el deber de encauzar esta corriente dentro de la doctrina fijada por los técnicos alemanes y suizos, acomodándola a las novedades introducidas por la repetida Ley de 21 de Abril de 1909.

Responde esta aspiración a una necesidad perentoria, porque la ruina de la legislación hipotecaria es inminente si, lejos de mantener su carácter sustantivo y moderno, toleramos sin protesta la afirmación de que el asiento más solemne del sistema es una *mera formalidad*.

En su virtud estudiaremos:

1.º El ámbito propio de la buena fe en materia hipotecaria.

(1) Dic. de la Administración. Año 1910, pág. 65. Téngase presente que el segundo párrafo del artículo 23 era el únicamente modificado por la Ley de 21 de Abril de 1909.

2.º El tiempo con relación al cual debe ser apreciada, y

3.º Los efectos de la falta de buena fe.

Primero. Partiendo de la *vigencia real* de los artículos 24 y 41 de la ley Hipotecaria, la reglamentación de la *buena fe* debiera circunscribirse a los supuestos de inexactitud o deficiencia del Registro; y, por lo tanto, la falta de aquel requisito se referirá al conocimiento de la extinción de los derechos reales inscritos o de la existencia de derechos reales no inscritos. Ejemplo del primer supuesto: el acreedor A., que ha firmado la escritura de recibo y cancelación del crédito hipotecario, lo cede a B., que, conocedor de aquella circunstancia, lo adquiere por la mitad y se apresura a inscribir. El propietario podrá exigir de ambos la cancelación en el Registro. Segundo caso: A., heredero forzoso y único de T., inscribe, con la declaración judicial pertinente y un inventario, varias fincas que vende inmediatamente a B., a pesar de que los dos contratantes tienen noticia completa de un testamento válido en que se legan las fincas a C. Este último podrá ejercitar las acciones que competen al legatario sin temer la oposición de B., fundada en la fe pública del Registro.

No bastará el conocimiento de tratos en curso, ni aun de pactos o promesas de carácter meramente obligatorio, sino que deberá alegarse por el perjudicado y probarse contra la legitimidad presuntiva del acto inscrito, la existencia de un *estado real* cotradictorio o modificativo de la inscripción vigente (1).

Tampoco podrá impugnarse una inscripción por el simple conocimiento de hechos más o menos relacionados con la validez de la precedente, sobre todo cuando han sido objeto de estudio y calificación por el Registrador. Los interesados en sostener sus pronunciamientos podrán, por el contrario, hasta invocar su ignorancia jurídica en materia tan especializada, y los Tribunales apreciarán el valor de los avisos, la seriedad y condición de las personas, la posible confabulación, el alcance de las noticias, etc., con el restrictivo criterio que impone la presunción de buena fe y la *auténticidad registral*.

Segundo. Desde que se formaliza la escritura pública hasta que se ha consolidado el derecho—por el transcurso de los treinta

(1) Véase la distinción de inscripciones declarativas y constitutivas en el núm. 11 de esta Revista, pág. 771 y siguientes.

días fijados en el artículo 34, o de los veinte años, cuando no se ha hecho la notificación—hay una serie de puntos: presentación, anotación preventiva, inscripción, aceptación, en que puede fijarse la caducidad del plazo dentro del cual daña el conocimiento y fuera del que se aplicará el apotegma *mala fides, superveniens non nocet*. ¿Cuál señalaremos como decisivo en el derecho español? ¿Reputaremos de buena fe al cessionario del crédito extinguido si conoce la escritura de cancelación momentos antes de presentar su propio título en el Registro?

Hasta ahora la atención de los Tribunales ha sido tan absorbida por el contrato inscribible que fuera de él apenas perciben momentos jurídicos de valor; pero si el artículo 41 centra todas las presunciones sobre la inscripción, será preciso desplazar la doctrina y reconocer que no se ha confiado a la inscripción ni merece ser protegido el que pide se extienda a su favor un asiento de eficacia constitutiva, fundándose en otro cuya ineficacia conoce, o el que acepta un crédito hipotecario después de inscrito a su nombre, pero con pleno conocimiento de que el dueño no es el hipotecante que ha otorgado la escritura de modo unilateral.

Doctrina y jurisprudencia, sin embargo, estarán conformes en reconocer que el adquirente a título oneroso que pide su inscripción antes de conocer el defecto de la extendida a favor de un causante, no puede resultar perjudicado—aparte los efectos de otro título anteriormente inscrito—por el conocimiento posteriormente adquirido.

Tercero. Entendida de este modo la materia, no estamos autorizados para confundir la falta de *buena fe* hipotecaria, con el *dolo civil* ni con la enajenación en fraude de acreedores, y los efectos de esta especial situación no gravarán al adquirente con todas las consecuencias dañosas para el impugnante que conocidamente se derivan de su proceder, ni se limitarán a volver la finca o derecho enajenados al patrimonio del enajenante. En cuanto no esté protegido el adquirente por el artículo 34, debe ceder ante el derecho esgrimido por el titular real verdadero, a quien el cedente ha perjudicado con un acto dispositivo ilegal. La acción de revocación o nulidad no tendrá carácter delictual o aquiliano—sin perjuicio, claro está, de que se puedan ejercitar otras—, y tomará su punto de apoyo en el derecho real violado. La falta de buena fe levanta

el obstáculo que a la persecución o desenvolvimiento del mismo oponía la invocación del principio de publicidad por el tercero que hubiera inscrito su título.

Si el tercero ha obrado de buena fe, o sea confiado en la inscripción, su título será irrevocable, y el perjudicado podrá ejercer tan sólo contra el enajenante las acciones de enriquecimiento torticero, falta de cumplimiento del contrato, daños y perjuicios, dolo, etc., que le correspondan.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.