

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

OFICINA LA PAZ



ÁREA DE DERECHO

CURSO DE MAESTRÍA EN

“DERECHO CIVIL”

(2007-2008)

**“LA BUENA FE COMO ELEMENTO CONFIGURATIVO DE LA
PREFERENCIA REGISTRAL EN CASO DE VENTAS SUCESIVAS DE
BIENES INMUEBLES”**

MAESTRANTE: EMILIO BAREA MEDRANO

La Paz – Bolivia

2011

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

OFICINA LA PAZ



ÁREA DE DERECHO

CURSO DE MAESTRÍA EN

“DERECHO CIVIL”

(2007-2008)

**“LA BUENA FE COMO ELEMENTO CONFIGURATIVO DE LA
PREFERENCIA REGISTRAL EN CASO DE VENTAS SUCESIVAS DE
BIENES INMUEBLES”**

MAESTRANTE: EMILIO BAREA MEDRANO

TUTOR: CARLOS GERARDO MARTÍN DERPIC SALAZAR

La Paz – Bolivia

2011

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

También cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar los derechos de publicación de ésta tesis, o de partes de ella, manteniendo mis derechos de autor, hasta un período de 30 meses después de su aprobación.

Emilio Barea Medrano

21 de febrero de 2011

AGRADECIMIENTO

El insigne maestro uruguayo Eduardo Couture, estableció como primera norma del decálogo del abogado al estudio: *“Estudia. El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado.”*

El presente trabajo de investigación que pone conclusión al estudio de la Maestría de Derecho Civil, tiene como base la inquietud despertada en mi persona respecto al manejo normativo de la venta sucesiva de un mismo bien inmueble a dos o más personas y la incidencia de la buena fe en la preferencia registral.

Agradezco a la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” en la persona de su Rector Dr. Hans Van Den Berg por haber apoyado esta iniciativa de continuidad de mi formación académica en procura de poder ofrecer un mejor servicio a los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

DEDICATORIA

A María Emilia y Andrés Guillermo, para quienes pretendo un mejor futuro en una patria respetuosa de la ley y del derecho del otro.

A mis padres Olga Medrano Montellano y (+) Pacífico Barea Ávila, quienes me enseñaron que el aprendizaje se inicia en el hogar y nunca termina.

A María Bertha, quien fue y es mi sostén en el desarrollo de mi vida toda.

SUMARIO

El Registro de Bienes Inmuebles, en nuestro medio denominado “Registro de Derechos Reales”, cumple con distintas finalidades y propósitos, entre las que se encuentra la publicidad, oponibilidad y seguridad de los derechos registrados.

Nuestra normativa civil contempla, (no autoriza) en el artículo 1545¹ la posibilidad de que dos o mas personas pudieran atribuirse el derecho de propiedad (y creo) o cualquier otro derecho real sobre un bien inmueble, en relación a que hubieran adquirido dicho derecho del anterior titular registral, ya que éste transfirió el mismo derecho (por ignorancia o malicia) sobre el inmueble a éstas personas.

En ese caso la norma pretende, (pero creo, no lo logra con claridad) solucionar la problemática aplicando el principio registral “prior in tempore potior in iure”, que determina que el “el primero que registro (entiéndase inscribe en el Registro de Derechos Reales) será preferido en el derecho”, en el supuesto de que el derecho real discutido fuera excluyente, o establece un orden de prelación en los mismos, cuando éstos derechos son convergentes.

La normativa descrita no establece, de manera clara, los requisitos para ésta preferencia, análisis, sin embargo, realizado amplia y profundamente por la doctrina y jurisprudencia del derecho comparado. Teniendo en cuenta estos extremos, se planteó la necesidad de establecer si la *buena fe* es un requisito de dicha preferencia, lo que implica que él que registra su derecho, para ser preferido por lo preceptuado en el artículo 1545 del c.c., debe haber actuado con esta *buena fe*, y en su caso qué debería entenderse como tal.

El trabajo de investigación concluye con la determinación de la figura regulada por el artículo 1545 (venta a non dómimo) y de la *buena fe* como requisito componente de la

¹ Artículo 1545 del código civil boliviano “(preferencia entre adquirentes de un mismo bien inmueble) Si por actos distintos ha transmitido el propietario los mismos bienes inmuebles a diferentes personas, la propiedad pertenece al adquirente que haya inscrito primero su título.”

preferencia registral determinada por dicha norma², entendiéndose por tal el desconocimiento, (que debe estar sustentado en un comportamiento responsable) por parte del adquirente que registra su derecho real, de la existencia de una anterior transferencia y/o constitución de un derecho real incompatible con el derecho adquirido. El segundo adquirente cree adquirir el derecho real de propiedad (u otro derecho real), pues confía en la base expresada por el registro de Derechos Reales, donde figura que el transmitente es el titular del bien inmueble.

Estas conclusiones se basan en el estudio histórico de dicha problemática, en el análisis y aportes de la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional cuanto extranjera, y en el estudio sistemático de la normativa boliviana referida o vinculada a la preferencia entre adquirentes de un mismo bien inmueble, todo ello expresado en una propuesta de reforma normativa al artículo 1545 del c.c.

² Cuando en el trabajo se hace referencia al artículo 1545 del c.c., también el análisis se aplica al artículo 15 de la ley de Registro de Derechos Reales de 1887, que a la letra expresa: “*Si por actos distintos ha transmitido el propietario unos mismos bienes raíces a diferentes personas, la propiedad pertenece al adquirente que haya inscrito antes su título.*”

INDICE DE MATERIAS

COMPROMISO.....	<i>i</i>
AGRADECIMIENTOS.....	<i>ii</i>
DEDICATORIA.....	<i>iii</i>
SUMARIO.....	<i>iv</i>
Lista de Materias.....	<i>vi</i>

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN Y FUNDAMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Introducción.....	1
1.2 Objeto de la Investigación.....	4
1.3 Selección y Formulación del problema de Investigación.....	5
1.3.1 Justificación Teórico Doctrinal.....	5
1.3.2 Justificación Metodológica.....	10
1.3.2.1 Método.....	11
1.3.2.2 Técnicas de Investigación.....	12
1.4 Formulación de la Hipótesis.....	13
1.4.1 Justificación Práctica.....	13
1.5 Determinación de los Objetivos de la Investigación.....	16
1.5.1 Objetivo General.....	16
1.5.2 Objetivos Específicos.....	16
1.6 Alcance de la Investigación.....	17
1.7 Estructura de la Tesis.....	18

CAPÍTULO II

CONTRATOS CON EFECTOS REALES

2.1 Introducción.....	19
2.2 El Contrato en el Sistema Romano.....	20
2.3 Los Contratos con Efectos Reales.....	24

2.4 Oponibilidad de los Contrato con Efectos Reales (Partes y Terceros).....	31
--	----

CAPÍTULO III

EL REGISTRO DE LOS DERECHOS REALES

3.1 Derecho Registral.....	35
3.1.1 Evolución histórica.....	35
3.1.2 Clasificación.....	41
3.1.3 Concepto.....	41
3.2 Principios Registrales.....	42
3.2.1 Concepto.....	42
3.2.2 Clasificación.....	42
3.3 Valor de la Inscripción en los Derechos Reales.....	46
3.4 Configuración del supuesto de hecho del artículo 1545 del Código Civil Boliviano .	47
3.5 Tercero adquirente (tercero registral)	53

CAPÍTULO IV

LA BUENA FE

4.1 El principio de la buena fe en el Derecho Civil.....	58
4.1.1 La buena fe como concepto unitario.....	58
4.1.2 La buena fe como concepto diversificado.....	59
4.2 Clasificación de la buena fe.....	60
4.2.1 Buena fe subjetiva.....	60
4.2.2 Buena fe objetiva.....	61
4.3 Incidencias sobre las distintas concepciones de la buena fe	62
4.4 La buena fe en las transmisiones Inmobiliarias a non domino.....	64
4.5 El artículo 1545 del código civil y la buena fe.....	65
4.6 La buena fe en la jurisprudencia nacional y extranjera.....	67

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones.....	75
-------------------	----

Conclusiones en relación a lo jurídico y doctrinalmente señalado en cuanto a los contratos con efectos reales, el registro de los derechos reales y la buena fe.....	76
Conclusiones en relación al sistema de preferencia contemplado por el Código Civil boliviano, la Ley de Registro de Derechos Reales y la Jurisprudencia, en cuando a la inclusión de la buena fe en caso de venta sucesivas	83
Recomendaciones para la aplicación de la preferencia preceptuada por el art. 1545 del Código Civil boliviano y el art. 15 de la Ley de Registro de Derechos Reales.....	88
Bibliografía	90

ANEXOS

Anexo 1	i
Anexo 2	xiv

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN Y FUNDAMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

La buena fe representa un punto de contacto entre el derecho y la moral. (Ripert)

1.1 Introducción

Como bien se conoce, los derechos reales en general y el derecho de propiedad en particular, como derecho subjetivo de contenido económico, es uno de los más importantes en la vida societaria, tanto por la satisfacción de las necesidades humanas que cumple, como por la incidencia en el desarrollo económico – político de la comunidad. En esta perspectiva la propiedad, según nuestro ordenamiento jurídico, debe cumplir un fin social,³ mismo que se desprende de la naturaleza y contenido del derecho y del destino económico – social del mismo.

Teniendo en cuenta esta importante incidencia del derecho propietario, el sistema jurídico establece distintos mecanismos para su defensa, protección, seguridad y promoción, entre los cuales encontramos el sistema registral, que tratándose de bienes inmuebles esta a cargo de las oficinas de Derechos Reales, dicho sistema establece y determina efectos referidos a la publicidad registral vinculándola a la oponibilidad frente a terceros del cual se desprende la eficacia del derecho en relación a los demás miembros de la sociedad.

Indica Mariani de Vidal (1998), que revistiendo los derechos reales el carácter de absolutos, es decir, debiendo respetarse por todos, es menester que ellos sean conocidos, y ese conocimiento se cumple a través de su publicidad. La publicidad cumple, además, una importante función en orden al comercio jurídico y al desarrollo del crédito, dado que

³ Artículo 56, Constitución Política del Estado, Apartado I “*Toda persona tiene derecho a la propiedad privada individual o colectiva, siempre que ésta cumpla una función social*”

permite conocer el estado patrimonial del titular, beneficiando de este modo no sólo a éste sino a toda la sociedad.

En el ámbito de los derechos reales la publicidad puede hacerse efectiva de distintas maneras, así nos encontramos, por ejemplo, por un lado, con la publicidad posesoria (también llamada natural o traditiva) que se concreta con la entrega material del bien objeto del derecho (sistema adoptado originariamente por el Código Santa Cruz, salvo en materia de hipotecas); y por el otro, con la que se cumple a través de la inscripción de los actos relativos a los derechos reales en registros creados al efecto, denominada publicidad registral.

Señala Borda (2000) que en el Estado Moderno la registración de los derechos reales está tomando una importancia siempre creciente. Es que los registros y en especial los de la propiedad, satisfacen múltiples necesidades que, nos dice, conviene puntualizar [...] El Estado moderno está atento al régimen de la propiedad de la tierra, vigila su producción, combate los latifundios y minifundios. Todo ello requiere inexcusablemente una apropiada registración. A ello agrega que, los registros, constituyen, además un régimen de publicidad que permite a terceros adquirentes de derechos reales sobre un bien conocer el estado en que ese bien se encuentra, quién es su dueño, qué derechos lo gravan; y desde el punto de vista del propietario, clarifica sus derechos y en algunos sistemas (no en el nuestro) lo pone a cubierto contra cualquier defecto del título de adquisición.

Por otro lado, el contrato es fuente principal de creación de derecho y obligaciones, es el medio por el cual los particulares, dentro de un sistema democrático donde prima la autonomía privada, regulan sus derechos e intereses en ejercicio de su libertad con respeto al sistema normativo; éstos, tal como hoy se los entiende, pueden producir efectos obligacionales y/o reales, lo que implica que ya no solo son fuentes de obligaciones, sino que, por su medio, se puede crear, modificar, transferir o extinguir derechos reales, específicamente el derecho de propiedad.

Existe una marcada orientación en nuestro medio a considerar que el contrato sólo es capaz de crear obligaciones, o de regularlas, modificarlas o extinguirlas. Como es obvio, el resultado de este análisis depende del marco normativo dentro del cual se realice, pues no es lo mismo hacer referencia a los efectos de los contratos en el sistema argentino, por ejemplo, y el sistema boliviano por el otro, ya que el primero le reconoce efecto obligacional y el segundo le otorga un efecto, además, real (siempre que tengan por finalidad la transferencia o constitución de un derecho real). De esta manera podemos ver que el sistema boliviano, siguiendo el precedente francés – italiano concede un efecto real al contrato, partiendo de que éste es, por antonomasia, el instrumento de actuación de la autonomía privada, susceptible de producir efectos obligatorios y también efectos reales.

Messineo (1986) explica que no puede sostenerse más que el contrato sea estipulado *animo contrahendae obligationis*, y que puede decirse ahora que del contrato nacen deberes y pretensiones, cuando no surge directamente un derecho real; y concluye que, por lo tanto, es actual y fundada en la ley la distinción entre contrato *obligatorio* y contrato *con efectos reales*.

En el código civil boliviano tenemos normas que avalan lo determinado por el autor italiano, así el artículo 110⁴ enumera entre los modos de adquirir la propiedad al contrato, el artículo 521⁵ otorga ese efecto a los contratos (denominados contratos con efectos reales), de tal manera que el contrato produce efectos inmediatamente perfeccionado (salvo que estuviera sometido a una modalidad), o sea, que si el contrato es puro y simple produce efectos una vez que éste es tenido como válido.

⁴ Artículo 110 del c.c. (*Modos de adquirir la propiedad*)

La propiedad se adquiere por ocupación, por accesión, por usucapión, por efecto de los contratos, por sucesión mortis causa, por la posesión de buena fe y por otros modos establecidos por ley

⁵ Artículo 521 del c.c. (*Contratos con efectos reales*)

En los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada o de cualquier otro derecho real, o la constitución de un derecho real, la transferencia o la constitución tiene lugar por efecto del consentimiento, salvo el requisito de forma en los casos exigibles.

Diez-Picazo y Antonio Gullón (1990) expresan que la eficacia del contrato se despliega, en línea de principio, entre las partes que lo celebran, en esa línea el código civil boliviano en su artículo 519⁶ expresa que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes, al mismo tiempo el artículo 523⁷ determina que los contratos solo afectan a las partes no dañando ni aprovechando a los terceros, salvo los casos determinados por ley; finalmente el artículo 1538⁸ expresa que los efectos de los contratos solo afectan a las partes, si este no se ha registrado. Producido el registro en (en caso de bienes inmuebles) Derechos Reales, éste efecto se extenderá a los terceros.

No hay, pues, por regla general, eficacia para los terceros frente a los cuales el contrato es “*res inter alios acta*”. Sin embargo, conviene precisar lo que significa este principio general de la eficacia relativa del contrato. ¿Qué es lo que se dice que no tiene eficacia para terceros? Ante todo, que la reglamentación que crea, con su cortejo de derechos, facultades y obligaciones, no le es aplicable, ni en su provecho ni en su daño (*neque nocet neque prodet*) (Diez-Picazo y Antonio Gullón, 1990)

1.2. Objeto de la investigación

Teniendo presente que el contrato, en nuestro sistema legal, puede tener un efecto real, y que dicho efecto es *inter partes* y para hacerlo oponible a terceros hay que registrarlo, en el caso de bienes inmuebles en el Registro de Derechos Reales, se tiene que el presente

⁶ Artículo 519 del c.c. (*Eficacia del contrato*).

El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. No puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo o por las causas autorizadas por la ley.

⁷ Artículo 523 del c.c. (*Eficacia respecto a terceros*).

Los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes y no dañan ni aprovechan a un tercero, sino en los casos previstos por la ley.

⁸ Artículo 1538 del c.c. (*Publicidad de los derechos reales; regla general*).

III. Los actos por los que se constituyen, transmiten, modifican o limitan los derechos reales sobre bienes inmuebles y en los cuales no se hubiesen llenado las formalidades de inscripción, surten sus efectos sólo entre las partes contratantes con arreglo a las leyes, sin perjudicar a terceros interesados.

trabajo de investigación aborda como objeto de investigación la temática referida a *la eficacia de los contratos reales respecto a los terceros y la oponibilidad – preferencia de la transferencia de bienes inmuebles por el titular registral a distintas personas, mediante el registro en derechos reales de su título adquisitivo y/o constitutivo, contemplado por el artículo 1545 del código civil y la buena fe como requisito de dicha preferencia y/o constitución.*

1.3. Selección y formulación del problema de investigación

¿Es necesaria la *buena fe*⁹ del tercero adquirente¹⁰ para otorgársele la preferencia del registro contemplada por el artículo 1545¹¹ del código civil, referido a la inscripción de bienes inmuebles?

1.3. 1. Justificación Teórico - Doctrinal

Como anteriormente se hizo referencia, los contratos, en el sistema legal boliviano, pueden producir efectos reales, que en principio general como cualquier otro contrato, solo afectan a las partes y no benefician ni perjudican a terceros; para hacerlo oponible, dicho acto jurídico, debe ser registrado en el registro respectivo (tratándose de bienes inmuebles en el registro de Derechos Reales).

Vallet de Goytisoló (2005) manifiesta que en las relaciones jurídicas de personas con bienes o cosas, la seguridad se procura con atención al principio de la buena fe, con la debida diligencia que ésta requiere, y que plantea la cuestión de si, ante diversos signos que muestran esas relaciones, debe atenderse prevalentemente a la seguridad estática o a la

⁹ Se entiende, en principio, por *buena fe* el desconocimiento, sin culpa, del vicio del negocio nulo o anulable por parte del tercero adquirente al momento de la adquisición del bien inmueble.

¹⁰ Se entiende por *tercero adquirente* aquella persona que adquiere del mismo enajenante derechos incompatibles sobre un mismo bien inmueble.

A manera de ejemplo se puede establecer que el efecto sustantivo del art. 1545 del código civil se verifica cuando **A** enajena a **B** el derecho de propiedad sobre el predio **X** y, acto seguido, no teniendo **B** registrada la adquisición, enajena el mismo derecho a **C**, quién registra, en éste ejemplo **C** es el *tercero adquirente*.

¹¹ Concordante con el art. 15 de la Ley de Registro de Derechos Reales de 1889.

dinámica. Lo que implica que, en materia inmobiliaria, hay que hacer una valoración con justo equilibrio entre la publicidad emergente de la realidad del hecho posesorio y el enmarcado en la ley (publicidad registral), de tal manera que se puede afirmar que existen otras apariencias legitimadoras que para ser tercero de buena fe no se pueden desconocer.

Teleológicamente el juego de la fe pública, emergente del registro, se ha explicado en virtud del llamado “principio de la ocasión”; el propietario que no inscribe peca por omisión, es negligente y, con su falta de diligencia, da ocasión a que otro adquiriera e inscriba, pero, como lo expresa Vallet de Goytisolo (2005), no hay que examinar los problemas desde uno sólo de sus ángulos, mas al contrario, hay que mirar desde todos ellos el anverso y reverso de la cuestión. El propietario que posee y cultiva sus tierras, pero olvida su inscripción, es diligente en lo sustancial, aunque negligente en lo formal. En cambio, el tercero adquirente del titular inscrito y que a su vez inscribe, pero no se preocupó de examinar el inmueble ni se interesó por su estado posesorio, será muy diligente en lo formal, pero descuidado en lo sustancial. ¿Y qué razón hay para que sea preferida la negligencia formal a la sustancial?

Si nosotros hacemos un análisis de corte social (la propiedad debe cumplir un fin social), podríamos afirmar que no cabe duda que merece mayor protección el trabajador campesino que cultiva su tierra o el poseedor de un inmueble donde habita con su familia, y que cumple con el fin social de la propiedad, que el segundo adquirente, probablemente un especulador, que, aunque haya cumplido a la perfección todos los requisitos formales, (entiéndase registro de su derecho) ni tan siquiera se ha dignado echar una mirada de comprensión al pedazo de la madre tierra que va a adquirir. (Vallet de Goytisolo, 2005)

Ahora bien, si es discutible el tema de a quien hay que preferir y proteger en el caso de doble venta o venta de cosa ajena, (seguridad estática versus seguridad dinámica), no cabe duda que cuando el segundo adquirente obra sin buena fe, de ninguna manera el derecho podría amparar este proceder doloso, hecho que fácilmente se desprende de una

interpretación literal del artículo 1545 del código civil boliviano, por lo que se plantea la necesidad de revisar los requisitos internos de dicha normativa.

Sobre el tema Messineo (1986) opina que a diferencia de lo que ocurre con los bienes muebles, respecto de los cuales es preciso la *buena fe* para determinar la preferencia entre dos o más adquirentes del mismo causante, en lo atinente a los inmuebles la prioridad en la transcripción (registro) dirime (el conflicto), prescindiendo del estado de buena o mala fe del que ha transcrito (registrado) primero, aunque sea segundo o ulterior adquirente. Por lo tanto, un segundo (o ulterior) adquirente, aunque tuviese conocimiento de haber adquirido un inmueble ya enajenado por el mismo causante (y, por consiguiente, de mala fe), es preferido al primero si consigue transcribir (registrar) antes que éste.

Por el contrario otros afirman que la prioridad está subordinada no sólo a la inscripción, sino también a la adquisición a título oneroso, a la *buena fe*, y a que conste inscrito con anterioridad el derecho del vendedor. (Diez-Picazo y Antonio Gullón, 1990) Por lo que se puede ver que un elemento a tener en cuenta, respecto a la preferencia entre varios adquirentes, es la existencia de la buena fe en el registro.

En esa misma línea, Américo Cornejo (1980) expresa que el tercero adquirente debe ser de *buena fe*, en el sentido de desconocer la transferencia anterior del bien inmueble, buena fe que se presume en tanto no se demuestre lo contrario, postura puesta de manifiesta por Vélez Sarsfield en la nota al artículo 3136 del código civil argentino, cuando afirma que sería un deshonor de la ley que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que esta triunfara.

Diez-Picazo y Antonio Gullon (1990) determinan dentro del cuadro de excepciones al principio general de la eficacia relativa del contrato y como uno de los supuestos en que un contrato puede producir efectos en relación con los terceros, los llamados *contratos en daño a tercero*, se alude con esta denominación a los contratos que celebrados producen un daño

a terceros, violación que consiste en el ataque a un derecho subjetivo concreto, y que afecta el deber de respetar las situaciones jurídicas ajenas (obligacionales o reales).

Sobre el particular, el Tribunal de Justicia de Portugal, al interpretar el artículo 5 del código de registro predial (semejante al artículo 1545 de nuestro código civil o 15 de la ley de registro de derechos reales) determinó un *Acórdão de Uniformização de Jurisprudência* (1999) por el cual se entiende por terceros, para efectos del dispuesto del artículo 5 del código del registro predial, son los adquirentes de *buena fe* de un mismo transmitente de derechos incompatibles sobre la misma cosa. Como puede observarse, el acuerdo incluye la buena fe como requisito de la preferencia otorgada por el registro.

El código civil español establece el mismo principio cuando en su artículo 1473¹² instituye que el adquirente de una venta sucesiva de bien inmueble, será protegido quien primero registre, siempre que sea de *buena fe*. En el mismo sentido, la ley hipotecaria de la madre patria en su artículo 34¹³, declara que el tercero (llamado por la doctrina española tercero registral) que de *buena fe* adquiriera... algún derecho del titular registral, será protegido en su adquisición. Puede verse que ambas normas, independientemente de la interpretación

¹² Artículo 1473 del c.c. español.

Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble.

Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe.

¹³ Artículo 34 Ley hipotecaria española

El tercero que de buena fe adquiriera 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 tuviere el causante o transferente

que surge en relación a ellas y el tercero, exigen que se obre de buena fe para la preferencia registral.

Finalmente, el Dr. Morales Guillen (1987) dentro de las citas de la jurisprudencia vinculada al artículo 1545 del código civil refiere que la preferencia para el adquirente que primero ha inscrito su título sobre determinado bien, que haya sido transferido a diferentes personas mediante diversos actos, está concretada a las transferencias legalmente hechas, con justo título y *buena fe*, pero no a las que estén viciadas de nulidad o hayan recaído sobre cosa ajena". (G.J. N° 1235, p. 11). Al respecto, interesa tener en cuenta el requisito de la buena fe como elemento preferencial determinado por la jurisprudencia, aunque puede ser (y lo es) discutible la referencia que realiza la sentencia en el sentido de que, para la aplicación del artículo 1545 es necesario contar con una "transferencia legalmente hecha", y que no se aplicaría a actos que estén "viciados de nulidad o hayan recaído sobre cosa ajena"

Como puede advertirse, existe una marcada contradicción entre Messineo (solo se hace referencia a éste autor en la negación de la buena fe como requisito, pues no se pudo conocer a otros doctrinarios que estén en la misma línea de pensamiento, teniendo presente el sistema latino de registro, que mayoritariamente es meramente declarativo de los derechos, a diferencia de otros sistemas, donde siendo el registro constitutivo y convalidante, el derecho se adquiere por el registro y no emerge del título contractual realizado entre el titular registral y el interesado en adquirir el derecho) y otros autores doctrinales, referido a la existencia o no de la *buena fe*, como requisito de la preferencia registral entre adquirentes de un mismo bien inmueble que provenga de actos distinto por parte del titular del registral.

Sobre el particular, y habiendo hecho un análisis sucinto de los efectos de los contratos en general y específicamente de los contratos con efectos reales, y teniendo en cuenta la *buena fe* y la publicidad registral de los bienes inmuebles, **la problemática** que se pretende afrontar es: *determinar si la regulación del artículo 1545 del código civil referido a la*

preferencia entre adquirentes de un mismo bien inmueble incluye o no como requisito de valides del registro la buena fe del tercer adquirente.

De tal manera que la **Pregunta de Investigación** queda formulada de la siguiente manera:
¿Es necesaria la buena fe¹⁴ del tercero adquirente¹⁵ para otorgársele la preferencia del registro contemplada por el artículo 1545¹⁶ del código civil, referido a la inscripción de bienes inmuebles?

1.3.2. Justificación Metodológica

Para investigar un determinado objeto de estudio se debe establecer con qué método es posible abordarlo, (Witker, 1995) por ello en el presente trabajo de investigación, se ha visto por conveniente utilizar la metodología de la Analítica Jurídica.

Así, como el tema a investigar tiene por objeto *la preferencia entre adquirentes de un mismo bien inmueble* contemplada en el código civil boliviano en su artículo 1545, donde queda claro que se trata de una *problemática exclusivamente jurídica*, es decir, un problema dentro de la perspectiva científica jurídica, propia de la ciencia del Derecho y de su objeto (norma, historia jurídica, doctrina, etc.), (Alurralde, 2006) es que se utiliza esta metodología que consiste en la descomposición del problema jurídico de la investigación para proceder con el análisis de sus componentes y de sus categorías inmanentes, propias y convenientes. (Alurralde, 2006) Es decir, que lo que se pretende es descomponer el fenómeno jurídico relativo a la preferencia del registro en caso de venta sucesiva de bienes inmuebles por el mismo transmitente a distintas personas y la aplicación del principio de la buena fe en dicha preferencia, además del derecho real de propiedad y los efectos de los

¹⁴ Se entiende, en principio, por *buena fe* el desconocimiento, sin culpa, del vicio del negocio nulo o anulable por parte del tercero adquirente al momento de la adquisición del bien inmueble.

¹⁵ Se entiende por *tercero adquirente* aquella persona que adquiere del mismo enajenante derechos incompatibles sobre un mismo bien inmueble.

A manera de ejemplo se puede establecer que el efecto sustantivo del art. 1545 del código civil se verifica cuando **A** enajena a **B** el derecho de propiedad sobre el predio **X** y, acto seguido, no teniendo **B** registrada la adquisición, enajena el mismo derecho a **C**, quién registra, en éste ejemplo **C** es el *tercero adquirente*.

¹⁶ Concordante con el art. 15 de la Ley de Registro de Derechos Reales de 1889.

contratos en relación a los terceros, a través de un análisis de la norma tanto nacional como extranjera, de la doctrina y la jurisprudencia.

1.3.2.1 Método

Por lo anteriormente dicho, el método elegido es el dogmático jurídico, ya que su objeto central, generalmente, lo constituye el orden jurídico positivo presente, que se estudia con ayuda de la doctrina, la historia formal del establecimiento de lo normativo, la filosofía y la lógica jurídica, además de otras materias exclusivamente jurídicas. (Alurralde, 2006)

Al tratarse de un método meramente dogmático jurídico se hacen presentes las fuentes formales o directas del derecho (ley, doctrina y jurisprudencia) es decir, todo aquello que conforma al derecho positivo.

Dicho esto, para el desarrollo de la investigación se utiliza básicamente:

- a. La ley, entendida como la exteriorización de una determinada norma coercible dictada por autoridad competente, es decir la exterioridad formal de lo jurídico.

También se toman en cuenta los procesos legislativos, además de todas aquellas normas que son emitidas por el poder Ejecutivo (decretos, resoluciones, reglamentos, circulares, etc.). Sin embargo, esta investigación toma principalmente como bases a: la Constitución Política del Estado, el código civil boliviano, la normativa registral y a la legislación comparada.

- b. La doctrina jurídica, entendida como los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea para sistematizar sus preceptos, ya sea para interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación.

Esta fuente formal del derecho, le sirve al trabajo investigativo de sustentación teórica filosófica de lo normativo, de acuerdo a escuelas y tendencias dogmáticas que se presentan, en relación a los requisitos del registro de bienes inmueble para la preferencia otorgada por el artículo 1545 del código civil, puesto que es en la doctrina donde se hallan los fundamentos suficientes para dar respuesta a la problemática planteada, sea ésta afirmativa o negativa.

- c. La jurisprudencia, entendida como el conjunto de fallos emanados de autoridad competente, dirigidos a llenar vacíos jurídicos.

Es de utilidad para ésta investigación, pues ésta fuente formal del derecho sirve para darle una orientación práctica al trabajo investigativo.

Este tipo de método, presenta diversas características, que pueden variar dependiendo del trabajo de investigación. En cuanto al presente trabajo, éste es de carácter comparativo y propositivo: Comparativo, porque identifica similitudes y diferencias entre instituciones bolivianas y extranjeras en cuanto a sus aspectos jurídico-formales y propositivo, puesto que analiza elementos legislativos y propone complementaciones en cuanto a la norma analizada que al presente es el artículo 1545 del código civil. (Witker, 1995)

1.3.2.2. Técnicas de investigación

Revisión de archivos.- Consiste en la exploración y estudio de todo tipo de información en registro, es decir de todo tipo de documentación. Esta revisión debe realizarse en las unidades informativas relacionadas al tema de investigación. (Alurralde, 2006)

Hay que tomar en cuenta que, las unidades informativas relacionadas a las investigaciones jurídicas son: la librería general y especializada, la biblioteca general y especializada, los archivos públicos, como los archivos de juzgados, municipalidades, etc., el archivo nacional y/o departamental de historia, los bancos de datos, como los institutos de

estadística, las hemerotecas, las guías y catálogos de archivos, las fuentes bibliográficas, etc. (Alurralde, 2006)

Al respecto, esta investigación utiliza: La biblioteca general y especializada, las guías y fuentes bibliográficas y cualquier otro documento que en su contenido aporte a la investigación. En si, se toma básicamente a la fuente primaria de revisión de archivos, la cual esta compuesta por libros de doctrina, normas legales vigentes, textos teóricos, etc. y también, toma, aunque ocasionalmente, algunas fuentes secundarias, como por ejemplo las páginas web de internet, pues serán de utilidad para el desarrollo de la investigación.

1.4 Formulación de la hipótesis

La inclusión de la *buena fe* del tercero adquirente como requisito de validez del registro para otorgársele la preferencia contemplada por el artículo 1545 del código civil, interpreta de manera adecuada la ratio iuris de la norma y precautela de mejor manera el derecho propietario evitando conductas fraudulentas.

1.4.1 Justificación Práctica

Como anteriormente se hizo referencia, el efecto del contrato entre las partes y terceros, y la función del registro en la publicidad de estos contratos que tienen que ver con la transferencia o constitución de un derecho real, es necesario ver su regulación normativa en el código civil boliviano en relación a la transferencia del derecho propietario (u otro derecho real) sobre un bien inmueble por su dueño a diferentes compradores y la función del registro y su relación con la buena fe.

Los artículos 103 y 1545 del código civil dan la regla para solucionar el conflicto que se presenta cuando la cosa ha sido vendida a diferentes compradores por el mismo vendedor.

Si la cosa es mueble la propiedad se transmite a quien primero haya tomado posesión de ella con buena fe, así lo preceptúa el artículo 103¹⁷ del c.c.

El supuesto de hecho del artículo constituye la existencia de dos o más contratos de transferencia del derecho propietario por el mismo titular a distintas personas, en este caso quien adquiere la propiedad es quien entra en posesión del bien, entendiendo la ley que está publicitando su derecho y por ende haciéndolo oponible a los terceros, siempre y cuando haya actuado con buena fe, lo que implica que el poseedor no haya conocido la existencia de una anterior transferencia.

Si el bien fuera inmueble (o mueble registrable), el criterio elegido por la ley para determinar la preferencia es el registro, conforme lo estipula el artículo 1545 del código civil. Al igual que en el anterior caso, el supuesto de hecho del artículo constituye la existencia de dos o más contratos de transferencia del derecho propietario por el mismo titular a distintas personas, en este caso quien adquiere la propiedad es quien registra primero su derecho, entendiendo la ley que está publicitando su derecho y por ende haciéndolo oponible a los terceros, pero a diferencia del anterior, no hace referencia explícita a la buena fe, o sea, que quien registra no haya conocido la existencia de una anterior transferencia. Ello trae aparejado el problema de determinar si es o no un requisito que quien registra sea un *tercero de buena fe*.

De tal manera que la normativa nacional, (expresada en el artículo 1545 del código civil anteriormente señalado) teniendo en cuenta la posibilidad de una doble venta y/o venta de cosa ajena de un mismo bien inmueble por el “*titular*” del mismo, establece la preferencia del derecho propietario por el registro, en consiguiente el primero que registra (en Derechos Reales) es preferido en su derecho propietario aún cuando su causa fuente (negocio

¹⁷ Artículo 103 del c.c. (*Adquisición por la posesión de buena fe en caso de enajenaciones sucesivas*).

Si se enajena sucesivamente una cosa mueble corporal a varias personas, la primera que entra en posesión de ella es preferida y adquiere la propiedad siempre que sea de buena fe, aunque su título tenga fecha posterior.

jurídico) fuera posterior en relación al o los otros adquirentes. Esto se entiende perfectamente partiendo del elemento de la publicidad y de la oponibilidad del derecho, pues nadie está obligado a respetar un derecho que no conoce, de tal manera que al tercero no se le puede exigir un respeto a un derecho por él desconocido. Sin embargo, así como no se puede exigir este cumplimiento al tercero, si se puede y es necesario, exigir de él un comportamiento acorde a determinados principios, a realizar determinados comportamientos que están amparados y propiciados por el sistema normativo.

Sin entrar en consideraciones de tipo filosófico jurídico práctico, respecto a la defensa de un sistema de transmisión de propiedad espiritualista frente a un sistema que contemple un modo que permita una publicidad más o menos adecuada del derecho, (sistema consensualista versus sistema de la tradición), de lo que se trata en el presente tema de trabajo de investigación es tan sólo de interpretar cuál es la orientación adoptada por nuestro ordenamiento positivo (civil boliviano) referente a la oponibilidad de los contratos que tengan por finalidad la transferencia de la propiedad u otro derecho real frente a los terceros y los requisitos insertos en el artículo 1545 del código civil para la aplicación de la preferencia registral.

Si la transferencia se produce por efecto del contrato, el efecto es solo *inter partes*, para que sea oponible a terceros es necesario su publicidad, mediante el registro (si se trata de bienes registrables) o por la posesión (si se trata de bienes no registrables). En determinación a ello, el código civil boliviano establece que en caso de venta sucesiva de un bien mueble a distintas personas, el propietario es quien entra en posesión del bien, siempre que fuere de buena fe; si se trata de bienes inmuebles (o muebles registrables) la preferencia se determina con el registro, de tal manera que quien registra primero será preferido en el derecho.

El artículo referido a los bienes inmuebles no hace referencia a la *buena fe* de quien registra, pudiendo, por tanto, interpretarse que la buena fe no es un requisito para la preferencia respecto de bienes inmuebles (o muebles registrables), como lo asevera

Messineo, o por el contrario, que es una omisión del legislador, y que la buena fe debe ser incluida como requisito aún cuando no se establece de manera expresa, como esta de acuerdo, Goytisolo, Diez-Picazo-Gullón, y Cornejo, entre otros.

Tomar una u otra posición determinará la preferencia registral entre adquirente de un mismo bien inmueble y por ende, ayudará a establecer las pautas para la solución de la problemática de las dobles ventas y/o venta de cosa ajena de bienes inmuebles, tan frecuente, lamentablemente, en nuestro medio boliviano.

1.5 Determinación de los Objetivos de la Investigación

Los objetivos, que persigue la presente investigación son los siguientes:

1.5.1 Objetivo General¹⁸

Demostrar que la *buena fe* es un requisito necesario para el tercer adquirente a los fines de hacer valer la preferencia registral contemplada por el artículo 1545 del código civil, y que ella interpreta adecuadamente la ratio iuris de la norma y precautela de mejor manera el derecho propietario evitando conductas fraudulentas.

1.5.2 Objetivos Específicos¹⁹

- Determinar el alcance y características de los contratos con efectos reales.

- Determinar las funciones del Registro de Derechos Reales y la protección otorgada a los usuarios registradores, específicamente al tercero adquirente.

¹⁸ Es el resultado pretendido o esperado que se quiere lograr al final de la investigación [...] Alurralde (2005)

¹⁹ Los objetivos específicos son originados por el objetivo general e indican lo que se pretende realizar en cada una de las etapas de la investigación, generalmente están referidos a cada uno de los capítulos, van en orden sistemático, sirven para estructurar la tesis y guardan una lógica con referencia al objetivo general. Alurralde (2005)

- Analizar la buena fe y su función con la seguridad jurídica en caso de ventas sucesivas de un mismo bien inmueble.

1.6 Alcances de la investigación

El presente trabajo de investigación, se relaciona con tres ramas del derecho:

- Derecho constitucional.- Entendido como la rama del derecho político que comprende las leyes fundamentales del Estado referentes a la forma de gobierno, los derechos y deberes de los individuos y la organización de los Poderes públicos. (Cabanellas, 1981)

Dicho esto, queda claro que el derecho constitucional actúa como base para todas las otras ramas del derecho, consiguientemente todo el resto de las normas institucionalizadas deben remitirse y sustentarse necesariamente en el derecho constitucional, por lo que la presente investigación queda vinculada a ella.

- Derecho civil.- Entendido éste como regulador general de las personas, de la familia y de la propiedad, de las cosas o bienes, (...) el derecho particular de cada pueblo o nación, el conjunto de preceptos que determina y regula las relaciones jurídicas entre los individuos de una sociedad, para la protección de los intereses particulares, concernientes a su persona y a sus bienes. (Cabanellas, 1981)

Así mismo, el tema, se halla esencialmente relacionado con el derecho civil ya que específicamente se encuentra ubicado dentro de los modos de adquirir la propiedad, específicamente a la adquisición de la propiedad de bienes inmuebles y su oponibilidad registral respecto a terceros.

- Derecho Registral.- Entendido este como el conjunto de principios y normas que tienen por objeto reglar los organismos estatales encargados de registrar personas, hechos, actos, documentos o derechos; así como también la forma como han de practicarse tales

registrações, y los efectos y consecuencias jurídicas que derivan de éstas. (Molinario, citado por Cornejo, 1994)

Por último y como era de esperarse, se hace presente el derecho registral, por ser parte del objeto de la presente investigación los efectos de la publicidad registral, el tercero de buena fe y/o tercero registral, la preferencia registral de los bienes inmuebles en caso de venta sucesiva.

1.7 Estructura de la tesis

El presente trabajo de investigación está estructurado en tres partes:

La parte inicial que está compuesta por el primer capítulo titulado *Introducción y Fundamentos de la Investigación*, que determina la problemática, el objeto, la pregunta de investigación y los objetivos (general y específicos) del trabajo de investigación, como la determinación del método correspondiente.

La segunda parte que conforma el *Marco Teórico* y que se desarrolla en el Capítulo II: Los Contratos con efectos Reales, Capítulo III: El Registro de Derechos Reales y Capítulo IV: La Buena Fe, él cual es de esencial importancia, pues es a partir de todo lo señalado en él, que se encuentran las bases teórico - doctrinales para fundamentar y sustentar la investigación. En esta segunda parte, se realiza un estudio de las posiciones doctrinales referidas a los temas señalados, siendo lo expresado en dichos capítulos, ideas y análisis de los distintos doctrinarios que se consideran apropiados y pertinentes para el presente trabajo.

Finalmente, se tiene la tercera y última parte del trabajo de investigación, la cual está conformada por *Conclusiones y Recomendaciones*, en el que precisamente se refleja todo lo extractado de la primera y segunda parte de la tesis, pero ya de manera conclusiva dando respuesta a la hipótesis y objetivos planteados, siendo esta parte el aporte propio del investigador del presente trabajo.

CAPITULO II

LOS CONTRATOS CON EFECTOS REALES

“En los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada o de cualquier derecho real, o la constitución de un derecho real, la transferencia o la constitución tiene lugar por efecto del consentimiento, salvo el requisito de forma en los casos exigibles”²⁰.

2.1. Introducción

Los contratos son fuente principal de creación de derecho y obligaciones, es el medio por el cual los particulares, dentro de un sistema democrático, regulan sus derechos e intereses en ejercicio de su autonomía privada con respeto al sistema normativo.

Los contratos, tal como hoy se los entiende, pueden producir efectos obligacionales y/o reales, lo que implica que ya no solo son fuentes de obligaciones, sino que, por su medio, se puede crear, modificar, transferir o extinguir derechos reales, específicamente el derecho de propiedad. Teniendo presente esta concepción, en el presente trabajo se aborda la temática referida a la eficacia de los Contratos Reales respecto a terceros y específicamente respecto a la oponibilidad de la transferencia de bienes inmuebles respecto a terceros (entiéndase tercero registral), para éste análisis se tendrá en cuenta el sistema de transferencia del código civil boliviano.

De tal manera que en primera instancia se hace un desarrollo histórico del contrato en el sistema romano a los fines de establecer su evolución. Posteriormente se abordan los contratos con efectos reales, como un nuevo tipo de contratos dentro de la normativa nacional cuyos antecedentes se remontan al derecho Justiniano.

²⁰ Artículo 521 del código civil boliviano

En la tercera parte se determinan los efectos de estos contratos, tanto entre partes cuanto respecto a los terceros, temática última que nos interesa analizar respecto al sistema boliviano, para finalmente realizar algunas conclusiones que nos parecen pertinentes a tener en cuenta cuando de la aplicación del sistema normativo civil se refiere.

2.2. El Contrato en el Sistema Romano

El contrato en Roma, tubo una evolución muy productiva, que influyó positivamente en el desarrollo de las normativas occidentales, desde el sistema francés del código napoleónico, hasta sistemas modernos como el código italiano o el código civil alemán, y por ende en los países latinoamericanos que se encuentran influenciados por dichos sistemas.

Mojer (2006) nos presenta distintas etapas en la evolución del contrato en Roma, así, en el derecho primitivo, expresa, existen varias razones para sostener un tipo muy especial de contrato. Siguiendo a Villey (citado por Mojer, 2006), nos expresa que en el antiguo derecho romano solo reconocía un reducido número de relaciones contractuales, esto, porque las relaciones económicas eran escasas y simples, ya que dicha sociedad estaba organizada en relación a la *gens*, y a familias que vivían de una manera autárquica.

El Pretor, en un principio, no admite la existencia de acciones *in personam*, salvo en hipótesis precisas bien delimitadas por el derecho. En este período el *nexum* no hace más que confirmar la existencia de una sujeción personal, (Mojer, 2006) por la cual el deudor estaba sometido (en su existencia) al acreedor, de tal manera que, en caso de incumplimiento, éste podía vender al deudor como esclavo para hacer efectivo su crédito.

En la ley decenviral (Tabla VI, 1) puede verse la relación entre acreedor y deudor a través del *nexum* como vinculo generador de obligaciones. “*Cuando alguno cumpla la solemnidad del nexum o del mancipium que las palabras que pronuncie sean ley*”. Después de las XII

Tablas la evolución fue lenta: el acontecimiento más importante lo constituye la ley Poetelia Papiria (327 aC) que contribuye a la abolición del nexum. (Mojer, 2006)

En esta evolución histórica, Mojer (2006) nos dice que en la época clásica, las operaciones comerciales, los negocios, son más frecuentes, debido a la aparición de extranjeros en Roma, ello producto de la expansión que tiene Roma y la influencia que recibe de los pueblos sometidos a su dominio, principalmente el pensamiento filosófico – jurídico griego, de ello deriva la conformación de un nuevo derecho que se suma al existente (*ius civile – ius gentium – ius naturale*). En esta evolución, se introducen elementos muy importantes para el desarrollo futuro del contrato como la buena fe o la obligación de cumplir la prestación. En esta época, sigue Mojer (2006) el Pretor no crea contratos pero si acciones como la de compraventa, que llevan a nuevos contratos, como los consensuales. Ello traerá innovaciones jurídicas: como las obligaciones sinalagmáticas, obligaciones recíprocas que colocan simultáneamente como acreedores y deudores al vendedor y al comprador. Aquí el vendedor está obligado a una prestación: el transmitir al comprador la posesión de la cosa; y el comprador también está obligado a otra prestación: la de entregar la propiedad del precio al vendedor.

Es en esta época, que, según Mojer (2006) surgen nuevos contratos como los denominados reales como el caso del depósito, la prenda, el mutuo y el comodato. Su denominación deriva de la necesaria entrega de la cosa para el perfeccionamiento del contrato (*res – traditio*).

El contrato de depósito requiere que el depositario custodie la cosa hasta que el depositante pida que se le reintegre. En el contrato de mutuo se está en presencia de un préstamo de consumo y cuyo objeto son cosas fungibles que en igual cantidad y calidad deben devolverse. En el contrato de prenda se entrega al acreedor una determinada cosa que pertenece al deudor en garantía del cumplimiento de un contrato de mutuo, obligándose el acreedor a restituir la cosa una vez recibido el pago. En tanto en el comodato se trata de un préstamo de uso, de carácter gratuito. Nace así la clasificación cuatripartita que enuncia

Gayo y que incluye los contratos consensuales, reales, literales y verbales, según se perfeccionen por el consentimiento, la entrega de la cosa, la forma escrita – como la *nomen transscripticium*, o la forma verbal, como la *stipulatio*. (Mojer, 2006)

El requisito común a todos, expresa el autor anteriormente referido, es el consentimiento por el cual se obliga a las partes al cumplimiento de la prestación. El consentimiento es lo que obliga a dar, a hacer o no hacer alguna cosa. Desde el punto de vista de la clasificación cuatripartita de los contratos nada se dice del modo en que los juristas romanos entendieron la relación de acuerdo entre las partes sobre la disposición de sus intereses y el momento relevante para el nacimiento de la obligación. Así la opinión de Pedio citada por Ulpiano “... *No hay ningún contrato, ninguna obligación que no encierre en sí, tanto se haga por entrega de una cosa como por palabras, pues también la estipulación, que se hace en palabras, es nula si no encierra un consentimiento.*” (Mojer, 2006)

Es importante destacar la importancia de los contratos consensuales, ya que con él, las partes se pueden obligar por un simple convenio a cumplir lo convenido, prescindiendo de un documento, de un pago o de la entrega de alguna cosa es algo propio de la jurisprudencia romana y es sumamente trascendente para la cultura occidental. Un ejemplo importante de ello, lo tenemos con el contrato de compraventa, donde las partes se obligan sin necesidad de entregar la cosa ni tampoco el precio. Y tan importante es el tema que algunos consideran que estos son los únicos que pueden ser considerados como contratos. En virtud de esta clase de contratos, el juramento, que siempre debía operar en la *stipulatio* fue reemplazado por un principio esencial que, en virtud de la buena fe, era parte del contrato: el *pacta sunt servanda*. (Mojer, 2006)

Es con el derecho pretoriano donde aparecen los contratos fundados sobre la equidad y la buena fe, (esto influenciado por la filosofía humanista griega, principalmente la corriente estoica, que tendrá una fuerte referencia en el pensamiento romano) donde es preponderante la manifestación de voluntad. En el bajo imperio, aparecen nuevas formas de contratación, tales como los denominados nuevos contratos sinalagmaticos, que algunos

llaman contratos innominados entre los que tenemos la permuta, el precario, la transacción, etc. En todos estos contratos, al tratarse de obligaciones recíprocas no se puede conceder acción a una de las partes si la otra no ha cumplido con su prestación, lo que da origen a la *exceptio non rite non adimpleti contractus*. (Mojer, 2006)

Por tanto, en el sistema romano, expresa Forno (1993), el *contractus* era sólo y esencialmente un negocio constitutivo de obligaciones de estructura bilateral. Para la transferencia y/o constitución de un derecho real se requería de un segundo momento en el que, actuando la obligación creada, se produjera la transmisión patrimonial, ellos eran la *mancipatio*, la *in iure* cesio y más tarde la *traditio*. Es recién a partir de Justiniano que se amplía el concepto de *contractus* para comprender no sólo a los acuerdos bilaterales constitutivos de obligación sino también a los acuerdos bilaterales que constituyen o transfieren derechos reales, pero advertido el diferente efecto que producen ambos tipos de acuerdo en cuanto que unos constituyen la causa de la atribución patrimonial y los otros el modo para actuar dicha atribución, se acentúa en el derecho común la necesidad de mantenerlos diferenciados y se designa a los primeros con el nombre de *titulus acquirendi* y a los segundos con el de *modus acquirendi*. (Forno, 1993)

Así va evolucionando el contrato hasta que Domat llega a sintetizar los requisitos esenciales que le otorgan validez: a) que las partes tengan capacidad para contratar, b) que el contrato no sea contrario a las leyes y a las buenas costumbres. Aquí se da el principio por excelencia que basamenta todo el derecho privado: a la capacidad y licitud deberá agregarse la libertad y las formas de contratación, o sea la autonomía de la voluntad. Y esto es lo que diferencia al derecho privado del derecho público: la posibilidad de modificar las disposiciones legales que en estos casos solo obran como supletorias, es decir en aquellos casos en que las partes no han hecho uso de estas libertades y por lo tanto han omitido la solución. (Mojer, 2006)

Finalmente, podemos destacar de la evolución presentada por Mojer (2006), que los contratos en romana nunca produjeron efectos reales, sino meramente obligacionales, como

incluso, ahora, una gran parte del sistema legal (romano – continental) lo asevera. Los romanos contribuyeron a la formación de la teoría contractual a partir de la idea del *nexum* que cumple la función de ser el elemento vinculador entre el acreedor y el deudor, que posibilitaba al acreedor poder exigir al deudor el cumplimiento de la prestación debida. Como nos señala el autor citado, en la época primitiva del Derecho Romano no puede hablarse de contratos sino de actos legítimos, en los que poco importaba la manifestación de voluntad, sino que el elemento central era el cumplimiento de la formalidad, es a partir de la influencia de principios de corte filosófico estoicos, que la voluntad (consentimiento) adquiere una importancia fundamental, que hasta la modernidad mantiene, por la cual es suficiente el acuerdo de las partes para dar nacimiento al contrato y producir el efecto obligacional correspondiente. Sin embargo los romanos, dentro de sus distintas etapas evolutivas, no otorgaron un efecto real al contrato, en el sentido de poder dar nacimiento por sí mismo a un derecho real, figura que será una contribución posterior del sistema francés.

2.3. Los Contratos con efectos reales

Luego del sucinto desarrollo evolutivo del contrato en Roma y habiendo establecido que el contrato, para ellos, era un mero productor de obligaciones, y que para la constitución de un derecho real, imaginemos la propiedad, era necesario cumplir con las formalidades requeridas por ley, mismas que fueron cambiando y evolucionando, desde la *mancipatio*, la *in iure cessio*, hasta la *traditio*.

Podemos, luego de esta visión evolutiva, acercarnos a un concepto de contrato como aquel acuerdo de partes que tiene por finalidad constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, tal como lo expresa el código boliviano en su artículo 450, si bien, nuestra normativa, hace referencia a personas y no partes, equívoco terminológico que puede considerarse grave.

De ello podemos afirmar que el contrato, para ser tal, debe contener los elementos esenciales: sujeto (entiéndase partes), objeto, causa y forma (como manifestación de voluntad, no como requisito de validez, en cuyo caso se hablaría de *formalidad*), tener contenido patrimonial y debe responder a una típica función económico – social.

Forno (1993) nos expresa que en nuestro medio latinoamericano existe una tendencia a considerar que el contrato sólo es capaz de crear obligaciones, o de regularlas, modificarlas o extinguirlas, ello, probablemente por la aceptación mayoritaria del sistema romano del título y modo, por ello, el resultado de este análisis depende del marco normativo dentro del cual se realice, pues no es lo mismo hacer referencia a los efectos de los contratos en el sistema argentino, por ejemplo, y el sistema boliviano por el otro, ya que el primero le reconoce efecto obligacional y el segundo le otorga un efecto, además, real (siempre que tengan por finalidad la transferencia o constitución de un derecho real). De esta manera podemos ver que el sistema boliviano, siguiendo el precedente francés – italiano concede un efecto real al contrato, partiendo de que éste es, por antonomasia, el instrumento de actuación de la autonomía privada, susceptible de producir efectos obligatorios y también efectos reales.

Ahora bien, hay autores como Giorgi, citado por Morales Guille (1994) que creen que la innovación francesa- italiana, no pasa de ser una apariencia engañosa en el proceso evolutivo de la ciencia jurídica, pues, argumentan, la importancia del principio se disuelve en una apariencia engañosa con la institución del instrumento público y su inscripción en los registros de derechos reales, hoy requisito de validez para la formación de los contratos según el artículo 452 del c.c. Esta última afirmación de Morales Guillen es, creo, altamente discutible en el sistema boliviano, ya que el contrato de, por ejemplo, compraventa, no es un contrato que requiera *formalidad* a los efectos constitutivos, sino, tal vez, en determinadas ocasiones, se requiere una forma *ad probationem*, pero no *ab solemnitate*. Mucho más equívoco es la afirmación de la necesidad del registro del contrato en derechos reales a los efectos de validez del acto jurídico, pues nuestra norma de manera clara expresa que el registro es meramente declarativo y no constitutivo de derechos (reales).

Por otra parte, aún entendiendo –como se reconoce en la actualidad- que la relación jurídica se establece sólo entre personas, es comúnmente admitido que los llamados derechos reales se estructuran también a través de relaciones jurídicas. A ello se debe que la doctrina de nuestros tiempos se incline por concebir la relación jurídica en términos muy amplios, entendiendo que ella comprende dos situaciones jurídicas subjetivas, esto es, la respectiva posición de *poder* de una persona y de *deber* de otra u otras personas. (Forno, 1993)

Messineo, citado por Forno (1993) explica que no puede sostenerse más que el contrato sea estipulado *animo contrahendae obligationis*, y que puede decirse ahora que del contrato nacen deberes y pretensiones, cuando no surge directamente un derecho real; y concluye que, por lo tanto, es actual y fundada en la ley la distinción entre contrato *obligatorio* y contrato *con efectos reales*. Sin embargo, no puede soslayarse que Messineo expresa la opinión citada en el párrafo anterior, considerando que no se lo impide ni el artículo 1321 de su código civil ni ninguna otra norma, y que, antes por el contrario, artículos como el 922 (que al enumerar los modos de adquirir la propiedad incluye expresamente al contrato), el 1376 (según el cual en los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transferencia de un derecho real o bien la transferencia de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento de las partes (legítimamente manifestado), el 1470 (que establece que la venta tiene por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa o de otro derecho contra la contraprestación de un precio), el 1552 (que indica que el contrato de permuta tiene por objeto la transferencia recíproca de la propiedad de cosas o de otros derechos), etc., constituyen un perfecto complemento de su artículo 1321, permitiendo una interpretación amplia del término relación jurídica y atribuyendo al contrato en forma clara y directa efectos reales.

Ahora, en nuestro caso (la normativa civil boliviana) que sigue el lineamiento anteriormente definido por el sistema italiano, tiene similar normativa y contenido de tal

manera que así el artículo 110²¹ enumera entre los modos de adquirir la propiedad al contrato, el artículo 521 otorga ese efecto a los contratos (denominados contratos con efectos reales), etc.

Para poder comprender adecuadamente este cambio en el sistema normativo se vio, en el anterior punto, que los romanos reconocía efectos solo obligacionales a los contratos, de tal manera que existía una clara separación entre lo que hoy se conoce como el Título y el Modo. El título era la justificación jurídica en cuya virtud se sustentaba un desplazamiento patrimonial, y el modo el mecanismo establecido por el Derecho para producir tal desplazamiento. No resulta ocioso hacer notar, que el modo no respondía a un capricho que a los romanos se les ocurrió establecer irreflexivamente. Respondía a una exigencia que hasta ahora se mantiene y que no era otra que la de constituir un mecanismo objetivo de publicidad sobre la transmisión del derecho. Tenía pues, una función ciertamente distinta del título. (Forno, 1993)

Esta distinción, sin embargo, sufrió el embate de la práctica y por la vía de las excepciones terminó por perder su carácter de regla. La exigencia de la tradición resultaba una traba y una complicación para la rapidez que exigían las operaciones mercantiles, ya en el propio derecho romano, por ejemplo, se abandonó la necesidad de que el adquirente recorriera íntegramente el fundo y reconociera sus linderos para adquirir la propiedad, siendo suficiente que el adquirente pisara sólo el lindero o que el enajenante mostrara el fundo al adquirente desde una torre vecina. Por otra parte, cuando el que tenía derecho a adquirir estaba en posesión de la cosa (era un arrendatario o un comodatario, por ejemplo) no tenía que devolverla al enajenante para que éste cumpliera con el rigor de la *traditio*, pues bastaba que dicho enajenante declarara renunciar a la propiedad para que la transmisión se produjera automáticamente (era la llamada *traditio brevi manu*). Si se deseaba que el enajenante permaneciera en posesión de la cosa que enajenaba (a título de arrendatario o de comodatario, por ejemplo), tampoco era necesaria una doble tradición, primero al

²¹ Artículo 110 del c. c. (*Modos de adquirir la propiedad*)

La propiedad se adquiere por ocupación, por accesión, por usucapión, por efecto de los contratos, por sucesión mortis causa, por la posesión de buena fe y por los otros modos establecidos por ley

adquirente y luego al enajenante (arrendador o comodatario), pues bastaba que, en virtud de una convención, el enajenante reconociera poseer en adelante el bien por cuenta del adquirente de modo que la transferencia tenía lugar convencionalmente (a esta convención se le denominó *constitutum possessorium*). Si las cosas enajenadas se encontraban a disposición del adquirente, la transferencia tenía lugar aunque no hubiera mediado una recepción efectiva por parte de éste (*traditio longa manu*). (Forno, 1993)

En el Derecho francés antiguo, según Forno (1993), continuó acentuándose la espiritualización de la transferencia de dominio que ya se había iniciado en el Derecho Romano. Se fue introduciendo poco a poco la práctica de agregar en los contratos una cláusula llamada *dessaisine-saisine* (desposesión-posesión) en cuya virtud el enajenante declaraba haber abandonado la posesión de la cosa en manos del adquirente, quien a su vez declaraba haberla recogido, sin interesar qué hubiese ocurrido en la realidad el hecho de la *traditio*, de tal manera que la tradición, todavía indispensable para operar la transferencia de propiedad, se convirtió por obra de la cláusula *dessaisine-saisine* en un modo absolutamente espiritual, en una cláusula contractual; en suma, se confundió con el contrato mismo. El uso de esta cláusula fue generalizándose a tal punto que con el tiempo se convirtió en una cláusula de estilo y se la consideró sobreentendida en todos los contratos aunque no hubiese sido expresamente consignada. De esta manera, el artículo 1138 del Código Civil francés, al consagrar la espiritualización de la transferencia de propiedad, no hizo sino recoger lo que ya era una costumbre extendida en la práctica jurídica.

Sin embargo, no es la costumbre extendida en forma irreflexiva y espontánea el único factor que, aisladamente considerado, contribuye a la consagración de la transmisión de la propiedad solo *consensu*. Las enseñanzas de la escuela filosófica del derecho natural (racionalista) son determinantes en este proceso. La voluntad del individuo es considerada un instrumento todopoderoso al punto que en ella se hace reposar la justificación y razón de ser del contrato. La propia idea de la libertad de actuación de los particulares encuentra su justificación en la autonomía de la voluntad. No era posible –según los postulados de la escuela iusnaturalista– que la omnipotente voluntad individual no pudiera por sí misma

producir la transferencia de la propiedad y la constitución de los demás derechos reales. (Forno, 1993)

No parecía que la razón pudiera justificar la necesidad de un acto material para transferir una entidad puramente ideal como es el derecho de propiedad; el ordenamiento jurídico debía, continua el autor, reconocer a la voluntad individual en toda su real dimensión y así quedó consagrado en el Código de Napoleón, sin embargo, los franceses no establecieron un “efecto real” al contrato, sino, que por el contrario siguieron concibiendo a éste como simple fuente de obligaciones, de tal manera que en los contratos que tuvieran por finalidad la transferencia de la propiedad u otro derecho real, el contrato daba nacimiento a una obligación que se cumplía, o sea, se extinguía de forma contemporánea a la formación del contrato.

El código civil boliviano de 1831 siguió, en esta materia, la línea francesa tomando la regulación del código napoleónico y reprodujo en su artículo 729 lo expresado en el artículo 1138 de la normativa gala, correspondiendo, por consiguiente, las mismas críticas y/o comentarios de dicho sistema, por lo que el código de 1831 no llegó a establecer que la transferencia de la propiedad se opera por efecto del contrato. Todo lo contrario, se entiende que la transferencia de la propiedad resulta del cumplimiento de la obligación de dar, con la salvedad de que esta obligación se tiene por cumplida de pleno derecho, o sea, que la obligación nace y muere en el mismo momento, pues la tradición se la tiene por realizada aunque esta, efectivamente, no se haya producido. (Ortiz Mattos, 1992)

Ya el legislador italiano de 1865, que siguió muy de cerca al francés, supo, no obstante la influencia que éste ejerció en las codificaciones de la época, desprenderse de la estrecha noción de contrato, y por ello, habiendo aceptado la innovación francesa en torno a la espiritualización del sistema de transferencia de propiedad, no necesitó recurrir al mismo artificio que sus colegas y plasmó sin tapujos el efecto real de los contratos en el artículo 1125 de su Código –hoy derogado- con una fórmula que sólo con algunos retoques fue recogida por el artículo 1376 del Código Civil italiano vigente. (Forno, 1993)

Al respecto Messineo (1986), expresa y aclara la clasificación necesaria en dicho sistema de contratos consensuales, contratos reales y contratos con efectos reales. Respecto esta última categoría nos dice que el artículo 1376 (código civil italiano) dispone que en los contratos que tengan por objeto (entiéndase: finalidad, contenido) la transferencia (del derecho de propiedad) de una cosa determinada o la transferencia o la constitución de un derecho real..., el derecho de propiedad o el derecho de una de las otras especies enumeradas más arriba se transfieren o constituyen (y se adquiere, en consecuencia, por el derechohabiente) por efecto (únicamente) del consentimiento de las partes legítimamente manifestado. A ello se agrega una correspondiente pérdida en el enajenante o una correspondiente disminución en el constituyente... Es esto lo que se llama el principio del traspaso (o de la constitución) consensual de la propiedad; principio que el nuevo código ha extendido también a los derechos reales distintos de la propiedad y, más en general, a toda especie de derecho...

Dicho principio se encuentra plasmado, en nuestro medio, en el artículo 521 del c.c., norma, como expresa el Dr. Ortiz Mattos (1992) no es de orden público por lo que unas veces las partes y otras la ley pueden postergar la transferencia de la propiedad o la constitución de un derecho real para oportunidad posterior. Tales casos se encuentran previstos en los artículos 585, 586, 588, 594 y 595 del código civil vigente.

Messineo, citado por Villafuerte (2005) aclara que por consentimiento (de las partes) “legítimamente manifestado” debe entenderse un acuerdo entre las partes que no sea nulo (por una de las causas admitidas por la ley...)” y, con ello, se cree, hace referencia directa a que consentimiento debe ser leído como contrato (de acuerdo a la noción que su propio código establece en el transcrito art. 1321), aunque (como se fundamenta luego) consentimiento no es contrato.

Messineo, citado por Villafuerte (2005) cree que este efecto del contrato tiene presencia sólo si se ha cumplido el presupuesto legal y el bien (cosa) o el derecho que se transmite o constituye se hallan determinados (no sean sólo determinables), tengan existencia presente,

sean de propiedad (o titularidad) del enajenante y en que la transferencia no esté sujeta a condición o plazo. Manifiesta que para que se produzca el efecto traslativo en tales casos, será necesario que se produzca un evento que las determine (se individualicen o especifiquen, se concentren –vía elección-) o que las haga existir (en las cosas futuras, cuando ellas cobran existencia), que se verifique la condición o el plazo; o que el enajenante adquiera la propiedad de la cosa (respecto de la venta de bien ajeno y en virtud del art. 1478 del C. civil italiano que establece “venta de cosa ajena.- si en el momento del contrato la cosa debida no era de propiedad del vendedor, éste está obligado a procurar su adquisición al comprador. El comprador se convierte en propietario en el momento en que el vendedor adquiere la propiedad del titular de ella.

El contrato con efecto real (así también por principio simultáneamente obligatorio) elimina el modo de adquisición (tradición entre los franceses), la necesidad de ejecutar ese modo (obligación de dar) y la realización (ficta o real) de ese modo (prestación de dar). Deberá entenderse, que, cuando el artículo 521 nos dice que la transferencia es efecto del *consentimiento*, lo es en realidad por efecto del contrato, como la manifiesta el *nomen iuris* de dicha norma. (Villafuerte, 2005)

2.4. Oponibilidad de los Contratos con Efectos Reales (Partes y Terceros)

El contrato produce efectos inmediatamente perfeccionado (salvo que estuviera sometido a una condición), o sea, que si el contrato es “puro y simple” produce efectos una vez que éste es tenido como válido. Diez-Picazo expresa que la “eficacia del contrato se despliega, en línea de principio, entre las partes que lo celebran...”, en esa línea el código civil boliviano en su artículo 519²² expresa que los contratos tienen fuerza de ley solo entre las partes (y terceros vinculados a esta cualidad: sucesores a título universal); al mismo tiempo

²² Artículo 519 del c. c. (*Eficacia del contrato*)

El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. No puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo o por las causas autorizadas por ley.

el Artículo 523²³ establece que los efectos del contrato se limitan a las partes sin afectar a los terceros y finalmente el artículo 1538²⁴ determina que es necesario el registro para la oponibilidad del derecho (cuando el bien es inmueble o mueble registrable) emergente del contrato respecto a terceros.

No hay, pues, por regla general, eficacia para los terceros, frente a los cuales el contrato es *res inter alios acta*. Sin embargo, conviene precisar lo que significa este principio general de la eficacia relativa del contrato. ¿Qué es lo que se dice que no tiene eficacia para terceros? Ante todo, que la reglamentación que crea, con su cortejo de derechos, facultades y obligaciones, no le es aplicable, ni en su provecho ni en su daño (*neque nocet neque prodest*). (Diez – Picazo, 1990)

Sin embargo hay que tener presente que, como lo manifestaba Ihering, citado por Diez-Picazo (1990), que todo negocio jurídico produce un efecto reflejo para los terceros porque, al igual que ocurre en el mundo físico, todo hecho jurídico no se puede aislar en el mundo jurídico, sino que se relaciona con su entramado. La eficacia indirecta refleja o mediata del contrato para los terceros se manifiesta ante todo en el deber de respeto de la situación jurídica que crea, que les obliga, si lo conocen, a no celebrar con alguna de las partes otro

²³ Artículo 523. (*Eficacia respecto a terceros*)

Los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes y no dañan ni aprovechan a un tercero, sino en los casos previstos por la ley.

²⁴ Artículo 1538 c.c. (*Publicidad de los derechos reales; regla general*)

- I. *Ningún derecho real sobre inmuebles surte efectos contra terceros sino desde el momento en que se hace público según la forma prevista por este Código.*
- II. *La publicidad se adquiere mediante la inscripción del título que origina el derecho en el registro de Derechos Reales.*
- III. *Los actos por los que se constituyen, transmiten, modifican o limitan los derechos reales sobre bienes inmuebles y en los cuales no se hubiesen llenado las formalidades de inscripción, surten sus efectos sólo entre las partes contratantes con arreglo a las leyes, sin perjudicar a terceros interesados.*

contrato incompatible con el anterior para impedir su cumplimiento o frustrar el interés del otro contratante.

Partiendo de ello, es necesario hacer una pequeña referencia respecto a las *Partes* para diferenciarlos de los *Terceros*, al respecto Garibotto (1991) expresa que *Parte* es toda persona a la cual afecta el efecto del acto jurídico (contrato), es toda persona que con su voluntad (de manera directa o por medio de otra llamado representante) configura el acto jurídico, lo perfecciona. De ello surge la diferencia entre *Otorgante* del acto jurídico y de *Parte*. El otorgante es quien interviene en el acto con su voluntad, si lo hace en interés propio se denomina *Parte* y si lo hace en interés de otro se denomina *Representante*, de tal manera que el concepto de otorgante es genérico, que como tal incluye el concepto de parte, de tal manera que toda parte es un otorgante, pero no todo otorgante es una parte. En ese mismo sentido hay que considerar a los sucesores a título universal (herederos) a los cuales se los considera como *Partes* aún cuando no intervienen en el contrato, pues la ley determina que el heredero es continuador de la persona del *De Cuius*, siempre que se trate de derecho de contenido patrimonial y que ellos sean transferibles, lo que implica que no sean *intuito personae*.

Por otro lado existen los *Terceros*, que son todas aquellas personas que no intervienen en el contrato, o que haciéndolo (representante) no lo hacen en interés propio. Se puede decir que *Tercero* es toda persona que no es *Parte*. El establecimiento de la distinción cobra importancia respecto a lo normado en relación a los efectos de contrato, pues como se expresó anteriormente, el código civil establece que el efecto del contrato recae solo entre las *Partes* (incluyendo a los sucesores) y no afectan ni benefician a los *Terceros*.

Los *Terceros* pueden ser clasificados en dos grupos, en primer lugar teniendo en cuenta la posibilidad del tercero a oponerse al contrato o no, en ese sentido se habla de terceros Interesados y terceros Desinteresados; en segundo lugar se puede clasificar a los terceros teniendo en cuenta la oponibilidad del contrato respecto a ellos, y se habla de terceros con conocimiento del contrato y terceros sin conocimientos del contrato. (Garibotto, 1991)

Los terceros interesados son los acreedores, que cumpliendo determinados requisitos, pueden oponerse a la realización del acto, o serle inoponible los efectos del mismo, todo ello en busca de proteger la garantía de los acreedores cual es el patrimonio del deudor, y son terceros desinteresados todos los demás, o sea, todas las personas a las cuales no les afectan los efectos del contrato por lo cual no les interesa la realización del contrato y no pueden inmiscuirse en él. (Garibotto,1991)

Por otro lado son terceros con conocimiento del contrato, aquellas personas que intervinieron en el contrato (sin ser parte) o que por otro motivo o circunstancia tuvieron conocimiento de la realización del contrato; ejemplo, el notario que realizó la minuta, los testigos instrumentales, los abogados de las partes, los representantes, etc. Respecto a ellos, el contrato les es oponible, aunque el contrato no hubiese sido publicitado (mediante el registro correspondiente), pues ya tenían conocimiento de la realización del negocio jurídico. Sin embargo es importante tener presente la presunción de que los terceros no tienen conocimiento del contrato, y por ende los efectos no le afectan, para lograr ello es necesario publicitar el contrato, y ello se logra con el registro del negocio jurídico en el registro respectivo (si el bien es registrable) o por medio de la posesión (si el bien es no registrable). (Garibotto, 1991)

Si se tiene en cuenta que los terceros son ajenos al contrato, que en principio no conocen la realización del contrato, la norma concluye que los efectos emergentes del contrato no le son oponibles. Si las partes quiere hacer oponible los efectos del contrato a los terceros tienen que darlo a conocer, y ello se logra con la publicidad, misma que se obtiene de dos maneras distintas, teniendo en cuenta la naturaleza del objeto del contrato. Si es un bien registrable la publicidad, y por ende la oponibilidad se la obtiene con el registro del contrato en el registro respectivo (Ej. Inmuebles: Registro de Derechos Reales, Automotores: Registro de Automotores, etc.), pero si se trata de bienes no registrables, la publicidad y por lo tanto la oponibilidad se adquiere con la posesión.

CAPITULO III

EL REGISTRO DE LOS DERECHOS REALES

3.1. Derecho Registral

El derecho es parte del fenómeno social, lo que implica que éste evoluciona conjuntamente con los cambios y/o requerimientos de la sociedad en la cual se encuentra inmerso. Nuestra sociedad, cada vez más compleja, requiere de normativa que se adecúe a esta vida de especialización, ello ha motivado que el derecho se ramifique, y cada una de estas especializaciones tome vida propia y características particulares.

La importancia creciente de determinados bienes, y la rapidez en la circulación patrimonial de los mismos ha llevado a que la norma tome medidas para asegurar este tráfico jurídico, esas disposiciones fueron aglutinándose hasta constituir los sistemas jurídicos registrales actuales, que pretenden otorgar certeza y prevención en el manejo, adquisición o la constitución de derechos respecto a éstos bienes.

3.1.1 Evolución histórica.

Teniendo en cuenta solo el registro inmobiliario, o sea, el sistema encargado de registrar los bienes inmuebles, podemos distinguir, según lo expresa Pérez Fernández (1995), por lo menos, cuatro momentos históricos del desarrollo del derecho registral que tuvieron, de una u otra manera, una incidencia en la estructura actual de las normas registrales bolivianas.

a) El sistema romano

El sistema romano tiene por lo menos dos momentos claros en su evolución registral; el primero, que se desarrolla en la época clásica (reinado y república), donde se establecen tres formas de transmitir la propiedad: la *mancipatio*, la *in iure cessio*, y la *traditio*.

La *mancipatio* consistía en un procedimiento comercial efectuado solo por ciudadanos romanos para adquirir los bienes *mancipi*. Se realizaba en presencia de cinco testigos y se utilizaba una balanza y un trozo de bronce. El adquirente, como símbolo del precio golpeaba uno de los platos de la balanza con el trozo de cobre y al mismo tiempo pronunciaba una fórmula solemne afirmando que así suya la cosa. La *in iure cessio*, consistía en un juicio ficticio, donde el enajenante y el adquirente, comparecían ante el pretor y el adquirente afirmaba ser el propietario, como no había oposición del transmitente, el magistrado así lo declaraba; finalmente la *traditio* consistía en la entrega física de la cosa por parte del enajenante al adquirente.

El segundo período se produce con el derecho Justiniano que mantiene la *traditio* como modo de adquirir la propiedad, cuando se entrega de manera ficta, pero no físicamente, la *traditio* se conoció como tradición breve mano o larga mano.

b) El sistema australiano

El sistema australiano está basado en el *Acta Torrens* del sistema inglés de 1858. Este sistema también se conoció como sustantivo, pues la inscripción de un bien inmueble en el Registro Público de la Propiedad era elemento esencial determinante de existencia del derecho propietario y necesario para la adquisición de la propiedad.

De acuerdo a este sistema, todo inmueble en Australia era propiedad de la Corona Inglesa, por lo que la propiedad del particular emana siempre de una concesión de aquella, que debía, obligatoriamente, ser registrado. Una vez matriculado el inmueble se procede a expedir un título o certificado por duplicado, uno de los ejemplares queda en archivos del Registro y el otro se entrega al titular. El título que expide el Registrador en nombre del Estado tiene valor de título real, es decir, de documento que hace fe en cuanto a la realidad física y jurídica del inmueble. El título es inatacable y su fuerza probatoria es absoluta. (Pérez Fernández, 1995)

c) El sistema alemán

En el sistema alemán la *Gewere* y el *Auflassung* eran las formas de transmitir la propiedad. La *Gewere* se integraba por dos aspectos: la entrega al adquirente, y la desposesión o abandono del enajenante. El *Auflassung*, podía ser judicial o extrajudicial, el primero se asemejaba a la *in iure cessio* del sistema romano, o sea, era un juicio simulado. En el segundo caso, el contrato se perfeccionaba con la inscripción de la transmisión de la propiedad en el Registro correspondiente del libro territorial. (Pérez Fernández, 1995)

Cornejo (1994), no enseña que las características principales del sistema alemán son las que siguen:

1) El procedimiento es oficial. El registro es una sección especial de los tribunales de distrito, dirigida por un juez que tiene dos funcionarios que colaboran: el llevador del registro y un oficial especial encargado de la parte correspondiente a la labor de agrimensura. El procedimiento es de jurisdicción voluntaria. El Estado responde por las inexactitudes registrales y el acceso a los libros es público para quien acredite un interés legítimo.

2) La articulación es formal. Existen distritos registrales que comúnmente coinciden con los de los municipios. Cada finca tiene una hoja registral propia que se llama folio real.

3) La ordenación interna de los libros del registro debe ser un espejo de la situación jurídica de cada finca, por lo que a cada finca se destina un folio, que en realidad es un cuaderno registral, en el cual se inscriben las relaciones de derecho privado que tengan trascendencia jurídico real. El modelo de folio coloca en primer lugar la descripción del objeto, esto es, expone a los ojos del lector la finca afectada que incluye a ciertas titularidades como, por ejemplo, un derecho de paso sobre la finca colindante. Existen luego tres secciones: la primera, la expresión del dominio, por la que se informa al lector del propietario de la finca y en la cual se registran las ulteriores alteraciones sobrevenidas; la segunda se refiere a las cargas y limitaciones, incluidas las hipotecas, que constituyen la tercera sección.

- 4) Cada inscripción supone una posición registral. Ésta se obtiene por dos medios.
- a) Por la solicitud, a pedido de cualquiera de las partes. Su ingreso determina el rango. El registro nunca procede de oficio.
 - b) El permiso de inscripción es exclusivamente a pedido del perjudicado, a cuyo nombre figura el asiento. Debe ser hecho necesariamente en instrumento público. En el caso especial de la *auflassung*, esto es de la transmisión de la propiedad, se requiere un consentimiento bilateral para la inscripción. Para otorgar ese consentimiento es necesario que el autorizante tenga el derecho inscrito a su nombre. Además, requiere una cadena no interrumpida de transmisiones. Con la inscripción queda definitivamente concluida la modificación jurídico real por ser ésta constitutiva.
- 5) La inscripción es un presupuesto para la adquisición del derecho. Para esta adquisición de derechos sobre una finca se requiere el convenio de los interesados y la inscripción en el registro.

Ambos elementos son constitutivos, si falta alguno de los dos queda excluida la adquisición. También se requiere la inscripción para la extinción de los derechos y para la modificación de su contenido. El convenio al cual se hace referencia es el convenio jurídico real que nada tiene que ver con el convenio causal.

La compraventa, la permuta, etc., no generan por sí solas la propiedad de la finca. La transmisión formal del dominio está desligada de ese fenómeno mediante la abstracción de la causa. El más importante de estos convenios es la *auflassung*, necesaria para la transmisión de la propiedad. La *auflassung* debe ser dada por ambas partes, o en la oficina del registro o en un juzgado de distrito o ante un notario. Ante la negativa de dar la *auflassung* se puede demandar en tal sentido.

6) Se presume que los derechos inscriptos existen (fe pública) y que los no inscriptos no existen, pero se admite la prueba en contrario. Respecto de los terceros de buena fe se los protege en cuanto han confiado en el contenido del registro.

La protección no se extiende a las referencias relativas a las circunstancias de hecho, ni a los datos relativos a las personas, salvo, por supuesto, a la identidad del titular. Se extiende en cambio a:

- a) La adquisición de la propiedad derivada del no propietario.
- b) La adquisición de hipoteca por consentimiento dado por un falso propietario o por cesión dada por un falso acreedor hipotecario.
- c) A las adquisiciones libres de cargas que no aparecen en el registro.
- d) A los negocios que de buena fe se celebren con el titular inscripto o registral

El perjudicado tiene únicamente una acción personal, la que tendrá efectos contra terceros si la adquisición de éste lo fue a título gratuito. La prescripción que confirma las inexactitudes opera a los treinta años.

d) El sistema francés

El sistema francés, siguiendo los antecedentes del último período romano de la *constitutio posesorio* se aplicó una nueva forma de la transmisión de la propiedad. Consistía en una cláusula, como anteriormente ya se hizo referencia, por medio de la cual el adquirente recibía la posesión jurídica (no física) y el enajenante manifestaba conservar la posesión por cuenta del adquirente. Éste desplazamiento jurídico de la posesión se cumplía por efecto de un simple pacto, frecuentemente inserto en el contrato de transferencia denominado cláusula *vendidit et tradidit* (vendió y entregó). El Código francés de 1804 consagra éste principio de la transmisión de la propiedad. Por otra parte, la jurisprudencia posterior a la sanción del Código interpretó que no correspondía imponer la publicidad para los actos a título oneroso, lo que fue consagrado por el Código de Procedimiento.

La doctrina y la jurisprudencia hicieron hincapié sobre la necesidad de una buena organización de la publicidad inmobiliaria, y se llegó así a la ley del 23 de marzo de 1855 que ordenaba la transcripción de la constitución de derechos reales sobre inmuebles incluso para los no susceptibles de hipoteca, tales como las servidumbres y la habitación, que no se inscribían en la ley de brumario y llegaba a incluir entre los actos inscribibles a ciertos derechos personales como los arrendamientos a largo plazo. Quedaban excluidas las transcripciones de las particiones y transmisiones por causa de muerte, sea la sucesión testamentaria o ah intestato. La transcripción siguió siendo un requisito de oponibilidad. Por la ley del 30 de octubre de 1935 se extendió el ámbito de las transcripciones a las transmisiones por causa de muerte y a los actos declarativos, tales como las particiones y las sentencias. (Pérez Fernández, 1995)

La ley del 17 de junio de 1938 permite la transcripción de los mandamientos de embargo, y a partir de ésta, la parte embargada no puede ya enajenar válidamente su inmueble, ni gravarlo con algún derecho real. Además, las enajenaciones no publicadas son oponibles a los acreedores embargantes. Los registros se llevaban por los apellidos de los propietarios. Por ello, eran un caso típico de sistema cronológico personal, de mera oponibilidad a terceros, pero que no protegía al adquirente de las nulidades del acto inscripto. El decreto del 4 de enero de 1955, si bien mantuvo el sistema cronológico personal, instauró también un sistema de publicidad real, mediante ficheros ordenados por parcelas. Se prohíbe la publicación de un acto de transmisión si el anterior no ha sido inscripto. (Pérez Fernández, 1995)

e) El sistema boliviano

Fundada la República el 06 de agosto de 1825, nuestra legislación mantuvo, en materia de Derecho Registral, las leyes del sistema legal de la Colonia, hasta la promulgación del primer código civil de nuestro país, que en su artículo 1480 establecía la creación de una oficina del *oficio de hipotecas* en cada Departamento, a cargo de un *escribano*, (Suárez Saavedra, 2004)

La ley del Notariado fue promulgada en 1858, constituyéndose en un gran avance en la materia. El 15 de noviembre de 1887 se dicta la Ley del Registro de los Derechos Reales y el 05 de diciembre de 1888 se promulga el Reglamento de la Ley de Derechos Reales. Finalmente, el gobierno de Carlos Mesa Gisbert se emite el trascendental Decreto Supremo No. 27957 de fecha 24 de diciembre de 2004, complementado con el Decreto Supremo No. 27966 de fecha 07 de enero de 2005.

3.1.2 Clasificación

El sistema registral puede clasificarse desde tres puntos de vista: a) Por los efectos de la inscripción; en este caso hacemos referencia a los sistemas constitutivos en los cuales el registro da nacimiento al derecho sobre el bien inmueble (ej. sistema alemán y Torrens); y los sistemas declarativos, en los cuales el registro solo cumple una función de publicidad y oponibilidad del derecho registrado, en el cual se encuentra enmarcado nuestro sistema registral. b) Por la forma de inscripción: podemos hacer referencia al sistema de folio personal donde la base de registro tiene en cuenta al titular del derecho, y al sistema de folio real donde el registro se estructura teniendo en cuenta el bien inmueble registrado. c) Finalmente por la posibilidad o no de subsanar los vicios o no del título registrado: en este caso se conocen los sistemas convalidantes, en los cuales el registro subsana cualquier vicio de que pudiere adolecer el título registrado, y los sistemas no convalidantes para los cuales el registro no subsana ningún vicio más por el contrario, posteriormente pueden ser objeto de acciones de nulidad o anulabilidad.

3.1.3 Concepto

Molinario, citado por de Reina Tartiere (2004), define el Derecho registral inmobiliario como el sector del Derecho registral encargado del estudio de los principios y normas que regulasen la organización y funcionamiento de los organismos públicos destinados a la recepción de los títulos referidos a los derechos reales y crediticios que recayesen sobre inmuebles; el modo en que hubiera de efectuarse cada asiento o inscripción; los medios y el

contenido de la información que sobre lo ya publicado pudieran expedir esos organismos, y finalmente, los efectos que resultaran de la inscripción.

3.2 Principios Registrales

3.2.1 Concepto

Roca Sastre, citado por García Coni y Frontini (2006) define a los principios registrales como las orientaciones capitales, las líneas directrices del sistema, la serie sistemática de fases fundamentales, y el resultado de la sintetización o condensación del ordenamiento jurídico registral.

3.2.2 Clasificación

La doctrina establece distintos principios registrales, mismos que se encuentran acordes con el sistema registral imperante en dichas normativas. En el sistema legal boliviano podemos hacer referencia al, entre otros, principio de publicidad del artículo 1538 c.c., principio de inscripción del artículo 1540 c.c., principio de preferencia del artículo 1545 c.c., principio de especialidad del artículo 1548 c.c., entre otros.

A los fines del presente trabajo y teniendo en cuenta la problemática planteada y el objetivo general propuesto, se desarrollarán los siguientes principios:

1. Principio de fe pública registral

El principio de fe pública registral se halla íntimamente vinculado al de legitimación, hasta el punto de que podrían ambos integrar otro principio: el de exactitud registral. Así, mientras el principio de legitimación expresa una presunción *iuris tantum* acerca del contenido del Registro, el de fe pública registral da un paso más, al instaurar otra *iuris et de iure* a favor del que, confiando en aquella primera presunción, se hubiera decidido a

contratar con el titular inscrito. No es justo que esta persona hubiera de soportar cargas, gravámenes y derechos que siendo inscribibles no lo estuvieran cuando presentó su escritura o título en el Registro. (García Coni y Frontini, 2006)

Alterini (2006) afirma que la denominada *fe pública registral* está sumergida en una maraña de confusiones terminológicas y de equívocas, que no existe una referencia clara ni en el Código Civil (Argentino) ni en la legislación registral, al concepto de fe pública registral, más aun, la mención de la *fe pública* no es propia de las normas civiles.

En el ordenamiento civil, al regular los instrumentos públicos, no se menciona explícitamente la fe pública, pero a ella se apunta cuando el artículo 993 (del sistema argentino) emplea la noción de *plena fe*, al puntualizar que: "El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia". (Alterini, 2006)

Una interesante aproximación al tema es la realizada por la Gabriela Vázquez, citado por Alterini (2006), quien desde el punto de partida semántico del sentido de los vocablos *fe* y *pública*, ha sostenido que deben distinguirse dos sentidos en la *fe pública*; por un lado, la *fe pública*, nos dice, es una creencia social. Aquí tiene el sentido de conjunto de creencias o confianza de numerosas personas. Muchas personas tienen confianza en alguien o en algo. Así, son muchos los que depositan su *fe pública* en un personaje de la ciencia, de la política o del deporte. Esta fe no es impuesta por el Estado, es facultativa o voluntaria. Otra acepción hace de la *fe pública* una creencia obligatoria. Es la creencia o confianza que el Estado obliga a los ciudadanos a tener en alguien o en algo. Es necesario que el Estado nos imponga por ley creer, porque de lo contrario no estamos obligados a hacerlo, ya que nadie está obligado a una actitud determinada si la ley no lo manda.

En materia de legislación registral, acaso exista cierta creencia social en que las constancias de los Registros son confiables, pero en ningún precepto se impone tal creencia como

obligatoria. En el derecho argentino no existe una creencia obligatoria en la veracidad de los Registros, pues justamente no existe tal fe pública registral. En la máxima reducción del tema, la fe pública registral es un culto pagano del Registro. Habría esa pseudo fe pública cuando el Registro es presupuesto necesario y suficiente de la buena fe. Sin duda que el Registro es presupuesto necesario de la buena fe: sin informarse en el Registro no se puede ser de buena fe. Pero, aparte de ser presupuesto necesario de la buena fe, de existir fe pública, sería presupuesto suficiente de ella. (Alterini, 2006)

Es sabido que la legislación registral argentina rechaza la convalidación, ya que a tenor del art. 4º de la ley 17.801: "La inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciera según las leyes", es decir, que si el título ingresa al registro con defectos que afectan su eficacia, la circunstancia de la inscripción no sana tales defectos, sin embargo los efectos de esa fe pública han sido calificados por algunos como una suerte de "convalidación indirecta" que beneficia a los terceros de buena fe, especialmente si adquirieron a título oneroso. (Alterini, 2006)

2. Principio de publicidad

En sentido lato, Publicidad es la actividad orientada a difundir y hacer notorio un acontecimiento. En sentido menos amplio, consiste en la exteriorización o divulgación de una situación jurídica a objeto de provocar su cognosibilidad general. El fenómeno publicitario se nos presenta como antitético de la clandestinidad. Lo notorio ocupa el polo opuesto a lo secreto. El ordenamiento jurídico, empero, toma en consideración ambos puntos extremos de la cognosibilidad, y, así como unas veces estima digno de tutela el interés al secreto (tutela de la imagen, de la correspondencia, del secreto profesional, industrial, etc.), otras acoge y protege el interés a la cognosibilidad. (Fernández Pérez, 1995).

En sentido estricto, y desde el ángulo técnico-jurídico, debe entenderse por publicidad el sistema de divulgación dirigido a hacer cognoscible a todos, determinadas situaciones jurídicas para tutela de los derechos y la seguridad de tráfico. Este principio puede

examinarse desde los puntos de vista material y formal. La publicidad material está concebida como los derechos que otorga la inscripción, y éstos son: la presunción de su existencia o apariencia jurídica, y la oponibilidad frente a otro no inscrito. La publicidad formal consiste en la posibilidad de obtener del registro las constancias y certificaciones de los asientos y anotaciones, así como de consultar personalmente los libros y los folios. (Fernández Pérez, 1995).

3. Principio de legitimación

Se entiende por legitimación lo que está conforme a las leyes y es genuino y verdadero, Landaria, citado por Fernández Pérez (1995) expresa que “la legitimación es el reconocimiento hecho por la norma jurídica del poder de realizar un acto jurídico con eficacia. Algunas veces la legitimación se asimila a la apariencia jurídica, en efecto debemos tomar en cuenta, que la apariencia es la causa de la legitimación, porque, si se tienen suficientes elementos para presumir la titularidad de un derecho, éste llega a ser válido. La apariencia jurídica existe cuando la ley, para proteger al tercero de buena fe, le da valor a una situación o actuación jurídica que se contrapone con la realidad.

La legitimación se clasifica en ordinaria y extraordinaria, la primera se da cuando existe coincidencia entre el derecho protegido y la realidad del hecho; la extraordinaria es cuando un acto eficaz se ejecuta por un autor que no goza de la titularidad del derecho de que se trata ni respeta la esfera jurídica ajena. La legitimación nace con el asiento o anotación en el registro, de tal manera que mientras no se pruebe la inexactitud de lo inscrito frente a lo real, prevalece lo que se encuentra asentado. Lo inscrito es eficaz y crea una presunción *iuris tantum* de que el titular aparente es el real; pero si se trata de actos en los cuales se afecte el interés de un ajeno, la presunción se vuelve *iure et de iure*, en protección a los adquirentes de buena fe, presumiendo que un derecho inscrito existe y pertenece al titular registral. (Fernández Pérez, 1995).

4. Principio de Inscripción

En los Sistemas de fuerza Formal de Registro, la inscripción es el elemento básico para que se produzca la constitución, transmisión, modificación o extinción de los derechos reales

sobre los bienes inmuebles. En los Sistemas de Transcripción, la inscripción no es factor esencial o constitutivo para que los derechos reales se produzcan, a excepción del de Hipoteca. El segundo es el sistema imperante en Bolivia. (Fernández Pérez, 1995).

5. Principio de Prioridad.

Este principio establece que el acto registrable que primeramente ingrese en el Registro se antepone o prevalece a todo acto registrable que, siendo incompatible, no hubiere ingresado en el Registro, aunque fuere de fecha anterior. Es decir, en el caso típico de doble venta o venta *a non domino*, el primero que registra excluye los derechos que pudiera haber adquirido el otro comprador. (Fernández Pérez, 1995).

3.3 Valor de la inscripción en los derechos reales

Nuestro sistema legal en conformidad a lo determinado por los artículos 105, 110, 521 y 1538 del c.c., otorga al registro un valor declarativo, siguiendo los antecedentes del sistema francés, de tal manera que el derecho real preexiste al registro, cumpliendo éste último una función de publicidad respecto a los terceros. En tal sentido, Gabriel de Reina Tartiére (2004) expresa que el Derecho Real, nace, esté o no registrado, requiriendo de su asiento para gozar de eficacia frente a los no intervinientes, esa eficacia se funda en la posibilidad que habrían tenido de conocerlo, en esa presunción general de conocimiento que conlleva el registro. Y esa misma es la razón, la de oponibilidad por conocimiento, la que justifica la existencia de Derechos Reales que son oponibles a pesar de no estar inscritos, pues aunque la inscripción se exige a los efectos de publicitar el título no queda excluida la posibilidad de que los terceros arriben por otras vías al conocimiento de la realidad jurídica extraregstral, supliendo dicho conocimiento la inscripción.

Es importante tener presente los principios en materia registral entre otras cosas porque:

- a) Los Principios del Derecho Registral son las orientaciones fundamentales, que informan esta disciplina y dan la pauta en la solución de los problemas jurídicos.

- b) Los Registros Inmobiliarios constituyen el medio más eficiente para la publicidad de los derechos reales sobre inmuebles.
- c) La Legislación relativa a la constitución, adquisición, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre inmuebles o cualquier otra situación jurídica debe procurar la protección del titular como la seguridad del tráfico jurídico.
- d) La presunción legitimadora del Registro para el que adquiera de buena fe y a título oneroso con apoyo en el mismo es incontrovertible.
- e) La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conoció o debió conocer la inexactitud del Registro.

A partir de ello es conveniente hacer notar que el registro de bienes inmuebles, en el sistema boliviano es declarativo de derechos, así lo establece el artículo 1538 relacionado con el 521 de la misma normativa.

Hecho este pequeño desarrollo del efecto del contrato entre las partes y terceros, y la función del registro en la publicidad de estos contratos que tienen que ver con la transferencia o constitución de un derecho real, es hora de ver la normativa boliviana en relación a la transferencia del derecho propietario sobre un bien por su dueño a diferentes compradores y la función del registro (en caso de bienes registrables) y su relación con la buena fe.

3.4 Configuración del supuesto de hecho del artículo 1545 del Código Civil Boliviano:

Es necesario hacer un análisis detallado de los distintos supuestos que pueden encuadrar en lo previsto por el artículo 1545 del c.c., a los fines de establecer de manera clara sus requisitos y los efectos que produce en relación a cada uno de ellos; al aludir a la doble venta se concreta en el caso de venta de un mismo bien inmueble (o la constitución de derechos reales incompatibles entre ellos) por su dueño a diferentes compradores, ya sea por error, ya sea por malicia.

Distintos supuestos

Si la propiedad se adquiere por efecto del contrato, la pregunta que surge es ¿qué ocurre si el propietario, por medio de distintos actos, transfiere el mismo bien inmueble a diferentes adquirentes?, ¿Quién es el propietario?, ¿Hay una transferencia emergente del contrato producto de una doble venta o se configura la venta de cosa ajena, ¿Qué requisitos se exige para establecer la preferencia?, para poder responder adecuadamente a estos interrogantes fundamentales, es necesario establecer los supuestos de hecho contemplados por el artículo 1545 del c.c.

a) Diferencia entre doble venta y venta de cosa ajena

Para poder delimitar teóricamente ambas figuras es necesario tener en cuenta el sistema legal vigente en la normativa estudiada, pues no es lo mismo ver esta problemática dentro del sistema de título y modo o, dentro del sistema consensualista, como se lo explico en los apartados anteriores.

En el sistema del título y modo (sistema romano o de la *traditio*), en caso de configurar la doble venta, hay que analizar los distintos supuestos y requisitos para la transferencia, ya que el título por si mismo no tiene la cualidad de constituir un derecho real, solo emergen de él derechos obligacionales, de tal manera que una venta que no se perfecciona con la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; de tal manera que, en el sistema de la *traditio*, es muy factible la configuración de la doble venta, pues ambos contratos son válidos y producen efectos obligacionales (obligación de dar), de tal manera que si el primer comprador no entra en posesión ni registra, y el segundo comprador si lo hace, no hay duda de que el propietario será aquel que logro a su favor la constitución de los dos requisitos señalados (título y modo), y el registro cumplirá una función de publicidad del derecho adquirido. En este caso estaríamos hablando de una doble venta, donde el segundo comprador adquiere la propiedad del *verus dominus*, ya que la primera

venta no produjo la transferencia el derecho real de propiedad por faltar la concurrencia de los elementos necesarios para dicho efecto.

En este caso, la doctrina y el derecho comparado mayoritariamente, entienden que el segundo comprador, para afianzar su derecho propietario, debiera actuar con *buena fe*, que para el caso es entendida como una buena fe subjetiva, lo que implica el desconocimiento por parte del segundo adquirente del primer contrato, pues de lo contrario se lo tendría por “tercero con conocimiento del acto” y por ende, los efectos de dicho contrato le serían oponibles aunque no se hubiera registrado, conforme se vio en la primera parte.

Por el contrario hay venta de cosa ajena cuando el vendedor propietario celebra dos contratos de compraventa sobre el mismo bien inmueble a personas distintas, con la diferencia que una de ellas, en la primera compraventa, adquiere la propiedad por efecto del contrato (sistema consensual), dando lugar, en la segunda transferencia, a una enajenación de un bien ya no propio, sino ajeno. (Saborido Sanchez, 2008)

Esta distinción es de suma importancia en el sistema boliviano que adopta, conforme se vio anteriormente, dentro de los modos de adquirir el dominio, la adquisición por efecto de los contratos (contratos con efectos reales), expresado tanto en el artículo 110 del c.c. como en el artículo 521 de dicho cuerpo legal. Al respecto, Messineo (1986) expresa que el consentimiento es suficiente para que el contrato produzca el efecto real. Dicho efecto es suficiente para producir la transferencia entre las partes, pero también lo es frente a los terceros en general, en el sentido de que el derecho real se adquiere o constituye inmediatamente por el adquirente, sin que las partes, nos dice Messineo, deban hacer nada más, cuando el consentimiento se haya manifestado legalmente y concurren los requisitos determinados por ley.

En tal caso cabe preguntarse si la segunda venta es válida, ya que en la primera se transfirió el derecho propietario y la segunda solo hay una venta de cosa ajena. El sistema francés, inmerso en el consensualismo, de manera lógica concluye que la venta es nula (vicio en el

objeto para algunos y falta de legitimación, para otros), ya que resulta inconcebible una compraventa que no produzca el traspaso inmediato del dominio en un sistema que exige como requisito *sine qua non* el poder de disposición del vendedor en el momento de la realización del contrato, para alcanzar la perfección. Elemento no aplicable al sistema de la *traditio*, por los argumentos anteriormente referidos.

Tras lo anterior, podemos afirmar que nos encontramos ante dos supuestos diferenciados: venta de cosa ajena y doble venta. La similitud se halla en que ambas son ventas sobre un mismo bien por idéntico propietario a dos compradores diferentes; la diferencia estriba en que la doble venta, al celebrar el segundo contrato, aún no ha sido transmitida la propiedad, y la venta que se realiza es por el verdadero propietario. (Saborido Sanchez, 2008)

b) Presupuesto contemplado por el artículo 1545 del c.c.

Partiendo del análisis anterior, la pregunta a ser resuelta es si el artículo 1545 del c.c. contempla ambas figuras, o solo una de ellas, y en su caso ¿Cuál?. De la lectura del artículo referido, entendemos que el precepto está íntimamente vinculado al sistema de la *traditio*, donde se habla de dos contratos válidos y en el cual el efecto real emerge del registro (previa *traditio*, o entendiendo esta inserta en el registro), por lo que la preferencia del efecto real surge de la prioridad registral siempre que el adquirente haya obrado de buena fe y a título oneroso (artículo 1473 del c.c. español, artículo 34 de la Ley Hipotecaria española, entre otras), configurándose la doble venta.

En nuestro caso, referido al artículo 1545 del c.c. (mismo que el artículo 15 de la ley de Registro de Derechos Reales) podemos afirmar, en contra de lo determinado por Messineo, que no existe doble venta, sino *venta de cosa ajena*, por la cual, el derecho real se otorga al que registra primero, teniendo en cuenta la oponibilidad de lo registrado y el principio de la fe pública registral, de tal manera que se ampara al adquirente que primero registra, (amparo de una situación excepcional) siempre que el mismo haya actuado de *buena fe* en concordancia con lo determinado con el artículo 1279 del sistema civil; esto implica que el

segundo comprador adquiere originariamente de un *non dómimo*, superponiéndose al primer comprador que recibió la propiedad por efecto del contrato. Por ende, dicho comprador, para ejercer su preferencia, debe cumplir con los requisitos exigidos al *tercero registral* que en doctrina es unánime la exigencia de la buena fe. Es decir, para que prevalezca la adquisición del segundo comprador frente al primero que adquirió a través del sistema general de transmisión, y que debiera haber adquirido el dominio de manera regular, no le basta con un título; le es imprescindible el cumplimiento de los requisitos para ser considerado *tercero registral*, como situación excepcional de preferencia del que recibe de un *no dueño* frente al que recibió de un dueño cumpliendo con el mecanismo general de transmisión del dominio.

La buena fe actúa como elemento integrador; su exigencia es imprescindible en una situación presidida por la dualidad de convenios sobre un mismo bien inmueble, y la relevancia del conocimiento o no de la existencia de un comprador diferente y anterior. De ahí que la exigencia de prioridad en la inscripción registral se acompañe de la buena fe que determine la ausencia de conocimiento de la doble disposición del transmitente. (Saborido Sanchez, 2008)

Los artículos 103 y 1545 del código civil dan la regla para solucionar el conflicto que se presenta cuando la cosa ha sido vendida a diferentes compradores por el mismo vendedor.

Si la cosa es mueble la propiedad, la propiedad se transmite a quien primero haya tomado posesión de ella con buena fe, así lo preceptúa el artículo 103²⁵ del c.c.

²⁵ Artículo 103 del c.c. (*Adquisición por la posesión de buena fe en caso de enajenaciones sucesivas*).

Si se enajena sucesivamente una cosa mueble corporal a varias personas, la primera que entra en posesión de ella es preferida y adquiere la propiedad siempre que sea de buena fe, aunque su título tenga fecha posterior.

El supuesto de hecho del artículo constituye la existencia de dos o más contratos de transferencia del derecho propietario por el mismo titular a distintas personas, en este caso quien adquiere la propiedad es quien entra en posesión del bien, entendiendo la ley que está publicitando su derecho y por ende haciéndolo oponible a los terceros, siempre y cuando haya actuado con buena fe, lo que implica que el poseedor no haya conocido la existencia de una anterior transferencia.

Si el bien fuera inmueble (o mueble registrable), el criterio elegido por la ley para determinar la preferencia es el registro, conforme lo estipula el artículo 1545²⁶ del c.c.

Al igual que en el anterior caso, el supuesto de hecho del artículo constituye la existencia de dos o más contratos de transferencia del derecho propietario por el mismo titular a distintas personas, en este caso quien adquiere la propiedad es quien registra primero su derecho, entendiendo la ley que está publicitando su derecho y por ende haciéndolo oponible a los terceros, pero a diferencia del anterior, no hace referencia explícita a la buena fe, o sea, que quien registra no haya conocido la existencia de una anterior transferencia. Ello trae aparejado el problema de determinar si es o no un requisito que quien registra sea un *tercero de buena fe*.

Sobre el tema Messineo (1986) opina que a diferencia de lo que ocurre con los bienes muebles, respecto de los cuales es preciso la buena fe para determinar la preferencia entre dos o más adquirentes del mismo causante, en lo atinente a los inmuebles la prioridad en la transcripción (registro) dirime (el conflicto), *prescindiendo* del estado de *buena o mala fe* del que ha transcrito (registrado) primero, aunque sea segundo o ulterior adquirente. Por lo tanto, un segundo (o ulterior) adquirente, aunque tuviese conocimiento de haber adquirido un inmueble ya enajenado por el mismo causante (y, por consiguiente, de mala fe), es preferido al primero si consigue transcribir (registrar) antes que éste.

²⁶ Artículo 1545 del c.c. (*Preferencia entre adquirentes de un mismo inmueble*).

Si por actos distintos ha transmitido el propietario los mismos bienes inmuebles a diferentes personas, la propiedad pertenece al adquirente que haya inscrito primero su título.

Por el contrario para Diez-Picazo (1990), la prioridad está subordinada no sólo a la inscripción, sino también a la adquisición a título oneroso, a la *buena fe*, y a que conste inscrito con anterioridad el derecho del vendedor. Determina como un elemento a tener en cuenta, respecto a la preferencia entre varios adquirentes, la existencia de la buena fe en el registro.

En esa misma línea, Américo Cornejo (2005) expresa que el tercero registral debe ser de buena fe, en el sentido de desconocer la transferencia anterior del bien inmueble, buena fe que se presume en tanto no se demuestre lo contrario, postura puesta de manifiesta por Velez Sarfield en la nota al artículo 3136 del código civil argentino, cuando afirma que “sería un deshonor de la ley que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que esta triunfara”.

Diez-Picazo (1990) determina dentro del cuadro de excepciones al principio general de la eficacia relativa del contrato y como uno de los supuestos en que un contrato puede producir efectos en relación con los terceros, pueden situarse los llamados *contratos en daño a terceros*. Se alude con esta denominación a los contratos que celebrados producen un daño a terceros, violación que consiste en el ataque a un derecho subjetivo concreto, y que afecta el deber de respetar las situaciones jurídicas ajenas (obligacionales o reales). La responsabilidad en que incurre el que es parte en el segundo contrato y sujeto pasivo del derecho subjetivo lesionado es clara: responsabilidad contractual por incumplimiento. La del que contrata con él debe establecerse en función de que conociese o no que se producía la lesión, respondiendo en el primer supuesto por la responsabilidad extracontractual...

3.5 Tercero adquirente (Tercero registral)

En cuanto al concepto de tercero registral (tercero protegido o tercero hipotecario, en el Derecho español) Diez-Picazo (1990) lo describe como aquél adquirente a título oneroso y de buena fe, que adquiere un derecho real de un titular registral y que a su vez inscribe en el

Registro su título de adquisición. Asimismo, lo reconoce como el genuino beneficiario de la fe pública y de la protección del Registro.

En el Derecho Peruano, el profesor Álvaro Delgado Scheelje, citado por Cárdenas Alvarado (2007) ha desarrollado el siguiente concepto: El tercero registral no es otro sino el titular registral que resulta beneficiado o perjudicado, por aplicación de los principios que recoge el sistema registral, respecto de una relación jurídica ajena pero conexa a su derecho inscrito y que confronta con el mismo”.

La Exposición de Motivos Oficial del Libro de los Registros Públicos del Código Civil del Perú, al comentar el artículo 2014° señala que “es tercero registral aquél que adquirió un derecho a título oneroso. Con buena fe, de quien aparece en el registro con derecho inscrito y que ha procedido a inscribir su adquisición, y será tercero registral respecto de cualquier acto o contrato, en cuya celebración no haya intervenido y que a su vez no se haya inscrito o se inscriba con posterioridad. Esta persona así constituida en tercero registral usará, para defender su derecho las normas de derecho registral que establecen el principio de la fe pública registral, de prioridad, de legitimación y de normas como el artículo 2022° del Código Civil”. (Cárdenas Alvarado, 2007)

De los conceptos anteriormente citados podemos deducir que el tercero a que se refiere el principio de la fe pública registral, regulado en el artículo 34° de la ley hipotecaria y el artículo 2014° del Código Civil Peruano, no es cualquier persona extraña a una relación jurídica, como podría hacer suponer el concepto puramente civil de tercero, sino un adquirente a título oneroso y de buena fe, que adquiere un derecho real de un titular registral y que a su vez inscribe en el Registro su título de adquisición. (Cárdenas Alvarado, 2007)

El tercero civil es distinto. Se trata de una persona que no ha intervenido en el acto o contrato del que se trate y respecto del cual podrá o no defenderse haciendo uso de las normas del derecho común; más no de las normas de derecho registral que establecen entre

otros al principio de la fe pública registral. Así pues, en el orden civil general, es tercero el que no ha sido parte en un contrato o negocio jurídico especialmente contemplado, siendo completamente extraño o ajeno al mismo. Este tercero no puede en principio desconocer o rechazar un contrato otorgado por otros, pero por razones de seguridad y de seriedad jurídica, la ley admite que pueda el tercero considerar como inexistente, en cuanto pueda perjudicarlo, un contrato en el cual no ha sido parte, salvo que se cumplan ciertos requisitos de forma. (Cárdenas Alvarado, 2007)

La inoponibilidad es un mecanismo derivado directamente del principio de relatividad que gobierna los negocios jurídicos y diseñado con el fin primordial de proteger a los terceros ajenos a su conclusión. Perfiló un recurso que no hace a la validez intrínseca del negocio sino a su eficacia. Como se concluyó en las Décimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes, 1985), se trata de “un supuesto de ineficacia establecido por la Ley, que priva a un negocio válido y eficaz de sus efectos propios, en relación con ciertos terceros, a los cuales la Ley dirige su protección”. (De la Reina Tartiere, 2004)

Para que una persona goce, como tercero, de la protección que le concede la regla de la Inoponibilidad, debe reunir tres condiciones: no haber participado en la formalización o conclusión del acto que hubiere de serle inoponible, no saber de su existencia (por ende, de buena fe) y ser adquirente de un derecho relativo al bien sobre el que aquél versara. Dándose todas ellas, no se necesitaría cumplir con otras, especialmente, con la propia inscripción por parte del tercero. (De la Reina Tartiere, 2004)

Concepto básico de tercero registral: aquel que, habiendo inscrito su título y ostentando buena fe, se encuentra legitimado para alegar la Inoponibilidad de ciertos derechos por ausencia o insuficiencia de publicidad registral. No importa que los derechos no publicados sean reales o personales, dado que, al admitir su inscribibilidad, el ordenamiento les habría sometido a un régimen de oponibilidad específico, independientemente de cuál fuera su concreta naturaleza (SFR. Fallo de 26 de marzo de 1998, “Empresa Obras Sanitarias de la

Nación C/ De Biase, S.A.”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I) (De la Reina Tartiere, 2004)

Evidentemente, aquí también se pondría en tela de juicio el valor que hubiera de darse a la apariencia que manifiesta el Registro, pero desde otra dimensión. El tercero habría confiado no ya en la ausencia de titularidades que hubieran de contradecir la suya, sino en la rectitud de los títulos inscritos en que fundamentara su adquisición. Para el caso de que alguno de ellos se anule, debe indagarse la incidencia de esa circunstancia en el derecho del tercero posteriormente inscrito. La respuesta la encontramos en el art. 151 de C.C., que tras establecer la remisión de los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por persona que hubiera sido propietario en virtud de un acto que debe anularse, deja a “salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso”. (De la Reina Tartiere, 2004)

En efecto, el quid de distinción entre el enunciado del art. 1051 C.C. y el principio de fe pública registral reside en la interpretación de lo que hay de considerarse suficiente como para entender que el tercero lo es de buena fe. En ningún sistema se admite que los dictados del Registro deban imponerse, incluso, cuando el tercero hubiera tenido conocimiento de ellos por medio no tabulares; sin embargo, los que acogen la fe pública de los asientos, amén de presumir la buena fe, renuncian, a favor de la credibilidad de la institución, a exigir a cargo del tercero una mayor diligencia. Como Wolff mantiene en la doctrina alemana, “solo el conocimiento positivo destruye la buena fe y no – como en el derecho sobre muebles –, la ignorancia por negligencia inexcusable; porque en el registro inmobiliario se puede tener mayor confianza que en la posesión”. En el ordenamiento español se secunda idéntica postura, según expresa De Casso: “si la falta de titularidad actual no consta en el registro y la ignora el adquirente que consulto los asientos, de los cuales no resultaba contradicho el derecho de aquel, su título adquisitivo estará protegido por la fides publica registral”. (De la Reina Tartiere, 2004)

El análisis anteriormente expresado nos muestra la existencia de dos concepciones de terceros: un tercero de tipo francés (caracterizado por el efecto de inoponibilidad), y otro de corte puramente germánico (basada la protección en su confianza en el registro). En ambos casos, la doctrina vigente, exige la buena fe en su accionar, específicamente al momento de la realización del acto jurídico por el cual pretende adquirir el derecho de propiedad y el registro respectivo. (Saborido Sanchez, 2008)

CAPITULO IV

LA BUENA FE

Si el derecho debiera expresarse en una sola norma, acaso la formulación de mayor riqueza sería la que impusiera a las personas comportarse de buena fe (Jorge H. Alterini)

4.1 El principio de la buena fe en el Derecho Civil

En materia civil, la buena fe tiene su origen en el latín *bona fides*, que significa fidelidad, creencia, confianza, sinceridad, convicción interior, y es equiparable a la equidad, oponiéndose a la mala fe, que significa malicia, engaño, dolo. (De Almeida Villaca Azevedo, 2005)

4.1.1 La buena fe como concepto unitario

Una búsqueda rápida de una buena definición general de la buena fe debería permitir promover al menos un elemento de respuesta a la cuestión planteada. Todo jurista en busca de una definición comienza por consultar el derecho positivo y por escrutar los códigos y las leyes. Desafortunadamente su búsqueda casi nunca es fructífera y las escasas informaciones que puede cosechar se encuentran esencialmente en los derechos de origen germánico romano. La definición de la buena fe está ligada al papel que se le pretende hacerle desempeñar; al considerar la noción de buena fe según distintos métodos, de acuerdo con los casos. (Loussouarn, 2005)

De tal manera podemos ver que es muy difícil poder estructurar un concepto unitario de la buena fe, más al contrario debemos tener presente que al ser éste exigencias de la razón y la equidad, hay que relacionarlo con los distintos institutos jurídicos y con la problemática del caso concreto.

4.1.2 La buena fe como concepto diversificado

Expresa Loussouarn (2005) que al negarnos a cubrir a la buena fe con el marco uniforme de una definición única parece posible no abandonar cualquier enfoque sintético y utilizar las rupturas que permiten aprehender la buena fe de manera más precisa, respetando la diversidad de sus aspectos, sin por ello atomizarla. Lo informes y discusiones revelaron que dos divergencias principales podían ser utilizadas con este fin.

En una primera acepción, la buena fe es una noción psicológica, intelectual. Es la ignorancia de un hecho o de una circunstancia o, más exactamente, la creencia errónea que se tiene de ellos. Expresa una actitud puramente pasiva, un “no conocimiento”. Podemos tomar como ejemplo de este aspecto de la buena fe la propia definición del art. 550 del Código Civil francés “el poseedor es de buena fe cuando posee como propietario en virtud de un título traslativo cuyos vicios se ignora”. (Loussouarn, 2005)

En una segunda acepción, la buena fe es también un concepto puramente moral, una regla de conducta que exige a las personas de derecho una lealtad y una honestidad que excluya toda intención maliciosa. Es una norma de comportamiento que debería ser apreciada in abstracto; es una buena fe-lealtad que el derecho positivo impone en las relaciones contractuales y extracontractuales. (Loussouarn, 2005)

El concepto objetivo de buena fe se encuentra en una norma que en cuanto a su contenido preciso permanece indeterminada. Según el tribunal Federal Suizo, se trata de un “principio de alcance totalmente general”, de una guía para la aplicación de la ley; de un límite para el ejercicio de cualquier derecho, de una regla fundamental surgida de consideraciones de orden ético y que se agrega a las reglas relativas a las diferentes relaciones de derecho particulares para complementarlas y contribuir a su aplicación. Y el Código Civil Suizo se estaría refiriendo a la concepción objetiva cuando dispone en su art. 2, inc. 1 “Cada persona debe ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe”. (Loussouarn, 2005)

La divergencia menos artificiosa es aquella que distingue tres aspectos de la buena fe. En primer lugar, está la buena fe considerada como un principio general del derecho que se analiza en un comportamiento conforme a la lealtad y a la honestidad en las relaciones jurídicas. Luego, la buena fe considerada como una creencia errónea, como la ignorancia de una anomalía o de un vicio. Finalmente, está la buena fe que es ausencia de falta de intencional, ausencia de intención de dañar o de intención maliciosa. La buena fe se remite entonces a la ausencia de dolo o fraude. Es cierto que, en cierta medida, estos tres aspectos se recortan recíprocamente. En efecto, si se tiene la intención de dañar, no se actúa honesta ni lealmente, como tampoco cuando se tiene conocimiento de un vicio del cual se obtiene provecho. Por ello es más exacto hablar de una pluralidad de facetas de la buena fe que afirman de manera perentoria la existencia de una división tripartita caracterizada por límites absolutos. Asimismo, la distinción conserva un real interés en la medida en que, por ejemplo, la ausencia de un comportamiento honesto leal en las relaciones contractuales puede, llegado el caso, ser sancionado, incluso cuando el autor de ese comportamiento no fuera consiente de la incorrección de su actitud. (Loussouarn, 2005)

4.2 Clasificación de la buena fe

4.2.1 Buena fe Subjetiva

La Buena fe subjetiva es el estado psicológico de la persona que cree estar en una situación regular. Actúa con buena fe subjetiva la persona que cree estar actuando correctamente, pero, en verdad, su actuación es irregular, irregularidad esta ignorada por ella, o sea, la persona desconoce las reales circunstancias del acto practicado; ella ignora que esta lesionando el derecho ajeno. La buena fe subjetiva encierra, pues, un elemento psicológico, una “errónea representación intelectual de la realidad”. (De Almeida Villaca Azevedo, 2005)

Judith Martins-Costa, citado por Marco de Almeida Villaca Azevedo (2005), expresa que “La buena fe subjetiva denota, por lo tanto, primariamente la idea de ignorancia, de creencia errónea, aunque excusable, acerca de la existencia de una situación regular, creencia (e ignorancia excusable) que reposan, sea en el propio estado (subjetivo) de la ignorancia, sea en una errónea apariencia de cierto acto”

4.2.2 Buena fe Objetiva

La buena fe objetiva es una norma de conducta, basada en la lealtad, fidelidad, honestidad, cooperación y en el respeto, que debe guiar todas las relaciones jurídicas. La buena fe vendría a constituirse en un “estándar”, un parámetro objetivo, genérico, que no depende del elemento psicológico, sino de una base general de comportamiento, la del hombre medio, la del buen padre de familia que actuaría de manera normal y razonable, en aquella situación analizada. Es, por tanto, un estándar, un parámetro que debe ser respetado para armonizar los intereses de las personas con las relaciones jurídicas en general. (De Almeida Villaca Azevedo, 2005)

Enseña Mosset Iturraspe (2005) que los estándares, como la buena fe, muestran el modo promedio de conducta social correcto en relación con el ámbito variable del Derecho. Constituyen un aspecto correctivo, un complemento o suplemento de las normas jurídicas que pretenden resolver el conflicto que se suscita entre la necesidad de asegurar y estabilizar las relaciones jurídicas, y la de adaptar el Derecho a las condiciones sociales, que sufren cambios continuos.

El principio de buena fe objetiva, al incidir en todas las relaciones jurídicas, autoriza al Magistrado a examinar, objetivamente, la conducta de los sujetos. Si una de ellas fuere reprobable, por ser contraria al comportamiento normal y correcto de un hombre medio honrado, deberá, consecuentemente tomar providencias para corregir y reprimir eventuales abusos que puedan haberse verificado en la relación jurídica, decretando, eventualmente, la

anulación o la revisión del acto practicado. Eso independientemente de la intención del sujeto beneficiado con el abuso. (De Almeida Villaca Azevedo, 2005)

4.3 Incidencia sobre las distintas concepciones de la buena fe

Alterini (2006) enseña que es menester bucear cuál es el sentido de la buena fe a la que se alude cuando en la hipotética fe pública registral se exige que el tercero sea de buena fe, buena fe que nada tiene que ver, según éste jurista, con la fe pública instrumental con la que se la quiere parangonar.

Existen variadas ideas acerca de los alcances de la buena fe en este ámbito, y así, ante todo, se aprecia una concepción de la buena fe que se denomina a sí misma como criterio objetivo de la buena fe. En la atrayente presentación de Messineo, la buena fe objetiva se asienta en dos postulados centrales: por un lado la presunción *iure et de iure* de que los terceros conocen la existencia del acto inscripto (claro está, si esos terceros han operado con relación al inmueble respectivo) y por el otro, en una nueva presunción *iure et de iure*, la de que los terceros desconocen la existencia de los actos no inscriptos. Alterini sostiene que esta buena fe objetiva no sólo es ampulosa, sino también muy mentirosa, pues importa consagrar un irreflexivo y primario automatismo, en virtud del cual se hace de la registración el único mecanismo para conferir publicidad y por ello se afirma dogmáticamente que lo inscripto es conocido, mientras que lo no inscripto es desconocido. Tal buena fe objetiva, que tuvo en su origen el respaldo del art. 1071 del Cód. Civil francés de 1804, ha perdido su influencia. (Alterini, 2006)

En cambio, las concepciones subjetivas de la buena fe son más esclarecedoras para desvanecer el mito de la supuesta fe pública registral. Siempre dentro de la buena fe subjetiva, existen posiciones que propician que obste a la buena fe conocer por vía extrarregistral, lo que el Registro silencia; o sea, no sólo hay que atender a lo que informa el Registro, sino que además hay que ponderar igualmente elementos de juicio externos al Registro. No es de buena fe el tercero, cuando se prueba que conocía por vía extrarregistral

lo que el Registro silenciaba. En ese grupo legislativo se ubican, por ejemplo, el referido art. 34 de la ley hipotecaria española, y sistemas como el alemán y el portugués. (Alterini, 2006)

Una otra visión de la buena fe subjetiva es la que maneja el art. 974 del Código Civil de Suiza de 1907. Allí los terceros son de buena fe si "no han conocido o debido conocer" circunstancias silenciadas por el Registro. En la fórmula helvética la buena fe no es viable ante el conocimiento de la realidad registral y también cuando no se ha llegado a conocer por no aplicarse la debida diligencia para poder hacerlo. Si se adopta una actitud despreocupada e indiferente se desecha la buena fe, pues la buena fe no puede invocarse por quienes no despliegan todo el cuidado y el esmero razonablemente necesarios para no quedar supeditados a una realidad registral inexacta. (Alterini, 2006)

En esta línea se encuentra la tendencia actual del Notariado Latino, como se desprende del apartado 17° de la "Carta de Buenos Aires", aprobada por la totalidad de los 21 países representados, que concluyó que: "La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conoció o debió conocer la inexactitud del Registro". De ésta manera se puede llevar a descartar la buena fe incluso ante el obrar negligente del tercero. (Alterini, 2006)

De cualquier modo, la necesidad de que el tercero sea de buena fe y que para ostentar esa calidad deba ser diligente, surge de la aplicación analógica de directivas del Código Civil al estructurar la figura de la posesión de buena fe, que no es factible si el error de hecho es inexcusable o culpable, pues para que tal error sea compatible con la buena fe, debe ser excusable, inculpable, invencible, o sea subsistir pese al esfuerzo desplegado por el poseedor para no incurrir en una creencia errada. La traslación de las pautas de la posesión de buena fe al tercero de buena fe en materia registral, es plenamente justificada por la aplicación expansiva referida y por la circunstancia de que a tenor del art. 42 de la ley nacional registral n° 17.801, ese ordenamiento y el Código Civil conforman un plexo

normativo integrado, ya que allí se dispone que la ley registral es complementaria del Código. (Alterini, 2006)

Con las distintas matizaciones y límites trazados, es compartible la protección del tercero de buena fe, puesto que se requiere su actitud diligente, porque el tercero no será de buena fe si "conocía o debía conocer", y va a tener que conocer por las titulaciones, por las realidades extrarregistrales, por las realidades posesorias. De tal manera se tiene un sistema que, en aras de la seguridad jurídica dinámica, se decide por la protección del tercero de buena fe diligente.

4.4 La Buena Fe en las Transmisiones Inmobiliarias a non dómimo²⁷

Vallet de Goytisolo (2005) afirma que en las relaciones jurídicas de personas con cosas, la seguridad jurídica se procura con atención al principio de la buena fe, con la debida diligencia que esta requiere y que plantea la cuestión de si, antes los diversos signos que muestran esas relaciones, debe atenderse prevalentemente a la seguridad estática o a la dinámica.

La buena fe es decisiva y decisoria, en esos casos para conjugar la publicidad de la ley, la visibilidad de signos sensibles en el ejercicio del derecho propietario. Se ha hecho notar que la existencia de signos sensibles materiales pueden contradecir la apariencia del registro de la propiedad inmobiliaria y que ningún tercero puede alegar su desconocimiento, como reiteradamente ha venido sentenciando la jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

Así tenemos que la normativa alemana como el Código Civil suizo separaron claramente ambas materias y admiten "la posesión efectiva de los inmuebles no carecen de importancia legal, puesto que el poseedor aún no inscrito, puede oponer la fuerza a todo acto de usurpación".

²⁷ Las argumentaciones son tomas de Juan Vallet de Goytisolo, *La Buena Fé en las Transmisiones Inmobiliarias a Non Dómimo, Tratado de la Buena Fe*. Bs. As., La Ley, 2005

Teleológicamente el juego de la fe pública ha querido explicarse en virtud del llamado por Mayer “principio de la ocasión”. El propietario que no inscribe peca por omisión, es negligente y, con su falta de diligencia, da ocasión a que otro adquiera o inscriba. Pero no hay que examinar los problemas desde uno solo de sus ángulos, hay que mirar desde todos ellos en anverso y el reverso de la cuestión. El propietario que posee y cultiva sus tierras, pero olvida su inscripción, es diligente en lo sustancial, aunque negligente en lo formal. En cambio, el tercer adquirente del titular inscrito y que a su vez inscribe, pero no se preocupó de examinar la finca, ni se interesó por su estado posesorio, será muy diligente en lo formal, pero descuidado en lo sustancial. ¿Y que razón hay para que sea preferida la negligencia formal a la sustancial? (Vallet de Goytisolo, 2005)

Además, desde el punto de vista nacional o del social, no cabe duda que merece mil veces mayor protección el labrador que cultiva sus tierras, que las hace producir incorporándolas a la economía nacional y que, en contacto con la cosa, realiza el fin social de ésta, que no aquel adquirente, probablemente especulador, que, aunque haya cumplido a la perfección todos los requisitos formales, ni tan siquiera se ha dignado echar una mirada de comprensión al pedazo de la madre tierra que va a adquirir. (Vallet de Goytisolo, 2005)

4.5 El artículo 1545 del código civil y la buena fe

La exigencia de la buena fe en la configuración de los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1545 del c.c. es discutida en la doctrina nacional, posiblemente por influencia de Messineo para quien la buena fe no era necesaria para la preferencia registral, sin embargo, aún en el sistema germano, la exigencia de la buena fe se expresa desde 1900, en el código de Federico Guillermo de Prusia entendía por carencia de buena fe cuando: 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; b) quien sabe que no es el verdadero propietario aquél de quien deriva su título de adquisición, no adquiere la propiedad del inmueble, aunque obtenga la inscripción del título o la entrega o la tradición de la misma

cosa, c) aquél que al tiempo de verificarse la entrega de la cosa o de obtener la inscripción...conocía la existencia de un acto de enajenación otorgado por el mismo propietario a favor de otra persona, no adquiere tampoco ningún derecho sobre la cosa (Paloma Saborido, 2008).

Sin embargo, como pudo observarse en el transcurso del análisis de la doctrina y (en el siguiente apartado) de la jurisprudencia, en la actualidad, prácticamente la totalidad de la doctrina se encuentra de acuerdo en la exigencia de la buena fe para desplegar la protección al tercero, de tal manera que la buena fe es un requisito ineludible para la preferencia registral referida a la doble venta (mucho más para la venta a *non domino*) de un mismo bien inmueble, pues sería una solución radical y claramente injusta prescindir del requisito de la buena fe al momento de establecer la preferencia registral referida; además, se argumenta, a favor de la buena fe, que el registro es un instrumento técnico que divulga derechos oponibles para que sean eficaces *erga omnes*, y para que se sacrifique el derecho válido de un titular en beneficio de otro, es lógico que el beneficiario no haya de ser una persona fraudulenta.

La exigencia de la buena fe, en el sistema legal boliviano, creo, se encuentra determinada en aplicación del principio general establecido por el artículo 1279, así como la presunción de su existencia. La fórmula que se escoge para su determinación se realiza desde su aspecto negativo, en cuanto se debe presumir su existencia hasta no demostrarse el conocimiento de la inexactitud registral. Al respecto es importante resaltar que no es suficiente una buena fe subjetiva (desconocimiento de que el actual titular del registro dejó de ser titular del derecho registrado), sino que debe existir en el tercero registral una cierta diligencia, tendiente a la averiguación extraregistral, sobre todo en casos en los que la posesión del bien inmueble se encuentra en manos del primer comprador, pues debe entenderse que una persona media prudente, realiza una verificación *in situ* del bien que pretende adquirir; así lo expresa la sentencia española del 25 de mayo de 2006 “no se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la debida diligencia normal o adecuada al caso

se debería haber sabido, y cuando falta la buena fe no se protege a quien figura como tercero hipotecario...”

4.6 La buena fe en la jurisprudencia nacional y extranjera

Finalmente, en lo relacionado a la buena fe y la preferencia registral, es importante tomar en cuenta lo resuelto por la jurisprudencia tanto nacional como extranjera, es así que se presentan varios fallos, que tratan de esclarecer el papel que juega la buena fe en el sistema registral y la preferencia entre adquirentes de un mismo transmitente.

En una primera instancia haremos referencia a *la jurisprudencia nacional* referida a la buena fe y su ámbito de aplicación como el contenido de ella.

En una primera instancia tenemos la Sentencia Constitucional 0003/2007,²⁸ Sucre, 17 de enero de 2007, Expediente: 2006-14500-30RII, Distrito: La Paz, Magistrado Relator: Dr. Artemio Arias Romano.

En ella, se nos dice que se hace necesario analizar si la norma guarda compatibilidad o incompatibilidad con el sistema de valores supremos, principios y derechos fundamentales consagrados por nuestra constitución.

Respecto al principio de buena fe, el Tribunal expresa que “*La buena fe o bona fides*, informa de inicio la conducta del ser humano, considerando que todos sus actos se desenvuelven siempre con honestidad, lealtad, transparencia, respetando los derechos ajenos y sin abusar de los propios, constituyéndose así en un principio general del derecho que debe ser observado tanto en su creación, integración e interpretación, ya que se encuentra presente en la totalidad del ordenamiento jurídico. La *buena fe* representa un conjunto de valores ético-sociales que enseñan a cada individuo a comportarse de manera

²⁸ La letra cursiva inserta en las sentencias nacionales es un agregado propio con la finalidad de resaltar aquellos elementos que se consideran preponderantes en relación a la temática planteada.

ejemplar, sin dolo ni engaño, para generar así un clima de confianza mutua en las relaciones recíprocas, lo que recogido por el ordenamiento jurídico se constituye en criterio informador para el nacimiento, desarrollo y extinción de las relaciones jurídicas, las que deben conducirse siempre y en todo momento, según el principio de la *buena fe*, pues todos tienen el deber de proceder con lealtad y por lo mismo esperar que los demás actúen de la misma forma, condiciones que son necesarias para asegurar la paz social y la seguridad jurídica”. De otro lado se tiene que “la *buena fe* siempre se presume, mientras que la mala fe debe ser demostrada, constituyéndose aquella en un supuesto necesario para el buen desenvolvimiento de las relaciones entre los particulares y de éstos con el Estado, por lo que es igualmente aplicable a la esfera del Derecho Público como a la del Derecho Privado; tiene por objeto generar un clima de confianza legítima entre los miembros de la sociedad, indispensable para garantizar el ejercicio de los derechos de las personas, cuyos actos, en tanto no se demuestre lo contrario, no pueden ser calificados como ilícitos, indebidos o injustos, pues se supone, como regla general, que las personas obran siempre con honestidad, lealtad y transparencia, en tanto no se demuestre lo contrario”.

El fallo continúa expresándonos que “Si bien el *principio de buena fe* carece de consagración normativa expresa en nuestra Constitución, a diferencia de lo que ocurre en Colombia, donde su Carta Política de 1991, en su art. 83 señala: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas”. Al respecto la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Sentencia T-460 de 1992 ha expresado lo siguiente: “El *principio de la buena fe* se erige en arco toral de las instituciones colombianas dado el especial énfasis que en esta materia introdujo la Carta del 91, a tal punto que las relaciones jurídicas que surjan a su amparo no podrán participar de supuestos que lo desconozcan. En el diario acontecer de la actividad privada, las personas que negocian entre sí suponen ciertas premisas, entre las cuales está precisamente el postulado que se enuncia, pues pensar desde el comienzo en la mala fe del otro sería dar vida a una relación viciada”.

“Corresponde señalar que la *buena fe*, en cuanto principio fundamental, halla vigencia permanente en todo Estado Democrático de Derecho, por lo que *no siempre requiere de consagración normativa expresa*; no obstante, podemos aplicarlo acudiendo a la cláusula abierta establecida en el art. 35 de la CPE. Asimismo, en el ordenamiento jurídico infraconstitucional boliviano, la buena fe se encuentra positivizada en varias disposiciones legales, regulando importantes institutos, como derechos reales (propiedad, posesión, servidumbres, etc), contratos, sucesiones y otros, en el Código Civil y el Código de Comercio, para hacer referencia al Derecho Privado; en el Código de Procedimiento Civil, Código de Familia y otros para citar algunas en el Derecho Público, donde especial mención merece la Ley de Procedimiento Administrativo, que entre uno de los principios generales de la actividad administrativa destaca al principio de buena fe, señalando en su art. 4 inc. e) lo siguiente: “En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo;”. En definitiva el *principio de buena fe impregna todo el ordenamiento jurídico del Estado* en cuanto a las relaciones que regula, del que en modo alguno pueden sustraerse las normas, así no exista una disposición legal expresa, por lo que sin lugar a dudas la *bona fides* constituye un principio fundamental que informa e integra la totalidad del ordenamiento jurídico boliviano”.

Este mismo criterio –respecto a la importancia del principio en análisis- ya fue adoptado por este Tribunal, aunque enfocándolo desde la perspectiva del Derecho Público y dirigido al ámbito de la administración, es así que en la SC 0095/2001, de 21 de diciembre , se señaló: “(...) un Estado Democrático de Derecho se organiza y rige por los principios fundamentales, entre ellos, el de seguridad jurídica, el de *buena fe* y la presunción de legitimidad del acto administrativo (...)”

Últimamente, respecto al principio de la buena fe, en la SC0084/2006, de 20 de octubre, se ha desarrollado el siguiente entendimiento: “(...) el *principio de la buena fe* es la confianza expresada a los actos y decisiones del Estado y del servidor público, así como a las

actuaciones del particular en las relaciones con las autoridades públicas. De manera que aplicado este principio a las relaciones entre las autoridades públicas y los particulares, exige que la actividad pública se realice en un clima de mutua confianza que permita éstos mantener una razonable certidumbre en torno a lo que hacen, según elementos de juicio obtenidos a partir de decisiones y precedentes emanados de la propia administración, asimismo certeza respecto a las decisiones o resoluciones obtenidas de las autoridades públicas.”

En relación a la *jurisprudencia extranjera*²⁹ tenemos numerosos fallos que contemplan la relación de la buena fe con la preferencia registral, o la necesidad de contar con ella a los fines de poder obstar a dicha preferencia. A manera de ejemplo podemos citar las siguientes:

La buena fe es fuente de derechos en el campo de las relaciones jurídicas reales y consiste en la ignorancia de lesionar un interés ajeno, debido a la creencia de la legitimidad del derecho adquirido sobre una cosa. (CNCiv., Sala L, 1992/12/30, Darlinger, Cecilia E. v. Shokida, Eduardo R.)

Es necesario efectuar un estudio de títulos para que se configure en el adquirente del derecho real la buena fe, presupuesto indispensable para obtener la protección de la ley. (CS, 1998/98/13, Fallos.321-2144)

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, cuya postura es muy clara. Así, entre otros casos, dijo el 11 de diciembre de 1986 en los autos "Inverfin, Cía. Financiera, S.A. c. Provincia de Buenos Aires", que a las empresas que actúan como entidades financieras les son aplicables los principios establecidos en el art. 902 del Cód. Civil, y un grado de diligencia razonable les hace necesario efectuar —o hacer efectuar— un estudio de títulos para que se configure en el adquirente del derecho real la buena fe,

²⁹ Las sentencias extranjeras insertas en el presente trabajo fueron extractadas de la obra *Tratado de la Buena Fe en el Derecho, T. II*. Directos Marcos M. Córdoba, Bs. As. La Ley, 2005.

creencia que consiste en la impecable convicción de estar obrando conforme a derecho y que constituye presupuesto indispensable para obtener la protección de la ley.

En las sentencias del 19 de diciembre de 1995 en la causa: "Martínez, Hugo O. c. Provincia de Buenos Aires" y del 15 de julio de 1997 in re "Terrabón S.A. c. Provincia de Buenos Aires", enfatizó en que tal estudio es al menos necesario para que se configure en el adquirente del derecho real la buena fe, que nuevamente caracterizó como la creencia que consiste en la impecable convicción de estar obrando conforme a derecho. En un reciente fallo del 12 de abril de 2005, en autos: "Pardo, Horacio R. c. Provincia de Buenos Aires", recordó que la jurisprudencia del Tribunal exige el estudio de títulos.

Sentencia del Tribunal Supremo (Español) de 21-11-1996 (ED 8332): En cuanto a la primacía de la doble venta, “ la preferencia registral exige la concurrencia del requisito de la buena fe en los compradores que tengan inscrito a su favor el derecho (...) Esa carencia de buena fe impide al segundo adquirente ampararse en el beneficio de protección del art. 34 LH “. Pero si “en la fecha de dicha compraventa se desconocía la existencia de la venta anterior, la buena fe con la que actuó debe llevar aparejada la cualidad preferencial de que se le considere tercero hipotecario, reuniendo su actuación jurídica todos y cada uno de los requisitos del art. 34 LH “.

Sentencia del Tribunal Supremo (Español) de 12-7-1996 (ED 5775): “La buena fe en materia de derechos reales no es un estado de conducta como ocurre en las obligaciones y contratos (arts 1269 y concordantes del CC) sino de conocimiento”. Requisito de ignorancia o no conocimiento de las circunstancias del caso, creer o ignorar si la situación registral es o no exacta. Partiendo de esta concepción negativa de la buena fe, la mala fe, que requiere una declaración expresa, será la ausencia o carencia de tal ignorancia, es decir, un estado de conocimiento o “sciencia”, de maquinación o engaño. Cuestión de hecho que debe ser apreciada por el Tribunal de instancia, en la medida en que es un concepto jurídico que se apoya y resulta de la valoración y comportamientos deducidos de unos hechos ampliamente examinados en la instancia. “La buena fe, a la que se refieren los arts. 1473 y

34 LH, precisa conforme a los arts. 433 y 1950 del citado código, en el segundo comprador ignorancia de que la cosa adquirida haya sido objeto de una venta anterior”.

Sentencia (Jurisprudencia española) 27-9-1996 (RJ 6645): “El párrafo 2º del art. 1473 del Código Civil regula la preferencia en el caso de doble venta de bienes inmuebles, disponiendo que la propiedad pertenecerá al que primero haya inscrito en el Registro de la Propiedad, con lo que viene a consagrar el principio de prioridad registral; y si bien el precepto no hace mención a la existencia de buena fe, a diferencia de los otros dos párrafos del mismo art. 1473, la necesidad de que concorra este requisito es señalada tanto por la doctrina como por reiterada jurisprudencia de esta Sala.” En este sentido también la Sentencia de 29-7-1999 (ED 17921), Sentencia de 11-4-1992 (ED 3615) y Sentencia de 25-11-1996 (RJ 8559) en la que se declara que “la buena fe obliga al adquirente a una conducta activa, extendida incluso a no omitir circunstancia o diligencia alguna para el logro de averiguar si existen o no vicios en la titularidad del transferente”.

Sentencia del Tribunal Supremo (Español) de 24-11-1995 (ED 8715): "La no existencia de buena fe en la inscripción registral: Cuando la doble venta pueda presuponer una acción dolosa o fraudulenta, no merece protección quien colaboró en la maniobra, o cuando menos la conoció (Sentencias de 30 noviembre 1967, 31 diciembre 1969 (RJ 1361), 30 abril 1974 (RJ 1802), etc.)."

Sentencia del Tribunal Supremo (Español) de 13-10-1993 (RJ 7516): "Jurídicamente no estamos en presencia de un supuesto de doble venta ya que falta, la buena fe del comprador como demuestra su simulada conducta y, por ello, adolece de uno de los requisitos exigibles, según expresión jurisprudencial, puesto ya de relieve por S. 24-1-1969, para la aplicación del art. 1473 del Código Civil. "La misma sentencia establece que “Jurídicamente no existe un supuesto de doble venta cuando falta, la buena fe del comprador por existir una simulación absoluta de la segunda compraventa, al faltar la causa (pago del precio), debiendo darse por ello, preferencia a la primera venta real celebrada en documento privado sobre la segunda simulada en documento privado.”

Sentencia del Tribunal Supremo (Español) de 10-4-1991 (RJ 2682): "Según tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 27-3-1957, 16-2-1981 (RJ 528), 17-12-1984 (RJ 6286), 26-V y 26-10-1990, el principio «prior in tempore potior in iure» no es suficiente cuando el conflicto de doble venta se produce entre el comprador más antiguo en el tiempo (prioridad substantiva civil) que no inscribe su derecho, y el posterior adquirente que sí realiza la inscripción. En estos casos, además de la prioridad registral, ha de concurrir buena fe, y buena fe no como estado de conciencia o conducta, sino como cuestión de conocimiento de las circunstancias del caso. Sólo con ambos requisitos prevalece el titular inscrito."

Sentencia del Tribunal Supremo (Español) de 20-7-1990 (ED 7901): "En la doble venta cuando el segundo adquirente obra de mala fe (...) ha de prevalecer la primera venta, aunque esta se hiciera por documento privado y la segunda lo fuere por escritura pública y se inscribiera en el Registro de la propiedad, ya que según reiterada y uniforme doctrina de esta Sala, la preferencia otorgada por el pfo. 2º del art. 1473 CC al comprador que inscribe en el Registro, descansa en el indispensable requisito de la buena fe, exigencia ineludible". Por no entender que el legislador haya querido sancionar la mala fe por el cumplimiento de una mera formalidad que ni en las cuestiones seguidas entre quienes ostentan con derecho el concepto de tercero prevalece en determinados casos y que en el de probable mala fe del adquirente que primero inscribió, se impone aplicar el último párrafo del mencionado artículo.

Sentencia del Tribunal Supremo (Español) de 12-7-1996 (ED 5775): "En el caso de doble venta de un inmueble urbano, en el que el comprador más antiguo en el tiempo (prioridad substantiva civil), no inscribe en el Registro y el posterior sí realiza la inscripción a su nombre, confiere a este último la propiedad, siempre que medie buena fe". El art.1473 CC "dirime la primacía cuando se trata de una doble venta de bienes inmuebles, en el sentido de que será preferida la propiedad del adquirente que antes la haya inscrito en el Registro", con lo que viene a consagrar el principio de prioridad registral. Sentencia 11-5-1992 (ED

4553), Sentencia 19-12-1991 (ED 12090) y Sentencia 27-9-1996 (RJ 6645). Si el segundo comprador que inscribió en el Registro su título, adquirió los inmuebles con carencia de la buena fe, conociendo la venta anterior, ha de resolverse la venta con aplicación del pfo. 3º del propio precepto, que atribuye la propiedad a quien de buena fe sea el primero en la posesión, así aún cuando en la primera venta no se haya entregado el precio por faltar en la segunda la inscripción en el Registro y faltar el requisito de la buena fe.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Como puede observarse hasta este punto en la presente investigación, dirigida al estudio de la *Buena Fe* como requisito configurativo de la preferencia registral del artículo 1545 del código civil, se ha establecido con la ayuda de la normativa nacional, la doctrina y la jurisprudencia; parámetros generales y específicos en cuanto a la *buena fe*, así como parámetros específicos en cuanto a la preferencia registral; todo esto respondiendo a los objetivos planteados en el primer capítulo de esta investigación.

Consiguientemente, la presente sección estará dedicada a señalar las conclusiones y recomendaciones pertinentes al objeto de estudio de la investigación, la hipótesis y a los objetivos planteados, lo cual servirá, espero, como aporte para mejorar la legislación boliviana en cuanto a la preferencia registral emergente del registro de los bienes inmuebles en caso de ventas sucesivas por el mismo titular registral a distintos adquirentes.

CONCLUSIONES

Se debe tomar en cuenta que el derecho por ser un producto cultural, no es estático, sino que, al estar cambiando constantemente, es un fenómeno dinámico, así, el derecho cambia, se adecua, porque determinadas situaciones se lo exigen, porque es necesario que se modernice, que avance objetivamente de acuerdo a las exigencias de la realidad jurídica y social. Lo que implica que el derecho unas veces cambia por necesidad de adecuación a la realidad social que esta llamada a regular, y otras lo hace en razón del avance técnico-jurídico de la ciencia normativa.

Estos cambios, generalmente se realizan a partir de discusiones jurisprudenciales y doctrinales, donde, como se sabe, las mayores reformas nacen de las discusiones, opiniones y/o propuestas de los tratadistas del derecho, que imparten sus opiniones en cuanto a uno y

otro aspecto jurídico, opiniones que a veces tratan de modificar los sistemas ya establecidos o bien, de fundamentar su continuidad.

Precisamente es a través de todo lo contextualizado en cuanto a los aspectos generales de los contratos con efectos reales, el registro de los derechos reales, y la buena fe, del análisis sobre la buena fe y la preferencia registral, y de la determinación del denominado “tercero registral”, de la comparación hecha entre la legislación boliviana y la legislación extranjera en cuanto a éstos temas; es que se ha pretendido determinar si la *buena fe* es o no un requisito para la preferencia establecida por el artículo 1545 del código civil, para así, demostrar teóricamente, en definitiva, la necesidad de la aclaración de tener a la *buena fe* como un requisito necesario para la preferencia antes aludida.

Al respecto en la presente investigación, tomando en cuenta la metodología elegida y siguiendo el orden lógico de la investigación, se ha visto por conveniente sacar, por una parte, conclusiones generales de lo jurídico y doctrinalmente señalado y por otra, conclusiones que de manera específica salgan del análisis realizado de la normativa y jurisprudencia boliviana.

Conclusiones en relación a lo jurídico y doctrinalmente señalado en cuanto a los contratos con efectos reales, el registro de los derechos reales y la buena fe.

El denominado, por la metodología, Marco Teórico, tiene por finalidad establecer el estado actual de la ciencia jurídica referida a una problemática específica, de tal manera que dicho estudio (las posiciones y opiniones de los tratadistas) sirva de fundamento para las conclusiones planteadas por el investigador. En atención a ello el presente trabajo presenta, en una primera instancia, las conclusiones referidas a los capítulos II, III, y IV, que comprenden todo el análisis de la doctrina y la jurisprudencia, expresando en este momento de la investigación, los análisis correspondientes a cada una de las categorías propuestas en el capítulo metodológico. Por consiguiente se ha podido establecer:

✓ **En cuanto a los contratos con efectos reales:**

- El sistema romano – clásico, no otorgó a los contratos ni entendió que estos pudieran producir efectos reales, sino que el efecto emergente del contrato era meramente obligacional; la propiedad o cualquier otro derecho real que se ejerciera por la posesión, requería del “modo” (la *mancipatio*, la *in iure cessio* y más tarde la *traditio*), para la constitución o transferencia del derecho, este requisito se sustentaba, por una parte, en la necesidad de publicitar la transferencia o la constitución del derecho, y por otra, en la necesidad de diferenciar los dos momentos de la traslación del derecho propietario o del derecho real como tal, ya que, como se estableció anteriormente, el contrato solo produce un efecto obligacional.
- El código civil francés fue el primer código que otorgó al contrato un efecto real, de tal manera que por efecto del mismo, aunque de una manera “espiritual”, el contrato transmitía la propiedad (es decir en virtud del simple consentimiento de los contratantes), aserto que quedaría corroborado por el texto de artículos como el 1583 del código francés que, refiriéndose a la venta, indica que “*Ella es perfecta entre las partes, y la propiedad queda adquirida de derecho por el comprador con respecto al vendedor, desde que han convenido en la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido todavía entregada ni el precio pagado*”. Clausula contractual de *dessaisine-saisine*, sistema que en su momento fue altamente criticado pues no lograba publicitar y por ende asegurar la transferencia del derecho respecto a terceros, problema solucionado, parcialmente, con la creación de los registros inmobiliarios.
- El sistema italiano perfecciona el sistema y, habiendo aceptado la innovación francesa en torno a la espiritualización del sistema de transferencia de propiedad, no recurre al mismo artificio que sus colegas y plasma el efecto real de los contratos en el artículo 1125 de su código (hoy derogado) con una fórmula que sólo con algunos retoques fue recogida por el artículo 1376 del código civil italiano vigente. Al respecto Messineo expresa: “El art. 1376 (del

código civil italiano) dispone, que, en los contratos que tengan por objeto (entiéndase: finalidad, contenido) la transferencia (del derecho de propiedad) de una cosa determinada o la transferencia o la constitución de un derecho real, o bien, todavía, de otro derecho (entiéndase: personal), el derecho de propiedad o el derecho de una de las otras especies enumeradas más arriba se transfieren o constituyen (y se adquiere, en consecuencia, por el derechohabiente) por efecto (únicamente) del consentimiento de las partes legítimamente manifestado. Sistema adoptado por el código civil boliviano en el artículo 521 del código civil.

- Si la transferencia se produce por efecto del contrato, el efecto es solo “inter partes”, para que sea oponible a terceros es necesario su publicidad, mediante el registro (si se trata de bienes registrables) o por la posesión (si se trata de bienes no registrables). En determinación a ello, el código civil boliviano establece que en caso de venta sucesiva de un bien mueble a distintas personas, el propietario es quien entra en posesión del bien, siempre que fuere de buena fe; si se trata de bienes inmuebles (o muebles registrables) la preferencia se determina con el registro, de tal manera que quien registra primero será preferido en el derecho.
- Se aclara que, en relación a los contratos con efectos reales, es Parte toda persona que con su voluntad (de manera directa o por medio de otra llamada representante) configura el negocio jurídico; por lo cual le afecta el efecto del acto jurídico. Por el contrario son terceros (en materia civil) todas aquellas personas que no intervinieron en el contrato (acto jurídico), o que haciéndolo (representante) no lo hacen en interés propio y por ende no les afecta los efectos del contrato u acto jurídico realizado, a menos que el contrato haya sido publicitado mediante el registro respectivo, sin embargo es importante tener en cuenta que la transferencia del derecho es producto directo del contrato, por lo que el adquirente ya es propietario al perfeccionarse el acto, salvo, claro esta, que el mismo estuviera sometido o afectado por algunas de las causales que trasladan el momento de la transferencia del derecho.

- Aún cuando el contrato no se haya publicitado de la manera que la ley establece (registro respectivo en caso de bienes inmuebles), existen los denominados “terceros con conocimiento del acto”, que son aquellos que tuvieron conocimiento del negocio jurídico por otros medios a los tabulares, y que por ende, sí les son oponibles los efectos del acto o negocio jurídico, aunque no hubiera sido publicitado por medio del registro correspondiente.
- Los contratos, tal como hoy se los entiende, pueden producir efectos obligacionales y/o reales, en nuestro caso (normativa boliviana), lo determina de manera categórica el artículo 521 del código civil concordante con el artículo 110 y 1538 del mismo sistema normativo.

✓ **En cuanto al registro de los derechos reales:**

- El registro inmobiliario es el conjunto de normas que regulan y están encargadas del estudio de los principios y figuras que organizan y determinan el funcionamiento de los organismos públicos destinados a la recepción de los títulos referidos a los derechos reales y/o personales vinculados a los bienes inmuebles.
- El sistema jurídico vio por necesario publicitar los derechos sobre los bienes, publicidad que se obtuvo, dependiendo de la época histórica, por las formalidades (mancipatio – in iure cessio), por la posesión (traditio) y finalmente por el registro. En nuestro sistema se obtiene la publicidad, por la posesión (en el caso de los bienes muebles no registrables) y por el registro (para los bienes inmuebles y muebles registrables).
- El efecto registral depende del sistema aplicado en cada país, desde sistemas constitutivos (Ej. Sistema alemán – australiano) a sistema meramente declarativos (francés – boliviano). En nuestro, y refiriéndome específicamente a los bienes inmuebles, el registro de Derechos Reales es declarativo (artículo 1538 del c.c.).

- En cuanto al principio de “fe pública registral” se tiene que la misma es entendida como una presunción de legalidad y legitimación a favor del título registrado y su titular, teniendo en cuenta el distinto efecto, respecto a los vicios internos del acto registrado, en los distintos sistemas (convalidante o no convalidante). En el caso del sistema boliviano, tenemos que la normativa registral y civil establecen un efecto no convalidante al registro, de tal manera que el título podrá ser, posterior a la inscripción, tachado de nulidad o anulabilidad. (artículo 1544 del c.c.)
- El valor de la inscripción depende del sistema adoptado por la norma registral (declarativo – constitutivo, convalidante – no convalidante, y que en nuestro caso es, como se le expresó anteriormente, declarativo y no convalidante.
- La publicidad de los derechos reales es la actividad dirigida a hacer cognoscible una actividad jurídica real y que persigue como finalidad primordial la protección y la seguridad del tráfico jurídico.
- En referencia al “tercero registral”, es importante rescatar su concepto, y como tal se entiende a aquel que, habiendo inscrito su título y ostenta *buena fe*, se encuentra legitimado para alegar la inoponibilidad de ciertos actos por ausencia o insuficiencia de publicidad registral.
- Se entiende por “tercero adquirente” aquella persona que adquiere del mismo enajenante derechos incompatibles sobre un mismo bien inmueble. A manera de ejemplo se puede establecer que el efecto sustantivo del artículo 1545 del código civil se verifica cuando A enajena a B el derecho de propiedad sobre el predio X y, acto seguido, no teniendo B registrada la adquisición, enajena el mismo derecho a C, quién registra; en éste ejemplo C es el tercero adquirente.
- La regulación de la preferencia entre adquirentes de un mismo bien inmueble puede dar nacimiento a dos situaciones distintas: a) a la doble venta, b) a la venta de cosa ajena, en el primer caso la preferencia emerge de un título válido y por ende la adquisición es del verdadero *dominus*; en el segundo caso, el vendedor deja de ser propietario, pues con el primer contrato

transfirió el derecho de propiedad, por lo tanto, el segundo comprado adquiere de un *non dominus*, su adquisición es originaria determinada por ley en relación a la preferencia registral, para lo cual deberá configurar a su favor los requisitos de tercero registral, esta situación es excepcional y por lo mismo requiere de una mayor rigurosidad en cuanto a los requisitos exigidos.

✓ **En cuanto a la buena fe:**

- La *buena fe* no tiene un concepto unitario, y, según la doctrina, se podría hablar de una buena fe subjetiva entendida ésta como “el estado psicológico de la persona que cree estar en una situación regular. Actúa con buena fe subjetiva la persona que cree estar actuando correctamente, pero, en verdad, su actuación es irregular, irregularidad esta ignorada por ella, o sea, la persona desconoce las reales circunstancias del acto practicado; y una buena fe objetiva que se entiende como “una norma de conducta, basada en la lealtad, fidelidad, honestidad, cooperación y en el respeto, que debe guiar todas las relaciones jurídicas. La buena fe vendría a constituirse en un “estándar”, un parámetro objetivo, genérico, que no depende del elemento psicológico, sino de una base general de comportamiento, la del hombre medio, la del buen padre de familia que actuaría de manera normal y razonable, en aquella situación analizada”.
- En el ámbito del derecho registral inmobiliario, se entiende por *buena fe* el comportamiento del sujeto, requerido por ley, a los fines de registrar su derecho. Comportamiento que no solo comprende la verificación del estado dominial del inmueble, sino de todos aquellos elementos que hacen al ejercicio pleno del derecho (estado posesorio, antecedentes dominiales, etc.), lo que implica que se le exige una cierta diligencia, tendiente a la averiguación extraregistral, sobre todo en casos en los que la posesión del bien inmueble se encuentra en manos del primer comprador, pues debe

entenderse que una persona media prudente, realiza una verificación *in situ* del bien que pretende adquirir.

- El “principio de la ocasión”, en materia inmobiliaria, hay que entenderlo desde una visión holística del tema, hay que mirar el problema desde todos los puntos de vista, tanto en el anverso como en el reverso de la cuestión. El propietario que posee el bien, pero olvida su inscripción, es diligente en lo sustancial, aunque negligente en lo formal. En cambio, el tercer adquirente del titular inscrito y que a su vez inscribe, pero no se preocupó de examinar materialmente el bien inmueble, (o lo hizo, y por tanto, conocía de una anterior transferencia), ni se interesó por su estado posesorio, será muy diligente en lo formal, pero descuidado en lo sustancial, ¿y que razón hay para que sea preferida la negligencia formal a la sustancial? Más aún, pareciera prudente y concordante con su naturaleza social, la del bien inmueble, proteger a quien cumple con dicha finalidad, (el poseedor, que probablemente viva con su familia en el inmueble).
- La *buena fe*, entendida como requisito de la preferencia registral, consiste en la creencia de que el titular registral es el dueño del bien inmueble y ostenta un poder de disposición sobre la misma, suficiente para transferir el derecho de propiedad o constituir un otro derecho real, inversamente, consiste en la ignorancia de la existencia de otro titular extraregistral o cualquier otra circunstancia que pueda hacer ineficaz o limitar la titularidad que el registro publicita, creencia que debe sustentarse en una actuación tanto registral cuanto extraregistral.
- En materia jurisprudencial, se encuentra que la *buena fe* es un *requisito de todos los actos de individuo en sociedad*, más aún tratándose de la propiedad o cualquier otro derecho real sobre bienes inmuebles, teniendo en cuenta que la propiedad debe cumplir, en conformidad a su naturaleza, una función social, es así como lo señala la jurisprudencia nacional y extranjera revisada.

Conclusiones en relación al sistema de preferencia contemplado por el Código Civil boliviano, la Ley de Registro de Derechos Reales y la Jurisprudencia, en cuanto a la inclusión de la buena fe en caso de ventas sucesivas.

Finalmente, en respuesta al objetivo general planteado y teniendo en cuenta la normativa nacional y jurisprudencia se concluye lo siguiente:

- Que el artículo 1545 del código civil, no hace referencia expresa a la *buena fe* de quien registra, pudiendo, por tanto, interpretarse que la *buena fe* no es un requisito para la preferencia respecto de bienes inmuebles (o muebles registrables), o por el contrario, que es una omisión del legislador, y que la *buena fe* debe ser incluida como requisito aún cuando no se establece de manera expresa.

Como pudo advertirse, Messineo opina que la *buena fe* no es un requisito para determinar la preferencia entre adquirentes de un mismo bien inmueble que provenga de actos distinto por parte del titular del derecho de propiedad; afirma que “...en lo atinente a los inmuebles la prioridad en la transcripción dirime (el conflicto), prescindiendo del estado de buena o mala fe del que ha transcrito primero, aunque sea segundo o ulterior adquirente. Por lo tanto, un segundo (o ulterior) adquirente, aunque tuviese conocimiento de haber adquirido un inmueble ya enajenado por el mismo causante (y, por consiguiente, de mala fe), es preferido al primero si consigue transcribir (registrar) antes que éste. Esta solución es manifestada por Messineo en el entendido que él parte de una presunción *iure et de iure* de conocimiento de lo registrado por terceros.

Esta postura es contrariada por Diez-Picazo, para quien la prioridad está subordinada no sólo a la inscripción, sino también a la adquisición a título oneroso, a la *buena fe*, y a que conste inscrito con anterioridad el derecho del vendedor, posición compartida por Cornejo, quien expresa que el tercero

registraral debe ser de *buena fe*, en el sentido de desconocer la transferencia anterior del bien inmueble, y que se sella con el comentario de Velez Sarfield en la nota al artículo 3136 del código civil argentino, cuando afirma que “sería un deshonor de la ley que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que esta triunfara”.

- Al respecto es bueno tener en cuenta lo expresado por Diez-Picazo cuando al hablar de los efectos de los contratos, determina, dentro del cuadro de excepciones al principio general de la eficacia relativa del contrato y como uno de los supuestos en que un contrato puede producir efectos en relación con los terceros, pueden situarse los llamados “contratos en daño a terceros”. Se alude con esta denominación a los contratos que celebrados producen un daño a terceros, violación que consiste en el ataque a un derecho subjetivo concreto, y que afecta el deber de respetar las situaciones jurídicas ajenas (obligacionales o reales).
- Que el artículo 1545 del código civil al regular la preferencia entre adquirentes de un mismo bien inmueble esta contemplando la figura, denominada por la doctrina, de la *venta de cosa ajena* y no la *doble venta*; Esto teniendo en cuenta el sistema receptado por nuestra normativa en el artículo 521 del código civil que establece que la constitución del derecho de propiedad emerge directamente del contrato (sistema *solo consensu*), sin ser necesaria ninguna otra acción para la producción de dicho efecto. En tal sentido, el segundo comprador adquiere de un *non dominus*, y la ley, de manera excepcional, le otorga el derecho de propiedad en atención a su *buena fe* y por la cual, el derecho real se otorga al que registra primero, teniendo en cuenta la oponibilidad de lo registrado y el principio de la fe pública registraral, de tal manera que se ampara al adquirente que primero registra, siempre que el mismo haya actuado de *buena fe* en concordancia con lo determinado con el artículo 1279 del sistema civil; con la finalidad de otorgar seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario.

Al ser una situación excepcional (pues el sistema regular de adquisición de la propiedad emerge del acuerdo de partes expresado en el contrato conforme lo establece el artículo 521 del código civil), el segundo comprador adquiere originariamente de un *non dómimo*, superponiéndose al primer comprador que recibió la propiedad por efecto del contrato. Por ende, dicho comprador, para ejercer su preferencia, debe cumplir con los requisitos exigidos al *tercero registral* que en doctrina es unánime la exigencia de la *buena fe*. Es decir, para que prevalezca la adquisición del segundo comprador frente al primero que adquirió a través del sistema general de transmisión, y que debiera haber adquirido el dominio de manera regular, no le basta con un título; le es imprescindible el cumplimiento de todos los requisitos para ser considerado *tercero registral*, como situación excepcional de preferencia del que recibe de un no dueño frente al que recibió de un dueño cumpliendo con el mecanismo general de transmisión del dominio.

- La *buena fe* actúa como elemento integrador; su exigencia es imprescindible en una situación presidida por la dualidad de convenios sobre un mismo bien inmueble, y la relevancia del conocimiento o no de la existencia de un comprador diferente y anterior. De ahí que la exigencia de prioridad en la inscripción registral se acompañe de la *buena fe* que determine la ausencia de conocimiento de la doble disposición del titular registral.

Sobre el particular, y habiendo hecho un análisis de los efectos de los contratos en general y específicamente de los “contratos con efectos reales”, y teniendo en cuenta la *buen fe* y la publicidad registral, no parece justo ni ético, que el derecho ampare conductas fraudulentas permitiendo que, en el caso de bienes inmuebles, no se requiera como un elemento constitutivo de la preferencia entre adquirentes de un mismo bien inmueble la *buena fe*, además del registro, esto sobre todo teniendo en cuenta lo preceptuado por el artículo 1279 del código civil y por la situación excepcional regulada por el artículo 1545 como ya , anteriormente, se hizo referencia.

Se cree que la base de la inclusión de la *buena fe* en materia de venta sucesiva de bienes inmuebles, es desincentivar comportamientos fraudulentos, que afecten derechos legítimos de terceros, sobre todo si tenemos en cuenta que la transferencia de la propiedad es efecto directo del contrato. Por ello, si un tercero tiene conocimiento (o debió tenerlo) de la realización de un acto jurídico que produjo la transferencia de la propiedad sobre un bien inmueble (o mueble registrable) y adquiere dicho bien de quien, a sabiendas, ya no es propietario aunque figure como tal en el registro, actúa de *mala fe*, lo que implica que esta afectando derechos reales legítimos de un tercero y violando el deber genérico de respecto a los derechos constituidos, pues, como se determinó anteriormente, los terceros deben respetar la situación jurídica que crea el contrato, que les obliga, si lo conocen, a no celebrar con alguna de las partes otro contrato incompatible con el anterior para impedir su cumplimiento o frustrar el interés del otro contratante.

En defensa de la postura anteriormente señalada recurrimos a lo preceptuado por el artículo 1279³⁰ del código civil boliviano que claramente expresa que los derechos deben ejercerse conforme al principio de *buena fe*, y a la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional cuanto extranjera, que claramente señalan a la *buena fe* como requisito ineludible del tercero registral, teniendo en cuenta la situación excepcional reglada por el artículo 1545 del código civil.

Por lo tanto se ha determinado que:

- ☞ El sistema jurídico boliviano expresado en el artículo 1545 del código civil y el artículo 15 de la Ley de Registro de Derechos Reales hace referencia a una figura excepcional de adquisición propietaria a *non domino*, y que por ello, requiere, para

³⁰ Artículo 1279.- (*Principio*)

Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a su naturaleza y contenido específico, que se deducen por las disposiciones del ordenamiento jurídico, las reglas de la buena fe y el destino económico-social de esos derechos y deberes.

la protección de la preferencia del tercero registral, que el tercero obre de *buena fe*, elemento que se desprende del análisis sistemático de la norma civil y de la jurisprudencia vinculada al tema.

- ☞ La *buena fe*, para el presente caso, debe ser entendida en el sentido subjetivo que requiere desconocimiento de la realidad extraregstral, y que requiere una diligencia, un comportamiento, una norma de conducta, basada en la lealtad, fidelidad, honestidad, cooperación y en el respeto, que debe guiar todas las relaciones jurídicas. La *buena fe* vendría a constituirse en un *estándar*, un parámetro objetivo, genérico, que no depende solo del elemento psicológico, sino de una base general de comportamiento, la del hombre medio, la del buen padre de familia que actuaría de manera normal y razonable, en aquella situación analizada. La *buena fe* llega a constituir un aspecto correctivo, un complemento o suplemento de las normas jurídicas que pretenden resolver el conflicto que se suscita entre la necesidad de asegurar y estabilizar las relaciones jurídicas, y la de adaptar el derecho a las condiciones sociales, que sufren cambios continuos.

- ☞ El principio de la *buena fe*, al incidir en todas las relaciones jurídicas, autoriza al Magistrado a examinar, objetivamente, la conducta de los sujetos. Si una de ellas fuere reprobable, por ser contraria al comportamiento normal y correcto de un hombre medio, deberá, consecuentemente tomar providencias para corregir y reprimir eventuales abusos que puedan haberse verificado en la relación jurídica, decretando, eventualmente, la anulación o la revisión del acto practicado. Eso independientemente de la intención del sujeto beneficiado con el abuso.

Recomendaciones para la aplicación de la preferencia preceptuada por el artículo 1545 del Código Civil Boliviano y el artículo 15 de la Ley de registro de Derechos Reales.

A partir de las conclusiones y determinaciones dadas anteriormente, se propone algunas recomendaciones para que, con ciertas modificaciones, el sistema de preferencia registral en caso de venta sucesiva de bienes inmuebles por el mismo titular registral, sea un sistema coherente, eficaz y verdaderamente protectorio para los usuarios del sistema que depositan su fe en dichas anotaciones, y otorgue una verdadera seguridad jurídica en la protección de los derechos reales inmobiliarios.

Así se recomienda que:

- ✓ Se complemente el artículo 1545 del código civil y el artículo 15 de la Ley de registro de Derechos Reales, bajo el cual se regula la preferencia registral de los derechos reales inmobiliarios, estableciendo como uno de los requisitos de dicha preferencia la *buena fe*, entendida en el sentido subjetivo-diligencia de la misma; de tal manera que exista coherencia y armonía entre la publicidad, la fe pública, la preferencia registral y la buena fe, como lineamiento central de nuestro sistema jurídico.
- ✓ Propuesta normativa: Artículo 1545 del código civil.³¹
Artículo 1545.- (*Preferencia entre adquirentes de un mismo bien inmueble*).
*Si por actos distintos ha transmitido el **titular registral** los mismos bienes inmuebles a diferentes personas, la propiedad, **o cualquier otro derecho real transferido o constituido**, pertenece al adquirente que haya inscrito primero su título, **siempre que obre de buena fe.***

³¹ La siguiente propuesta se aplican de la misma manera al artículo 15 de la Ley de Registro de Derechos Reales por tener el mismo contenido.

Explicación de la propuesta modificatoria

- Se modifica la denominación *el propietario*, por la de *el titular registral*, ya que, como se determinó en el trabajo, el que transfiere en una segunda instancia, dentro del sistema consensualista, ya no es propietario del bien inmueble, si bien aún sigue figurando como titular registral. Por tal motivo es preferible, para evitar confusiones y/o malas interpretaciones, utilizar el denominativo de *titular registral*.
- Se amplía el ámbito de aplicación de la norma, ya que conforme al tenor literal actual del artículo, solo estaría incluido el derecho de propiedad, cuando en realidad, puede afectar, dicha problemática, a todo derecho real inmobiliario, de esta manera los otros derechos reales gozarían de la misma protección cumpliendo con los mismos requisitos.
- Se incluye expresamente la *buena fe* como requisito esencial para la preferencia registral y se utiliza el verbo *obrar*, en el entendido que no es suficiente la buena fe subjetiva, sino que ella debe estar afincada en un comportamiento diligente vinculado a la verificación de la realidad registral y extraregistral, del bien inmueble y del constituyente registral.

Bibliografía

- *Acórdão de Uniformização de Jurisprudência 3/99*, de 18 de Mayo de 1999, publicado en el DR - I Série A de 10 de Julio de 1999.
- Alterini, Jorge Horacio. *La Buena Fe*, Bs. As., La Ley, E. 1126, 2006.
- Alurralde, María Inés. *Nueva guía metodológica de investigación jurídica*, La Paz, trabajo sin editar, 2006
- Borda, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil*. Bs. As., Perrot, 1989.
- Córdoba, Marcos. (Director) *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Bs.As., La Ley, 2005
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Bs. As. – Argentina. Heliusta. 1981
- Cárdenas Alvarado, Boris Fausto. *El tercero Registral*, 2007, www.amag.edu.pe consultado el 15 de abril de 2008.
- Cornejo, Américo Atilio. *Curso de Derechos Reales*. Salta: Virtudes, 2005.
- Cornejo, Américo Atilio. *Derecho Registral*. Bs. As. – Argentina, Astrea. 1994.
- Código Civil Boliviano, La Paz, Temis, 1996.
- Córdoba, Marcos. *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*. Bs. As. La Ley. 2005.
- De Almeida Villaca Azevedo, Marco. *Buena Fe Objetiva y los Deberes de ella derivados, Tratado de la Buena Fe*. Bs. As., La Ley, 2005
- De Reina Tartiere, Gabriel. *Manual de Derecho Registral Inmobiliario*, Bs. As. La Ley, 2004
- Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. Tecnos, 1990, Madrid – España.
- Forno Florez, Hugo. *El contrato con efectos reales*. 1993, <http://dike.pucp.edu.pe> , consultado el 06 de abril de 2008.
- Garibotto, Juan Carlos. *Teoría General del Acto Jurídico*, Bs.As., Depalma, 1991.
- García Coni, Raúl y Ángel Frontini. *Derecho Registral Aplicado*. Bs. As. LexisNexis, 2006.
- Loussouarn, M. Ivon. *La buena Fe, Tratado de la Buena Fe*. Bs. As., La Ley, 2005

- Ortiz Mattos, Pastor. *De los bienes y de los modos de adquirir la propiedad en el sistema civil boliviano*, Sucre, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1992.
- Pérez Fernando del Castillo, Bernardo. *Derecho Registral*. D.F., Porrúa, 1995.
- Saborido Sánchez, Paloma. *Reflexiones sobre el tercero hipotecario*. Ed. Prior tempore potior iure, 2008, Madrid – España.
- Suárez Saavedra, César. *La inseguridad jurídica del registro de los Derechos Reales en Bolivia*, Ed. Kipus, 2004.
- Messineo, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, Ediciones Jurídicas Europa – América, 1986, Bs. As. Argentina.
- Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Ediciones Jurídicas Europa – América, 1952, Bs. As. – Argentina.
- Morales Guillen, Carlos. *Código civil concordado y anotado*, La Paz, Ed. Gisbert, 1994.
- Mojer, Mario Antonio, *El Contrato en Roma – XVII Encuentro de profesores de derecho romano*, www.edictum.com.ar, Consultado el 27 de marzo de 2007.
- Moisset de Espanés, Luis. *La buena fe y la propiedad de los automotores. Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Bs. As., La Ley. 2005.
- Laquis, Manuel Antonio. *Derechos Reales (T.II)*, Desalma, 1979, Bs. As. Argentina.
- Witker, Jorge. *La investigación jurídica*. México, McGraw- Hill/Interamericana, 1995.
- Vallet de Goytisolo, Juan. *La buena fe en las transmisiones inmobiliarias a non domino. Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Bs. As., La Ley. 2005.
- Villafuerte, Leonardo. *¿El contrato con efectos reales genera obligaciones de dar?*, trabajo sin publicar. La Paz – Bolivia. 2005.

ANEXO No. 1

SENTENCIA CONSTITUCIONAL – EXPEDIENTE D-2450, SANTAFÉ DE BOGOTÁ, D.C. FECHA: PRIMERO DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE. ESTABLECIMIENTO COMERCIAL-ENAJENACIÓN / PRINCIPIO DE LA BUENA FE / EXENTA DE CULPA

Los artículos 525 a 531 del estatuto mercantil señalan las reglas y efectos que se desprenden de la enajenación de un establecimiento de comercio. Así, se establece una presunción que considera que la transferencia del aludido establecimiento, a cualquier título, se hace en bloque o como unidad económica, sin necesidad de especificar detalladamente los elementos que lo integran -artículo 525 C.Co.-. Por regla general, tanto el enajenante como el adquirente responden solidariamente de todas las obligaciones que se hayan contraído hasta el momento de la enajenación, en desarrollo de las actividades a que se encuentre destinado el establecimiento, y que consten en los libros obligatorios de contabilidad -Cfr. artículo 528 inciso 1° C.Co.-. Sin embargo, la responsabilidad del enajenante cesará transcurridos dos meses desde la fecha de la inscripción de la enajenación en el registro mercantil siempre y cuando (a.) se haya dado aviso de la transferencia a los acreedores y (b.) no exista oposición -expresada durante el mismo término de los dos meses, ya señalado-, por parte de los acreedores a aceptar al adquirente como su deudor -artículo 528 inciso 2°. La expresión acusada de la norma mercantil demandada no contraviene el artículo 83 de la Constitución, ni ninguno otro del mismo ordenamiento, pues no se parte del supuesto de la mala fe del comerciante –como equivocadamente lo señala el actor-, sino que por el contrario, se impone al adquirente la obligación de asumir una conducta diligente, oportuna, activa, libre de culpa, so pena de resultar solidariamente responsable por las acreencias del establecimiento que no figuren en los libros de contabilidad.

CONTABILIDAD MERCANTIL-Objetivo

La contabilidad mercantil, concretamente expresada en el deber de llevar con rigor ciertos libros -Cfr. artículo 19 C.Co.-, no tiene un propósito puramente instrumental o adjetivo, puesto que es elemento esencial que se dirige a contribuir al adecuado manejo de la información concerniente al establecimiento de comercio. La verificación del contenido de dichos documentos en todo momento, pero especialmente cuando se efectúa el negocio de enajenación, resulta de capital importancia, pues es la base de la revisión del estado financiero de la empresa, y del cumplimiento de los compromisos adquiridos frente a terceros y frente al Estado. Se trata de un deber que trasciende el contenido de un simple traspaso material de inscripciones, siendo necesario que el adquirente acuda a todos los medios necesarios para conocer integralmente la situación de la empresa que ha de adquirir, a tal punto que pueda demostrar que actuó con toda la competencia que su profesión le indica para tener conocimiento cierto de todos los compromisos del establecimiento –estén o no incluídos en los libros contables-

Referencia: Expediente D-2450

Demanda de inconstitucionalidad contra un aparte del artículo 529 del decreto 410 de 1971 -Código de Comercio

Demandante: Orlando David Pacheco Chica

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., primero (1º) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano ORLANDO DAVID PACHECO CHICA, presenta demanda contra un aparte del artículo 529 del Decreto 410 de 1971 –Código de Comercio-, por infringir el artículo 83 de la Constitución Política.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada, subrayando el aparte impugnado:

“Decreto 410 de 1971

“Por el cual se expide el Código del Comercio”

“Artículo 529. Las obligaciones que no consten en los libros de contabilidad o en documento de enajenación continuarán a cargo del enajenante del establecimiento, pero si el adquirente no demuestra buena fe exenta de culpa, responderá solidariamente con aquél de dichas obligaciones.”

III. LA DEMANDA

Considera el peticionario que el aparte demandado del artículo 529 del Código de Comercio viola el artículo 83 de la Carta Política, pues obliga al adquirente del establecimiento comercial a probar la buena fe con la que ha intervenido en el negocio de enajenación. Agrega que *“cuando el constituyente en el artículo 83 de la Constitución Política establece la presunción de buena fe y se refiere a ‘las actuaciones de los particulares’, lo hace sin distinción alguna, tanto en lo referente a las actuaciones que pueden ser de cualquier clase siempre y cuando sean lícitas, obviamente, como en lo*

referente a los particulares a los que no les exige una determinada cualidad o calidad. De lo cual se puede abstraer (sic) que el negocio o actuación descrita en el artículo 529 del Código de Comercio encuadra perfectamente dentro de las ‘actuaciones’ a las cuales se refiere el artículo 83 de la Constitución Nacional, por lo que concluyo que al negocio de enajenación de establecimiento de comercio o cualquier otro tipo de actuación o negocio lícito llevado a cabo por particulares, accede la presunción de buena fe.”

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

La ciudadana Blanca Esperanza Niño Izquierdo, en su calidad de apoderada del Ministerio de Justicia y del Derecho, intervino con el propósito de defender la *constitucionalidad* de la norma acusada, por considerar que no viola precepto constitucional alguno. Son estos los argumentos en que se fundamenta su defensa:

- De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional -Sentencia T-460 de 1992-, la presunción de buena fe a la que se refiere la Constitución, tiene un campo de aplicación que se extiende únicamente a las actuaciones de los particulares frente a la autoridad. En otros contextos, esto es, cuando se trata de actos entre particulares, es necesario que los individuos actúen y comprueben que su comportamiento fue acorde con los principios de honestidad, lealtad y sinceridad -buena fe-.
- Según el artículo 769 del Código Civil, por regla general, la buena fe se presume. Sin embargo, bien puede ocurrir que la misma deba probarse cuando la efectividad de los derechos e intereses de las personas o de la comunidad en general así lo exijan, claro está, con la previa regulación del legislador, que es el único que podría establecer excepciones al respecto.
- En el caso que se describe en la norma parcialmente acusada no se presume la mala fe en sí misma, *“simplemente se determina la responsabilidad por deudas que no consten en los libros del comerciante o en el acto de traslación del dominio, en el marco de las operaciones sobre establecimientos de comercio. En este tipo de operaciones, es claro que las obligaciones a cargo del vendedor, que no aparezcan en los libros o en el contrato, serán de su cargo. Pero es apenas lógico que para librar completamente de responsabilidad al comprador es necesario que se demuestre que él no conocía nada respecto de las mismas a través de otro medio idóneo.”*
- El legislador puede exigir que se pruebe la buena fe en determinadas relaciones privadas -entre particulares-, para evitar la responsabilidad que en principio se deduce de las mismas, sobre todo, cuando tal disposición se establece para proteger los terceros en la relación contractual.

2. Intervención del Ministro de Desarrollo.

El Ministro de desarrollo económico, obrando por intermedio de apoderado, dice que la demanda se *“halla mal encausada, lo que la hace inocua, por cuanto la inconstitucionalidad podrá predicarse frente a la vigencia de la Carta, respecto de una*

norma posterior que le sea contraria, lo cual no ocurre con la norma atacada, en razón a que siendo su expedición anterior a la Constitución de 1991, se debe predicar de ella, en caso de ser contraria a la nueva Constitución, su insubsistencia o pérdida de vigencia; y siendo que la declaratoria de inconstitucionalidad se debe predicar frente a la Constitución vigente, las demás normas anteriores a la misma que le sean contrarias quedan insubsistentes; en tal sentido de ser necesario, solicito sea así declarado por la Corte.”

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación pide a la Corte que declare *exequible* el aparte acusado, por no infringir precepto superior alguno. Son estos los argumentos que se exponen como fundamento de esta petición:

- El artículo 83 de la Constitución, según la Corte Constitucional, contiene dos presupuestos, a saber: de una parte, impone la obligación de actuar de buena fe tanto a los particulares como a las autoridades públicas, y de otra, establece la presunción de buena fe en todas las gestiones que adelanten los particulares ante dichas autoridades, lo cual también se aplica a los particulares.
- La buena fe, en materia mercantil, es muy exigente para el comerciante debido a la actividad que desarrollan, por ello se consagran dos tipos de buena fe: la simple y la exenta de culpa. El comerciante, en este orden de ideas, debe ser más exigente, diligente y cuidadoso que el ciudadano común y corriente al desarrollar actividades jurídicamente relevantes, pues a él se le exige no sólo obrar con lealtad y honradez sino también un comportamiento más detallado que el requerido para otras actividades.
- La norma acusada no viola el artículo 83 de la Carta, pues ella no presume la mala fe, se trata de imponer *“al comerciante adquirente la obligación de asumir una conducta diligente, exenta de culpa, todo ello en consideración a la naturaleza profesional de la actividad mercantil, el profesionalismo de los comerciantes y para garantizar y proteger a los terceros acreedores, quienes como titulares de las obligaciones, deben tener seguridad, confianza, pues en el crédito está inserto el interés general, no basta con que se presuma la buena fe, sino que debe demostrarse la ausencia de culpa.”*
- El Estatuto Mercantil impone a los comerciantes la obligación de llevar libros, registros contables, inventarios y estados financieros de acuerdo con las reglas que rigen la materia. La eficacia probatoria de estos documentos hace recomendable el acatamiento riguroso de dichas normas, pues con su observancia se busca proteger derechos de terceros y brindar a la comunidad la seguridad necesaria en el cumplimiento de obligaciones jurídicas.
- Los libros y papeles de comercio son prueba contra el empresario que los lleva, y la ley no admite prueba alguna que tienda a desvirtuar lo consignado o registrado en los asientos contables; si se llevan conforme a las disposiciones legales, se convierten en plena prueba en las controversias contractuales, siempre y cuando, las partes sean comerciantes o empresarios y el conflicto sea de naturaleza comercial. En caso contrario, es decir, cuando los sujetos de la contención no sean comerciantes, su eficacia es restringida.
- El legislador autoriza a los comerciantes para enajenar el establecimiento con base en los libros de contabilidad, pero a su vez exige que entregue al adquirente un balance general

acompañado de una relación discriminada del pasivo, en aras de la protección de las acreencias de terceros. Realizada la transferencia, mediante el otorgamiento de la escritura pública o del documento privado, tanto el adquirente como el enajenante se hacen solidariamente responsables de todas las obligaciones surgidas en desarrollo del objeto de la empresa; sin embargo, no puede olvidarse que la responsabilidad del enajenante cesará pasados dos meses después de la inscripción de la enajenación en el registro mercantil.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 5 de la Constitución, corresponde a esta Corporación decidir definitivamente, sobre la constitucionalidad de la expresión demandada del artículo 529 del Código de Comercio.

2. Planteamiento del problema

El fundamento del reclamo que contra un aparte del precepto demandado presenta el actor - el aludido artículo 529 C.Co.-, descansa en el hecho de que la norma, al señalar que el adquirente de un establecimiento de comercio será solidariamente responsable por las obligaciones que no consten en los libros de contabilidad o en el documento de enajenación, *mientras no demuestre buena fe exenta de culpa*, configura una violación del principio constitucional -artículo 83 C.P.- en el que precisamente se presume dicha buena fe de los actos ejecutados por los particulares en las relaciones que adelantan con las autoridades.

Con el propósito de precisar si la exigencia hecha por el legislador infringe la Carta Política, es necesario analizar (a.) a qué tipo de valor jurídico hace referencia una norma que consagra la necesidad de observar *buena fe exenta de culpa* y (b.) qué es el propósito que cumple una norma que regula el régimen de responsabilidades en torno a la enajenación del establecimiento de comercio.

3. Sobre la buena fe

La Corte Constitucional se ha encargado de definir con amplitud el contenido del principio de la buena fe reconocido por la Constitución Nacional como elemento fundante de las actuaciones tanto de la autoridad como de los particulares. Se trata de un valor inherente a la idea de derecho, que exige a los operadores jurídicos ceñirse en sus actuaciones "*a una conducta honesta, leal y acorde con el comportamiento que puede esperarse de una persona correcta ("vir bonus")*"¹, y que se sustenta en la confianza, seguridad y credibilidad que generan las actuaciones de los demás.

¹ Ver, entre otras, las sentencias T-475 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-575 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-538 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-544 de 1994. M.P. Jorge

Al mismo tiempo, la doctrina constitucional elaborada por este Tribunal ha señalado los alcances y el campo de aplicación del aludido principio. Se ha dicho:

“El principio de la buena fe se erige en arco toral de las instituciones colombianas dado el especial énfasis que en esta materia introdujo la Carta del 91, a tal punto que las relaciones jurídicas que surjan a su amparo no podrán partir de supuestos que lo desconozcan.

En el diario acontecer de la actividad privada, las personas que negocian entre sí suponen ciertas premisas, entre las cuales está precisamente el postulado que se enuncia, pues pensar desde el comienzo en la mala fe del otro sería dar vida a una relación viciada.

Si este principio es fundamental en las relaciones entre particulares, con mayor razón tiene validez cuando ellos actúan ante las autoridades públicas, bien en demanda de sus derechos, ya en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, toda vez que el Estado y quienes lo representan deben sujetar su actividad al objetivo de realizar el bien común, sobre la base de las previsiones trazadas por el legislador, en vez de crear dificultades a los gobernados y entorpecer innecesariamente el desenvolvimiento de las múltiples relaciones que con ellos deben forzosamente establecerse”².

No obstante la importancia que se le concede al postulado de la buena fe en el marco de las relaciones públicas y privadas, también se han concebido algunas limitaciones del mismo, que guardan relación con la necesidad de proteger el bien común. Desde los inicios de su labor este Tribunal afirmó con claridad:

*“De todo lo cual se desprende sin mayores esfuerzos del intelecto que el principio es la confianza, expresada en la presunción de buena fe, mientras que las **excepciones** al mismo, es decir, aquellas ocasiones en las cuales pueda partir el Estado del supuesto contrario para invertir la carga de la prueba, haciendo que los particulares aporten documentos o requisitos tendientes a demostrar algo, deben estar expresa, indudable y taxativamente señaladas en la ley. De tal modo que el servidor público que formule exigencias adicionales a las que han sido legalmente establecidas, vulnera abiertamente la Constitución e incurre en abuso y extralimitación en el ejercicio de sus atribuciones.*

“Desde luego, lo dicho implica que el mencionado principio también tiene sus límites y condicionamientos, derivados de otro postulado fundamental como es el de la prevalencia del interés común. En modo alguno puede pensarse que el principio de la buena fe se levante como barrera infranqueable que impida a las autoridades el cumplimiento de su función, pues, mientras la ley las faculte para hacerlo, pueden y deben exigir los requisitos en ella indicados para determinados fines, sin que tal actitud se oponga a la preceptiva constitucional. En nuestro Estado de Derecho, las leyes gozan de aptitud constitucional

Arango Mejía, T-532 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, SU-478 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

² Corte Constitucional Sentencia T-460 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández.

para imponer a la administración o a los jueces la obligación de verificar lo manifestado por los particulares y para establecer procedimientos con arreglo a los cuales pueda desvirtuarse en casos concretos la presunción de la buena fe, de tal manera que si así ocurre con sujeción a sus preceptos se haga responder al particular implicado tanto desde el punto de vista del proceso o actuación de que se trata, como en el campo penal, si fuere del caso”³.

En este orden de ideas, si bien es cierto que la buena fe es un principio que anima y sustenta el cumplimiento de las relaciones entre particulares y entre éstos y los agentes estatales, no es posible afirmar que con su consagración constitucional se pretenda garantizar un principio absoluto, ajeno a limitaciones y precisiones, o que su aplicación no deba ser contrastada con la protección de otros principios igualmente importantes para la organización social, como el bien común o la seguridad jurídica. No resulta extraño entonces, que la formulación general que patrocina a la buena fe, sea objeto de acotaciones legales específicas, en las que atendiendo a la necesidad de, *v.gr.*, velar por la garantía de derechos fundamentales de terceros, sea admisible establecer condicionamientos a la regla contenida en el artículo 83 C.P.. Se trata sin duda, de concreciones que, en lugar de desconocer el precepto constitucional amplio, buscan hacerlo coherente con la totalidad del ordenamiento jurídico, previendo circunstancias en las que resulta necesario cualificar o ponderar la idea o *convicción de estar actuando de acuerdo a derecho*, en que resume en últimas la esencia de la *bona fides* –Cfr. Artículo 84 C.P.-.

Un claro ejemplo de estas circunstancias, en donde las limitaciones contribuyen a precisar coherentemente los alcances de un principio general, está en la remisión que hacen algunas disposiciones a la necesidad de comprobar que determinada acción se ajustó o se desarrolló con *buena fe exenta de culpa*.

En estas ocasiones resulta claro que la garantía general -artículo 83 C.P.-, recibe una connotación especial que dice relación a la necesidad de desplegar, más allá de una actuación honesta, correcta, o apoyada en la confianza, un comportamiento exento de error, diligente y oportuno, de acuerdo con la finalidad perseguida y con los resultados que se esperan –que están señalados en la ley-. Resulta proporcionado que en aquellos casos, quien desee justificar sus actos, o evitar la responsabilidad que de ellos se deriva, sea quien tenga que dar pruebas, de su apropiada e irreprochable conducta.

Ahora bien: si se indaga por las razones que alientan prescripciones de esta naturaleza, rápidamente se encontrará la conveniencia de proteger ciertos principios, de igual jerarquía e importancia que el de la buena fe, y que con el propósito de asegurar ciertos derechos y facultades, aconsejan la exigencia de certeza más allá de la simple presunción. No se puede negar el valor que -*v.g.*-, tiene el principio de la buena fe al examinar el comportamiento de un poseedor o un deudor cuando se trata de evaluar la legitimidad de su conducta, pero al mismo tiempo –y el legislador ha sido consciente de ello-, no pueden ser desprotegidos los derechos que frente a aquéllos tienen, tanto el propietario como el acreedor legítimos. Que

³ Ibid.

se requieran, entonces, ciertas pruebas sobre la idoneidad o corrección que se estima necesaria en ciertos casos, no constituye nada diferente a la reafirmación de un valor neural del ordenamiento jurídico -la buena fe-, unida a la necesidad de coordinar derechos que convergen en una situación determinada, todo con la misma finalidad de permitir la efectiva vigencia de un orden jurídico justo, expresada constitucionalmente en la garantía de los *principios, derechos y deberes* reconocidos a todos los ciudadanos –artículo 2 C.P.-.

4. De la enajenación del establecimiento de comercio

La creación y consagración legal del concepto jurídico *establecimiento de comercio*, tiene finalidades económicas y jurídicas específicas que contribuyen a delimitar el régimen de deberes y responsabilidades predicables de quienes se dedican profesionalmente al comercio y contribuye a la transparencia de las relaciones negociales en el seno de una sociedad capitalista.

Siguiendo las voces del código mercantil, se trata de un *conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa* -artículo 515 del C.Co.-, que *desde el punto de vista económico, se presentan como un grupo de elementos corporales e incorporales dispuestos por el comerciante hacia un fin establecido, en consideración al cual todos sirven según su naturaleza y su calidad.*

Desde la perspectiva jurídica, se busca proteger esa unidad económica de destinación particular, para estimular el desarrollo de la empresa, y contribuir, desde el campo del derecho, a la fijación de reglas que permitan la adecuada circulación de los bienes, el fomento de la productividad, y el respeto de los derechos de quienes participan del intercambio de cosas y servicios. Las características que identifican al establecimiento de comercio han sido claramente señaladas por el legislador:

- a. *Noción.* Como se dijo, se trata de un conjunto variado y heterogéneo de bienes, a los que el empresario le da una organización y finalidad específicas -artículos 515 y 516 del C.Co.-
- b. *Derechos de las partes interesadas.* Siguiendo los ejemplos de otras legislaciones, se han regulado los derechos de las partes interesadas o relacionadas con un establecimiento de comercio, concretamente cuando se alude al *arrendamiento* o *cesión* del inmueble donde funciona el *fondo mercantil* -artículos 518 a 523 del C. de Co-. Estas disposiciones gozan de fuerza imperativa, contra las que no producirá efectos ninguna estipulación de las partes -artículo 534 C.Co.-
- c. *Sobre la enajenación en conjunto del establecimiento del comercio.* Los artículos 525 a 531 del estatuto mercantil señalan las reglas y efectos que se desprenden de la enajenación de un establecimiento de comercio. Así, se establece una presunción que considera que la transferencia del aludido *establecimiento*, a cualquier título, se hace *en bloque o como unidad económica*, sin necesidad de especificar detalladamente los elementos que lo integran -artículo 525 C.Co.-.

Por otra parte, por la naturaleza de los bienes comprometidos y por la finalidad a la que están afectados –i.e. el desarrollo de una empresa-, dicha enajenación es de carácter *solemne* -inspirada en el principio de publicidad-, siendo además necesario que el enajenante entregue al adquirente, un *balance general* acompañado de la *relación discriminada del pasivo* -artículos 526 y 527 C.Co.-.

A renglón seguido, en la codificación se pasa a señalar las reglas que rigen *la responsabilidad de las partes* del negocio de enajenación, respecto al cumplimiento de las obligaciones originadas a partir de la actividad comercial del establecimiento. Por regla general, tanto el enajenante como el adquirente responden solidariamente de todas las obligaciones que se hayan contraído hasta el momento de la enajenación, en desarrollo de las actividades a que se encuentre destinado el establecimiento, y que consten en los libros obligatorios de contabilidad -Cfr. artículo 528 inciso 1° C.Co.-. Sin embargo, *la responsabilidad del enajenante* cesará transcurridos dos meses desde la fecha de la inscripción de la enajenación en el registro mercantil siempre y cuando (a.) se haya dado aviso de la transferencia a los acreedores y (b.) no exista oposición -expresada durante el mismo término de los dos meses, ya señalado-, por parte de los acreedores a aceptar al adquirente como su deudor -artículo 528 inciso 2°-.

3. De la norma demandada

Es en este preciso contexto, de la protección de los intereses de terceros afectados por la enajenación del establecimiento de comercio, en el que se inscribe la norma demandada -artículo 529 C.Co.-. La necesidad de salvaguardar las garantías de personas que de algún modo ven comprometidos sus derechos a partir de la existencia de una *hacienda mercantil*, precisa que se tomen especiales precauciones y se exija a quien enajena y a quien adquiere, un comportamiento consecuente con la importancia de los principios en juego -v.gr. la seguridad jurídica, el pago oportuno de lo debido y la ausencia de enriquecimiento sin justa causa-.

Es menester recordar que la conducta profesional del comerciante se evalúa con más rigor cuando se relaciona con el campo específico de su actividad, debido a que en estos eventos, no actúa como un simple particular a quien le basta desempeñarse con diligencia para no ver comprometida su responsabilidad, sino que se desenvuelve como alguien dedicado regularmente al ejercicio de actividades que la ley considera como mercantiles -artículo 10 C.Co.-.

Los comerciantes, en este caso quien transfiere y quien adquiere el establecimiento de comercio, gozan de un *status* especial frente a los acreedores y la comunidad en general, que hace razonable la verificación de una conducta que trascienda la esfera del mero convencimiento de que se *actúa conforme a derecho*, indicando la *necesidad de probar que no se actuó con descuido, desinterés o negligencia*.

Es este especial cuidado, que se funda en la protección de los intereses de terceros, el que constituye precisamente el núcleo de la expresión *buena fe exenta de culpa*, y al que se refiere cuando califica la actuación del adquirente en el negocio de enajenación.

Resulta útil recordar el artículo demandado.

Artículo 529: “Las obligaciones que no consten en los libros de contabilidad o en el documento de enajenación continuaran a cargo del enajenante, pero si el adquirente no demuestra buena fe exenta de culpa, responderá solidariamente con aquél de dichas obligaciones”.

Se subraya lo demandado.

A continuación se abordarán, de manera específica, otros aspectos que contribuyen a configurar este precepto normativo y que dan cuenta de la utilidad de las previsiones en él contenidas.

5.1. La contabilidad mercantil

En primer lugar, no puede perderse de vista el supuesto objetivo al que la norma se refiere como criterio material para predicar la responsabilidad del comerciante -el adquirente-: el registro de las operaciones del establecimiento de comercio en los libros de contabilidad. Recuérdese que *la contabilidad mercantil*, concretamente expresada en el deber de llevar con rigor ciertos libros -Cfr. artículo 19 C.Co.-, no tiene un propósito puramente instrumental o adjetivo, puesto que es elemento esencial que se dirige a contribuir al adecuado manejo de la información concerniente al establecimiento de comercio.

Tanto desde una perspectiva interna, *"consistente en suministrar al comerciante o empresario informaciones relacionadas con la marcha de sus negocios en las diversas dependencias, departamentos, y secciones en las que se encuentre estructurada su organización"*⁴, como desde el ámbito exterior, *"que permite dar información a los bancos, los acreedores, los presuntos proveedores o inversionistas y los organismos del Estado (superintendencias, Dirección de impuestos, etc.)"*⁵, los registros contables constituyen el relato histórico del devenir empresarial y el recuento exacto de sus operaciones activas y pasivas.

En este orden de ideas, la verificación del contenido de dichos documentos en todo momento, pero especialmente cuando se efectúa el negocio de enajenación, resulta de capital importancia, pues es la base de la revisión del estado financiero de la empresa, y del cumplimiento de los compromisos adquiridos frente a terceros y frente al Estado. Se trata de un deber que trasciende el contenido de un simple traspaso material de inscripciones, siendo necesario que el adquirente acuda a todos los medios necesarios para conocer

⁴ Aquí se acogen y se siguen las consideraciones hechas por el Procurador General en su concepto.

⁵ Ibid.

integralmente la situación de la empresa que ha de adquirir, a tal punto que pueda demostrar que actuó con toda la competencia que su profesión le indica para tener conocimiento cierto de todos los compromisos del establecimiento –estén o no incluidos en los libros contables-.

Además, debe tomarse en consideración que los libros y papeles del comerciante -como ya se tuvo la ocasión de recordar-, tienen un valor probatorio de capital importancia, pues bien pueden constituir plena prueba o simple principio de prueba de las obligaciones en ellos registradas -artículos 68 y 69 C.Co.-. Pero dicho valor no es absoluto, ya que puede concebirse la existencia de obligaciones que no fueron registradas contablemente por descuido o mala fe del empresario que enajena y que no fueron adecuadamente revisadas –culposa o dolosamente-, por el comerciante que adquiere. Es en ese preciso momento, en el que se ha de establecer la suerte de las obligaciones emanadas del funcionamiento del establecimiento comercial que se enajena, en el que el legislador consideró razonable y adecuado para la protección de los acreedores, que para que el adquirente pudiera librarse de responder solidariamente de las obligaciones que no constan en los libros de contabilidad, probara que actuó de buena fe exenta de culpa.

5.2. De la responsabilidad solidaria

Por otra parte, desde el punto de vista de la técnica jurídica, la propia ley comercial se ha ocupado de establecer quién es el responsable de las obligaciones adquiridas, en función del establecimiento comercial, previendo diferentes posibilidades.

- a. Tanto el enajenante como el adquirente deben responder *solidariamente* por todas las obligaciones que consten en los libros obligatorios de contabilidad, surgidas en el transcurso del tiempo en que el establecimiento mercantil ha desarrollado su actividad hasta el momento de su enajenación –artículo 528 C.Co.-. El recurso utilizado por la norma demandada para asegurar el adecuado cumplimiento de las obligaciones de los comerciantes, y garantizar las acreencias en cabeza de terceros –objetivos a los que ya se ha hecho referencia-, consistente en atribuir la *responsabilidad solidaria*, cumple una clara finalidad garantista que se encamina a evitar que, por virtud del cambio en la titularidad jurídica del establecimiento de comercio, se pueda excusar el pago de compromisos previa y legítimamente adquiridos –artículo 529 C.Co.-.

Las obligaciones *in solidum* –útil es recordarlo-, son aquellas que existen a cargo de dos o más deudores –solidaridad pasiva-, a favor de uno o varios acreedores, de tal manera vinculados que cada uno de los deudores puede ser obligado a pagar la *totalidad* de la prestación⁶. Son dos las características fundamentales de las obligaciones solidarias: *unidad de objeto* y *pluralidad de vínculos*⁷; la unidad de objeto o prestación no significa como pudiera parecer, que la obligación tenga un solo objeto, pues todas la tienen. Significa que su único objeto no será fraccionado para el pago, así sea fraccionable; la

⁶ Cfr. Artículo 1568 del Código Civil y 825 del Código de Comercio.

⁷ En este preciso punto la doctrina de derecho privado ha sido prolija.

pluralidad de vínculos quiere decir que cada acreedor tendrá nexos diferentes con cada deudor y viceversa, siempre, eso sí, sobre un solo objeto.

Ahora bien: la responsabilidad del enajenante en este evento, tal como se refirió, cesará después de dos meses de la inscripción de la enajenación.

- b. Como lógico corolario de la regla anterior, las obligaciones nacidas luego de la enajenación del establecimiento de comercio –bien que se registren o no en los libros de contabilidad-, se radican en cabeza del adquirente.
- c. Pero existe un tercer supuesto: la responsabilidad por las obligaciones que *no* constan en los libros de contabilidad al momento de la transferencia. En principio –artículo 529 C.Co.- y apelando a la regla de responsabilidad general, es el enajenante el llamado a cumplir con estos gravámenes; sin embargo, el adquirente será solidariamente responsable, cuando no pruebe que su comportamiento durante el perfeccionamiento de la enajenación fue de *buena fe exenta de culpa*. Aquí, nuevamente se busca garantizar los derechos de los acreedores, llamando a responder no sólo a quien en principio debe cumplir con el registro y garantía de obligaciones nacidas antes de la enajenación –el enajenante-, sino a quien no desplegó todos los deberes que su condición de comerciante y la ley exigen para establecer con exactitud el estado financiero y patrimonial del establecimiento que adquiere –*i.e.* el adquirente-.

5.3. La buena fe exenta de culpa

Es preciso entonces, afirmar que la expresión acusada de la norma mercantil demandada no contraviene el artículo 83 de la Constitución, ni ninguno otro del mismo ordenamiento, pues no se parte del supuesto de la mala fe del comerciante –como equivocadamente lo señala el actor-, sino que por el contrario, se impone al adquirente la obligación de asumir una conducta diligente, oportuna, activa, libre de culpa, so pena de resultar solidariamente responsable por las acreencias del establecimiento que no figuren en los libros de contabilidad.

La razón en la que se apoya este requerimiento se basa en: (a.) la conveniencia de garantizar el cumplimiento de los compromisos legítimamente adquiridos durante el desarrollo de la empresa, evitando que quien la adquiere, se escude en su torpeza o desinterés para evadir el cumplimiento; (b.) la necesidad de establecer un patrón de conducta que señale cuándo el adquirente, por su descuido o por su evidente malicia, ha de responder junto con el enajenante –*i.e.* solidariamente-, en la garantía de ciertas obligaciones; (c.) la importancia de proteger la función de la contabilidad mercantil señalando la utilidad práctica de llevar registros veraces y ciertos de la actividad comercial, so pena de ver comprometida la responsabilidad de quienes deben cumplir con este deber; (d.) la naturaleza profesional de la actividad mercantil, que hace necesaria la fijación de ciertas obligaciones en cabeza del profesional del comercio, con el objetivo de velar por la

transparencia del intercambio jurídico y económico de los bienes, y la seguridad de los derechos de quienes contratan con dichas personas.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar **EXEQUIBLE** la expresión demandada del artículo 529 del Código de Comercio.

Notifíquese, comuníquese a quien corresponda, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL
Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA
Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ
Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Magistrado

FABIO MORON DIAZ
Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA
Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

ANEXO No. 2

STS DE 14.09.07 (REC. 4277/2000; S. 1.^a). COMPRAVENTA. OBLIGACIONES DEL VENDEDOR. DOBLE VENTA. BIENES INMUEBLES. PREFERENCIA POR EL QUE INSCRIBIÓ EN REGISTRO//CONTRATO. BUENA FE//HIPOTECA. TERCERO HIPOTECARIO. REQUISITOS DE ADQUISICIÓN. BUENA FE (RI §1026240)

17/12/2007

La Sala desestima el recurso de la entidad actora contra sentencia que declaró que la finca objeto de doble venta, pertenecía al primer adquirente y no a la recurrente a pesar de que ésta inscribiera primero su adquisición en el Registro de la Propiedad, porque faltaba el requisito de la buena fe exigido en el art. 1473 CC. En contra de lo manifestado por la actora, de la valoración probatoria realizada en la instancia se infiere razonablemente el conocimiento por aquélla de que la finca litigiosa había sido transmitida con anterioridad por la misma vendedora, lo que comporta la ausencia de buena fe por su parte, no habiéndose vulnerado, tal y como se alega, el citado precepto y el art. 34 de la Ley Hipotecaria que afirman la preferencia derivada de la inscripción registral siempre que concurra el requisito de buena fe.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia 932/2007, de 14 de septiembre de 2007

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 4277/2000

Ponente Excmo. Sr. ANTONIO SALAS CARCELLER

En la Villa de Madrid, a catorce de Septiembre de dos mil siete.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de Casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, como consecuencia de autos de juicio de menor cuantía nº 1165/98, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Palma de Mallorca; cuyo recurso fue interpuesto por la entidad Betacar, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don José Alberto Azpeitia Sánchez y defendida por el Letrado don Jaime Montis; siendo parte recurrida la entidad Ibiza MM22, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales don Miguel Angel de Cabo Picazo y defendida por el Letrado don Juan Socías Morell. Autos en los que también ha sido parte doña Isabel que no se ha personado ante este Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de la entidad Ibiza MM22, S.L. contra doña Isabel y la entidad Betacar, S.A.

1.- Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara "... sentencia por la que: 1) Se declare que mi representado adquirió a la demandada D^a Isabel la finca descrita en el hecho Primero de la demanda, con los pactos y condiciones del contrato de fecha 23 de Abril de 1.998, y por ello la demandada viene obligada a recibir el resto del precio y a otorgar la escritura pública a favor de mi mandante.- 2) Se declare que la segunda venta realizada por la Sra. Isabel a favor de Betacar S.A. mediante escritura de fecha 14 de Septiembre de 1.998, es inexistente por falta de objeto o venta de cosa ajena o, alternativamente, se declare la preferencia de la compraventa realizada a favor de mi principal respecto de esta segunda venta, acordando, en cualquier caso, que mi poderdante debe ser mantenido en el uso y posesión de la finca y la cancelación de los asientos registrales que la segunda venta hubiese causado en el Registro de la Propiedad.- 3) Se declare que la demandada Sra. Isabel debe indemnizar a mi representado por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato y, en consecuencia, que se le condene a pagar los gastos del aval que se ha tenido que constituir para la interposición de la demanda y los intereses legales de las cantidades que tiene recibidas a cuenta. Los gastos serán cuantificados en ejecución de sentencia, debiendo establecerse en la misma las bases sobre lo antes indicado.- 4) De forma subsidiaria, y para el improbable supuesto de no estimarse las peticiones principales, se declare que la Sra. Isabel incumplió el contrato de compraventa concertado con mi principal y por ello, condene a restituir todo cuanto hubiese percibido de mi poderdante, con los intereses legales, así como otra cantidad equivalente a la recibida por la demandada y entregada por mi mandante, de acuerdo con el pacto Séptimo del contrato de compraventa.- Y condenar a las demandadas a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a su cumplimiento, así como al pago de las costas.”

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la entidad Betacar, S.A. contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, en definitiva, se "... dicte en su día Sentencia en la que se desestime la demanda, imponiendo las costas a la parte actora.”

La representación procesal de doña Isabel contestó asimismo la demanda y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación suplicó al Juzgado "... se sirva dictar sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta por la entidad IBIZA MM22, S.L. en todos y cada uno de sus pedimentos, todo ello con expresa imposición de las costas judiciales a la entidad actora...”

3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que, propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

4.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 3 de junio de 1999, cuya parte dispositiva es como sigue: “FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora Sra. Alemany Morey en nombre y representación de Ibiza MM22, S.L. contra doña Isabel y Betacar, S.A., 1) debo declarar y declaro que la actora adquirió a la demandada doña Isabel la finca registral nº NUM000 del Registro de la Propiedad nº 1 de Palma, inscrita al tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM003, con los pactos y condiciones del contrato de fecha 23 de abril de 1998, y por ello la demandada viene obligada a recibir el resto del precio y a otorgar la escritura pública a favor de la demandante, - 2) debo declarar y declaro la preferencia de la compraventa realizada a favor de la actora respecto de la segunda venta realizada por la Sra. Isabel a favor de Betacar, S.A. mediante escritura de fecha 14 de septiembre de 1998, acordando, que la actora debe ser mantenida en el uso y posesión de la finca y la cancelación de los asientos registrales que la segunda venta hubiera causado en el Registro de la Propiedad.- 3) Debo declarar y declaro que la demandada Sra. Isabel debe indemnizar a la actora por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato y, en consecuencia, se le condena a pagar los intereses legales de las cantidades que tiene recibidas a cuenta, comenzando el cómputo de dichos intereses el 30 de septiembre de 1998, hasta el otorgamiento de la escritura pública.- 4) Debo condenar y condeno a las demandadas a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a su cumplimiento, así como al pago de las costas.”

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la entidad Betacar, S.A., y sustanciada la alzada, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dictó sentencia con fecha 18 de julio de 2000 cuyo Fallo es como sigue: “DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por el/la Procurador/a Sr./Sra. MIGUEL SOCIAS ROSELLO en nombre y representación de la entidad BETACAR, SA. contra el/a sentencia de fecha 3-VI-99, dictado/a por el Juzgado de Primera Instancia Nº 14 de Palma en los autos del Juicio de menor cuantía nº 1165/98 de que dimana el presente Rollo de Sala, CONFIRMAR la meritada resolución.- Se imponen las COSTAS de esta alzada a la parte apelante”,

TERCERO.- El Procurador de los Tribunales, don José Alberto Azpeitia Sánchez, en nombre y representación de la entidad Betacar, S.A, interpuso recurso de casación fundado en los siguientes motivos:

I.- Al amparo del nº 4º del artículo 1.692 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 1.281 y 1.282 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial sobre los mismos.

II.- Al amparo del nº 4º del artículo 1.692 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando infracción del principio jurídico de la buena fe con residencia en el artículo 7.1 del Código Civil, en relación con el artículo 1.473-2º del mismo código y artículo 34 de la Ley Hipotecaria, así como de la jurisprudencia.

III.- Al amparo del nº 4º del artículo 1.692 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración de lo dispuesto en los artículos 1.473-2º del mismo código y artículo 34 de la Ley Hipotecaria; y

IV.- Al amparo del nº 4º del artículo 1.692 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando infracción del artículo 354 a) del Reglamento Hipotecario, en relación con el artículo 175 del Reglamento Notarial en su redacción dada por R.D. de 29 de diciembre de 1994.

CUARTO.- Dado traslado del recurso a la parte contraria, la entidad Ibiza MM22 S.L., se opuso al mismo por escrito y, al no haber solicitado ambas partes la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 3 de septiembre de 2007, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ANTONIO SALAS CARCELLER

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituyen hechos básicos de la controversia, recogidos por el Juzgado en el fundamento jurídico primero de su sentencia, de los que igualmente parte la dictada por la Audiencia, los siguientes: A) Mediante contrato formalizado en documento privado de fecha 23 de abril de 1998, doña Isabel vendió a Ibiza MM22 S.L. la siguiente finca: “Porción de tierra, que tiene una cabida de cincuenta y seis áreas ochenta centiáreas y ochenta y cinco decímetros cuadrados. Linda al norte, con carretera acequia de Lluçmajor; al sur con la finca denominada “ DIRECCION000 “. Dicha finca consta inscrita en el Registro de la Propiedad nº 1 de Palma, al tomo 4472, libro NUM002, folio NUM003, inscripción 2ª; B) En dicho contrato se establecieron, entre otras, las siguientes estipulaciones: se fija el precio total en 7.250.000 pesetas, de las que se pagaría un millón de pesetas a la firma del contrato, otro millón de pesetas el día 1 de junio de 1998; un millón quinientas mil pesetas el día 1 de julio siguiente y el resto, o sea 3.750.000 pesetas, en efectivo en el momento de la firma de la escritura pública; C) Las partes se comprometieron a otorgar escritura pública de venta dentro de los ciento sesenta días siguientes a la fecha de suscripción del documento privado, finalizando dicho plazo el 30 de septiembre de 1998; momento en que el comprador recibiría la posesión de la finca; D) En caso de incumplimiento del contrato por la parte compradora, la vendedora retendría la cantidad ya entregada en concepto de daños y perjuicios; y si el incumplimiento fuere por la vendedora ésta tendría que devolver el duplo de la cantidad entregada; E) Los pagos se efectuaban a través de la empresa Expert-Balle S.L., que actuaba como mediadora entre los contratantes, y así, además del millón de pesetas entregado a la firma del contrato, se pagó por este conducto la cantidad de un millón de pesetas fijada para el día 1 de junio de 1998; F) El día 8 de julio de 1998, la vendedora doña Isabel compareció ante Notario a fin de que requiriera de resolución a la entidad compradora al amparo de lo previsto en el artículo 1.504 del Código Civil por falta de pago de la parte de precio que había de satisfacerse el día 1 de julio anterior. Dicho requerimiento se practicó el día 14 de julio en la persona de un vecino de don Romeo, legal representante de Ibiza MM22 S.L. El 16 de julio este último contestó a tal requerimiento oponiéndose al mismo y manifestando que la cantidad

correspondiente había sido entregada a Expert-Balle S.L. y, al no haber sido retirada por la vendedora, se consignó notarialmente la misma el día 14 de julio. Ofrecida que fue a la vendedora, rechazó recibirla alegando que se había incumplido el plazo y que ya había formulado el requerimiento resolutorio; G) El día 7 de septiembre el representante de la compradora compareció ante Notario para que citase a la Sra. Isabel para que compareciera el siguiente día 24 a efectos de otorgamiento de la escritura y recepción de la parte pendiente del precio, sin que compareciera la misma para tal finalidad; H) Consta que mediante escritura pública de fecha 14 de septiembre de 1998, doña Isabel vendió la citada finca por precio de 7.500.000 pesetas a Betacar S.A., que inscribió la adquisición en el Registro de al Propiedad el 5 de octubre siguiente, siendo así que Betacar S.A. tenía conocimiento de la existencia del contrato privado de compraventa de 23 de abril de 1998 celebrado entre doña Isabel e Ibiza MM22 S.L. cuando suscribió el contrato de compraventa de 14 de septiembre de 1998.

SEGUNDO.- Con tales antecedentes, la entidad Ibiza MM22 S.L. interpuso la demanda que ha dado origen al presente proceso la que dirigió contra doña Isabel y Betacar S.A., interesando que se dictara sentencia por la que: 1º) Se declare que la actora adquirió de la demandada Sra. Isabel la finca anteriormente descrita, con los pactos y condiciones fijados en el contrato de fecha 23 de abril de 1998, y por ello la demandada viene obligada a recibir el resto del precio y a otorgar la escritura pública a favor de la actora; 2º) Se declare que la segunda venta realizada por la Sra. Isabel a favor de Betacar S.A. mediante escritura de fecha 14 de septiembre de 1998 es inexistente por falta de objeto o venta de cosa ajena o, alternativamente, se declare la preferencia de la venta realizada a la actora, acordando en cualquier caso que ésta ha de ser mantenida en el uso y posesión de la finca y la cancelación de los asientos registrales que la segunda venta hubiese causado en el Registro de la Propiedad; 3º) Se declare que la demandada Sra. Isabel debe indemnizar a la actora por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato y, en consecuencia, que se le condene a pagar los gastos del aval que se ha tenido que constituir para la interposición de la demanda y los intereses legales de las cantidades que tiene recibidas a cuenta, todo ello a cuantificar en ejecución de sentencia; 4º) De forma subsidiaria, de no admitirse lo anterior, se declare que la Sra. Isabel incumplió el contrato de compraventa concertado con la demandante y se le condene a restituir todo lo percibido con los intereses legales, más una cantidad equivalente a la percibida de acuerdo con lo establecido en el contrato de compraventa; y 5º) Que se condene a las demandadas al pago de las costas.

Ambas demandadas se opusieron a la demanda y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Palma de Mallorca dictó sentencia que fue estimatoria en parte de la demanda acogiendo los pedimentos principales de la misma a excepción del referido a la indemnización por el importe del aval prestado por la actora, que se consideró innecesario, condenando a las demandadas al pago de las costas. Contra dicha resolución recurrió en apelación Betacar SA. y la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección Quinta) dictó nueva sentencia por la que desestimó el recurso e impuso las costas del mismo a la parte recurrente. Contra esta última resolución ha interpuesto dicha parte el presente recurso de casación cuyos motivos aparecen amparados todos ellos

en el n° 4° del artículo 1.692 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de norma jurídica y de la jurisprudencia.

TERCERO.- El primero de los motivos denuncia vulneración de las normas sobre interpretación de los contratos, concretamente de los artículos 1.281 y 1.282 del Código Civil y de la jurisprudencia. Se afirma por la parte recurrente que la Audiencia ha vulnerado tales normas al no tener en cuenta la cláusula del contrato de compraventa celebrado entre la actora y la demandada Sra. Isabel en fecha 23 de abril de 1998 según la cual “el comprador recibirá la posesión en el momento en que se firme al escritura pública”. Pero, al razonar así, desconoce la parte cuál es la verdadera “ratio decidendi” de la sentencia impugnada, pues no se basa la misma en el hecho de que la actora Ibiza MM22 S.L. hubiera recibido la posesión de la finca comprada, adquiriendo así la propiedad y consumándose la venta, sino en la aplicación de la preferencia establecida por el artículo 1.473-2° del Código Civil para los supuestos de doble venta de cosa inmueble que, si bien en principio cabría atribuir a la demandada Betacar S.A. al ser la primera que inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad, dicha preferencia no es reconocida por considerar la Audiencia, como ya lo hizo el Juzgado, que faltaba para ello el requisito de la buena fe en el segundo adquirente que se halla implícito en la norma y cuya exigencia ha sido reiterada por esta Sala que, entre otras muchas, en sentencia de 8 de febrero de 2001, señala que “el artículo 1473 del Código Civil exige para su aplicación la buena fe, que, como ha señalado la sentencia de esta Sala de 16 de febrero de 1981 y reiteran las de 23 de enero de 1989, 11 de mayo de 1992, 12 de julio y 27 de septiembre de 1996, entre otras, no es estado de conducta sino de conocimiento (...) Estamos en un caso que desemboca en una doble venta y quien colaboró en la maniobra torticera, o al menos la conoció, no merece protección, como recogieron las añejas resoluciones de 30 de noviembre de 1967, 31 de diciembre de 1969 y 30 de abril de 1974, precisándose la buena fe en el comprador y la ignorancia sobre la venta anterior “sentencias de 17 de diciembre de 1984 y 3 de mayo de 1985 “““.

Por todo ello el motivo no puede ser estimado.

CUARTO.- El siguiente motivo denuncia la infracción del principio jurídico de la buena fe (artículo 7.1 del Código Civil) en relación con las disposiciones de los artículos 1.473-2° del mismo código y 34 de la Ley Hipotecaria y la jurisprudencia con cita de las sentencias de esta Sala de 5 de julio de 1985, 14 de julio de 1988 y 8 de marzo de 1999.

La más reciente jurisprudencia de esta Sala acerca de la cuestión de la buena fe y la impugnación en casación de lo resuelto al respecto en la instancia viene sintetizada en la sentencia de 27 de noviembre de 2006, según la cual “la buena fe, como ha señalado esta Sala, forma parte de la normalidad de las cosas, no ha de ser probada, sino que ha de presumirse (Sentencias de 29 de noviembre de 1985, 8 de junio de 1994, 6 de junio de 2002, 29 de enero de 2004, etc.) en tanto no sea declarada judicialmente su inexistencia, que se ha de probar, lo que envuelve una cuestión de hecho, pero es también un concepto jurídico que se apoya en la valoración de una conducta deducida de unos hechos (Sentencias de 5 de junio de 1999, 17 de enero, 10 de julio y 18 de diciembre de 2001, 28 de junio de 2002, 6 de febrero de 2003, etc.). No basta, pues, que el recurrente se limite a

invocar la inexistencia de buena fe en un determinado comportamiento, sin ulterior precisión, que ha de realizarse, por una parte, señalando el error en la valoración de la prueba que haya podido sufrir la Sala de instancia, o el supuesto de arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente en que se haya podido encontrar....”.

En el caso presente no se combate adecuadamente la valoración probatoria llevada a cabo por la Audiencia, pues no se articula un motivo que denuncie error de derecho en la valoración de la prueba, debiendo reconducirse lo alegado a la disconformidad del recurrente con las conclusiones que a partir de unos determinados hechos -ahora intangibles- ha obtenido el tribunal para determinar que no concurrió en la demandada el requisito de la buena fe. Y sobre ello no cabe sino ratificar lo resuelto en la instancia pues de la valoración probatoria -fundamentalmente la testifical y la documental- se infiere razonablemente el conocimiento por parte de Betacar S.A. de que la finca litigiosa había sido transmitida con anterioridad por la misma vendedora que a ella le transmitió. Se ha basado para ello la Audiencia, como elemento coadyuvante, en la existencia un cartel en la propia finca que publicaba su adquisición por la actora para su destino a aparcamiento y, singularmente, en la declaración testifical de don Victor Manuel de donde, como expresamente reflejó la sentencia de primera instancia y asumió la Audiencia, se desprende que don Romeo (legal representante de la actora) cedió el uso temporal del terreno a la empresa vecina Es Fogueró para que lo utilizase como aparcamiento de clientes durante el verano, realizando esta última labores de acondicionamiento y limpieza del solar a estos efectos y solicitando a Betacar S.A. -propietaria de un solar colindante- que les dejaran poner unos focos para iluminar la explanada, a lo que se les contestó por esta entidad en sentido negativo “por ser de la competencia”. Esto último pone de manifiesto un conocimiento efectivo de la disposición efectuada sobre la finca por su anterior propietaria a una empresa de la “competencia” lo que además queda constatado por la propia explanación y uso dado a la finca durante el verano de 1998.

En consecuencia no cabe considerar que la conclusión acerca del conocimiento por la segunda compradora de la existencia de una transmisión anterior -lo que comporta la ausencia de buena fe por su parte- sea arbitraria, ilógica o absurda ya que, por el contrario, constituye una deducción lógica y adecuada a la realidad de los hechos probados.

Por ello no se ha infringido el principio jurídico relativo a la buena fe ni la doctrina jurisprudencial expresada en las sentencias que se citan, de las cuales la primera (sentencia de 5 de julio de 1985) se limita a señalar la forma en que la discusión acerca de la buena o mala fe puede tener acceso a casación y las restantes (sentencias de 14 de julio de 1988 y 8 de marzo de 199) se refieren a las condiciones que determinan su apreciación.

De ahí que haya de ser desestimado el anterior motivo, así como el tercero en cuanto, presuponiendo la buena fe del segundo adquirente, Betacar S.A. denuncia directamente la vulneración de los artículos 1.473-2º del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria en cuanto afirman la preferencia derivada de la inscripción registral siempre que concurra el requisito de la buena fe; el cual, negada su concurrencia, no puede operar a favor de quien no actuó de tal modo, incurriéndose en realidad en el defecto casacional de hacer supuesto de la

cuestión en cuanto se parte para denunciar la infracción legal de conclusiones distintas de las obtenidas por la sentencia de instancia, que ahora han sido ratificadas, lo que de por sí hace que claudique el motivo (sentencias, entre las más recientes, de 27 de noviembre y 19 de diciembre de 2006; 24 de enero y 5 de febrero de 2007).

QUINTO.- Igual suerte desestimatoria ha de correr el último motivo del recurso -cuarto- que denuncia la vulneración de lo establecido en los artículos 354 a) del Reglamento Hipotecario y 175 del Reglamento Notarial, que se refieren a la forma en que han de ser preparadas y otorgadas las escrituras públicas en atención a la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, que la sentencia impugnada no niega que se hubieran cumplido en el caso presente.

El motivo se desestima, en primer lugar, porque no cabe en casación fundamentar un motivo con la sola cita de preceptos reglamentarios (así, sentencias de 7 de abril de 2000, 22 de abril de 2002, 4 de octubre de 2002 y 5 de diciembre de 2003) que, según otras sentencias, como las de 1 de diciembre de 1982, 9 de mayo de 1988 y 8 de enero de 2007, se limitan a los aspectos de competencia y forma de las escrituras públicas pero no alcanzan a regular el valor y eficacia última de los actos o contratos a que se refieren pues tal materia incumbe a los tribunales; y, en segundo lugar, porque nada tiene que ver el cumplimiento de los requisitos de carácter reglamentario y la efectiva adopción de las precauciones reglamentarias ordenadas a preservar la seguridad en las transmisiones inmobiliarias con el hecho -cuya apreciación no incumbe al Notario- de que la adquisición se produzca sin obrar el adquirente de buena fe, que es lo sucedido en el supuesto enjuiciado.

SEXTO.- Procede por ello la desestimación del presente recurso con imposición de costas a la parte recurrente y pérdida del depósito constituido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS** no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Betacal S.A., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección Quinta) con fecha 18 de julio de 2000 en autos de juicio declarativo de menor cuantía número 451/99, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 14 de dicha ciudad a instancias de Ibiza MM22 S.L. contra la hoy recurrente y contra doña Isabel, la que confirmamos condenando a la parte recurrente al pago de las costas del recurso, y acordamos la pérdida del depósito constituido para su interposición.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la **COLECCIÓN LEGISLATIVA** pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Antonio Salas Carceller.- José Almagro Nosete. **PUBLICACIÓN.-**

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Salas Carceller, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.