

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

El principio de fe pública registral y su aplicación a la hipoteca de constitución unilateral. Los artículos 34 y 32 de la Ley Hipotecaria, sus requisitos y su posible aplicación a este caso. (Comentario a la STS de 29 de septiembre de 2003)

JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO

Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Sevilla

La sentencia que nos proponemos comentar versa sobre el conflicto de intereses planteado entre los compradores de unas viviendas y un banco. Y viene motivado por la hipoteca dispuesta en su día a favor de ese último mediante negocio jurídico unilateral de los entonces dueños de la finca gravada, que se recogió en escritura pública (5 de octubre de 1990) pero que sin embargo no se inscribió en el Registro de la Propiedad hasta dos años después (8 de octubre de 1992), tiempo en el que terceras personas habían comprado, con desconocimiento de la hipoteca dicha, los pisos-viviendas que sobre esa finca habían construido aquéllos. La aceptación por parte del banco de esa hipoteca, además, no accedió al Registro hasta el día 3 de marzo de 1993. Y así, llegado el momento, los compradores interponen demanda en la que solicitan se declare la nulidad de esa hipoteca y la cancelación de las correspondientes inscripciones registrales.

En el caso se involucran por tanto, de un lado, una modalidad hipotecaria (la hipoteca de constitución unilateral) que presenta singularidades en cuanto a su configuración y operatividad, y que por no ser demasiado común no siempre se tienen claras; y de otro lado, el principio de fe pública registral, en concreto, el significado del requisito de buena fe que el mismo exige.

Se trata de un caso límite por las circunstancias concurrentes que en él se dan. Prueba de ello es la disparidad de soluciones que va recibiendo en las

tres instancias judiciales por las que pasa, y sobre todo la disparidad de criterios que se van empleando para sustentarlas. Pues el Juzgado falló a favor del banco, la Audiencia a favor de los compradores, y el Tribunal Supremo también a favor de los compradores pero por razonamientos «no coincidentes... con las motivaciones de la sentencia recurrida» (FD 4.º).

Por todo lo cual, creemos que la sentencia resulta merecedora de comentario, como hacemos a continuación.

I

Para ello, nos parece lo mejor empezar apuntando los concretos argumentos en que el TS se apoya para resolver a favor de los compradores, que son dos.

a) El primero –FD 1.º–, tras afirmar breve pero rotundamente el carácter constitutivo de la inscripción registral en el caso del derecho de hipoteca («criterio evidente», dice), es que cuando la hipoteca se constituyó/inscribió, el bien pretendidamente gravado no era ya propiedad de los hipotecantes, por lo que, atendido lo dispuesto en los arts. 1857.2 CC y 138 LH, no pudo constituirse aquella válida y regularmente. «En el caso –dice el TS–, el litigante (los hipotecantes-vendedores) tenía la propiedad y gozaba de la disponibilidad del solar inscrito cuando estableció, mediante escritura pública de 5 de octubre de 1990, la hipoteca unilateral a favor del banco acreedor, pero, en el intermedio de los dos años transcurridos hasta que se procedió a la inscripción registral, vendió los pisos construidos en régimen de propiedad horizontal libres de cargas y gravámenes, de manera que cuando los adquirentes de los pisos tuvieron conocimiento de la hipoteca inscrita, con posterioridad a las ventas, hubieron de querellarse contra el vendedor, que fue condenado por un delito de estafa».

Apoyándose sólo sobre esta base, la Audiencia había declarado la nulidad radical de la hipoteca y había ordenado la cancelación de las inscripciones correspondientes, por considerar que el gravamen no pudo nacer al estar privado (el *deudor hipotecario*, dice la reseña que de la misma hace el TS, pero debe ser *los hipotecantes*) de la disponibilidad sobre los bienes hipotecados. El TS, por su parte, aunque comparte con la Audiencia este argumento, no lo considera sin embargo suficiente por sí solo. «La cuestión –dice el TS– no es tan sencilla, puesto que la apariencia creada por la inscripción exige ponderar, no obstante que la cosa hipotecada no fuera propia del otorgante de la hipoteca unilateral al tiempo de la inscripción, si se puede excluir la aplicación saneadora del artículo 34 de la LH». Éste es el otro argumento que el TS toma en consideración.

b) El segundo argumento, como hemos dicho, es el fundamental en la resolución del TS, y al que dedica mayores digresiones –FD 2.º y 3.º–, mientras que la Audiencia, tras apuntarlo meramente, lo desecha por considerar que «resulta supérfluo». Este argumento, que procede sobre la base de que los hipotecantes no eran ya propietarios cuando la hipoteca se constituyó/inscribió, se cifra en la imposibilidad de aplicar en auxilio del banco el principio de fe pública registral (art. 34 LH), no obstante haberse inscrito el derecho de hipoteca del banco antes que el derecho de los compradores sobre los pisos, por considerarse que éste no cumple con los requisitos que para ello exige la Ley, en particular porque se entiende que no era un adquirente de buena fe. El banco, afirma el TS, «mal puede invocar a su favor que no tuvie-

ra conocimiento de la realidad de las ventas efectuadas con anterioridad a la inscripción de la hipoteca, y por ello recabar en su beneficio su condición de tercero de buena fe, dado que el conjunto de anomalías que jalonan el *iter*, desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución unilateral de hipoteca hasta que la misma se inscribe en el Registro inmobiliario, refleja el conocimiento claro de cuanto ocurría en relación con las ventas efectuadas y las irregularidades que la entidad bancaria cometió en el cumplimiento de la escritura unilateral de hipoteca no inscrita e inaceptada hasta el día 3 de marzo de 1993, mediante la correspondiente acta notarial». A esta conclusión se llega, a juicio del TS, por las siguientes consideraciones.

Una, porque «en la escritura de constitución de hipoteca se consignó, como una característica del crédito (que el banco concediera a los entonces propietarios del solar, luego constructores y vendedores de los pisos en cuestión), y como condición *sine qua non* para la disposición del crédito, que en el plazo de seis meses a contar desde el día del otorgamiento de la escritura de hipoteca..., tendría que haberse entregado al banco la primera copia de la escritura de hipoteca debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, acompañada de una certificación del Registro en la que se acreditara la libertad de gravámenes y cargas, la inexistencia de limitaciones de dominio y de condiciones resolutorias y rescisorias, y que no apareciera limitada la capacidad de disposición de los bienes hipotecados. Estas condiciones —dice el TS— no se cumplieron por los acreditados y en la fecha en que se inscribieron las fincas hipotecadas (sic. en el FD 3.º de la STS; debe ser en que se inscribieron los pisos, tras haberse inscrito la declaración de obra nueva y el título constitutivo de propiedad horizontal) a favor de don Pascual B. Ch. y doña M.ª del Carmen G. T. (los acreditados-hipotecantes), así como la escritura de constitución de hipoteca, dichos señores habían dispuesto ya de la totalidad del crédito, sin cumplir ni siquiera con las condiciones establecidas en la escritura de constitución de la hipoteca, puesto que las entregas se realizaron sobre la totalidad de las certificaciones de obra expedidas y no quedó retenido el treinta por ciento del crédito para el momento en que se obtuviera la cédula de habitabilidad de las viviendas hipotecadas. El banco pues, permitió (a los hipotecantes) disponer de la totalidad del crédito concedido pese a que para disponer del último treinta por ciento era necesario acreditar la venta de las viviendas con los correspondientes contratos de compraventa».

Y otra, porque «varios compradores... pagaron parte del precio de las viviendas compradas mediante ingresos efectuados a don Pascual B. Ch. (uno de los vendedores-hipotecantes) en su cuenta de Banco Español de Crédito, S.A.», y porque «don Dionisio P. B. [uno de los compradores], para pagar parte del precio del piso-vivienda comprado..., solicitó una operación financiera a Banco Español de Crédito, S.A., teniendo que efectuar para ello declaración de bienes el día 7 de septiembre de 1992 (un mes antes de la pretendida constitución de hipoteca), consignando en ella el piso comprado al señor B. Ch. y de la parte pendiente de pago de aquél...».

A la vista de lo cual, concluye entonces el TS afirmando que «no cabe, pues, dudar, a tenor de las estipulaciones de la escritura que estableció... el proyecto de venta de pisos y las notificaciones que obligaban a los deudores respecto de la entidad crediticia, que ésta tuvo todas las posibilidades objetivas de conocimiento de las ventas realizadas al margen de las obligaciones que se asumían en la escritura... Su conducta, por tanto, incursa desde luego en grave negligencia, que por tener todos los instrumentos de control en sus manos raya en el dolo, no puede tutelarse, invocando una buena fe inexistente».

II

Una vez expuestos los argumentos que llevan al TS a fallar a favor de los compradores y en contra del banco, procedemos por nuestra parte al comentario del caso, de sus circunstancias y de la valoración que de todo ello ha hecho el TS. Veámoslo, ateniéndonos al mismo orden en que la exposición ha sido hecha.

III

Y así tenemos, que al primero de esos argumentos –que cuando la hipoteca se constituyó/inscribió, el bien pretendidamente gravado no era ya propiedad de los hipotecantes, por lo que aquélla no pudo establecerse válida y regularmente– se puede decir lo siguiente.

a) De entrada que, al menos por la rotundidad con que se hace, la afirmación del carácter constitutivo de la inscripción registral en el caso del derecho de hipoteca es criticable. Pues aunque es cierto que hoy la doctrina y la jurisprudencia ampliamente dominantes se manifiestan en ese sentido, no lo es menos tampoco que no se trata de una cuestión absolutamente pacífica, ya que hay voces muy autorizadas dentro de la doctrina –*vid.*, por todos, A. Gordillo Cañas: *Hipoteca voluntaria: el iter de su formación y la determinación de su momento constitutivo*, Academia Sevillana del Notariado, t. IV, 1991, pp. 318 ss; *La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)*, ADC. t. LIV, fasc. I, enero-marzo 2001, pp. 5 ss, espec. pp. 86-110– y resoluciones jurisprudenciales –STS. 13 de septiembre de 1984, 31 de octubre de 1986 y 6 de abril de 1996 (esta última comentada por mí en CCJC., septiembre-diciembre 1996, núm. 42, pp. 967 ss)– que discrepan de ese planteamiento y defienden la configuración de ese caso con arreglo al criterio general de nuestro sistema, esto es, atribuyendo a la inscripción registral valor *ad opponibilitatem*, no *ad constitutionem*. Y si así fuera, en el caso la hipoteca habría nacido en un tiempo en que los hipotecantes eran sin duda propietarios: cuando se otorga la escritura pública –requisito éste que sí es indispensable, y que viene a sustituir a una *traditio* material aquí imposible– en que se recoge el negocio unilateral constitutivo de la misma. Pero además es que, en un momento dado, la hipoteca se inscribe, siendo así que los sujetos compradores de pisos no habían sin embargo inscrito todavía su adquisición. A la vista de lo cual, el debate en torno al pretendido carácter constitutivo de la inscripción registral de hipoteca no parece aquí muy trascendente. Ciertamente, esos sujetos desconocían la carga que sobre los pisos pesaba (que ahora suponemos existente, a efectos dialécticos), cuando los compraron. Pero esto no es óbice para que hubieran debido inscribir sus derechos. ¿No constituye esto un proceder semejante en cierta medida al del banco, que debería llevar a que su derecho no sea oponible a terceros, como a partir de la inscripción de la hipoteca sería con respecto a ellos el banco? Nótese, en este sentido, que tanto la tesis que atribuye a la inscripción registral valor constitutivo como la que le da valor meramente declarativo coinciden al atribuir a tal inscripción valor a efectos de oponibilidad a terceros, con independencia de que el nacimiento

del derecho real que sea se produzca antes o al mismo tiempo de esa inscripción, en función de la tesis adoptada. En esta apreciación coinciden ambas tesis, siendo ella predicable en general de cualquier derecho real, no sólo de la hipoteca. Surge así la pregunta: ¿son entonces terceros hábiles para preverlecer frente al Banco los compradores de los pisos? La respuesta a esta cuestión pasa por atender a lo que en el segundo argumento se considera, a cuya exposición y comentario remitimos.

En todo caso, a la vista de la premisa sobre la que opera el TS –inscripción registral de la hipoteca con carácter constitutivo–, y sea de ella lo que sea, no queremos aquí dejar de destacar la corrección con que el TS procede entonces en este punto, al plantearse si los hipotecantes son o no propietarios en el momento en que se inscribe la escritura de constitución unilateral de hipoteca (el 8 de octubre de 1992), no en el momento en que el banco beneficiario de la misma manifiesta su aceptación (en acta notarial, nos dice la sentencia, aunque lo propio sería en escritura pública) y ésta accede al Registro (el 3 de marzo de 1993). Pues efectivamente se trata de una hipoteca que nace, por hipótesis, como efecto de un negocio unilateral, esto es, de un negocio en el que interviene una sola parte (el hipotecante), cuya voluntad es la única necesaria para ello. Lo cual se justifica –al igual que ocurre en todos los negocios jurídicos de génesis unilateral– por el carácter netamente beneficioso de ese efecto para su destinatario, al que se atribuye un derecho sin pedírsele nada a cambio. Basta, por ello, con la sola voluntad de quien quiere gravar su patrimonio con tal carga, siempre que efectivamente su intención sea la de producir por sí solo tal efecto, sin requerir la concurrencia de la voluntad concorde del beneficiario del mismo, en cuyo caso pasaríamos a hablar de negocio de génesis bilateral, esto es, de contrato. En este sentido, la «aceptación» del beneficiario de una hipoteca unilateral, a que el artículo 141 LH hace referencia, no es una aceptación contractual, sino que tiene un significado y una virtualidad completamente distintos. Esa desafortunadamente llamada –por la confusión que ello produce– «aceptación» forma parte del mecanismo legalmente dispuesto en este caso para salir de la situación de incertidumbre que se produce transitoriamente, en tanto que a pesar del carácter netamente beneficioso que para su destinatario tiene el efecto propio del mismo (la hipoteca establecida en su favor), no hay seguridad de que vaya a ser efectivamente querido por éste. Y aunque inusual, si así fuera, su autonomía e independencia deben ser respetadas, por lo que hay que reconocerle la posibilidad de rechazar tal efecto (lo característico de los negocios de génesis unilateral, desde el punto de vista del destinatario de los mismos, es que sustituyen la necesidad de convenir aceptando, propia de los negocios bilaterales-contractuales, por la posibilidad de rechazar). Esto, ahora bien, crea una situación transitoria de incertidumbre o inestabilidad en cuanto al efecto ya producido, para poner término a la cual la LH ha ideado en este caso un mecanismo consistente en permitir al propietario de la finca gravada requerir al favorecido con la hipoteca para que, en el plazo de dos meses a contar desde que ese requerimiento se realice, se pronuncie al respecto, sea en un sentido –«aceptando», esto es, consolidando definitivamente en su patrimonio la hipoteca que ya tenía– o en otro –rechazándola retroactivamente–. De forma que si no lo hace, el dueño de la finca gravada puede entonces pedir al Registro la cancelación de la hipoteca, sin necesidad de contar con el consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó [sobre esta concreta figura puede verse nuestro trabajo *La hipoteca de constitución unilateral*, ADC. t. XLVII, fasc. IV, octubre-diciembre 1994, pp. 85 ss; más ampliamente

te sobre los negocios de génesis unilateral, nuestro libro *Promesas unilaterales y donaciones (La promesa unilateral y su aplicación a las atribuciones gratuitas en el Derecho español)*, Madrid-Barcelona 1998].

b) Dicho lo anterior pasemos ya pues, sin más preámbulos, a considerar la valoración que el TS hace de las circunstancias del presente caso que son relevantes desde esta perspectiva. Y la pregunta es: cuando la hipoteca se constituye/inscribe –el 8 de octubre de 1992– ¿eran los hipotecantes todavía propietarios del solar, o ya no? Dicho a la inversa: ¿tenían ya los compradores, en ese preciso momento, la propiedad de los pisos, o todavía sólo un derecho de crédito? Esta cuestión exige dilucidar si las operaciones de compraventa de pisos a que en el caso se hace referencia estaban todavía en fase obligacional, o si ya se habían consumado mediante la tradición. Más concretamente, lo que se trata es de calibrar si en el caso había habido *traditio* o no. Para lo cual es menester atender a las dos consideraciones siguientes.

– La primera atiende a la actitud o la postura del TS en la sentencia comentada, dando por sentado que efectivamente había habido *traditio*, y además antes de la inscripción registral de la hipoteca, con una afirmación rotunda pero poco o nada fundamentada. Pues en la sentencia no se nos dice qué tipo de *traditio* había habido, ni cuándo se había producido exactamente, ni se nos dan los datos concretos de los que sea posible extraer tales conclusiones. Y siendo éste el elemento clave en este argumento, parece necesario que así se hubiera hecho. Tal como se resuelve en la sentencia, la cuestión resulta susceptible de duda fundada.

Pero no queremos limitarnos a la crítica. Vamos por ello a ir más allá, tratando de hipotizar cómo pudo haber sido. Y la pregunta entonces es: ¿*traditio* material o *traditio* instrumental?

¿Es posible la *traditio* material antes de haberse llevado al Registro la declaración de obra nueva y el título constitutivo de la propiedad horizontal sobre el edificio de pisos construido (éstos se presentan simultáneamente con la escritura de constitución unilateral de hipoteca)? ¿Se habían obtenido, antes de esa tradición, las cédulas de habitabilidad de las viviendas (la sentencia no lo precisa)? ¿Es posible la *traditio* material, si no se han obtenido todavía esas cédulas? A todas estas cuestiones hay que responder en principio en sentido afirmativo. Pues la ley dice que «se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador» (art. 1462.1 CC), y que «la posesión se adquiere... por el hecho de quedar (los bienes adquiridos) sujetos a la acción de nuestra voluntad...» (art. 438 CC). Y la jurisprudencia ha resuelto en ocasiones –v.g., STS. 10 de mayo de 1994– que si el comprador ordena cambios en el piso mientras éste se está construyendo (antes, por tanto, de obtenerse la cédula de habitabilidad, y antes también, seguramente, de haberse hecho la declaración de obra nueva y de haberse otorgado título constitutivo de propiedad horizontal), éso se puede valorar como reflejo de que el bien está ya sometido a la acción de su voluntad (esto puede valorarse también como un caso de *constitutum possessorium*). En el caso, ahora bien, no se nos refiere ningún hecho en que apoyarnos en este sentido. Por lo cual, aun siendo teóricamente posible apreciar *traditio* por esas vías, como hemos dicho, a falta de tales datos creemos sin embargo que aquélla no puede presumirse, pues la regla de principio y la práctica común es la entrega material de los pisos una vez terminados, inscritos en el Registro con sometimiento al régimen de propiedad horizontal, y con las cédulas de habitabilidad ya obtenidas.

También podría ser un supuesto de *traditio* instrumental (art. 1462.2 CC). Las circunstancias del caso no lo impiden. Pero, ¿ha habido de hecho en el caso, y antes de acceder al Registro la declaración de obra nueva, el título constitutivo de la propiedad horizontal y la escritura de hipoteca (todos ellos, repetimos, se producen simultáneamente), escritura pública en la que se recoja el contrato de compraventa? Nada se nos dice en la sentencia a este respecto, lo que ciertamente sería sorprendente si la hubiera habido, por la trascendencia que ya hemos dicho que tiene esto en el caso. De tal modo que debemos concluir afirmando, en una línea semejante a la antes dicha, que aun siendo posible aquí también esta modalidad traditoria, no cabe sin embargo presumirla o darla por supuesta sin más.

– La segunda consideración que hay aquí que tener en cuenta es que, según nos dice la propia STS, los vendedores fueron condenados por la Audiencia, en el procedimiento abreviado correspondiente, por un delito de estafa a los compradores. En la sentencia que resolvió ese proceso, es verdad, entre otras cosas se afirmaba como hecho probado que los acusados (los hipotecantes-constructores-vendedores) vendieron los pisos «antes de que la hipoteca fuera legalmente constituida». Pero, ¿qué valor hay que dar a esa afirmación hecha en un proceso penal? ¿Debe entenderse estricta y literalmente? Nótese que, según decía el artículo 531 del Código Penal a la sazón vigente, en este caso la estafa podía ser: o por haber el vendedor enajenado o gravado el bien (los pisos) fingiéndose dueño del mismo sin serlo (párrafo 1.º), o por haberlo enajenado como libre sabiendo que estaba gravado, o por haberlo gravado después de enajenado (párrafo 2.º). Pues bien, la hipótesis del párrafo primero no encaja en nuestro caso, ya que se condena a los vendedores por estafa a los compradores (que son efectivamente los que ejercitan la acción penal), siendo así que aunque al tiempo de la venta la finca estuviera ya hipotecada, los vendedores seguirían siendo propietarios, y podrían por tanto vender los pisos que habían construido sobre ella. La que cuadra al caso es la segunda hipótesis. Pero entonces hay que tomar como hecho firme justo el contrario al planteado o declarado por la Audiencia: que la hipoteca sí existía ya cuando se produjo la venta, o que vino a existir (cuando la escritura accedió al Registro: recuérdese que el Tribunal procede sobre la premisa de una inscripción constitutiva) antes de que la venta se consumara mediante la tradición. Pues si no hubiera existido la hipoteca en ese tiempo, los estafados no habrían sido entonces los compradores de pisos sino el banco, ya que la hipoteca en su favor se habría constituido en un momento en que los hipotecantes no eran ya dueños del solar que se gravaba (supuesto del artículo 531.1 C. Penal de entonces). Y esto no se ha planteado nunca.

Las dos consideraciones hechas nos parece que son suficientemente sólidas como para poder cuestionar la afirmación del TS, de que cuando la hipoteca se constituye (se inscribe) ya había habido tradición de los pisos vendidos, y por tanto que los hipotecantes no eran ya dueños y no podían por consecuencia establecer válidamente el gravamen, a tenor de lo dispuesto en los arts. 1857.2 CC y 138 LH.

IV

El segundo argumento del TS –que, sobre la base de no ser los hipotecantes propietarios de la finca gravada cuando la hipoteca se inscribe, el banco

no puede aducir en su auxilio el principio de fe pública registral, no obstante haber inscrito su derecho (la hipoteca) antes de que los compradores de los pisos hayan inscrito los suyos, pues no cumple los requisitos que para ello se fijan en el artículo 34 LH, en concreto porque no es un adquirente de buena fe— no es tampoco evidente e indiscutible, sino que por el contrario resulta susceptible de objeciones como las que le vamos a plantear aquí.

Antes, sin embargo, nos parece que es oportuno plantear las dos reflexiones siguientes.

La primera atañe al momento temporal en que la buena fe del adquirente ha de existir. ¿Cuál es éste? En el caso, hay que decir que la buena fe del banco no tiene que llegar hasta el momento de la «aceptación» por su parte de esa hipoteca, mucho menos hasta el acceso de la misma al Registro. Pues al tratarse de una hipoteca de constitución unilateral, la llamada «aceptación» no es tal, en el sentido de que no es aceptación de una oferta contractual ni forma parte del negocio constitutivo de hipoteca, que sería entonces bilateral (contractual). Esa «aceptación» en escritura pública, y su posterior inscripción en el Registro, ya se dijo antes que son sólo para eliminar la posibilidad de cancelación que la ley concede al hipotecante, si en el plazo de los dos meses siguientes al requerimiento que haga al acreedor para que se manifieste al respecto, éste no lo hace; pero si tal requerimiento (y subsiguiente cancelación) no tiene lugar, es perfectamente posible que esa «aceptación» no llegue nunca a producirse, sin que ello impida al acreedor hipotecario, llegado el momento, ejecutar directamente la hipoteca. La buena o mala fe del banco, por tanto, ha de calificarse en el preciso momento en que se produce la adquisición por su parte de esa hipoteca. Y en el caso, esa adquisición se produce desde que se otorga el negocio unilateral de hipoteca, o, si se opta por la tesis de la inscripción registral constitutiva, desde que el mismo accede al Registro. Pues desde entonces el sujeto beneficiario de la misma ya la tiene, aunque transitoriamente sea de forma inestable o no firme, por la posibilidad de que no la quiera y la rechace o de que se cancele a instancia del hipotecante que ejercite el expediente antes dicho sin respuesta del acreedor. Pero en tanto eso no ocurra —en cuyo caso se deshará retroactivamente—, hay que entender producida de algún modo, y desde el principio, la adquisición por parte del beneficiario. Es la singularidad de esta hipoteca, precisamente porque es de constitución unilateral.

La segunda reflexión, formulada en un plano más general, versa sobre el principio, o idea, propio de nuestro ordenamiento jurídico actual, de protección de los terceros. ¿Cómo se articularía, en este caso, esa protección? El TS, sin plantearse siquiera una duda al respecto, procede sobre la base del artículo 34 LH. Este precepto constituye hoy, sin duda ninguna, el paradigma en este sentido. Pero no es el único en que tal principio se recoge y refleja, sino que existen también otros a tener en cuenta, en particular —por lo que aquí nos interesa— el artículo 32 LH. Esta precisión puede ser importante, pues aunque ambos preceptos responden a una misma idea, los requisitos concretos para la aplicación de uno u otro no son exactamente los mismos. ¿Cómo se articula entonces esa posible protección al tercero, en el caso concreto de la sentencia que comentamos? ¿A través de qué precepto?

El TS hemos dicho ya que procede, sin dudar, por la vía del artículo 34 LH. También nosotros creemos que puede hacerse así, pero esto no obstante nos parece que no es inoportuno hacer algunas consideraciones en este sentido. Y la cuestión es: ¿tiene encaje, el caso de la sentencia que comentamos, en el supuesto del artículo 34 LH? La hipoteca que está en la base del pleito,

ciertamente, ha sido constituida por quien en el Registro aparece publicado como titular de la finca gravada, aunque no lo sea –damos esto ahora por supuesto, a efectos dialécticos–, y ha sido además inscrita en el Registro, que son dos de los requisitos que para la aplicación del artículo 34 LH se exigen. Pero, aun dejando ahora de lado el requisito de la buena fe –el único al que el TS atiende, y que luego consideraremos nosotros también con detenimiento–, quedan todavía otros requisitos por considerar. En concreto: ¿hay, en el caso, una adquisición subsumible en el supuesto del artículo 34 L.H? ¿Y adquisición a título oneroso?

Por cuanto hace a la primera pregunta hemos de decir, que en el pensamiento de los redactores del artículo 34 LH esa adquisición era sin duda una adquisición operada por vía de negocio bilateral entre el transmitente y el adquirente, esto es, por vía de contrato. Esta misma sigue siendo hoy la opinión doctrinal general, que responde además a la realidad estadística de los casos. Pero sin perjuicio de ello, lo dicho pensamos que no excluye totalmente la posibilidad de que ese mismo precepto opere en casos de adquisición por vía de negocio jurídico unilateral. A fin de cuentas, repárese en que el artículo 34 LH se refiere hoy, literalmente, al «tercero que... adquiriera... algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo...». Lo determinante es, pues, el resultado –la adquisición operada–, no la vía seguida para ello. Y en el caso de la hipoteca del artículo 141 LH, ya hemos dicho que el negocio unilateral del dueño de la finca gravada determina –al igual que todos los negocios de génesis unilateral, sean dispositivos u obligacionales– no sólo la constitución de la hipoteca, sino también su atribución/adquisición (según se mire) a/por su destinatario, pues tal derecho no queda vagando sin titular, a la espera de ser recibido por su destinatario. Aunque se trate momentáneamente de una adquisición no firme sino inestable, pues no se sabe si el destinatario beneficiado con ella lo va a querer efectivamente (lo normal es que así sea, dado su carácter netamente beneficioso) o lo va a rechazar retroactivamente, la conexión subjetiva con su destinatario se produce desde el primer momento. Por tanto, hay que entender que estos supuestos encajan también en el artículo 34 LH. Y en todo caso, si se piensa que la prevalencia del tercero adquirente sobre el verdadero titular extra-registral es una opción de política legislativa demasiado importante y trascendente para otorgarse a quien todavía no ha adquirido de forma estable y definitiva, no hay problema, pues este resultado se produce tan pronto como el beneficiario manifiesta de algún modo su asentimiento o anuencia en este sentido (la «aceptación» de que habla el artículo 141 LH, que ya hemos dicho que no es aceptación contractual). Lo que puede ser de forma explícita, haciéndola constar en el Registro, pero también de forma implícita, v.gr., como ocurre en el caso de la sentencia comentada, personándose y oponiéndose en el proceso incoado para pedir la nulidad de esa hipoteca (aunque entonces será raro que no manifieste explícitamente su anuencia y la haga constar en el Registro, como efectivamente ocurre en el caso).

Dicho lo cual, hemos de atender entonces al requisito de onerosidad que también se pide para que opere la fe pública registral. Esto es lógico, pues la razón de ser que subyace a este principio es la de proteger a la persona que actúa confiando en los datos relativos al dominio o a los derechos reales que el Registro publica, de tal modo que si éstos resultan luego falsos o inexactos, tales circunstancias no puedan oponerse al adquirente, en beneficio del cual lo publicado se tomará como si fuera cierto; y este esfuerzo, que el O. J. despliega a favor de ese tercero adquirente, demanda que esa confianza se haya

traducido en una adquisición por su parte realizada a título oneroso, pues la protección del adquirente a título gratuito no la demanda el tráfico. Ahora bien, esto dicho tenemos entonces que en el caso de la hipoteca unilateral podría pensarse que no existe tal confianza por parte del acreedor favorecido con ella que deba ser protegida, ya que éste no interviene en la constitución de esa hipoteca, permaneciendo ajeno al negocio. Se trata sin embargo, creemos, de una apreciación válida sólo a primera vista, pero que considerada con mayor detenimiento resulta discutible desde un punto de vista teórico, e inadecuada desde un punto de vista práctico. Considérese el supuesto –particularmente frecuente en este tipo de hipotecas, y que precisamente parece ser el caso de la sentencia que comentamos– de quien esperando obtener un crédito (en el caso, los constructores) comienza constituyendo hipoteca sobre una finca que en el Registro figura inscrita a su nombre y con facultades para poder disponer de ella, para así inclinar favorablemente en ese sentido el ánimo de aquel de quien espera conseguir el crédito (en el caso, el banco). Si éste, a la vista de aquélla, resuelve concederlo, ¿es sostenible entender que no actuó confiando en lo que el Registro publicaba? Una respuesta negativa, en términos absolutos al menos, no es posible. Es preciso pues, aquí también, contar con la posibilidad de que exista una confianza por parte del beneficiario de esa hipoteca en lo que el Registro publicaba, y en que esa confianza le haya podido mover a actuar en consecuencia. ¿Debe esa confianza ser protegida? La respuesta, al igual que si la constitución se hubiera hecho por medio de contrato, exige distinguir en función del carácter oneroso o gratuito de la operación. Llegamos así a la siguiente cuestión: ¿es posible hablar de onerosidad, en sede de hipoteca unilateral? A primera vista, el hecho –inherente a esta modalidad de constitución de hipoteca, así como a todos los negocios de génesis unilateral– de que en ella no haya en rigor sacrificio por parte del favorecido que «compense» el beneficio por él obtenido, puede hacer pensar que nos encontramos siempre ante un negocio de carácter gratuito. Esta conclusión entendemos sin embargo nosotros que, formulada en tales términos absolutos, no es acertada. Así lo sostuvimos hace ya algunos años (en *La hipoteca de constitución unilateral* antes cit., pp. 136 ss), y así lo seguimos haciendo. Pues para la determinación del carácter oneroso o gratuito de estas hipotecas entendemos que es preciso proceder con mirada amplia, que abarque al complejo que en este sentido forman la hipoteca y la obligación garantizada (piénsese además que onerosidad y sinalagma no son términos que vayan unidos siempre y necesariamente). Y así, cuando, como ocurre en el caso de la sentencia comentada, la hipoteca es elemento determinante de la concesión del crédito, en atención a la cual se otorga, no puede aquélla en modo alguno calificarse como gratuita. En estos casos la concesión del crédito es claro que aparece económicamente conectada a la constitución de hipoteca a favor del que lo concede: la confianza de éste en ello es determinante de su actuación, hasta tal punto que es más que razonable pensar que el crédito no se habría concedido si el prestamista no hubiera contado con esa hipoteca. En estos casos, por tanto, es necesario examinar el supuesto atendiendo no sólo al concreto negocio hipotecario sino al complejo formado por tal hipoteca y por la obligación garantizada. Pues en realidad nos encontramos ante una operación económica unitaria, aunque por las razones que sean se articule a través de dos negocios distintos y formalmente independientes (de hipoteca y de crédito). A la vista de lo cual, nos parece incuestionable poder hablar de onerosidad en este caso.

Por todo lo dicho, y dejando aparte el tema de la buena o mala fe del tercero adquirente, creemos poder concluir afirmando en este momento la aplicabilidad del artículo 34 LH al presente caso. Pero sin perjuicio de ello, y por si las razones dadas para sostener el encaje del caso en el supuesto del artículo 34 LH no convencen enteramente –sobre todo por la dificultad derivada del hecho de que el otorgamiento del negocio hipotecario en escritura pública, aun siendo seguramente anterior y conocido por el banco, por las razones que sean no accede al Registro hasta después de concedido el crédito, lo cual dificulta quizá apreciar la confianza en el Registro que el principio de fe pública registral pide–, podemos apuntar además que, en el caso, se podría llegar a una solución semejante por una vía distinta. Esta otra vía es la del artículo 32 LH, en el que, frente al principio hipotecario de fe pública registral que se recoge en el artículo 34 de esa Ley, se consagra el principio hipotecario de inoponibilidad de lo no inscrito. «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad –dice este art. 32 LH–, no perjudican a tercero». Precepto que aunque puede pensarse –así lo hacen los partidarios de la tesis monista– que no es sino otra perspectiva de la misma norma recogida en el artículo 34, realmente no es así (sobre esto vid. A. Gordillo Cañas: *¿Monismo o dualismo hipotecario? Hablen los autores del sistema*, en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, Madrid 2003, t. III, pp. 99-135), sino que hay diferencias entre ellos. Pues en el artículo 32 LH el supuesto se enfoca principalmente, no desde la perspectiva del adquirente sino de quienes pudiendo inscribir su derecho, para así proporcionarle oponibilidad *erga omnes*, no lo hacen, sancionándoles por su descuido o negligencia. Y este ha sido, sin lugar a duda, el caso de los compradores de los pisos. Frente a ellos, entonces, el banco es un tercero, puesto que ha adquirido un derecho real inmobiliario (la hipoteca) que además se ha inscrito en el Registro. Por lo que el título de dominio de los compradores, aun suponiendo ahora, a efectos dialécticos, que lo tuvieran, no podría serle opuesto y perjudicarle. Nótese además que el artículo 32 LH, para que se produzca tal consecuencia –la inoponibilidad de lo no inscrito–, no exige –al menos explícitamente, y la doctrina está dividida en este punto– que la adquisición del tercero sea onerosa. Lo cual, sin perjuicio de lo antes dicho sobre la posibilidad de apreciar onerosidad en el supuesto de la sentencia comentada, es en todo caso un argumento más a favor de poder aplicar en el caso la protección a terceros. El caso de la sentencia comentada encaja plenamente por tanto, al menos en principio, en la norma del artículo 32 LH. El único requisito que queda entonces por ponderar –aunque la letra del art. 32 LH no lo señala explícitamente, hay coincidencia absoluta, doctrinal y jurisprudencial, en ello– es, al igual que en relación con el artículo 34 LH, el de la buena fe.

Dicho lo cual, pasamos entonces ya a considerar los datos en que el TS se basa para negar en este caso la existencia de buena fe.

a) En primer lugar están «las irregularidades que la entidad bancaria cometió en el cumplimiento de la escritura unilateral de hipoteca...», ya que en ésta «se consignó, como una característica del crédito (que el banco concediera a los entonces propietarios del solar, luego constructores y vendedores de los pisos en cuestión), que en el plazo de seis meses a contar desde el día del otorgamiento de la escritura de hipoteca... tendría que haberse entregado al banco la primera copia de la escritura de hipoteca debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, acompañada de una certificación del

Registro en la que se acreditara la libertad de gravámenes y cargas, la inexistencia de limitaciones de dominio y de condiciones resolutorias y rescisorias, y que no apareciera limitada la capacidad de disposición de los bienes hipotecados. Estas condiciones –dice el TS– no se cumplieron por los acreditados, y en la fecha en que se inscribieron las fincas hipotecadas a favor de don Pascual B.Ch. y doña M.^a del Carmen G.T., así como la escritura de constitución de hipoteca, dichos señores habían dispuesto ya de la totalidad del crédito, sin cumplir ni siquiera con las condiciones establecidas en la escritura de constitución de la hipoteca, puesto que las entregas se realizaron sobre la totalidad de las certificaciones de obra expedidas y no quedó retenido el treinta por ciento del crédito para el momento en que se obtuviera la cédula de habitabilidad de las viviendas hipotecadas. El banco pues, permitió (a los hipotecantes) disponer de la totalidad del crédito concedido pese a que para disponer del último treinta por ciento era necesario acreditar la venta de las viviendas con los correspondientes contratos de compraventa». A esto, ahora bien, hay que decir lo siguiente.

Por un lado –cuestión ésta menos trascendente–, que incurre el TS en cierta confusión cuando habla de irregularidades del banco en el cumplimiento de la escritura unilateral de hipoteca. Pues al ser constituida esa hipoteca mediante negocio jurídico unilateral de los hipotecantes, resulta entonces que ni en ese negocio ni en la escritura en que el mismo se recoge interviene el banco en cuyo favor se establece aquélla, por lo que ahí no puede contenerse el contrato de crédito entre los constructores y el banco, que es un negocio autónomo e independiente, al menos desde el punto de vista formal. Tal unión existe cuando el préstamo o el crédito se garantizan con hipoteca de génesis bilateral, contractual, pues entonces en la celebración de tales dos negocios –crédito e hipoteca– intervienen ambas partes, con voluntades integrantes, las dos, de esos negocios, que por consecuencia se otorgan normalmente en un mismo acto y se recogen en una misma escritura. Pero no cuando se trata de una hipoteca unilateral, en cuyo caso por un lado se celebra el contrato de préstamo o de crédito (negocios jurídicos bilaterales), y por otro el negocio unilateral de constitución de la hipoteca con la que se quiere garantizar aquél. Por tanto, las dichas «irregularidades» a que el TS alude hay que entender que se predicán propiamente del contrato de crédito, o de los concretos términos en que el mismo había sido concertado, no del negocio unilateral de constitución de hipoteca ni de la escritura en que éste se recoge.

Pero además –aspecto éste el más importante–, esas irregularidades hay que decir que, aun siendo ciertas, no pasan de ser más que un incumplimiento por parte de los constructores acreditados luego hipotecantes, o una inexigencia por parte del banco acreditante a sus acreditados, de una serie de prestaciones o estipulaciones accesorias establecidas con finalidad precautoria a favor de aquél, en el contrato que dio origen al crédito garantido. Esas irregularidades se refieren sólo a la relación crediticia existente entre el banco y los acreditados, de eficacia meramente relativa o *inter partes*, y por tanto sin repercusión ninguna a terceros. Por lo cual no son en absoluto relevantes en orden a negar la buena fe del banco, cuando de lo que se trata es de aplicar o no a éste la protección que el principio de fe pública registral dispensa a quien adquiere un derecho (el banco) de quien en el Registro aparece como titular legítimado para ello (los hipotecantes-vendedores), frente a la reclamación de los pretendidos verdaderos titulares (los compradores). Es más, esas «irregularidades» podrían incluso justificarse predicando del

banco, al igual que el TS hace con los compradores (aunque en el caso del banco –un profesional del crédito– esto no sea tan fácil), una confianza tal en los hipotecantes, que le llevó a relajar la exigencia de tales cautelas.

b) En segundo lugar, nos parece excesivo extraer prueba de mala fe, como hace el TS, del hecho de que algunos compradores de los pisos ingresaran parte del precio –¿tal vez las entregas anticipadas que se suelen hacer a cuenta, en el tiempo que media desde el contrato privado hasta la firma de la escritura? (aunque en el FD 1.º se nos dice que ha habido pago del precio total)– en una cuenta corriente a nombre de uno de los vendedores (don Pascual B. Ch.) abierta en el mismo banco. No se nos dice más. ¿Es suficiente esto para llegar a la conclusión dicha? Adviértase que no sabemos si esa cuenta estaba abierta en la misma oficina en que los vendedores gestionaron en su día el crédito a su favor que garantizaron con la hipoteca unilateral o en otra, ni si los vendedores tenían en ese banco o en esa oficina una sola o varias cuentas, ni si al hacerse esos ingresos se especificó el concepto en que se hacían. Pero, con ser importantes esos reparos, no son ellos en todo caso lo principal, sino si el hecho que está en el origen –el ingreso en la cuenta corriente de uno de los vendedores–, en sí mismo considerado, puede o no valorarse como conocimiento efectivo en este sentido por parte del banco, considerado ahora como beneficiario de una hipoteca unilateral constituida en su día en su favor para garantizar un crédito concedido por él. Pues bien, a nuestro entender, del hecho señalado no es posible extraer, sin más, esa consecuencia. Nótese que ese ingreso pudo haber sido sólo un apunte contable informático. Y que cuando los compradores hicieron los ingresos antes referidos, es posible que no especificaran el concepto en que lo hacían: recuérdese que según nos dice la sentencia que comentamos, tanta era la confianza de los compradores en los vendedores que «llegaron... a abonar el importe sin exigir documento alguno» (FD 3.º). Pero incluso si hubiera sido así, y además algún empleado del banco hubiera visto *de facto* esos ingresos, es más que posible que éste no fuera el encargado de la gestión de hipotecas, y que no se lo hubiera comentado a quien correspondiera (repárese además que pudo pensar que la compra se había hecho con retención o descuento del importe de la hipoteca –art. 118 LH–: el concepto que se señala en el ingreso en cuenta no da para más). Para llegar a la conclusión que el TS sostiene es necesario por tanto, a nuestro juicio, que el concreto y preciso empleado del banco encargado de las hipotecas haya tenido conocimiento de esos ingresos, y sobre todo del concepto en que se han hecho. Esto nos parece algo forzoso cuando de personas jurídicas se trata, cuya gestión se realiza a través de una pluralidad de sujetos individuales. Y ese preciso conocimiento entendemos que, al menos solamente por lo dicho en la sentencia, no se puede colegir. Esta es además una conclusión lógica: si el banco –el empleado a quien corresponde, no uno cualquiera de los muchos que en él trabajan– hubiera tenido conocimiento efectivo de esas operaciones de compra de pisos y de la conexión de éstos con la finca en su día hipotecada a su favor aunque todavía no inscrita, ¿tendría sentido que no hubiera puesto en conocimiento de los compradores la hipoteca que sobre la finca tenía o creía tener, ni hubiera exigido de inmediato, tan pronto como supiera de la primera de esas operaciones, la inscripción de la hipoteca en el Registro, habida cuenta del perjuicio que ello le podía suponer, si los compradores inscribían antes su adquisición en el Registro? Esto sólo cabe imaginarlo si el banco actuara en connivencia con los vendedores para estafar a los compradores, manteniéndolos engañados mediante el silencio o la ocultación de la hipoteca en los tratos que entre

ellos hubiera con motivo de la relación bancaria que con esos sujetos tenía, y mediante la no inscripción de la misma hasta que tales operaciones de compra se hubieran realizado pero antes de que accedieran al Registro. Pero esto no se ha probado, ni siquiera se ha alegado nunca.

Y tampoco nos parece que se pueda llegar a tal conclusión en base a la operación de financiación que don Dionisio P. B. gestiona con Banesto para pago de parte del precio del piso, entre cuyos trámites se encuentra una declaración de bienes que presenta al banco el día 7 de septiembre de 1992, consignando en ella el piso comprado al señor B. Ch. y la parte pendiente de pago de aquél. Al TS este hecho le parece definitivo, en orden a excluir la buena fe del banco en este sentido. A nuestro juicio, sin embargo, eso no es suficiente sino que hay que precisar más, en una línea semejante a la que acabamos de apuntar. ¿Qué empleado tuvo a su cargo la operación de financiación solicitada por don Dionisio P. B.? ¿Puede o debe él saber que el banco tiene pendiente de inscribir una hipoteca sobre la finca en que se ha construido el piso para cuya compra don Dionisio P. B. —un tercero con respecto al crédito hipotecario, en definitiva— pide financiación? Si ese empleado no es el que se encargó en su día del crédito hipotecario a los vendedores, ni es el que está hoy encargado de gestionar las hipotecas establecidas a favor del banco (en los dos años transcurridos las personas pueden haber cambiado), creemos que hay que aplicar entonces las mismas consideraciones hechas antes, que permiten excluir tal conocimiento efectivo por parte del banco.

c) Finalmente están las siguientes consideraciones, elaboradas a partir de la valoración que sobre la base de lo dicho hace el TS de la conducta del banco: «su conducta... —dice—, incurso desde luego en grave negligencia, que por tener todos los instrumentos de control en sus manos raya en el dolo, no puede tutelarse, invocando una buena fe inexistente» (FD 3.º). Esto plantea las siguientes cuestiones: ¿qué trascendencia tiene esa negligencia del banco, que además se califica como grave? ¿Fuerza a excluir, como hace el TS, la buena fe del banco? ¿En qué consiste el dolo que el TS apunta? ¿Cuál es la buena fe que la ley exige en este ámbito? Son, éstas, cuestiones varias que es conveniente separar.

Así, por cuanto hace al dolo que el TS apunta, creemos que es necesario precisar los conceptos que en la sentencia se emplean, para determinar qué sea ése exactamente. Antes, sin embargo, indicaremos qué debe aquí entenderse por buena fe. Y decimos: la buena fe que se establece como uno de los requisitos necesarios para gozar de la protección de la fe pública registral, es la creencia por parte del adquirente de que quien en el Registro aparece como titular y le transmite el derecho (en nuestro caso, la hipoteca), lo es y está legitimado para transmitirlo, aunque realmente no sea así. O dicho a la inversa —por emplar los términos literales del artículo 34.2 LH—: es el desconocimiento por su parte de la inexactitud del Registro en ese sentido. A tenor de lo cual, es adquirente de mala fe aquel que adquiere de quien en el Registro aparece publicado como titular y legitimado para transmitir, pero conociendo que la titularidad real del bien o derecho en cuestión no corresponde a él sino a otra persona, o en todo caso que no está legitimado para transmitirlo.

Y una vez dicho esto, nos planteamos: ¿qué es entonces ese dolo a que el TS hace alusión, referido al banco? Podría quizá entenderse como una noción más grave, como un plus sobre lo que se ha dicho que significa la mala fe. Pero, ¿en qué puede consistir ese plus? Sólo cabría imaginar en añadir, al conocimiento a secas de la discordancia entre Registro y realidad, la intención por parte del banco de dañar a alguien (los compradores) en prove-

cho propio o ajeno. Pero esto supone situar al banco en el terreno penal, por participación de algún modo –encubrimiento, cooperación necesaria, coautoría...– en la estafa. Y como ya se dijo antes, en el caso nunca se ha planteado esto. A la vista de lo cual hay que concluir que «dolo», en el decir del TS, es término que se usa en contraposición a «negligencia», significando por tanto lo que en la terminología hipotecaria habitual se denomina simplemente «mala fe» del tercero adquirente.

Esto, se llame como se quiera, ciertamente excluye la aplicación del principio de fe pública registral. Pero, ¿merece el banco tal calificación? Las consideraciones hechas en las páginas anteriores creemos que permiten cuando menos cuestionar el sentido en que el TS resuelve este punto. Pues la buena fe se ha de presumir siempre, ya que es principio general del ordenamiento jurídico y viene además explícitamente proclamada en el artículo 34.2 LH, en tanto que no se demuestre cumplidamente lo contrario. Y los hechos en que el TS se basa para considerar destruida esa presunción, como hemos visto, no son ni mucho menos tan evidentes e inequívocos como se nos quieren presentar.

Por cuanto hace a la actuación del banco, por no exigir en su día la inmediata inscripción en el Registro de la hipoteca constituida en su favor, hay que convenir sin duda en que el juicio de la misma como descuidada o negligente es correcto. Pero, ¿lleva esto a la conclusión que se pretende, de excluir la buena fe del banco y, por consecuencia, de impedirle gozar de la protección que el principio de fe pública registral dispensa? El TS entiende que sí, pareciendo que a su juicio, cuando es como la que el banco ha cometido en el caso, la negligencia debe asimilarse y recibir el mismo tratamiento que si lo que hubiera habido fuera mala fe, en el sentido dicho. *Culpa lata dolo aequiparatur*, que decían los clásicos. Ahora bien, ¿son esa equiparación y esa conclusión correctos en este caso? Creemos que no. Pues esa negligencia no suponía perjuicio jurídico en sentido estricto para terceros, sino que el perjudicado por tal comportamiento era el mismo banco, por el peligro de pérdida de la hipoteca que ello conllevaba, si los compradores de los pisos hubieran inscrito su adquisición. Nada menos, pero tampoco más. Por tanto, la exclusión de la protección que el artículo 34 LH dispensa en principio al adquirente de la hipoteca (el banco) creemos que sólo puede venir determinada por la prueba de mala fe de éste en el sentido dicho de conocimiento efectivo de que la finca sobre la que se había impuesto la hipoteca, a pesar de figurar registralmente a nombre de los hipotecantes, realmente no era ya de su propiedad cuando la hipoteca se constituyó/inscribió, sino de quienes habían comprado pisos construidos sobre ella. Para lo cual, los únicos datos a tener en cuenta son los antes indicados, cuya valoración, como también se ha dicho, no nos parece suficiente para excluir en el caso la buena fe del tercero adquirente (el banco).

V

Ninguno de los argumentos vistos es por tanto pilar suficiente para sustentar la solución a que el TS quiere llegar en este caso. Solución ésta que a su vez trae aparejadas derivaciones ulteriores concretas, que no se hacen esperar, y que sin embargo no resultan atendibles.

Nótese así que, del proceso penal promovido en su día por los compradores contra los vendedores, éstos saldrían no sólo condenados a la pena de

prisión establecida –arts. 528 ss C.Penal entonces vigente– sino además a subvenir la responsabilidad civil correspondiente. Pues la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar también los daños y perjuicios por él causados. «Toda persona responsable criminalmente de un delito... –decía el entonces artículo 19 C.Pen.– lo es también civilmente». Y esa responsabilidad civil comprende (arts. 101 ss C.Pen. de entonces; hoy igual: arts. 109 ss CP actual):

a) La restitución del mismo bien, siempre que sea posible. Esto no procede sin embargo cuando un tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerlo irreivindicable.

b) La reparación del daño causado, que el Juez o Tribunal establecía atendiendo fundamentalmente al precio de la cosa, esto es, en el supuesto de la sentencia, al importe de la hipoteca (suponemos aquí, aunque la sentencia no lo aclare, que esa hipoteca no grava sólo el suelo, sino que habrá habido pacto en el sentido de extenderla al edificio o a los pisos que sobre él se han construido –art. 110.1.º LH–).

c) La indemnización de los daños y perjuicios causados, tanto de índole material como moral, que igualmente fijarían los jueces.

A la vista de lo cual, si en el caso damos por buenos los resultados de los procesos penal y civil y los combinamos, tenemos entonces que los compradores se quedan con la propiedad de los pisos sin cargas de hipoteca ningunas, en detrimento del banco, que lo único que puede hacer entonces es reclamar personalmente contra los constructores (y no por estafa, porque por tal concepto ya hay sentencia firme estableciendo que los estafados son los compradores de los pisos, no cabiendo simultanear dos casos en este mismo sentido). Aparte, suponemos aquí que los compradores de los pisos no han recibido además, a resultas del proceso penal, sumas de dinero en concepto de reparación e indemnización de daños y perjuicios, pues si así fuera habría entonces ahí, claramente, un enriquecimiento injustificado por su parte.

Se trata, en todo caso, de una solución desafortunada e inadecuada. Y es que en este tipo de conflictos es muy común tender a resolver a favor de la parte económicamente más débil y vitalmente más necesitada, que aquí son sin duda los compradores de viviendas. Pero esto no siempre resulta válido, pues los intereses de la otra parte también pueden ser legítimos, y han de ser respetados. Creemos que en el caso el TS se ha dejado llevar por la inclinación cordial dicha. De modo que la crítica a esta sentencia no viene tanto por consideraciones dogmáticas o de erróneo entendimiento de las figuras o de las nociones en juego, sino por no haber valorado de forma estricta y rigurosa –tal vez por proceder sobre la base de una solución predeterminada– los hechos concurrentes.

Ateniéndonos a los cuales, creemos hay que reconocer al banco su derecho de hipoteca. Porque esto no supone problema ninguno, sino todo lo contrario. Pues aquí los compradores serían propietarios de los pisos, aunque con una propiedad gravada por aquella hipoteca, cuya carga es el daño que los vendedores condenados por estafa habrían de repararles abonándoles el importe de la misma, además de indemnizarles los perjuicios que por esto les hubieran causado. Se llegaría así a una solución más correcta, ya que supone una adecuada composición de los intereses en presencia, sin inclinar innecesaria e injustificadamente la balanza a favor de un lado y en contra de otro.