

La acción Pauliana y el artículo 37 de la ley Hipotecaria

El apartado tercero del artículo 37 de la ley Hipotecaria plantea una serie de problemas que han trascendido en las páginas de esta Revista, y que creemos necesario esclarecer. A esto va destinado este breve trabajo.

Los legisladores de 1861, al confeccionar la ley Hipotecaria, observaron que la acción Pauliana tenía sus repercusiones respecto de terceros, y, empleando su sistema analítico de formular preceptos concretos a los problemas específicos más importantes que tenían conexión con la protección de terceros adquirentes de la propiedad inmueble, destinaron un precepto a regular los efectos de la acción rescisoria de enajenaciones realizadas en fraude de acreedores, que es el expresado apartado del artículo 37.

Conocemos el juego y presupuestos de la acción Pauliana, de esta acción producto de la fusión hecha por los compiladores justinianeos, de aquellas otras tres acciones que tenían los acreedores defraudados en el Derecho romano clásico: la *in integrum restitutio ope fraudem*, el *interdictum fraudatorium* y la *actio in factum* o *actio personalis ex delicto*. Las dos primeras, de carácter restitutorio y de tipo delictual la última, de cuya fusión resultó una acción única, designada como una acción *in factum*, hasta que un glosador la denominó *actio Pauliana*, siguiendo la conjetura de Collinet.

Esta acción única respondía a los elementos o materiales que la formaron: como efecto, fué el revocatorio o rescisorio de una enajenación en sí perfecta, como fundamento o motivación, un fraude, o sea una especie de cuasi delito.

Como presupuestos, una relación obligacional, o sea un crédito; una enajenación o disposición patrimonial otorgada por el deudor de la anterior obligación; un perjuicio producido al acreedor, porque esta enajenación hace que aquella obligación no pueda cumplirse (*eventus damni*); que aquella enajenación haya sido efectuada por el enajenante con la intención de sustraer bienes a la acción ejecutiva del acreedor (*consilium fraudis*); y si el adquirente lo era a título oneroso, que sea cómplice en el fraude (*consciis fraudis*); que el acreedor no tenga otro medio para obtener el cumplimiento de la obligación; y, por último, que la cosa enajenada pueda ser restituída por no encontrarse en poder de un subadquirente oneroso de buena fe o no haberse perdido, pues en otro caso surgía la necesidad de indemnizar.

Si se daban estos supuestos, la acción Pauliana deshacía la enajenación, considerándose como si no hubiera sido enajenada la cosa en la parte necesaria para cubrir el crédito perjudicado (*que in fraudem creditorem, alienata revocantur... atque si nihil alienatum esset*) (1) (Dig., XXII, 1, frag. 38, párrafo 4.º). El adquirente venía obligado a restituir la cosa adquirida al patrimonio del deudor, del cual salió.

De todos aquellos requisitos, los dos de carácter específico, eran el perjuicio o elemento objetivo (*eventus damni*) y la intención de defraudar en el enajenante (*consilium fraudis*). Caso de tratarse de una enajenación a título oneroso, se requería, además, que el adquirente fuera cómplice en el fraude (*consciis fraudis*). No así si se trataba de un adquirente a título lucrativo.

Esta era la regulación de la acción Pauliana en Derecho romano. En el Derecho intermedio, la doctrina romana de esta acción perduró, así como en los códigos latinos. Como dice Planiol, la acción Pauliana nos ofrece uno de los ejemplos de instituciones que han persistido más en el Derecho.

No obstante, en el Derecho intermedio, en cuanto a donaciones, se produjo una corriente reformadora en el sentido de suprimir la necesidad del *consilium fraudis* en el donante, la cual tendencia tuvo cinco manifestaciones: la que convertía la intención de defraudar en el *conocimiento* de quedar insolvente, basada en una interpretación de un texto de Juliano en las enajenaciones *omnium bonorum*; otra en la cual se presumía, *iuris et de iure*, que toda

donación era *in re ipsa* fraudulenta; otra que de una manera franca abolía el requisito objetivo y que sostenía que en la donación *ut solus consideretur eventus*; otra, más atrevida, que implantó el sistema de registración de las donaciones para poder perjudicar a acreedores, adaptando la insinuación romana a esta finalidad, y que tuvo manifestaciones en algunas ordenanzas francesas, en el Derecho germano y en la Constitución catalana, *Per tolre fraud*; y, por último, la manifestación, menos reformadora, consistente en establecer una presunción general, si bien *iuris tantum* de que toda donación es fraudulenta.

Todo esto, en mayor o menor intensidad, corregía el Derecho romano, el cual exigía también claramente en las donaciones el requisito de la *intención* de defraudar por parte del donante (2) (Dig., XLII, 8, frag. 15 y frag. 25, párrafo 2.º), y que fué elevada a la categoría de regla de Derecho, mediante un texto de Papiniano, en el cual se decía que siempre se requería fraude no sólo por el resultado (*ex eventu*), sino también por el propósito (*ex consilio*) (3). (Dig., *De reg. iuris*, frag. 79.)

La doctrina pura romana pasó a los códigos latinos. El Código civil español también la recoge, y así lo consideran nuestros autores, salvo Castro (Federico de) (4) (*Revista de Derecho Privado*, 1932, p. 214). Hasta recogió en el artículo 643, a nuestro entender, pero algo imprecisamente, aquel texto de Juliano que hemos indicado sobre las enajenaciones o donaciones universales. El Código español sólo alteró el Derecho romano recogiendo aquella última tendencia del Derecho intermedio, que consagró en el artículo 1.279. En cuanto a las renunciaciones perjudiciales a los acreedores, creemos que no se trata de acción Pauliana, sino, con De Buen (5) (*Notas al Derecho civil*, de Colin y Capitant, pág. 141), estimamos que se trata de algo distinto, derivado del artículo 4.º del Código civil.

Todo cuanto queda rápidamente expuesto como antecedente, nos orientará en el estudio del tema, y, para mejor entendernos, todavía expondremos algo de lo relativo a los efectos de la acción Pauliana respecto de los subadquirentes o adquirentes mediatos, o sea de los que adquirieron del adquirente, en el acto de disposición, fraudulento revocable.

Estos subadquirentes son los verdaderos terceros. El primer ad-

quirente, o sea el adquirente directo del deudor o de la primera enajenación, no es tercero, sino parte con relación al enajenante, porque son ambos elementos personales del negocio traslacional, con el acreedor impugnante, porque está ligado con él por una relación o vínculo jurídico cuasi delictual.

La acción Pauliana, y en esto la mayoría de autores está conforme, es una acción personal, que obra *ex nunc* y ataca al adquirente, que a primera vista parece tercero en relación con el acreedor impugnante, y lo ataca precisamente porque éste es el juego específico de la acción Pauliana, pues hay que destruir una enajenación y hacer devolver una cosa, y esta cosa la tiene el adquirente. ¿Ataca, pues, al adquirente, y, no obstante, la acción Pauliana es de carácter personal? Pues esto demuestra que acreedor y adquirente no son terceros.

En el tipo clásico de acción rescisoria de un acto jurídico vemos que el problema se ventila entre las partes del acto que se pretende revocar y que la acción corresponde a una de ellas: la lesionada. Pero en la acción Pauliana no sucede así, y esto es precisamente una circunstancia que no hay que olvidar, pues explica muchas cosas. En el acto fraudulento que esta acción ataca, ninguno de los contratantes es el lesionado, y, por lo tanto, mal se le puede conceder acción a este respecto. Hay que concederla, pues, al perjudicado, que es el acreedor. Pero dar acción a éste sólo contra el deudor, que es parte con él respecto de la relación jurídica obligacional perjudicada, es perder el tiempo: el deudor es insolvente y no tiene la cosa que hay que reintegrar al patrimonio de donde salió. No queda, pues, otro recurso si no se quiere suprimir la institución, que conceder la acción Pauliana al acreedor contra el adquirente del deudor.

Sucede aquí el mismo fenómeno que en los actos simulados, en los cuales la acción de simulación corresponde a los terceros perjudicados y nuestra jurisprudencia facilita esta extensión. Los contratos no obligan a los extraños a él (artículo 1.257), pero los afectan y muchas veces en circunstancias tales que establecen nexos entre los contratantes y los no contratantes afectados.

El acreedor ataca, pues, al adquirente del deudor en virtud de la acción Pauliana, que es personal. No es un ataque derivado de una *vindicatio* u obligación *ob rem*, o derivada de la obligación

pasiva universal provocada por la protección jurídica que integra el derecho real, sino una acción personal, que tiene como soporte algún vínculo o relación obligacional.

¿Qué clase de vínculo u obligación? ¿De dónde nace? Pues sencillamente: de un *cuasi delicto*. La antigua *actio personalis ex delicto*, si no en sus efectos, sí en cuanto a presupuesto de actuación, perdura. Así como en la culpa aquiliana y en el mismo delito no hay contrato entre el culpable y la víctima, pero entre ellos se establece un vínculo o relación jurídica, así también la realización de una enajenación en fraude de acreedores crea un vínculo u obligación entre el adquirente del deudor y el acreedor, de tipo cuasi delictual. Esto, y no la idea representacional, recogida por Sánchez Román, e impugnada por Planiol, une al adquirente con el acreedor.

La enajenación fraudulenta es un acto jurídico reprobado por el Derecho. Si se trata de una enajenación onerosa, responde a una motivación ilícita: el deudor enajena para sustraer a sus acreedores bienes fácilmente embargables, transformándolos en otros fáciles de ocultar. Tiene *consilium fraudis* y el adquirente conoce esta intención fraudulenta y coopera a ella aceptando la transferencia, o sea deviene cómplice *consciis fraudis*.

Si la enajenación es a título lucrativo, aunque el donatario no conozca la intención fraudulenta del donante, también nos encontramos ante un caso de enriquecimiento ilícito, pues el adquirente se encuentra enriquecido a costa de los acreedores. Del patrimonio del deudor se ha segregado un valor que ha pasado al del donatario, y a causa de esto precisamente los acreedores se quedan sin cobrar. El adquirente oneroso, cómplice en el fraude, es atacado porque se encuentra *ex delicto*, y el adquirente lucrativo lo es porque se encuentra *ex injusta locupletione*.

La acción Pauliana viene a resolver un conflicto, colisión o pugna entre dos intereses: el de los acreedores perjudicados y los del adquirente en el acto de enajenación. En principio prevalece éste, pues se trata de una titularidad real; pero en cuanto el acto adquisitivo, que ha provocado esta titularidad, adolece del vicio de fraude, se debilita y decae la base jurídica en que se apoyó la transferencia, y ésta se deja sin efecto, quedando obligado el adquirente a restituir. Prevalecen en este caso los intereses de los acreedores,

y con ellos prepondera una relación jurídica obligacional sobre una adquisición. Parece esto una invasión del derecho de obligaciones al campo de los derechos reales, y como si al derecho personal se le diera una trascendencia real, que recuerda el *ius ad rem*, admitiendo todo el confusionismo de tipos intermedios semirreales y de indiferenciaciones sin escrúpulos técnicos, características del Derecho intermedio.

Pero esto no es verdad, pues si bien hay que deslindar el campo obligacional del de los derechos reales, tampoco hay que considerarlos como compartimentos estancos. La acción Pauliana no desconoce aquella delimitación, y no destruye retroactivamente el acto de enajenación fraudulenta como una acción de nulidad, o como en una *vindicatio*, o como en la declaración de inexistencia de causa en un contrato de tipo causal, sino que destruye la base o precedente causal del negocio de enajenación, el cual queda revocado, y el adquirente *obligado* a restituir la cosa adquirida, efectuándose todo bajo un juego análogo al general de la *condictio*.

Y aquella base causal de la enajenación fraudulenta es destruida por estar viciada por una motivación finalista, que el Derecho rechaza por ser contraria a las buenas costumbres, a la buena fe o a la equidad. Es una enajenación con causa torpe. Y esta torpeza descansa en las enajenaciones onerosas, en la posición fraudulenta y cuasi delictual de las partes respecto de los acreedores y en las enajenaciones gratuitas, en una posición fraudulenta del enajenante y en una posición no equitativa del adquirente, el cual se enriquece injustamente a expensas de los acreedores.

Entre la adquisición onerosa y la lucrativa hay la diferencia de que en aquélla el adquirente ha hecho una contraprestación, y, por lo tanto, se ha desprendido de un equivalente, mientras que en la otra no hay contraprestación. La posición del adquirente oneroso es más firme que la del adquirente gratuito; por esto se compensa la desigualdad exigiéndole al primero la complicidad en el fraude y no en el otro. Por esto actúa más intensamente la presunción de fraude en las donaciones. En éstas es suficiente, respecto del adquirente, la simple condición de donatario, o sea de enriquecido por el mismo acto que perjudica a otro. Por esto en la lucha entre los intereses de los acreedores y el donatario cuyo donante quiso defraudar, la acción Pauliana se decide en favor del acree-

dor, porque con ello no se inflige al donatario ningún daño, sino que simplemente se le quita un lucro (*quum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur*) (5) (Dig., XLII, 8, frag. 6, párrafo 2.º). Como dicen los autores, hay que hacer prevalecer el interés del acreedor al del donatario, porque aquél trata de evitar un daño (*damno vitando*), y éste, en cambio, pretende obtener un lucro (*lucro captando*). En esto se basó la reforma del artículo 34 de la ley Hipotecaria por la Ley de 17 de Julio de 1877.

En una palabra, el adquirente, en los actos atacados por la acción Pauliana, se encuentra en una situación, reprobada por el derecho, de carácter semidelictual o contraria a la equidad. Con su actitud o posición en el acto realizado por el deudor para perjudicar al acreedor, el adquirente se encuentra, con respecto al acreedor defraudado, en una actitud o relación jurídica, como la proveniente de un cuasi delito, siguiendo la doctrina clásica de las fuentes de las obligaciones.

Por esto en el área de la acción Pauliana, adquirente y acreedor impugnante son partes, o sea no son extraños en aquel respecto, sino, al contrario, son elementos personales de una misma relación jurídica: la derivada de un hecho cuasi delictual.

Con relación al contrato o acto de enajenación fraudulenta en sí mismo, claro está que el acreedor es tercero, pero no en cuanto aquel acto sea discutido si es o no fraudulento, pues entonces, aparte del contrato en sí, las partes del mismo se colocan o efectúan un hecho reprobado que lesiona al acreedor, quedando obligados, en relación a éste, a responder en la forma restitutoria que la acción Pauliana establece. Por tanto, la complicidad en el fraude o el enriquecimiento ilícito conexiona al adquirente con el acreedor, quedando establecida entre ellos una relación jurídica.

Queda expuesta la posición jurídica del adquirente directo del deudor o adquirente inmediato, con relación a la acción Pauliana. Ahora rápidamente examinemos la posición del subadquirente, o sea del que después adquiere de aquel adquirente. Es mejor llamarlo subadquirente. Se le denomina también adquirente mediato y a veces simplemente tercero.

Una vez efectuada la enajenación fraudulenta, el adquirente puede negociar la cosa adquirida: venderla, donarla, hipotecarla,

constituir una servidumbre, etc. Este nuevo adquirente o titular de derecho real, si la acción Pauliana actúa, ¿cómo queda?

La acción Pauliana destruye la base causal del acto enajenatorio, quedando éste revocado, y, como consecuencia, la cosa enajenada tiene que devolverse y reintegrarse en el patrimonio original del deudor para que los acreedores actúen ejecutivamente sobre ella. Se reconstruye el patrimonio del deudor. Pero si aquella cosa enajenada fraudulentamente no se encuentra total o parcialmente en el patrimonio del adquirente, sino en otro, ¿se devuelve también en todo caso, al patrimonio del deudor?

Los autores que, con Pacchioni, entienden que la acción Pauliana es una acción de nulidad, entienden que la revocación de la enajenación fraudulenta arrastra consigo todos los derechos que mientras tanto se han constituido sobre ella. Aplican el axioma *Resolutio iure dantis resolvitur et ius accipientis*. Entienden que la acción Pauliana obra *ex tunc*, o sea *in rem*.

Los autores que mantienen la teoría de que los créditos gravan con afección real al patrimonio del deudor a título de semidominio, prenda, hipoteca, carga restitutoria, condición resolutoria, etc., también tienen que sostener por la fuerza de la lógica que la acción Pauliana afecta a todo tercero como si estuviera anotado un embargo o la demanda de restitución.

Pero sin poder entretenernos en esta interesante cuestión, entendemos que ni en el Derecho romano ni en el Derecho español es sostenible esto, porque ni la cualificación de acción rescisoria que el Código civil claramente atribuye a esta acción permite esto, ni los términos del artículo 1.911 del Código y la naturaleza propia de los derechos personales lo avalan.

En el Derecho romano, la cuestión es claramente resuelta. Un texto de Paulo (7) (Dig., XLII, 8, frag. 9) expresa que aunque la enajenación fraudulenta sea revocable por la Pauliana, no obstante, no afecta al comprador de buena fe (*bona fide emptorem non teneri*). Paulo aquí recoge una opinión de Sabino, también en este sentido manifestada.

Vinnio, Vöet, De Luca y, en general, todos los romanistas, entienden que de los efectos revocatorios de la acción Pauliana se salvan los *subadquirentes onerosos de buena fe*, o sea que *desconocen* el vicio fraudulento de la enajenación atacada cuando adquirie-

ron la cosa comprada, permutada, etc. Ante estos subadquirentes, verdaderos terceros, los efectos de la acción Pauliana se detienen.

Por lo tanto, si bien en principio la caída de la adquisición fraudulenta arrastra a todos los derechos constituídos sobre ella, no obstante, se salvan los derechos, que han pasado a un tercero que adquirió a título oneroso y que, al tiempo de adquirir, desconocía el vicio fraudulento que posibilitaba la destrucción de la titularidad del enajenante.

¶No se salvan, por lo tanto, los adquirentes a título gratuito nunca, ni los adquirentes, que aunque lo sean a título oneroso, conocen la fraudulencia de la adquisición del transferente, o bien intervinieron directamente en aquel negocio.

Hay que tener presente este juego de la acción Pauliana. En rigor, es el mismo en que se basan las modernas legislaciones hipotecarias, que huyen del tipo de protección registral negativa y parcial del sistema francés y del otro extremo de la fuerza formal o probante de las antiguas legislaciones germánicas. El Derecho romano no hace otra cosa que aplicar aquí el mismo sistema de nuestra ley Hipotecaria, o sea el principio de la fe pública registral, si bien limitada a los adquirentes onerosos.

En el Código civil entendemos que rige igual sistema. El artículo 1.295 lo dispone, si bien de un modo confuso respecto de los subadquirentes a título lucrativo de buena fe. No obstante, entendemos que el artículo 1.295 sólo se refiere a los adquirentes a título oneroso de mala fe, y que, por lo tanto, sólo quiere proteger al subadquirente oneroso de buena fe, pues este precepto se halla al hablar de la rescisión de contratos, y aquí el Código sólo se refiere a contratos onerosos, o sea en que hay contraprestaciones, y el mismo artículo 1.295, en su primer párrafo, lo presupone.

¶Entendemos que el Código civil sigue exactamente el mismo sistema romano, que es el general sistema de protección de terceros, no exclusivo de las leyes hipotecarias, sino ya existente en el Derecho civil, y el cual tiene una aplicación o manifestación específica al tratarse de la acción Pauliana.

Es evidente que este subadquirente puede ser cómplice en el fraude, pues muchas veces, para enervar la acción Pauliana, se hacen sucesivamente dos enajenaciones; pero en este caso formalmente puede haber dos enajenaciones; pero en rigor, conceptual-

mente, hay una sola, y en este caso el segundo adquirente es *cómplice* en el fraude, es tratado como el primer adquirente, y no es tercero con respecto al acreedor, pues participa directamente en la comisión de un cuasi delito.

No obstante, no es necesario que el subadquirente sea cómplice, pues basta, aunque adquiera a título oneroso, que conozca el vicio de fraudulencia de la enajenación anterior. En ambos casos actuará, pues, contra él la acción Pauliana; pero en el primer supuesto se dirigirá directamente al adquirente, como parte, y, en cambio, en el segundo, en concepto de tercero, si bien no protegido, por saber, al adquirir, que en el título adquisitivo del enajenante existía el vicio del fraude, o que, por adquirir a título lucrativo, también su posición es menos respetable que la de los acreedores, pues al perder la cosa adquirida no perdía nada, sino que dejaba de ganar.

Hay que tener presente que para que la acción Pauliana pueda afectar a tercero es preciso que la primera adquisición sea revocada. De esto resultan cuatro combinaciones entre primeras y segundas adquisiciones y según cada una lo sea a título oneroso o lucrativo.

Queda expuesto lo más importante de la acción Pauliana en la parte que aquí nos interesa, o sea en sus conexiones con el artículo 37 de la ley Hipotecaria. Hemos creído necesaria esta exposición, porque muchas veces ciertos problemas de Derecho hipotecario no son otra cosa que problemas de Derecho civil, si bien examinados a través de los principios registrales, y es preciso, para evitar confusiones y extravíos, estar antes fuertes de la institución básica, que la ley Hipotecaria sólo pretende complementar, a los efectos de asegurar más el crédito y la seguridad jurídica inmobiliaria.

Pues bien: lo anteriormente examinado nos ofrece el juego o mecanismo de la acción Pauliana, en cuanto a terceros, pero dentro del Derecho civil, o, mejor dicho, fuera del sector hipotecario. Si la enajenación fraudulenta y la segunda enajenación a favor del subadquirente figuran inscritas, ¿qué sucede? El artículo 37 de la ley Hipotecaria contesta esto, y lo hace, a nuestro entender, en general, en forma perfecta.

Se puede decir que mantiene, dentro de la actuación registral, el *statu quo*.

Los legisladores de 1861 previeron la repercusión de la acción Pauliana sobre enajenaciones de inmuebles, que, como los más fácilmente embargables, son los de que antes se desprenden los deudores agobiados de deudas. Aquella colisión o lucha entre una relación obligacional, que pretende prevalecer sobre un acto adquisitivo, planteaba un problema que constituía un punto neurálgico a resolver. El método analítico, detallista y fragmentario, adoptado por aquellos legisladores en la exposición de la regulación de la materia hipotecaria, descartando preceptos sintéticos, favoreció la idea de querer ocuparse especialmente de la acción Pauliana, como en el mismo artículo 37 y en el 38 lo hacen respecto de otras acciones.

En la exposición de motivos nos hablan de «los inconvenientes del Derecho antiguo (las Partidas, con su silencio, debieron provocar la no recepción de aquel texto de Paulo citado) respecto a la inseguridad en que estaban los terceros poseedores de buena fe y del peligro que corrían de verse despojados de lo que legítimamente hubieran adquirido». En dicha exposición muestran su enemiga a la institución y el deseo de restringir la actuación de la acción Pauliana en los límites más indispensables, pues lógicamente unos legisladores que pretendían asentar sobre sólidas bases el crédito territorial y dar seguridad a las adquisiciones inmobiliarias, habían de tratar con hostilidad una institución que prácticamente venía a deshacer adquisiciones en provecho de créditos. Toda la exposición respira hostilidad a la acción Pauliana.

Ante la importancia del problema le dedicaron no sólo el apartado tercero del artículo 37 de la Ley, sino, además, los artículos 39, 40 y 41, si bien éstos destinados a precisar conceptos, muchas veces con cierta confusión, entre las primeras y segundas adquisiciones, como si la inexistencia de un Código civil, que precisamente ellos mismos preparaban, les atribuyera alguna libertad para dejar el campo estrictamente hipotecario y penetrar en el general civil, avanzando soluciones futuras.

Por esto consideramos, en general, aceptable la supresión de estos tres artículos en el arreglo legislativo de 1909.

Examinemos el artículo 37 de la ley Hipotecaria, el cual nos plantea cinco principales problemas:

1) ¿Cuáles son los terceros a que este artículo 37 se refiere? ¿Este precepto se refiere tan sólo a los subadquirentes, o, además de éstos, al primer adquirente?

La jurisprudencia reiteradamente entiende que sólo se refiere a los subadquirentes, o, mejor dicho, que sólo son terceros los subadquirentes. En nuestra opinión, por lo que queda expuesto antes, esto es lo aceptable.

No obstante, algunos autores estiman que se refiere a los subadquirentes y a los adquirentes, o sea a los adquirentes inmediatos del deudor y a los mediatos. O, mejor dicho, consideran que es tercero tanto el adquirente del deudor como el que adquirió de este adquirente. Villares Picó (8) (*Efectos de la inscripción*, pág. 70), de una manera decidida, y también Morell, que recoge la opinión de Galindo y Escosura (9) (*Comentarios a la legislación hipotecaria española*, II, pág. 692), y también por vía de argumentación Castro (10) (*Revista citada*), entienden así el artículo 37.

Este problema ha suscitado una interesante polémica entre Villares Picó y Campos Porrata (11) (*REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, núms. 102 y 107).

Aquel, en síntesis, se apoya en la letra del artículo 27 de la ley Hipotecaria, combinado con el artículo 34. La argumentación es la siguiente: El deudor enajena fraudulentamente bienes que están afectos al pago de los créditos, y, por tanto, en rigor enajena lo que no es íntegramente suyo. Pero como en el Registro esto no consta, el que adquiere directamente del deudor, si no es cómplice en el fraude y no adquiere a título lucrativo, es un tercero, porque no puede afectarle el vicio que enerva el título del deudor. En cambio, si el adquirente del deudor es cómplice en el fraude o adquiere a título lucrativo, ya no es tercero. Es tercero el que no ha intervenido en el acto o contrato inscrito, o sea aquel en virtud del cual el deudor adquirió. Por tanto, si un deudor cargado de deudas constituye una hipoteca a favor de un Banco, el cual desconoce que el deudor lo hace para defraudar a sus acreedores, el Banco es tercero, como así lo declara la Sentencia de 31 de Diciembre de 1897.

Campos Porrata impugna esta opinión, a nuestro entender, acertadamente. Según él, la acción Pauliana ataca al acto de enajenación fraudulenta, pero no la titularidad o posición jurídica del deudor, la cual es firme, y precisamente por eso los acreedores pretenden simplemente restaurarla.

Creemos que no es aceptable aquella opinión de Villares Picó, y lo que se acaba de objetar destruye la base de la argumentación.

En la acción Pauliana lo que se ataca no es la titularidad del deudor sobre la cosa enajenada, sino la titularidad del adquirente del deudor, porque su título adquisitivo adolece de un vicio: el fraude o el enriquecimiento ilícito. Claro está que si este adquirente lo es a título oneroso y desconoce la intención fraudulenta del enajenante, su adquisición no es revocable; pero esto no sucede por tratarse de un tercero protegido, sino porque entonces falta un requisito o supuesto imprescindible para que pueda funcionar la acción Pauliana.

Aquella tesis confunde el concepto de tercero con el de parte inatacable. Según ella, el tener una titularidad inatacable es algo exclusivo del personaje tercero, y esto no es así, pues entonces cuando nos encontráramos con un contratante que la Ley protege e inmuniza, esto convertiría la parte en tercero. La protección es indiferente, como tal, del concepto parte y tercero. Es posible que haya un tercero y que la misma ley Hipotecaria no lo proteja.

Morell entiende que el primer adquirente es tercero, en conformidad con el artículo 27 de la ley Hipotecaria, con relación al acreedor, y siempre que inscriba su adquisición. La jurisprudencia se fija en que el adquirente del deudor intervino en el acto inscrito, y, en cambio, no el subadquirente, deduciendo de ello que aquél es parte y éste es tercero; pero esto es absurdo. La jurisprudencia ha generalizado excesivamente los supuestos del artículo 38 de la Ley, en los cuales se ventilan rescisiones cuya acción corresponde a uno de los contratantes; pero aquí (como en el retracto) la acción rescisoria corresponde a una persona extraña, o sea no a una de las personas que intervinieron en el contrato, sino a un tercero. El artículo 37 entiende, pues, que el primer adquirente es un tercero que merece protección registral, salvo los dos casos que prevé, e igualmente extiende esta protección a los adquirentes sucesivos.

También refiere Morell la opinión de Galindo y Escosura, según la cual es tercero también el primer adquirente. No obstante, estos señores, en la segunda edición de sus *Comentarios a la legislación hipotecaria* (12) (tomo II, pág. 536), sostienen lo contrario.

A nuestro entender, toda esta discusión tiene por base una deficiente construcción o concepción de la naturaleza de la acción Pauliana, la cual ha sido expuesta antes precisamente, porque consideramos que hay que empezar a ponerse de acuerdo sobre lo que sucede en el Derecho civil en general.

Además, gran parte de culpa radica en este empeño de la doctrina española en complicar el concepto de tercero, de este personaje mágico y misterioso, que no ha suscitado tanta polémica en otras naciones.

Hay que partir de la base de que la ley Hipotecaria no crea el concepto de tercero, ni tiene por qué hacerlo. Este concepto lo da ya elaborado el Derecho civil, y la ley Hipotecaria no hace otra cosa que recibirlo y someterlo a las consecuencias que se derivan de la creación de un órgano registral. Nuestra manía a suscitar problemas, embrollando cosas que en sí son claras, debido, sin duda, a que la ley Hipotecaria introduce un sistema nuevo, que el Derecho romano, que informa nuestra concepción jurídica, no nos explica, ha hecho que alguien considere, desesperanzado, que se trata de algo indescifrable.

No queremos entretenernos en esto. Hablamos demasiado de terceros, y preocupándonos del aspecto subjetivo, y abandonando el aspecto funcional y el juego de los principios hipotecarios, obligados a definir el que es tercero, repetiríamos las palabras del artículo 27 de la ley Hipotecaria, si bien con un concepto más amplio que el de *acto o contrato*, conceptuando tercero al que no participa como elemento personal en la relación jurídica que concretamente se discute, siendo, por lo tanto, partes no sólo el comprador y vendedor con referencia al contrato de compraventa que entre los dos celebraron, sino también el dueño y el que posee en la usucapión, y el acreedor y el adquirente del deudor que enajena en fraude de acreedores.

Ahora bien: que a este tercero el Derecho hipotecario exija que reúna ciertos requisitos para ser protegido no significa que el tercero hipotecario sea un personaje excepcional, creación propia del Derecho hipotecario, porque no hay que confundir el sujeto con las condiciones que la Ley exige para que éste pueda quedar protegido. Lo mismo hace el Derecho civil en general. Por lo tanto, el Derecho hipotecario exigirá que el tercero haya inscrito; que haya adquirido del titular inscrito y a título oneroso en algunas legislaciones; que desconozca las inexactitudes registrales o los vicios o defectos que puedan afectar a la posición jurídica del transferente. Todo esto serán condiciones o requisitos para obtener protección, pero no elementos constitutivos de la entidad tercero.

Ello tiene una oportuna aplicación en la materia objeto de este estudio, y por esto insistimos en exponer ideas previas y fundamentales.

Entendemos que el artículo 37 de la ley Hipotecaria es el mejor exponente del sistema hipotecario español, y que no hace otra cosa, en cuanto a la acción Pauliana, que reproducir con leves modificaciones el juego de esta acción en el Derecho general civil. La ley Hipotecaria brinda, en general, la misma protección al tercero o subadquirente y le atribuye esta consideración de tercero exclusivamente a él, al no ocuparse del adquirente directo del deudor. El artículo 37 de la ley Hipotecaria mantiene el mecanismo del principio de la fe pública registral.

El artículo 37 no se refiere a los adquirentes del deudor, sino a los subadquirentes. Aquéllos no son terceros ni con relación al acto que se impugna o discute ni con relación al acreedor que acciona.

No es tercero en el contrato que se discute porque en él intervino como parte, y constituye un elemento personal de la relación jurídica que se pretende destruir. Este es el sentido del artículo 27. Cuando en un contrato inscrito es discutida su validez como tal contrato, porque hay vicios en el consentimiento o defecto de capacidad, o discordancia entre la voluntad real y la declarada, causa ilícita, fraude, etc., entonces el adquirente en aquel contrato no es tercero porque intervino en él como parte. Pero si la subsistencia de los efectos producidos por el contrato o relación jurídica resultante es discutida, no a base de defectos orgánicos o intrínsecos del acto jurídico como tal, sino por causas preexistentes, como las que puedan afectar a la titularidad o posición jurídica del transferente, como son el defecto de titularidad por haber transferido antes la cosa enajenada, o una causa o vicio o posibilidad rescisoria, anulatoria o resolutoria de esta titularidad, entonces es evidente que el adquirente en el acto inscrito es tercero respecto de esto porque se discute algo extraño al acto adquisicional, en sí mismo considerado.

En el caso de la acción Pauliana, precisamente se discute la validez y subsistencia del acto de enajenación celebrado entre el deudor y el primer adquirente, en el cual aquél enajena una cosa que es suya y que por de pronto no está afecta a ninguna causa de re-

vocación o rescisión. Es atacado el acto de enajenación por una causa intrínseca del acto, producida al celebrarlo: el fraude con connivencia o complicidad o enriquecimiento ilícito por parte del que adquiere. Se trata, pues, de un vicio o defecto intrínseco, nacido del contrato, que lo hace imperfecto y revocable, y, por tanto, afecta a la titularidad del adquirente, porque la base jurídica de su adquisición puede quedar destruida. La preocupación aquí está acerca del subadquirente, o sea de si esta destrucción debe afectar al que después ha adquirido de este primer adquirente, y que es el verdadero tercero.

En otro aspecto, primer adquirente y acreedor no son terceros entre sí, sino que están colocados en una misma posición jurídica, que los une. Ha tenido lugar un cuasi delito o un enriquecimiento ilícito que provoca una relación o vínculo que une a los dos. Aquí puede utilizarse también el artículo 27 de la ley Hipotecaria, porque, en rigor, dice que es tercero todo aquel que es extraño a una relación jurídica concreta.

Pues bien: acreedor y primer adquirente son partes. Sólo son terceros los subadquirentes, o sea los que han adquirido del primer adquirente.

¿Qué condiciones exige la ley Hipotecaria para que la destrucción de la titularidad del primer adquirente que transfirió no afecte al subadquirente? Las mismas que el Derecho civil general, más la inscripción, para que pueda entrar en juego el principio de fe pública registral. Para ser inatacable por la acción Pauliana, el subadquirente necesita: haber adquirido del titular inscrito; haber adquirido a título oneroso; haber inscrito su adquisición, y desconocer que en el acto adquisitivo del transferente hubo fraude o enriquecimiento ilícito, o sea que es atacable por la acción Pauliana.

Es la misma protección condicionada que brinda aquel texto de Paulo y que el Código civil ha recogido incompletamente en el artículo 1.295.

La ley Hipotecaria sólo exige la inscripción del título, y como segunda inscripción, para que la defensa registral actúe. La ley Hipotecaria, dadas todas aquellas condiciones, declara inatacable al subadquirente. En el fondo, pues, no hace más que reproducir la protección que extrahipotecariamente tiene el subadquirente. No

obstante, aunque el subadquirente no reúna estas condiciones, el artículo 37, quizás invadiendo zonas, lo defiende, facilitando el plazo de prescripción, respecto de él, de la acción Pauliana. Esto, aparte de la protección provisoria, que implica el principio de legitimación registral, o sean los artículos 24, 82 y otros de la Ley. Esta última protección también actúa respecto del primer adquirente inscrito, pues la atribuye a todo titular registral, independiente de si es o no tercero inmune.

En resumen: el artículo 37 de la ley Hipotecaria se refiere a los subadquirentes y no a los primeros adquirentes, a los cuales considera como partes.

Así lo entiende la jurisprudencia, la cual, según Morell, persiste en este punto, sin madura reflexión, en un error o ligereza, basada en una apariencia de verdad.

La misma exposición de motivos de la ley Hipotecaria presupone que el tercero del artículo 37 es sólo el subadquirente o adquirentes sucesivos cuando habla de proteger a los terceros poseedores que han adquirido legítimamente su derecho, o bien cuando recomienda la anotación de la demanda de rescisión antes de haberse inscrito la enajenación, lo cual supone siempre que la protección se refiere al subadquirente, o sea al único tercero.

Nosotros entendemos: que los terceros del artículo 37 sólo lo son los subadquirentes, y que la protección que la ley Hipotecaria les brinda es la misma que la procedente del Derecho civil, aparte del plazo de prescripción y de la que se deriva del artículo 24, etc.; y que las condiciones que dicho artículo 37 exige para que el subadquirente sea inatacable por la acción Pauliana son las mismas que establece el Derecho romano y el Código civil y, en general, todas las legislaciones, aparte del requisito, íntimamente hipotecario, de la inscripción de la adquisición del subadquirente, y como segunda inscripción.

Galindo y Escosura y, sobre todo, Morell, no lo entienden así. Consideran que hay una gran diferencia, en este último punto principalmente, entre el Código y la ley Hipotecaria.

RAMÓN M.^a ROCA SASTRE,

Registrador de la Propiedad

(Concluirá en el número próximo.)