

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año VIII

Enero de 1952

Núm. 85

Inexistencia del tercero hipotecario ⁽¹⁾

(Conclusión.)

Volviendo al punto de partida, al campo hipotecario, en que vimos surgir el problema, observamos que se planteó erróneamente, naciendo el error tal vez del siguiente discurso: Si el adquirente en el primer negocio era incapaz al celebrarlo, y por la inscripción posterior quedó purificado de aquella incapacidad, es lógico suponer que también quede purificado de la incapacidad adquirida después del primer negocio y antes del derivado. Y, a mayor abundamiento, si la incapacidad puede inscribirse, no deberá sufrir las consecuencias de la falta de inscripción quien adquirió el derecho del incapaz.

Completa la idea confusamente la exposición de motivos: «Para adquirir con seguridad bienes inmuebles y derechos reales, no basta que el vendedor o el imponente sea dueño de ellos; tampoco es suficiente que no estén los bienes afectos a otras cargas; es, además, necesario que el que enajena, que el que transmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Sólo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. Si la ley no atendiera, pues, a que la capacidad de la persona constara en el Registro, su obra sería incompleta: y no produciría el efecto apetecido.»

Así se llega, suavemente, sin violencia aparente, a la inscripción de incapacidad y al libro de incapacitados, que, en otro giro

(1) Véanse los cuatro números anteriores.

del razonamiento, significa nada menos que lo siguiente: en el Registro de la Propiedad deben constar: el estado jurídico de las personas y los cambios y limitaciones de su capacidad, para que no ya *el tercero*—usando la terminología de la ley—, sino quien contrata directamente con el titular, conozca su condición jurídica.

Es, sencillamente, una idea nueva, por la que incrustará en el Registro de la Propiedad un Registro de Capacidades, de efectos más amplios, netamente universales, *no ya respecto de terceros*, como aquél.

Pues bien: si los fundamentos de publicidad registral inmobiliaria—certeza de la inscripción anterior en beneficio de la derivada—no imponen la necesidad de la publicación de incapacidades personales, y esta necesidad es, no obstante, indudable, serán fundamentos civiles los que lo imponen.

Cierto. Basta para demostrarlo analizar el espíritu de la ley civil en los artículos 288, 316, 323, 325, 326, 330, 1.437, etc.

Falta únicamente que la idea se precise con claridad, y que la doctrina labore sobre ella para que el caótico estado legal actual ceda el paso al Registro único del estado jurídico de las personas o sujetos del derecho. Registro que nunca será el de la Propiedad, ya que el punto de partida de éste es la finca, circunscrita a un término, y la voluntad humana actúa sin límite en el espacio.

Será ésta una zona del derecho, confiada a otros técnicos, que podrá reflejarse en el campo inmobiliario, pero que, en definitiva, escapará al juego registral directamente, como, por otra parte, escapará también en algún caso al juego del Registro personal mismo, verbigracia, al tratarse de causas transitorias de incapacidad: embriaguez, hipnotismo, etc. Y en estas causas transitorias comprobaremos que el juego registral, por sí mismo, actúa en la forma por nosotros expuesta, a saber: corriendo su suerte el negocio derivado, afecto, por tanto, a la posible anulación por incapacidad debida a embriaguez o hipnotismo.

Continuando, se ofrece otra consideración a la mente: es abiertamente injusto e inhumano que quien no ignora que la inscripción de que deriva su derecho es inexacta, se beneficie de los efectos del régimen hipotecario. Exceptuaremos, consecuentemente, del mismo a quien lo pretenda utilizar de mala fe. Mas sólo a él; no

a quien, derivando a su vez del adquirente de mala fe un derecho de buena fe, lo inscriba. Parece lógico que el tiempo en que deberá tener buena fe será el de la creación de su derecho, que es cuando se fundó en el contenido del Registro.

En el fin social propuesto late un interés individual: la evitación de perjuicios económicos a las personas. Es posible excluir, por lo tanto, de las medidas de excepción que el régimen crea a los que deriven su derecho a título gratuito: herederos, legatarios y donatarios.

* * *

A título de curiosidad únicamente, sin otra pretensión, intentamos seguidamente recoger el contenido de la actual ley Hipotecaria en un articulado en que se prescinde del término y de la idea de tercero; concretándonos, naturalmente, a los artículos más interesantes a nuestro objeto: 23, 25, 33, 34, 36 y 37.

Artículo. Podrán publicarse en el Registro mediante los asientos correspondientes (artículos 2 y 42 de la ley).

Artículo. Los asientos del Registro expresarán las circunstancias que en cada caso exige la ley; los inmuebles y derechos se describirán en la forma del artículo 9 de la ley y concordantes del Reglamento.

(La existencia de un Catastro perfecto ofrecería las máximas garantías y sería reproducido por el Registro. De todos modos los efectos de la inscripción no alcanzarían a imponer como cierta la descripción, porque ante el hecho posible de que no coincidiera con la realidad, resultaría pueril la orden de la ley. Condición primera de todo mandato legal es su posible cumplimiento.)

Artículo. Son descripciones derivadas las que fundándose en el contenido de una inscripción anterior, implican la transmisión, constitución, reconocimiento, modificación o extinción de un derecho real.

(Así, serán inscripciones derivadas las de constitución de un derecho real, como hipoteca o servidumbre, por un titular anterior inscrito; y no lo serán los de agrupación, segregación, división de fincas, etc.)

Artículo. Las inscripciones derivadas acreditan respecto de su titular, con presunción *jures et de jure*, en la extensión precisa para que su derecho sea íntegramente eficaz: a), la preexistencia

del derecho en el patrimonio del transferente según los términos de la inscripción de que se deriva; b), la inexistencia en el transmitente de las incapacidades o limitaciones de capacidad inscribibles no inscritas; c), la integridad del contenido de la inscripción de que se deriva, y por lo tanto, la inexistencia de todos los derechos y acciones inscribibles o publicables, según la ley, que no consten en el Registro, con las excepciones siguientes: 1.ª Las acciones de nulidad que se deban a causas que consten en el Registro, salvo que se practique la notificación del artículo 34 de la ley. 2.ª Las acciones de rescisión o anulación de bienes comprados al Estado, durante quince años desde la fecha de la inscripción primera de compraventa. 3.ª Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que constan explícitamente en el Registro. 4.ª La hipoteca legal a favor del Estado, Provincia y Municipio del artículo 107. 6.ª La de los aseguradores del artículo 168. 7.ª Las de retracto legal. Obsérvese que, con arreglo a este artículo, queda purificada la primera inscripción, de las acciones rescisorias de enajenación, realizada en fraude de acreedores: A vende a B en fraude de acreedores, e inscribe: B, vende a C e inscribe = C, con este artículo, acredita la inexistencia de la acción de rescisión de fraude, no inscrita. Partimos de la existencia de buena fe en C; si tiene mala fe, se le aplicará uno de los artículos posteriores.

Artículo. La inscripción derivada no surtirá los efectos que en la inscripción de que se deriva se producen con arreglo al artículo anterior, en los casos en que exista mala fe en el adquirente, o conocimiento de la inexactitud del contenido de aquella inscripción en cuanto a la preexistencia del derecho del transmitente, o de su falta de integridad, o a la existencia de causas de nulidad, rescisión o resolución no inscritas que afecten al derecho del transmitente. En consecuencia, quedará afecta la inscripción derivada a la realidad jurídica en los mismos términos en que lo estuviera el titular de que deviene su derecho. Si éste fuere adquirente en enajenación hecha en fraude de acreedores, le afectará al adquirente posterior la acción de rescisión que a aquél le afectaría, pero el término de cuatro años del Código civil se reducirá en su beneficio al de un año, a contar desde la enajenación fraudulenta. Se entenderá que el adquirente de la inscripción derivada tiene mala fe cuando fuere cómplice del fraude realizado en la

inscripción primera de enajenación. (En rigor, el beneficio de reducción a un año en beneficio del adquirente de mala fe del artículo 36, sólo se puede aplicar al cómplice; pero admitido por el Tribunal Supremo el principio de buena fe, que aquí aplicamos, es justo que el mismo beneficio tenga cualquier adquirente de mala fe, ya que el de máxima mala fe o cómplice está favorecido.)

Artículo. Igualmente se exceptúan de producir los efectos expresados en el artículo — todas las inscripciones nacidas de títulos lucrativos, cuyos titulares quedarán afectos a las mismas posiciones jurídicas que sus causantes. En consecuencia, el adquirente a título gratuito de un derecho adquirido por su causante en enajenación fraudulenta, queda, como él, afecto a la acción de rescisión, que, con arreglo al Código civil, dura cuatro años; pero este término se reducirá en su beneficio a un año, desde la enajenación fraudulenta.

El desarrollo de los artículos anteriores, en relación al caso de la acción de rescisión de enajenaciones en fraude de acreedores responde a nuestra interpretación personal del artículo 37, que coincide con la letra del mismo y con la interpretación dada por el Tribunal Supremo en sentencias de 26 de Junio de 1901, 25 de Octubre de 1893, 28 de Noviembre de 1899, 8 de Mayo de 1903, 3 de Diciembre de 1905 y 14 de Junio de 1911, durísimamente censuradas por los tratadistas. Se hace preciso, por lo tanto, que razonemos nuestra opinión, máxime cuando sirve para mostrar prácticamente el juego de la teoría que exponemos, cuya aceptación supone las aludidas sentencias.

En los artículos anteriores se parte del supuesto de que es en la inscripción anterior en la que ha existido una enajenación en fraude de acreedores.

Pero no se dice nada respecto del caso en que la inscripción nueva o última sea en la que se ha realizado el fraude. Ciertamente; mas no es preciso. Hemos visto, al exponer la teoría objeto de este trabajo, que el negocio nuevo corre su suerte íntegramente en todo aquello que no deriva de la inscripción anterior; si el fraude se ha realizado en el negocio nuevo, este negocio nuevo estará afecto a la acción rescisoria en los términos que expresa el Código civil, hasta tanto que otra inscripción posterior lo purifique por el juego del mecanismo registral que quedó explicado. Es, pues, cuestión de posición el examen que realizamos; y eso hace

que nuevamente los tratadistas, al aplicar el término *tercero*, desvían el problema.

Pretenden éstos que la ley, con tal término, quiere decir lo siguiente :

A vende a B en fraude. Si B tiene buena fe, no le alcanza la acción de rescisión.

Se fundan : *Argumento civil*. En el derecho civil, si B procede de buena fe, queda liberado de la acción de rescisión, por el párrafo segundo del artículo 1.295 del Código civil. *Argumento hipotecario*. Tercero es el que adquiere e inscribe por compra de buena fe en fraude de acreedores, respecto de la inscripción anterior a favor de A, que acreditaba su derecho. Y es así porque a ese adquirente llama tercero el Código civil, y de otro modo se daría el absurdo de que quien es tercero civil no lo es hipotecario, cuando precisamente por no serlo resultará perjudicado. Le convendría, por lo tanto, no inscribir. He aquí un caso en que la inscripción redunda en su perjuicio, añaden.

A dona a B, en fraude. Pretenden que esté afecto sólo un año a la acción de rescisión. Dicen : con arreglo al artículo 1.297 se podría suponer que durará en su perjuicio cuatro años la acción de rescisión ; pero quiere la ley estabilizar el dominio y por eso el artículo 36 de la ley Hipotecaria acorta el término a un año.

Se opone a ambas interpretaciones el empleo del término «segunda enajenación» por el expresado artículo 36.

Nos fundamos nosotros para rebatirlo : *Argumento civil* : Nuestra ley civil no contiene un precepto análogo a los que, en Francia y en Alemania, exigen que el adquirente en fraude de acreedores a título oneroso conozca la intención fraudulenta, para que pueda ejercitarse la acción de rescisión. Por el contrario, la posición del Código civil nuestro en esta materia, resultará de su examen, sujeto a interpretaciones diversas ; la nuestra es que la existencia de buena fe en la primera venta no impide su rescisión. Nos fundamos : a), el adquirente primero de mala fe tiene que devolver las cosas aunque no se le devuelvan a él las contraprestaciones, desde el momento que el 1.298 le obliga a indemnizar si no puede afectarlo ; b), el párrafo primero del artículo 1.295 dice que sólo devolverá las cosas cuando se le puedan restituir las contraprestaciones ; c), luego el citado párrafo se refiere al primer adquirente de buena fe ; d), el párrafo segundo del

artículo 1.295 dice que la rescisión no se dará si el tercero es poseedor de buena fe; e), luego ese tercero poseedor de buena fe no puede ser el primer adquirente de buena fe, *que tiene obligación de restituir si se le devuelve la contraprestación*.

Argumento hipotecario.—El tercero de una enajenación fraudulenta no puede ser ninguna de las partes que en ella intervienen; por lo tanto, para que exista ese tercero, se precisa que la enajenación fraudulenta sea de un negocio anterior, de una venta anterior.

Y ya tenemos explicado por qué el artículo 36 habla de una segunda enajenación, no dando la consideración de tercero al de la primera venta.

Claro está que si el Código civil se debe interpretar como lo hacen los tratadistas, la ley Hipotecaria resulta en perjuicio del tercero; pero no se deberá esto a falta de orientación de la ley, que sigue en el artículo 36 el criterio justamente científico, sino a no haber exceptuado de ese criterio y artículo un caso excepcionalmente dispensado por la ley Civil en atención a consideraciones de orden netamente civiles.

Con el artículo anterior, se desarrollan los supuestos de fraude que prevé, de acuerdo con la teoría, en la siguiente forma:

- 1.º { (con fraude)
A vende a B = B vende a C { con buena fe = no le afecta la rescisión;
(rescisión cuatro años) { con mala fe = le afecta un año.
- C dona a E { E se coloca siempre en el lugar de C y, por lo tanto, tiene sus
mismos derechos, que son los expresados antes según el mismo C haya o no tenido buena fe al comprar a B.
- 2.º { (con fraude)
A vende a B = B dona a C { C se coloca en el lugar de B y le afecta la
(rescisión cuatro años) { rescisión cuatro años.
- 3.º { A dona a B = Se rescindirá siempre, dentro de los cuatro años.
(con fraude)

Para no alargar el trabajo en términos excesivos, hemos prescindido de acoplar el contenido del artículo 97 de la ley Hipotecaria, que requiere también un previo examen de su alcance, sujeto igualmente a contradicción.

Artículo. Se entenderá que no son inscripciones derivadas: 1.º, las de expedientes de dominio; 2.º, las de informaciones de posesión; 3.º, las del artículo 20, párrafo 3.º; 4.º, las concesiones administrativas; 5.º, las de derechos reales substantivados del ar-

artículo 8.º de la Ley, cuando anteriormente no estén inscritas las fincas a que afecten; 6.º, las de bienes de capellanías colativas familiares practicadas con arreglo al artículo 11 del Decreto-ley de 17 de Abril de 1925; 7.º, las de sentencias de los Tribunales especiales de foros, practicadas en virtud del artículo 49 del Reglamento de 23 de Agosto de 1926; 8.º, las derivadas de las inscripciones practicadas con arreglo al artículo 20 de la ley Hipotecaria, párrafo tercero, si no han transcurrido dos años desde la fecha de la inscripción primera, a menos que se trate de las indicadas en el artículo 90 del Reglamento; 9.º, las derivadas de las inscripciones del artículo 11 del citado Decreto-ley de 17 de Abril de 1925, si no han transcurrido dos años desde la fecha de la inscripción primera; 10, las derivadas de inscripciones forales del artículo 49 del Reglamento de 23 de Agosto de 1926, si no han transcurrido dos años desde la fecha de la inscripción primera, y 11, las derivadas de inscripciones de fincas o derechos adquiridos por herencia o legado a favor de herederos voluntarios, si no han transcurrido dos años desde la fecha de la inscripción primera.

Las inscripciones derivadas que expresan los apartados 8.º, 9.º y 10 de este artículo, cualquiera que sea su fecha, tendrán pleno carácter y consideración de inscripciones derivadas, una vez que hayan transcurrido dos años desde la fecha de la inscripción primera, y en tal momento se aplicará a las mismas los efectos señalados en los artículos anteriores, sin excepción. Si se hubiesen practicado antes de transcurrir dos años desde la fecha de la inscripción primera, sus efectos transitorios, hasta que se cumpla tal plazo de dos años, serán: a), la inscripción derivada, durante dicho tiempo, no tendrá a su favor el contenido de los artículos anteriores, respecto al efecto de acreditar que la inscripción primera, *en la fecha en que se practicó*, reflejaba la verdad jurídica. Por el contrario, el contenido de la inscripción primera podrá ser rechazado cuando no coincida con la realidad jurídica *al tiempo en que se practicó*, tanto por quien fuere titular de derechos, anteriormente a tal fecha, como por quien del mismo traiga su derecho, aun cuando lo haya adquirido con posterioridad a la fecha de la inscripción primera, concretándose en todo caso a la defensa de sus derechos. El ejercicio de la facultad de restablecer la realidad jurídica sin detenerse ante el contenido de la inscripción derivada ha de practicarse en el término de dos

años, a contar desde la inscripción primera, y transcurrido tal plazo, si se realizare tal restablecimiento, dejará a salvo el contenido de la inscripción derivada, si existiere; b), no refiriéndose a los casos de excepción especiales del apartado anterior (letra a), las inscripciones derivadas se regirán por el contenido de los artículos anteriores y en consecuencia se sujetarán a su libre juego en cuanto a la preexistencia del derecho en el titular de la primera, su capacidad, integridad del contenido de la misma, mala fe, etc.

(De tal forma, si el titular de la primera inscripción tiene su dominio, libre de cargas, según el Registro, no siendo ello cierto porque *antes de inscribirlo*, transmitió tal dominio, o nunca fué suyo, o constituyó un gravamen, y de aquella inscripción falsa se deriva otra, el verdadero dueño y el titular del gravamen—o sus habientes derechos—podrán utilizar el artículo presente en su apartado a), en el tiempo y forma que se expresa en el mismo, a saber: en el término de dos años, pudiendo perjudicar y rechazar la inscripción derivada, sea ésta de dominio o de otro gravamen, y pasados dos años, sin perjudicarla, por lo cual, si la derivada es inscripción de dominio, no podrán inscribirse el verdadero dominio ni el gravamen, y si la derivada es inscripción de gravamen, será preciso declarar subsistente tal gravamen al practicarse la rectificación del dominio o declarar preferente el gravamen de la derivada al que se inscribe posteriormente, aun siendo anterior su fecha. Por el contrario, si el dominio fué transmitido por el titular de la inscripción primera, o el gravamen constituido por el mismo, *con posterioridad* a la fecha de su inscripción (sin inscribirse) y otra transmisión de dominio o gravamen posteriores se inscriben, el titular del dominio o del gravamen inscritos podrán utilizar el presente artículo en su apartado b), rechazando la transmisión del dominio o la constitución del gravamen realizados anteriormente, pero no inscritas.)

Las inscripciones derivadas que expresa el apartado 11 de este artículo se regularán en la misma forma que las de los apartados 8.º, 9.º y 10, con la diferencia siguiente: que el restablecimiento e inscripción de la realidad jurídica podrán únicamente ejercitarse por el heredero real o por quien derive su derecho del mismo, y en referencia concreta a sus derechos respectivos.

(Damos esta redacción al presente artículo, por responder a

la interpretación que juzgamos debe hacerse de los preceptos legales en las materias que abarca el mismo.)

Artículo. Se entenderá que no son inscripciones derivadas:

1.º Las inscripciones practicadas en virtud de expediente de dominio. 2.º Las de información de posesión. 3.º Las del párrafo tercero del artículo 20. 4.º Las concesiones administrativas. 5.º La de derechos reales sustantivados del artículo 8.º de la ley, cuando anteriormente no están inscritas las fincas a que afectan. 6.º Las derivadas de un derecho inscrito con arreglo al artículo 20 de la ley Hipotecaria, párrafo tercero, si no han transcurrido dos años desde la fecha de la inscripción, a menos que se traten de las indicadas en el artículo 90 del Reglamento hipotecario. 7.º Las derivadas de inscripciones referentes a fincas o derechos adquiridos por herencia o legado a favor de herederos voluntarios, si no han transcurrido dos años desde la fecha de la inscripción.

Artículo. El contenido de las inscripciones de todas clases que no tenga a su favor una presunción *juris et de jure* de certeza con arreglo a lo que precede, tendrá a su favor una presunción *juris tantum*, y no podrá ser contradicho sino en la forma del artículo 24 de la ley.

Artículo. Las inexactitudes de las inscripciones podrán rectificarse, concordándolas con la realidad, dentro de los límites en que lo consientan los efectos que a favor del titular señalan los artículos anteriores.

* * *

Está tan arraigada en nosotros la idea del tercero hipotecario, que tal vez pretendamos verlo en el nuevo ordenamiento inmobiliario. Diremos: tercero protegido es aquel extraño al negocio jurídico no inscrito, ante el que éste suspende sus efectos. Ese extraño protegido es el titular inscrito. Es precisamente el tercero hipotecario del artículo 23, que revive nuevamente.

No. El negocio no inscrito detiene sus efectos inter partes ante el titular inscrito, responderemos. Mas ese titular inscrito no es tercero hipotecario, es tercero puramente civil, es tercero únicamente para la ley civil, para el negocio no inscrito, netamente civil, que ésta regula. Y la ley Civil, no la Hipotecaria, debe decir: «Que el negocio no inscrito se detiene en sus efectos ante el titular hipotecario.» No acertará tampoco si le llama tercero. A esta nota de tercero—igual a extraño—deberá añadir, para

darle el carácter de protegido, para que sea tercero jurídico civil, por razón de publicidad, las notas que le elevan a titular hipotecario, a saber: a) Que esté inscrito con inscripción derivada. b) Que se funde en inscripción anterior. c) Que tenga buena fe, etc. Es más cómodo para la ley Civil, más científico también, que se limite a llamarle titular hipotecario.

Y, a su vez, la ley Hipotecaria caracterizará al titular hipotecario, sin definirlo—y menos con el término de relación que implica el nombre de tercero—, de acuerdo con los principios hipotecarios: a) Por ser titular de una inscripción derivada. b) Tener buena fe, etc.

Igualmente es posible que pretendamos que el tercero de los artículos 25 y 27 subsiste también.

Se dirá: en el nuevo ordenamiento la inscripción surte efectos universales desde su fecha, sin detenerse ante quien no ha sido parte en el negocio inscrito; se cumple el artículo 25, y, al cumplirse, es tercero precisamente aquel que no intervino en el negocio, el tercero definido en el artículo 27.

Cierto, diremos: Mas ese tercero, ante quien no se detiene la inscripción, es el tercero, netamente vulgar. Es precisamente la negación del tercero protegido; la declaración terminante de la inexistencia, en el campo hipotecario, de todo tercero protegido; la afirmación de que el negocio inscrito surtirá efectos universales entre las partes y entre los extraños.

Es el logro del fin propuesto por el nuevo ordenamiento inmobiliario: la desaparición de un tercero, protegido, que tenía su fundamento de protección en la falta de publicidad, mediante la existencia de tal publicidad por la inscripción.

Y, en definitiva, este último examen nos cerciorará de que la ruta surgida en los razonamientos anteriores, firmes o equivocados, nos conducía al fin propuesto.

JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI,

Notario.