**TEMA 5 HIPOTECARIO**

|  |
| --- |
| **LA INOPONIBILIDAD Y LA FE PÚBLICA REGISTRAL** |

Según la clásica clasificación de los principios hipotecarios de JERÓNIMO GONZÁLEZ, el **principio de publicidad** comprende la *publicidad formal* y la *publicidad material. De ésta*  derivan otros dos principios:

**Principio de legitimación** (art 38 LH), que presume *iuris tantum* la exactitud del Registro.

**Principio de fe pública registral**, (art 34 LH), presunción *iuris et de iure* de que el contenido del registro es *exacto* e *íntegro* a favor de determinados terceros. Este principio presentaría a su vez un doble aspecto:

*POSITIVO* según el cual el contenido del Registro se presume **exacto**, consagrado por el 34 LH.

*NEGATIVO* Se presume el contenido del Registro **íntegro**, por lo que lo no inscrito no perjudica a tercero. Este aspecto se consagra en los arts 606 Cc y 32 LH (“***los títulos de dominio y otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no se hallen debidamente inscritos o anotados en el R.P. no perjudican a 3º***”).

Así para los seguidores de la teoría monista (Jerónimo González, Roca Sastre). Sin embargo, los autores dualistas **(**Núñez Lagos**,** Lacruz, García García, Gómez Gálligo, Chico) desligan al art 32 LH del principio de publicidad, entendiendo que es manifestación de otro principio registral sustantivo: el de inoponibilidad, que despliega sus efectos en conexión con el principio de prioridad (arts 17, 24, 248 LH), basado en presupuestos muy distintos de la publicidad.

Ámbito de aplicación de la FPR. ROCA SASTRE afirma que este principio SI juega respecto a los datos registrales relativos a la existencia, contenido y titularidad del “dº inscrito”. Pero NO juega respecto a

Determinados datos:

Los datos físicos de la finca (a salvo 10.5 LH)

Los datos referentes al estado civil y capacidad del titular.

Es dudoso el caso del vendedor (único titular registral) que dice estar soltero/casado en separación de bienes cuando en realidad está casado en gananciales y no concurre a la venta su esposa. HONORIO ROMERO entiende que el comprador no resultará protegido por el 34 LH ya que la venta será anulable (aplica el art. 33 LH). En cambio RODRIGO TENA aplica 34 LH porque si se protege al que compra una cosa ajena, con mayor razón ha de protegerse al que compra una cosa que no es del todo ajena al vendedor

Los dº personales no asegurados especialmente (98 LH).

Las menciones de dº susceptibles de inscripción separada y especial (art 29 LH).

Los créditos garantizados con hipoteca de seguridad (no ordinaria).

Las “*limitaciones legales*”, porque la publicidad que brinda la Ley es siempre superior a la publicidad que pueda brindar el RP. Así pues, el 3º hipotecario no queda protegido frente a los retractos legales (37.3º LH), las prohibiciones legales de disponer ( 26 LH), las servidumbres legales, etc.

*Las servidumbres aparentes* , que perjudicarán al 3º hipotecario aunque no consten inscritas en el RP.

|  |
| --- |
| **EL CONCEPTO DE TERCERO EN LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA** |

Escalonadamente distinguimos entre:

TERCERO CIVIL (1257 Cc: “*Los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos*”); quien no es parte.

TERCERO ADQUIRENTE: El tercero que adquiere por negocio celebrado con alguna de las partes.

TERCERO HIPOTECARIO: El tercero protegido por el RP, a saber, tercero que adquiere un dominio/derecho real *inscrito* (la mayoría niega que pueda considerarse tercero hipotecario al anotante de embargo porque: no adquiere un derecho inscrito / el embargo no es un derecho real).

Se discute si el tercero, para resultar hipotecario y por tanto protegido por el RP, debe reunir los requisitos del 34 LH o bien basta con que reúna los requisitos del 32 LH. Existen 2 posturas doctrinales: Tesis MONISTA (mayoritaria, ROCA SASTRE) y tesis DUALISTA (iniciada por NÑEZ LAGOS y seguida por Gª Gª y GOMEZ GALLIGO).

Para la tesis dualista, en nuestra LH existen dos 3ºs diferentes: *el 3º latino del art 32 LH y el 3º germánico del art 34 LH.*

Para la tesis monista, en nuestra LH solamente hay un 3º: *el del art 34 LH.*

DIFERENCIAS (en esencia, protección/no del inmatriculante)

Según la tesis monista, la FPR tiene una doble vertiente: *positiva (34) y negativa*(32, a interpretar a la luz del art 34 y por ello para que el 3º al que se refiere el art 32 de la LH goce de protección frente *a los títulos no inscritos* debe reunir los requisitos del art 34, es decir, haber adquirido de titular registral y haber adquirido de buena fe y a título oneroso). Por lo tanto, el inmatriculante “nunca” gozará de protección hipotecaria (le faltaría *haber adquirido del titular registral); ni tampoco el donatario* (puesto que no adquiere a *título oneroso)*.

Los dualistas en cambio niegan la vertiente negativa de la FPR: el art. 32 LH sería manifestación de “otro” principio registral sustantivo, el de inoponibilidad, que despliega sus efectos en conexión con el principio de prioridad (arts 17, 24, 248 LH), basado en presupuestos muy distintos de la publicidad. El inmatriculante podría estar protegido *(e incluso el donatario o quien carece de buena fe, según solo los dualistas más radicales)*.

Tras la reforma del 207 LH en 2017 parece que EL MONISMO SE CONSOLIDA. ARGUMENTOS.

+ El nuevo art 207 LH supera la doctrina de las importantísimas STS 5 de marzo y 7 septiembre 2007. Estas sentencias, unificando doctrina en materia de doble venta, claramente se inclinaban a favor de la tesis dualista, por distinguir entre la protección al tercero del 34 LH (cuando la finca SI estaba inscrita en el RP a nombre del doble vendedor) y del 32 LH (cuando la finca objeto de la doble venta NO estuviese inscrita en el RP, el inmatriculante quedaría protegido transcurridos dos años).

El art. 207 LH en su nueva redacción se refiere expresamente al tercero del 34 LH, por lo que ya no se puede decir que se proteja al inmatriculante (PÉREZ RAMOS).

La doctrina SSTTSS 2007 se mantiene incólume solo a otro respecto: en caso doble venta (1473 Cc), consumada la primera venta la 2ª venta NO es inexistente por falta de objeto ni nula por falta de poder de disposición del transmitente:

su objeto es la finca vendida

el art 34 opera en caso de falta de poder de disposición del transmitente: el art 33 opera vg por falta de consentimiento del comprador y el 34, NO el 33, cuando el transmitente carece de *poder de disposición* (en otras palabras, el 3º del 34 NO ha de ser un subadquirente para adquirir a non domino*)*

+ De admitirse la tesis dualista podrían haber no sólo dos terceros (el del 32 LH y el del 34 LH) sino tantos terceros como artículos en la LH se refieren al tercero.

Con todo los monistas admiten la existencia de terceros “especiales” en la LH:

El del 37 LH

El tercero “pluscuamperfecto” del art 36 LH*, para la usucapión contra tabulas, además de los requisitos del 34, se le exige un plus.*

El 3º del art 114 (artículo que “*limita los intereses*” que el acreedor hipotecario puede reclamar a un 3º), ¿es tal aunque no inscriba, solo si inscribe o sólo si inscribe y además reúne requisitos 34 LH?).

+ Aun en el caso del arrendamiento, el 29 LAU exige, para que el arrendamiento de uso distinto al de vivienda no perjudique a tercero inscrito, que este reúna los requisitos del 34 LH (no basta que reúna solo los requisitos del 32 LH).

+ Como en materia de exigencia de buena fe, parece razonable distanciarse de la lectura literalista del art. 32 LH (que por otro lado no dice expresamente que deba protegerse al inmatriculante). Al relacionar la adquisición a non domino del tercero hipotecario con el resto de casos de adquisición a non domino en nuestro Ordenamiento se constata que tienen en común que el tercero confía de buena fe en una apariencia, sea posesoria (art. 464 CC), documental (1219, 1738 CC) o tabular (art. 34 LH) mientras que el inmatriculante no confía en apariencia alguna sino que la crea.

|  |
| --- |
| **EXAMEN DEL ARTÍCULO 34 LH** |

***El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.***

***La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.***

***Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección que la que tuviese su causante o transferente***.

TERCERO

Se plantea si la sociedad es tercero hipotecario en la aportación de bienes que se haga a la misma en su *constitución/aumento de capital*. Frente a la doctrina mayoritaria, Roca Sastre opina que no (no habría transmisión sino comunicación de bienes).

DE BUENA FE

Debe concurrir en el adquirente, siendo indiferente la buena/mala fe del transmitente

**¿Cuál es la buena fe exigible?**

Para algunos basta con haber examinado el contenido del Registro (*buena fe psicológica)*. Sin embargo, la jurisprudencia está evolucionando hacía la buena fe ética, exigiendo al tercero un plus de diligencia (interpretación conjunta del 34 con el 36 LH): para resultar protegido debe no solo examinar el registro sino además la situación de hecho de la finca.

**Se discute cuándo debe tener buena fe el tercero**, si en el momento *del otorgamiento de la escritura* *pública (momento de la adquisición, sin que baste la mera perfección del contrato sin traditio, TS)* o en *el momento de la inscripción* *(pues solo entonces se produce la adquisición a non domino).*

O nunca, en el caso de inscripciones constitutivas. Se discute si para ellas es o no exigible la buena fe, sobre todo en el caso de doble hipoteca:

Para algunos, argumentando que la inscripción de la hipoteca es constitutiva, resulta indiferente la “buena o mala fe” *(la hipoteca anterior la conocerá, dado que probablemente constará en el apartado CARGAS de su escritura)* del que primero inscribe, puesto que antes de la inscripción no ha nacido la hipoteca (STS 26 enero 2000).

Sin embargo según la STS 3 de junio de 2016, que la inscripción de la hipoteca sea constitutiva no significa que el contrato de constitución de hipoteca no exista sin la inscripción ni que el conocimiento de tal contrato no pueda perjudicar a terceros; aplica la doctrina de la doble venta, que exige buena fe en el que primero inscribe en el caso de “doble contrato de constitución de hipoteca”.

BF en supuestos de representación y comunidad.

En la Representación:

Voluntaria: ambos, representante (indiscutido) y representado (opinión doctrinal) han de tener buena fe.

Legal: Solo el representante ha de tener buena fe.

Orgánica: La doctrina mayoritaria distingue entre el administrador único (debe tener buena fe), varios administradores mancomunados (deben tenerla al menos aquéllos que consintieron el acto) o solidarios (debe tenerla el que actúe), y Consejo de Administración (según la opinión mayoritaria, basta que la tenga la mayoría suficiente para la adopción del acuerdo que haya votado a favor del mismo).

En supuestos intervención Junta (arts 72 y 160 LSC) García García exige buena fe de los socios, bastando la buena fe de la mayoría que adopte el acuerdo.

Comunidad. La buena fe debe concurrir en todos los adquirentes.

En contra GARCÍA GARCÍA (cada adquisición de cuota puede ser conceptuada como un negocio independiente).

ADQUIERA

El art 34 LH requiere adquisición *derivativa* mediante *negocio jurídico (o asimilada a él)*. Por tanto:

NO entra en juego

en las adquisiciones por *ministerio de la Ley* ó que traigan su causa de ocupación/accesión/usucapión.

en las adquisiciones mortis causa.

SI entrará en juego, según GARCÍA GARCÍA, en la: adquisición ex “expropiación forzosa”, en un procedimiento de ejecución (judicial/admvo) o en venta extrajudicial *de la finca hipotecada (salvo que la adjudicación/adquisición se impugne por vicios/defectos del mismo procedimiento, pues en el procedimiento el adjudicatario no es 3º sino parte).*

A TÍTULO ONEROSO

Casos dudosos

*Donaciones simuladas bajo forma de compraventa.* El adquirente en ningún caso queda protegido.

Suponiendo válida la donación, por resultar a título gratuito.

Y si con el TS consideramos que no vale la donación simulada, ex 33 LH.­

*Donaciones onerosas y remuneratorias*. LACRUZ aplica la regla del art 622 Cc (el adquirente quedaría protegido en la cuota del bien que se corresponda con el valor del gravamen impuesto). *En contra GARCÍA GARCÍA, que considera que la postura anterior va en contra de la voluntad de las partes de donar/adquirir todo el bien.*

*Hipoteca concedida por tercero en garantía de deuda ajena sin contraprestación. La mayoria sostiene que si la obligación garantizada es onerosa (vg préstamo con interés), rige idéntica regla (por accesoriedad) para la adquisición del derecho de hipoteca.*

DE PERSONA... EN EL REGISTRO

Se discute *“cuándo” el transmitente debe ser titular registra*l:

Unos sostienen que debe tener inscrito su derecho en el Registro al tiempo de la transmisión *(si el 34 LH protege al que confía en el Registro es lo lógico).*

En contra la mayoría considera que lo importante es que al tiempo de inscribirse la adquisición del tercero *conste inscrito dicho derecho. Piénsese en el supuesto cotidiano de compraventa financiada con hipoteca (cuando el acreedor hipotecario adquiere la hipoteca el hipotecante todavía no tiene inscrito su dominio).*

*UNA VEZ HAYA INSCRITO SU DERECHO*

*Único que debe concurrir a posteriori de la adquisición. Basta asiento de presentación (24 LH)*

DESPUÉS SE ANULE/RESUELVA

El art 33 LH es aplicable tanto a los casos de nulidad como de anulabilidad.

Si su título es nulo (por ejemplo por falta absoluta de consentimiento), en ningún momento quedará el tercero protegido ex 34.

Si es anulable *(por ejemplo transmisión de un bien ganancial sin el consentimiento de los dos cónyuges)*, el tercero no queda protegido mientras subsista la causa de anulabilidad (pero SÍ, una vez haya transcurrido el plazo de ejercicio de la acción).

Respecto a la venta de cosa ajena, recordar que las SSTSS 2007 la consideran válida, REMISIÓN (no aplicable 33 sino 1473 Cc y 32/34)

POR CAUSAS QUE NO CONSTEN EN EL REGISTRO

Las cargas canceladas no perjudican al 3º (97 LH).

*El carácter reservable de los bienes debe constar expresamente (no cabe deducirlo de la inscripción a favor del reservista).*

*Tratándose de expropiaciones forzosas, los art 54 y 55 LEF exigen que el dº de reversión conste inscrito expresamente para que pueda perjudicar a 3º.*

EL TERCER ADQUIRENTE SERÁ MANTENIDO EN SU ADQUISICIÓN

¿Adquisición a non domino o mera irreivindicabilidad?

Para NÚÑEZ LAGOS no hay una *verdadera adquisición a non domino por el tercero (sólo adquirirá con el tiempo, por usucapión), sino una mera irreivindicabilidad* por parte del verus dominus (será “mantenido”).

La doctrina mayoritaria y el TS consideran que el art. 34 LH consagra una verdadera adquisición *a non domino* por parte del tercero. (“... en su adquisición”).

*No estamos ante un mero debate doctrinal, pues solo en caso de mera irrevindicabilidad:*

un donatario que adquiriese de tercero protegido por el 34 LH no resultaría protegido (pudiendo el dominio podrá ser reivindicado por el verdadero dueño)

caso que el transmítete “readquiriese” la finca, el verdadero propietario podría ejercitar la acción real paralizada.

Presupuesto que se trate de una adquisición, se discute desde cuando opera:

(SANZ) El tercero adquiere en el momento de la inscripción.

Según LACRUZ sus efectos se retrotraen hasta el momento del otorgamiento de la escritura pública.

(VALLET) estima que la expresión “el tercero será *mantenido* en su adquisición” implica que la adquisición ya operó antes (al tiempo de la escritura, traditio).

¿Adquisición originaria o privativa? ROCA SASTRE, a diferencia de otros, estima que la adquisición es originaria en cuanto a la “titularidad”; y derivativa en cuanto a la extensión y límites “del dº adquirido”

|  |
| --- |
| **EXCEPCIONES A LA FE PUBLICA REGISTRAL** |

ROCA SASTRE distingue entre excepciones propiamente dichas y suspensión.

EXCEPCIONES

29 LH **L*a fe pública del Registro no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial***.

Prescripción *contra* tabulas (36 LH)

Hipotecas legales tácitas

Doble inmatriculación

No constituye propiamente excepción el Acta de Deslinde la zona marítimo-terrestre (arts 13 y 14 Ley de Costas)

SUSPENSIÓN

**28 LH** ***Las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado, no surtirán efecto en cuanto a tercero hasta transcurridos dos años desde la fecha de la muerte del causante. Exceptúanse las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos***.

Plazo:

Mientras el heredero aparente NO enajene los bienes hereditarios, el heredero real podrá ejercitar contra él la actio petitio hereditatis no prescrita (30 años).

Si los enajena, dispone solo de dos años *a contar desde la muerte del causante*.

Excepción: inscripciones a favor de legitimarios (criticada por la doctrina por poder resultar *in extremis* los legitimarios solamente herederos aparentes) .

Legitimación:

Algunos dicen que, dada la ratio del 28 LH (evitar la incertidumbre del fenómeno sucesorio), sólo puede aprovecharse del 28 LH el *heredero real*.

Otros dicen que el art. 28 LH no distingue por lo que puede aprovecharse de él cualquiera (vg quien compró del causante quien a su vez legó una cosa que ya no le pertenecía).

**207 LH *Si la inmatriculación de la finca se hubiera practicado con arreglo a lo establecido en los números 1.°, 2.°, 3.° y 4.° del artículo 204, el artículo 205 y el artículo 206, los efectos protectores dispensados por el artículo 34 de esta Ley no se producirán hasta transcurridos dos años desde su fecha. Esta limitación se hará constar expresamente en el acta de inscripción, y en toda forma de publicidad registral durante la vigencia de dicha limitación***.

La razón de ser del 207 LH es que la inmatriculación que no tiene su origen en un “expediente de dominio (203 LH)” tiene mayor riesgo de que no coincida con la realidad.

Por ello parece que sólo puede aprovecharse del 207 LH el verdadero dueño, que fue perjudicado por la inmatriculación de quien aparenta ser verdadero dueño. Otros sin embargo entienden que el 207 LH no distingue (por lo que cualquiera puede aprovecharse de él, aunque no sea el verus dominus burlado).

*Plazos más breves:*

1 año durante la reconstrucción de los Registros destruidos.

180 días En las adjudicaciones de bienes “para” pago de deudas hereditarias (art 45 LH) y en las anotaciones preventivas de legados (art 48 LH).

90 días en la concentración parcelaria (235 LRYDA).