

Hipoteca de bien embargado: ¿impugnación de la misma por fraude de acreedores o afección real de la cosa?

Comentario a la STS de 11 diciembre 2003 (RJ 2003, 8655)

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA

*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla*

Civil

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo

FRAUDE DE ACREEDORES: inexistencia: hipoteca: rescisión improcedente: constitución a favor de quien era acreedor del hipotecante con anterioridad a la fecha en que la entidad bancaria instante de la rescisión declaró vencido el préstamo que había concedido al hipotecante.

Disposiciones estudiadas: CC: arts. 1111, 1291.3º y 1297.

ANTECEDENTES DE HECHO

Ante el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Almería, fueron vistos los autos de menor cuantía núm. 154/1994, sobre acción pauliana, a instancias de Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba (CajaSur), contra Don Bruno, Doña Susana, ambos declarados en rebeldía, Don Donato y contra Doña Encarna, asimismo declarada en situación procesal de rebeldía.

Por la representación de la parte actora se formuló demanda sobre impugnación de hipoteca por fraude de acreedores. La hipoteca había sido convenida entre los codemandados, sobre una finca registral propiedad del Sr. Bruno y su esposa, en garantía de un crédito preexistente en favor de D. Donato. La fecha de la hipoteca era posterior a la del embargo de dicha finca por deudas que D. Bruno mantenía con la demandante (Cajasur).

Por el Juzgado se dictó sentencia en fecha 27 de mayo de 1996, cuyo fallo es como sigue: «Que desestimando la demanda del “Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba”, contra Don Bruno, Doña Susana, Don Donato y Doña Encarna, debo absolver y absuelvo a los demandado de todos y cada uno de los pedimentos en ella contenidos; condenando a la actora al pago de las costas surgida en esta instancia».

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, que fue desestimado. Cajasur formalizó recurso de casación que fundó, entre otros menos relevantes a nuestros efectos, en los siguientes motivos:

II. Al amparo del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La Sentencia recurrida, incurre en infracción por falta de aplicación de los artículos 1111 y 1291.3º del Código Civil, así como la doctrina de esta Sala que los desarrolla, recogida en sentencias de 28 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8430), 7 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8813), 28 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2479), 30 de enero de 1986 (RJ 1986, 338), etcétera.

III. Al amparo del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La Sentencia recurrida, incurre en infracción del artículo 1297 del Código Civil, así como la doctrina de esta Sala que lo desarrolla,

recogida en Sentencias de 29 de mayo de 1985 (RJ 1985, 2832), 17 de abril de 1950, 20 de febrero de 1899, 30 de marzo de 1898, etcétera.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—«“Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba” formuló demanda contra D. Bruno, D^a Susana, D. Donato y D^a Encarna, interesando se declarase rescindida la hipoteca constituida por los esposos Bruno-Susana, a favor del matrimonio Donato-Encarna en escritura pública de 11 de mayo de 1993 sobre la finca registral núm. ..., por haber sido establecido dicho gravamen en fraude de acreedores.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Almería desestimó dicha pretensión, con imposición de costas a la entidad actora, resolución que fue confirmada en grado de apelación por la Audiencia Provincial, que impuso a la recurrente las costas de la alzada.

Cajasur ha interpuesto el presente recurso de casación, que consta de cuatro motivos, todos ellos con fundamento en el ordinal 4^o del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

SEGUNDO.—«En el primero de los motivos se denuncia la infracción de los artículos 1232, 1249 y 1253 del Código Civil, alegando que la sentencia impugnada incurre en error interpretativo de los documentos y pruebas obrantes en autos y especialmente de los hechos que admitió el Juzgado y asumió la propia Audiencia Provincial.

Se alude, concretamente, a las afirmaciones que se hacen en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia recurrida respecto a que no aparece cumplido el primero de los requisitos exigidos para el éxito de la acción pauliana ejercitada por la recurrente, es decir la existencia de un crédito exigible; ni tampoco el segundo (un acto o contrato posterior que proporcione una ventaja al deudor) ya que la escritura de hipoteca objeto de controversia fue otorgada con anterioridad a la fecha en que el Juzgado número ocho de Almería dictó sentencia en los Autos 181/1993.

Antes de proseguir con el razonamiento de la recurrente ha de hacerse constar que las afirmaciones de la sentencia que aquí se cuestionan, se corresponden con la realidad de los hechos pues la escritura pública de hipoteca fue otorgada el 11 de mayo de 1993, en tanto que la sentencia del Juzgado número ocho es de fecha 17 de marzo de 1994.

Continuando con la argumentación de Cajasur, ha de señalarse que la misma pone especial énfasis en el dato de que su demanda ante el Juzgado número ocho había sido presentada el 23 de marzo de 1993, es decir, casi dos meses antes de la constitución de la hipoteca, así como en que el día 30 del mismo mes se acordó el embargo de los bienes del Sr. Bruno. A partir de este planteamiento se aduce que según reiterada doctrina jurisprudencial lo importante es el designio fraudulento de perjudicar a otros acreedores, aun cuando los créditos de los mismos no sean rigurosamente anteriores a los contratos cuya rescisión se solicita, siempre que pueda preverse la existencia de aquéllos.

A su vez, en el segundo motivo se denuncia la infracción, por falta de aplicación, de los artículos 1111 y 1291.3^o del Código Civil, reproduciendo las alegaciones ya expuestas en el anterior motivo y haciendo referencia a las fechas en que la recurrente había interpuesto demandas ante el Juzgado número cuatro de Almería (18 de mayo de 1992) y ante el número ocho (23 de marzo de 1993) y a la circunstancia de que ambos órganos judiciales hubiesen decretado el embargo solicitado en aquellos escritos.

Se afirma que en consecuencia, tanto el hipotecante como el beneficiario de la hipoteca no podían ignorar que los créditos de Cajasur eran anteriores al del Sr. Donato, existiendo un claro *consilium fraudis* en los otorgantes de la escritura de constitución de aquella garantía.

Resulta evidente que a través de ambos motivos Cajasur está proponiendo que se proceda en vía casacional a una nueva valoración de los elementos probatorios incorporados a los autos, lo que no puede admitirse ya que el remedio extraordinario que es la casación no puede convertirse en una tercera instancia.

Además, en la resolución del Juzgado, aceptada íntegramente por la Audiencia se enumeran con todo detalle hasta 12 hechos que se declaran probados, acaecidos entre el 20 de marzo de 1989 y el 17 de marzo de 1994, considerando igualmente acreditado, a partir de certificaciones de diversas entidades de crédito y de testimonio de particulares de procesos judiciales que los cónyuges Bruno-Susana adeudaban a sus cuñados, también demandados, cantidad superior a la garantizada con la hipoteca de autos, desde fecha

anterior al día 19 de agosto de 1992 en que Cajasur dio por vencido anticipadamente el préstamo de 7.700.000 ptas. que el 20 de marzo de 1989 había concedido a D. Bruno.

A ello ha de añadirse que, sorprendentemente, Cajasur ha reconocido en el tercer motivo –del que a continuación nos ocuparemos– que realmente existía el crédito del Sr. Donato contra su cuñado, si bien expone diversos razonamientos a fin de rechazar que el mismo pueda ser tenido en cuenta a efectos de la presente controversia.

En atención a todo lo dicho deben ser desestimados los dos motivos conjuntamente estudiados».

TERCERO.–«En el tercer motivo se denuncia la infracción del artículo 1297 del Código Civil, que presume fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese expedido mandamiento de embargo de bienes.

Se insiste en el argumento ya anteriormente invocado de que ante los embargos de bienes ordenados por los Juzgados número cuatro y número ocho tanto el deudor principal como su Abogado y cuñado el Sr. Donato conocían con todo detalle las sucesivas reclamaciones judiciales deducidas por la hoy recurrente.

Asimismo se aduce que el crédito del Sr. Donato contra su cuñado –que los órganos de instancia han considerado acreditado– obedece a que el primero invocando su solvencia había pedido un crédito a la recurrente, mientras el Sr. Bruno era empleado de la entidad, con objeto de beneficiar a este último que de otra forma no podía conseguirlo.

Más tarde, cuando ya estaban en marcha las reclamaciones de Cajasur contra el Sr. Bruno, el Sr. Donato privilegió el crédito que tenía contra su cuñado, con lo que impidió a la recurrente cobrar los suyos propios ya que el único bien realizable de su deudor va a servir para que el Sr. Donato liquide la deuda que había contraído con la entidad.

Se concluye que nos hallamos ante un acto dispositivo en fraude de acreedores, que debe ser dejado sin efecto.

En cuanto a esta alegación de la recurrente se hace preciso resaltar que Cajasur no ha deducido pretensión alguna en su demanda relativa a que el crédito que le había solicitado el Sr. Donato adoleciese de algún vicio o defecto que pudiese determinar su ineficacia, lo cual, por otra parte, no parece presumible pues de las palabras de la propia recurrente se desprende que dicho demandado poseía la solvencia suficiente para que su solicitud fuera atendida. Además, una vez incrementado el patrimonio del Sr. Donato merced a dicha operación, podía perfectamente dicho demandado dar a su dinero el destino que tuviera por conveniente.

Finalmente, no puede decirse que la hipoteca constituida sobre un inmueble del Sr. Bruno para garantizar el pago de la obligación que con anterioridad había contraído con el demandado, constituya una enajenación onerosa comprendida en el artículo 1297 del Código Civil por cuanto, por sí misma, no comportaba la salida del patrimonio del deudor de activo alguno.

Por lo expuesto, el motivo ha de ser desestimado».

CUARTO.–«En el cuarto motivo, finalmente, se alega que se ha infringido el artículo 1253 del Código Civil, así como la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, por cuanto no se han aplicado por la Audiencia Provincial las presunciones que al amparo de dicho precepto ha ido estableciendo aquella doctrina en orden a la apreciación del carácter fraudulento del acto objeto de rescisión, para el que es suficiente la conciencia o el conocimiento de que con el mismo se origina un perjuicio a otros.

En el caso de autos –se repite– deben considerarse relevantes el conocimiento de la existencia de previas reclamaciones judiciales y de embargos, la relación de parentesco y gran confianza entre los Sres. Donato y Bruno, el haber utilizado el único bien conocido o controlable del deudor para pagar el débito contraído con Cajasur por el Sr. Donato, etcétera.

El motivo debe ser rechazado por cuanto según ya se ha razonado anteriormente, es un hecho declarado probado e inmune a la vía casacional el de que el Sr. Donato era acreedor del hipotecante con anterioridad a la fecha en que Cajasur declaró vencido el préstamo que había concedido al Sr. Bruno y, en consecuencia, la constitución de la hipoteca ha tendido primordialmente a atender un interés de aquel acreedor que debe ser considerado legítimo».

QUINTO.—«A tenor de lo prevenido en el artículo 1715.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe ser condenada la entidad recurrente al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido».

COMENTARIO

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO
- II. EL EMBARGO COMO GRAVAMEN REAL
- III. LA IMPUGNACIÓN DE LA HIPOTECA POR FRAUDE DE ACREEDORES COMO POSIBLE VÍA DE SOLUCIÓN AL CONFLICTO
- IV. CARÁCTER GRATUITO U ONEROSO DE LA HIPOTECA A LOS EFECTOS DE SU CONSIDERACIÓN REGISTRAL

I. PLANTEAMIENTO

El supuesto de que se ocupa la Sentencia objeto de estas líneas es bien sencillo: una vez embargada una determinada finca por una entidad bancaria, el deudor embargado constituyó sobre ella una hipoteca en favor de otro deudor diferente con el que le unía una relación familiar (era su cuñado) y también profesional (era su abogado). La entidad bancaria se vio perjudicada gravemente por la maniobra puesto que el deudor carecía de otros bienes realizables, y ejerció la acción revocatoria (o de rescisión por fraude) contra la susodicha carga hipotecaria. La particularidad de este caso, frente a otras hipótesis en que el TS se había pronunciado sobre la impugnación de hipoteca por fraude de acreedores, es que en éste la misma cosa objeto de la hipoteca había sido objeto de embargo con anterioridad (por cierto que no se menciona en la S. cuál había sido la secuencia temporal concreta de inscripción de la hipoteca y anotación del embargo en el Registro de la Propiedad).

Nos animamos a hacer este comentario no porque pensemos que la Sentencia merezca ser subrayada y conocida, pues en realidad nos parece bastante desafortunada en su argumentación, y —lo que ya resulta más chocante— incluso en su palmaria falta de adecuación a justicia. Bien es cierto que, a nuestro juicio, la línea de defensa jurídica de la demandante tampoco era la más adecuada, aunque —admitido como fue que el problema se residenciaba en una impugnación por fraude— hubiera sido más que suficiente para alcanzar el fin que se proponía. En verdad nos parece que el problema debió plantearse de otro modo: la eficacia como gravamen real del embargo decretado en fecha anterior a la constitución de la hipoteca; y es que el embargo es una afección real que grava la cosa incluso frente a posteriores adquirentes de derechos reales sobre la misma. Será ésta la principal temática de nuestro comentario, aunque también intentaremos proyectar algo de luz sobre el problema de la impugnación por fraude de los actos de constitución de garantías, que fue el modo en que se planteó el litigio en el presente caso.

II. EL EMBARGO COMO GRAVAMEN REAL

A nuestro juicio esta vía —la de considerar al embargo como gravamen real que sujeta la cosa en perjuicio de posteriores adquirentes de derechos reales sobre la misma— es la que debiera haber sido acogida como planteamiento jurídico básico por la entidad demandante, con independencia de que se hubiera planteado también, subsidiariamente, la pretensión de rescisión por fraude de la hipoteca constituida sobre la cosa embargada. Y es que si la entidad demandante tenía, como efectivamente sucedía, trabada la cosa en virtud del embargo, ya no sería necesario acudir a la impugnación por fraude de la hipoteca posteriormente constituida sobre la cosa, sino —simplemente— hacer valer la naturaleza real del embargo. Estamos de acuerdo con JORDANO FRAGA, F. (*La acción revocatoria o pauliana. Algunos aspectos esenciales de su régimen en el derecho vigente*, Granada, 2001, pgs. 23-24) en que «la concesión legal al acreedor perjudicado de la acción revocatoria, no sólo *no* es consecuencia o efecto de un presunto derecho real de garantía que ostentaría todo acreedor *ex art. 1911 CC* sobre los bienes de su deudor; sino que, antes bien, la concesión de la acción revocatoria responde al presupuesto (legal) de que el mero titular de un derecho de crédito carece *ex art. 1911 CC* de acción real sobre los bienes de su deudor (y, por eso, en principio, le perjudican las enajenaciones hechas por éste)»; precisamente por eso, debemos añadir, cuando el acreedor

embarga ya no resulta necesaria la acción revocatoria respecto del bien embargado, porque un efecto característico del embargo es hacer imposible que el bien se transmita sin la carga que él mismo significa; de ahí que tenga una profunda razón de ser el tradicional criterio de que la rescisión del art. 1297,2 CC no exige que el acto de enajenación se refiera precisamente al bien sobre el que el embargo se haya trabado (así, siguiendo la STS de 9 de noviembre de 1901, SCAEVOLA, *Código Civil*, XX, Madrid, 1904, pg. 941 y MANRESA y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil español*, VIII, Madrid, 1918, pg. 778).

En este sentido y a nuestro juicio, ninguna duda debe haber, pese a los confusos planteamientos de algunos autores, en que los efectos del embargo alcanzan siempre a los adquirentes posteriores de la cosa (salvo los que puedan quedar protegidos en su adquisición por las normas registrales). Desde luego, es ésta la postura mayoritariamente sostenida por la Jurisprudencia, como trataremos de mostrar en la páginas siguientes.

Pero vayamos primero a la doctrina. En esta materia pensamos que acierta SARMIENTO RAMOS, J. (*En torno a la naturaleza jurídica del embargo*, Madrid, 1993, pgs. 184-185) al distinguir cuatro posturas principales en cuanto a la eficacia del embargo de inmuebles y del papel que representa en él su anotación preventiva. Una primera postura, de carácter extremo, entiende que toda la eficacia jurídica del embargo, tanto los efectos procesales como los sustantivos, se despliega desde el momento en que es practicado judicialmente. Una segunda postura, también extrema, sería la de entender que, en tanto que no se practique la anotación, no se producen los efectos del embargo de cualquier tipo que éstos sean. La tercera postura es la sostenida por ROCA SASTRE y, siguiéndole, muchos otros autores: supone apreciar una dualidad de requisitos constitutivos, según que los efectos del embargo se vayan a ver proyectados sobre las partes procesales o sobre los posibles adquirentes del bien embargado: «la anotación preventiva de embargo es un asiento que, además de *publicar registralmente la existencia de un embargo* de bienes inmuebles, *constituye* respecto o en perjuicio de *posteriores adquirentes* del bien embargado una *especial garantía de Registro*, que sujeta al bien anotado a una *afcción de tipo hipotecario* por actuar en seguridad de la *efectividad de un crédito* generalmente vencido» (ROCA SASTRE R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. *Derecho hipotecario*, VI, 8ª edición, Barcelona, 1997, pg. 416; RIFÁ SOLER, J. M. *La anotación preventiva de embargo*, Madrid, 1983, pg. 170: «para que la hipoteca o la anotación preventiva de embargo produzcan efectos frente a terceros es absolutamente imprescindible que hayan tenido acceso al Registro»; PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, «Registro de la Propiedad y anotaciones de embargo», en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Madrid, 1997, pg. 364). La cuarta postura es la que propugna SARMIENTO, que viene a decir que todos los efectos del embargo, sustantivos y procesales, se producen desde que se efectúa el embargo, salvo la preferencia de créditos a la que se alude en los arts. 44 LH y 1923,4 CC que se opera desde la anotación.

No podemos resolver en un comentario de esta naturaleza todos los problemas que se plantean en esta materia. Basta aquí señalar que no se ve razón para apartarse en el embargo del criterio general de nuestro ordenamiento de que los derechos reales se constituyen extrarregistralmente y su publicidad registral permite que ningún tercero pueda alegar ignorancia inculpable de los mismos para intentar verse libre de ellos. Por tanto el embargo existe y es eficaz desde que judicialmente se declara, pero resultará inoponible frente a quienes alcancen una situación protegida como terceros adquirentes de buena fe. Así, hoy, lo permite afirmar nítidamente el art. 587 LECiv/2000; y ya antes resultaba afirmación bastante difundida (DÍEZ-PICAZO, L. «Las anotaciones preventivas», *RDN*, 1964, pg. 25 : «la anotación no crea un derecho de garantía donde no lo había. Se limita a darle acceso al Registro y a otorgarle una determinada protección registral»); si bien LACRUZ BERDEJO, J. L. (*Elementos de Derecho civil*, III, bis, *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1984, pgs. 226-227) se mostraba más dubitativo: «el embargo traba la finca desde el momento mismo de la anotación, afectando a todas las enajenaciones realizadas después de practicarse ésta, que quedan sometidas a las resultas del procedimiento que la anotación publica; pero no a las enajenaciones anteriores, que son preferentes y liberan la finca de la acción del anotante, aunque se lleven al Registro en tiempo posterior a la anotación»; y luego señala: «alguna mayor duda ofrece el problema de la posible prioridad de la resolución judicial ordenando el embargo, sobre la adquisición; y asimismo el de la prioridad de los respectivos asientos» (Se debe ver también el tratamiento más extenso de la materia en *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1968, pgs. 272 y ss.).

Para tratar de orientarse en la Jurisprudencia que de un modo o de otro se ha pronunciado sobre esta materia es necesario afinar bien la puntería; si bien, inicialmente, nos puede interesar cualquier Sentencia que afirme o niegue la naturaleza jurídico-real del embargo, muchas veces estas afirmaciones guardan escasa relación con nuestro problema y se refieren más bien al hecho de que la consecución de un embargo no logra convertir el simple crédito que inició la ejecución en crédito real (lo cual sólo tiene trascendencia

a efectos de preferencias crediticias lo que no es aquí nuestro problema). Por ese motivo en estas páginas hemos seleccionado las Sentencias que de modo directo resuelven cuestiones relativas a la oponibilidad del embargo frente a posteriores adquirentes de la cosa.

Como criterio general pensamos que estamos en condiciones de afirmar que la jurisprudencia mayoritaria considera que desde que el embargo está trabado, el bien se encuentra afecto, por lo que si se produce su transmisión y pasa a otras manos, el nuevo adquirente no podrá alzar el embargo, a no ser que este último resulte protegido por las normas registrales.

En efecto, en rarísimas ocasiones ha afirmado categóricamente el Tribunal Supremo que se debe considerar libre de la traba al adquirente de la cosa embargada, con independencia de las circunstancias que reúna la adquisición. En puridad sólo conocemos dos casos –ya antiguos– en los que el adquirente posterior al embargo quedara liberado del mismo sin contar con la protección registral. El primero es el recogido en la S. 21 febrero 1912 (JC núm. 72, en él no quedaba claro que efectivamente el embargo fuera anterior a la venta, porque lo que consta es que el mismo día, 28 de diciembre de 1908, una misma finca fue embargada y vendida por el deudor embargado a un tercero, aunque el adquirente no podía alegar la protección del Registro porque la anotación del embargo se adelantó a la inscripción de la venta). La Sentencia consideró que «es innecesario tomar en cuenta para su resolución la fecha del embargo, porque éste no puede producir efectos contra tercero hasta que no se le ha dado publicidad por medio de su anotación en el Registro». Se añade en otro considerando lo que podía ser la justificación de la solución del caso: que las anotaciones preventivas «no alteran la naturaleza jurídica de la obligación cuyo cumplimiento se pretende asegurar, ni lesionan los derechos previamente adquiridos sobre la finca embargada». Por lo tanto nada puede impedir que el «derecho de dominio sea preferido al del recurrente que no tenía el carácter de real en su origen, ni le adquirió después por la anotación».

El segundo caso es el de la S. 27 diciembre 1967 (RJ 1967, 3883). El Tribunal Supremo casó, a nuestro juicio indebidamente, la Sentencia de la Audiencia fundándose en que «la obligatoriedad que la Ley establece (se refiere a la de la anotación de embargo), ha de estimarse relacionada con la producción de efectos jurídicos del embargo, los que sólo serán plenos y, por tanto, alcanzarán a los terceros, a partir del momento en que se haga la anotación misma o al menos se extienda el correspondiente asiento de presentación del mandamiento expedido, sin que se pueda asignar a tal anotación una retroacción de efectos que la Ley no establece; así pues, quien obtenga el mandamiento de embargo, es libre de pedir su anotación o no, pero si ésta no se efectúa, aquél no producirá el efecto “erga omnes”, de publicidad que sólo la constatación en el Registro asegura (...) se ha de fijar el juzgador, en quiénes y en qué circunstancias, se encuentran las personas a que puede afectar el embargo que se decretó y aun no anotado preventivamente en el Registro, no permitiendo que se amparen en la falta de publicidad formal del mismo, ni el deudor ni quien a sabiendas cooperó a la realización de cualquier acto fraudulento de los derechos del embargante, pero protegiendo íntegramente en su adquisición a quienes de buena fe, se apoyaron para inclinar su voluntad, en la ausencia de cargas o limitaciones, puesta de manifiesto por el Registro, en el momento de la adquisición». Por tanto, se aprecia la irrelevancia de que el adquirente reúna los requisitos del art. 34 LH, pues en el caso parece que no llegó a inscribir, o en todo caso lo hizo después de la anotación preventiva del embargo.

En cambio, lo habitual en los casos en que el TS otorga protección al adquirente, es que éste hubiera cumplido todos los requisitos que el art. 34 LH impone, por lo cual era lógico que se le considerara libre del embargo trabado con anterioridad a su adquisición. Así podía verse en bastantes Sentencias: 1 mayo 1884 (JC núm. 187); 22 enero 1957 (RJ 1957, 361), que declaró que: «ese derecho de dominio que fue adquirido libre de gravámenes de quien en el Registro de la Propiedad aparecía como dueño y sin limitaciones para transmitirlo, no puede ser perjudicado según los principios que rigen nuestro sistema hipotecario revelados en este respecto, por los artículos 17, 20, 32 y 34 de la Ley de 8 de febrero de 1946 por el embargo trabado por el recurrente cualquiera que sea su fecha»; 16 mayo 1969 (RJ 1969, 2597): «declarado probado por la resolución recurrida que sobre la finca litigiosa fueron trabados embargos que no tuvieron acceso al Registro mediante la oportuna anotación y que el actual titular de aquélla, la adquirió libre de cargas y con buena fe, es evidente que al establecerse en el fallo la subsistencia de los embargos erga omnes han sido infringidos por violación los artículos 1111 y 1911 del CC así como los 34, 38 y 71 de la LH y Doctrina de esta Sala a ellos referente puesto que en forma alguna puede jurídicamente sostenerse que sin existir los presupuestos de anotación en el Registro de un embargo ni mala fe en el tercer adquirente, pueda, conculcándose los principios que rigen nuestro sistema hipotecario, convertirse en una carga real, exigible a cualquier titular de la propiedad de un inmueble, una simple obligación personal por el hecho de existir mala fe en el sujeto de dicha obligación»; 18 noviembre 1975 (RJ 1975, 4139): «en tesis

de dicha recurrente se violan esos preceptos (arts. 34 y 38 LH) al desestimar su tercería, pues se le priva del dominio del inmueble que adquirió de quien en el Registro aparecía con facultades para transmitírselo, y se viene a desconocer la presunción iuris tantum que le otorga aquella Ley respecto a su posesión y dominio, sin que se hubiere declarado la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente que lo proclama». Y el Tribunal Supremo, haciendo suyos estos argumentos del recurrente en casación, añade: «efectivamente, la desestimación de esa pretensión reivindicatoria, de la tercerista, respecto al inmueble que en el Registro figura inscrito a su favor, comporta, en realidad, la ineficacia de la inscripción registral que proclama que el titular del dominio del local litigioso es la demandante ..., y, en consecuencia, permitiría la prosecución del procedimiento en que se decretó el embargo, hasta su enajenación a tercero, con lo que vendría a resultar que el que lo adquiriese tendría la correspondiente protección de los Tribunales, y, a la vez, resultaría también que (la demandante) podría invocar igualmente el amparo de los mismos Tribunales, invocando en su apoyo el art. 1º de la LH, que dispone que los asientos registrales están bajo la salvaguarda de aquellos organismos y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, así también como el párrafo correspondiente del art. 38 de la referida Ley, para que se sobresea el procedimiento: situación contradictoria y anómala que los preceptos invocados por la recurrente, pretende evitar».

En coherencia con esta doctrina jurisprudencial que viene a exigir la condición de tercero hipotecario en el adquirente si quiere verse libre del embargo trabado con anterioridad, hemos de hacer alusión a la existencia de infinidad de Sentencias en las que se considera al embargo como una carga o afección real que desde que se constituye no sólo va a ser eficaz entre el ejecutante y el ejecutado, sino también frente al posible adquirente de la cosa. Serán casos, todos ellos, en los que este adquirente no contaba con la protección registral.

En relación con casos en que no había publicidad del Registro, ni de la adquisición ni del embargo, podemos citar el supuesto enjuiciado en la S. 4 abril 1980 (RJ 1980, 1921). En ella señaló el Tribunal Supremo: «presupuesta la existencia y validez del embargo trabado sobre los bienes inmuebles objeto de la tercería de dominio, bienes que según afirmación de la sentencia recurrida “no estaban (ni están) inscritos en el Registro de la Propiedad”, no es atacada la conclusión establecida por la referida sentencia de que el tercerista en el momento del embargo no era propietario de las fincas que reclama y, por ende, “carecía de acción para ejercitar la tercería ...” porque ... “al implicar la tercería una cuestión de preferencia es imprescindible que la justificación del dominio se refiera a la existencia de un derecho de propiedad vigente en el momento de ser susceptible de originarse la acción, esto es, que tenga realidad en el momento del embargo”».

Los casos en que mediaba la publicidad registral se han presentado lógicamente en un número más abundante de Sentencias. El problema es, pues, el siguiente: traba de embargo, enajenación de la finca, anotación del embargo y, finalmente, inscripción de la venta. En todos estos casos, no se aceptó por el TS que el adquirente quedara liberado del embargo por el hecho de que no estuviera anotado en el momento de su adquisición, como resultaría de considerar que la eficacia real del embargo depende de la anotación como requisito constitutivo, sino que se aplican al supuesto las reglas propias de la protección registral de los adquirentes, bajo el presupuesto de que la ignorancia de la verdadera situación jurídico-real de la finca debe mantenerse hasta la inscripción por el adquirente. Así se resolvió en la S. 28 abril 1885 (JC núm. 180): «El art. 71 de la ley Hipotecaria, al dar validez a la enajenación de bienes inmuebles, lo hace sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación, por lo que el fallo recurrido no infringe dicho artículo al desestimar la tercería de dominio interpuesta por el recurrente, puesto que dejó con él a salvo los derechos que al (acreedor embargante) le daba el embargo de las fincas practicado con anterioridad a su venta, y su anotación preventiva, anterior también a la inscripción de dicha enajenación, por lo cual tampoco se ha infringido el art. 70 de la citada ley» (hay que hacer notar que la anotación preventiva del embargo fue posterior a la fecha de la venta, aunque anterior a su inscripción). Reitera esa doctrina la S. 21 febrero 1966 (RJ 1966, 1532): «Para comprender cuál sea la eficacia de la anotación preventiva de un embargo, es preciso tener en cuenta que el embargo es la afectación de unos bienes concretos y determinados, a un proceso, con la finalidad de proporcionar al Juez los medios necesarios para llevar a normal término una ejecución procesal ... que origina un derecho de análogas características al real, ya que recae inmediatamente sobre una cosa y se puede hacer valer frente a todos, es decir, concurren en él las dos facultades esenciales del derecho real a saber: el “ius perseguendi”, que autoriza a hacerse con el bien, aunque su titularidad haya variado con posterioridad al embargo mismo, y el “ius prioritatis”, que garantiza al primer embargante en el tiempo, la preferencia jurídica en la satisfacción de su derecho; es un verdadero derecho de realización de valor, en funciones de garantía del cumplimiento

de una obligación, que necesita, para desarrollar toda su eficacia real, que se haga constar en el Registro de la Propiedad, mediante la anotación preventiva que viene a complementarlo».

Un cierto cambio de contexto supuso la solución de la S. 2 julio 1908 (JC núm. 111) que fue estimar la rescisión de la compraventa posterior al embargo (ésta era la solución que intentó la defensa jurídica de la demandante en el caso objeto de nuestro comentario).

El planteamiento más clásico es el que se ha impuesto en la actual jurisprudencia: así S. 7 enero 1992 (RJ 1992, 152) se afrontaba en ella la tarea de «determinar el momento en que debe tener lugar la justificación dominical del tercerista, ofreciéndose por las partes litigantes dos posiciones antagónicas: la anterior a la fecha de embargo, según la postura de la parte recurrida, y la anterior a la fecha de la anotación preventiva en el Registro de la referida traba, según la opinión de la parte recurrente». Para el Tribunal Supremo «es preciso inclinarse por el punto de vista más unánime y reciente, que establece como momento de partida la fecha en que se realizó el embargo». En conformidad con ello, teniendo en cuenta que «la traba tuvo lugar cuando los bienes permanecían aún en el patrimonio del deudor, y por tanto sólo pudo transmitirlos éste con esta carga: no siendo de aplicación, respecto al comprador, la protección que otorga el art. 34 de la Ley Hipotecaria, pues no concurren en él los requisitos allí exigidos». En el mismo sentido la S. 23 abril de 1992 (RJ 1992, 3322), S. 26 julio 1994 (RJ 1994, 6784): «cuando la tercerista ... compró (en 14 de diciembre de 1983) el piso objeto de la tercería ... ya había sido trabado el embargo sobre dicho piso, lo que tuvo lugar el 7 de octubre de 1983, cuyo embargo no pudo ser anotado preventivamente en el Registro de la Propiedad, no obstante haberlo así acordado el Juzgado en 10 de octubre de 1983, por la trascendente circunstancia de que el expresado piso no figuraba inscrito a nombre de (los deudores embargados y vendedores a la tercerista), cuya falta de inscripción igualmente impide que la tercerista ... pueda ser considerada como tercero hipotecario, al faltar uno de los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, cual es el de que el tercero adquiera algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, requisito que no concurrió en la adquisición del piso por la tercerista, por cuanto los transmitentes ... no eran titulares registrales del mismo, por lo que la referida tercerista no pudo adquirir confiada en la publicidad registral, que no existía, al no figurar inscrito, repetimos, el expresado piso a nombre de los transmitentes»; S. 14 mayo 1996 (RJ 1996, 3909): «el problema litigioso se centra en el valor jurídico del embargo de un inmueble, aún no anotado en el registro, si con posterioridad a haberse decretado éste, el bien trabado se enajena. Como quiera que la anotación en el Registro no tiene valor constitutivo, ya que el embargo existe jurídicamente desde que la autoridad judicial lo decreta, el dueño del bien sólo puede transmitirlo con la carga de la traba que subsiste salvo en el caso que el que hubiese adquirido el bien, con posterioridad al embargo, reúna los requisitos para gozar del amparo de la legislación hipotecaria, es decir, de los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria»; S. 7 abril 2000 (RJ 2000, 2498); S. 19 abril 2000 (RJ 2000, 2159); S. 22 septiembre 2001 (RJ 2001, 6598); muy expresiva es también la S. 18 febrero 2002 (RJ 2002, 3511): «los terceristas no pueden acogerse -como pretendían al principio de fe pública registral, ya que en el momento en que inscriben su adquisición, ya estaba anotado el embargo, lo que impide entender que concurra en ellos la buena fe que es imprescindible para la aplicación de la norma del artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

Por tanto, haciendo aplicación de esta doctrina al caso litigioso de la Sentencia comentada, habríamos de concluir que -en principio- el acreedor hipotecario debe soportar la carga que grava el inmueble, es decir el embargo anterior. Frente a ello dicho acreedor hipotecario sólo podría alegar la falta de publicidad del embargo y su adquisición en las condiciones del art. 34 LH. Suponiendo que el embargo no hubiera sido objeto de anotación, todavía le faltaría acreditar al acreedor hipotecario dos requisitos importantes: la buena fe y haber adquirido de forma onerosa. En cuanto a lo primero, son datos relevantes que ofrece el texto de la Sentencia el hecho de la relación familiar y profesional del acreedor hipotecario con el deudor, lo que hace poco menos que imposible que ignorara la existencia del embargo y pudiera ampararse en una eventual adquisición de buena fe (no obstante, al no haber sido objeto esta materia de un tratamiento más específico por parte de los Tribunales, no podemos nosotros alcanzar una seguridad absoluta sobre la misma). Por otra parte, en cuanto a la condición onerosa de la adquisición de la hipoteca, la propia S. la niega, y estamos de acuerdo con ese planteamiento: nos parece que es clara su naturaleza gratuita; pero será éste un punto en el que profundicemos en el apartado siguiente.

III. LA IMPUGNACIÓN DE LA HIPOTECA POR FRAUDE DE ACREEDORES COMO POSIBLE VÍA DE SOLUCIÓN AL CONFLICTO

Como ya es sabido es éste el camino que la defensa jurídica de la entidad demandante escogió para

fundamentar las pretensiones de su representada. Con independencia de que nos parezca que esta elección constituyó un error dogmático y estratégico importante, lo cierto es que también por esta vía (una vez que se admite, incorrectamente, su procedencia), la solución del caso debería haber llevado a la conclusión de que la hipoteca no podía prevalecer contra el embargo, pues es obvio que su constitución no obedece a otro designio que a perjudicar el crédito de la entidad demandante.

En este sentido resulta criticable la argumentación de la Sentencia comentada en tres aspectos: primero, al insistir en que el crédito garantizado con la hipoteca existía realmente; segundo, al llegar a tachar de sorprendente el hecho de que la demandante reconociera la existencia de aquel otro crédito; y, tercero, al concluir que «es un hecho declarado probado e inmune a la vía casacional el de que el Sr. Donato era acreedor del hipotecante con anterioridad a la fecha en que Cajasur declaró vencido el préstamo que había concedido al Sr. Bruno y, en consecuencia, la constitución de la hipoteca ha tendido primordialmente a atender un interés de aquel acreedor que debe ser considerado legítimo». Lo verdaderamente sorprendente, a nuestro juicio, es la tesis que sigue la Sentencia, pues parece decir que el hecho de que existiera ese crédito (el que ahora resulta reforzado con la hipoteca), libera a la constitución de una garantía de toda sospecha de fraude. No podemos entender esta postura pues el problema que se estaba ventilando no era la simulación de un crédito, sino que el deudor elige a aquel de los acreedores que prefiere, en detrimento del otro, para otorgarle una ventaja de forma gratuita y graciosa. Desde ese punto de vista se entiende perfectamente que no exista ninguna resistencia de la entidad demandante a reconocer la existencia del crédito, porque lo que se considera fraudulento no es el crédito en sí sino el otorgamiento posterior de una garantía en su favor. Por eso mismo no resulta comprensible que se insista tanto por parte de la Sentencia en la anterioridad del crédito en favor del Sr. Donato respecto del que tenía el demandante. No se olvide que en nuestro ordenamiento incluso el pago (cfr. art. 1292 CC) puede ser impugnado por fraude a los acreedores en ciertas circunstancias, por lo que –aunque no sea nuestro caso un supuesto de pago, sino de garantía– es inútil argumentar contra la existencia de fraude con el fundamento de la auténtica existencia del crédito.

A este respecto nos debemos preguntar varias cosas, para intentar proyectar luz sobre el problema interpretativo que plantearía este caso:

a) En primer lugar, si es o no posible que el acto que se impugne por fraude a un acreedor sea un acto constitutivo de una garantía en favor de otro crédito. A este respecto la duda que podría provenir de la falta de un pronunciamiento inequívoco y claro por parte del CC, resulta resuelta por la doctrina unánime en sentido positivo. Son muestra de ello: ALBALADEJO GARCÍA, M. (*Derecho Civil*, II, 1º, Barcelona, 1994, pgs. 226-227); CASTÁN TOBEÑAS, J. [*Derecho civil español, común y foral*, 3, Madrid, 1983, pg. 295 «la doctrina tradicional y el Código civil, véase art. 1297, se refieren de un modo especial a las *enajenaciones*, pero esta palabra ha de ser entendida en un sentido amplio, abarcando toda clase de actos (aunque no sean contratos) de disposición patrimonial»]; Díez-PICAZO, L. (*Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, II, Madrid, 1993, pg. 737: «deben considerarse como actos fraudulentos los de constitución de garantías realizados por un deudor, en favor de un acreedor que antes no las tuviera»); MONTÉS PENADÉS, V. (en VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, Valencia, 1998, pg. 234); MORENO QUESADA, B. (*Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, sub. art. 1291, pg. 525); y SANCHO REBULLIDA, F. (en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, 1, Barcelona, 1994, pg. 251). A pesar de ello no siempre profundiza la doctrina en los problemas específicos que la impugnación de estos actos constitutivos de una garantía comporta, lo cual ha sido denunciado recientemente por JORDANO FRAGA, F. (*La acción revocatoria o pauliana. Algunos aspectos esenciales de su régimen en el derecho vigente*, Granada, 2001, pg. 26) quien habla de la «corriente (y peligrosa) desconsideración en que habitualmente se incurre respecto de los efectos de la acción revocatoria dirigida contra actos perjudiciales del deudor que *no* sean enajenaciones, sino actos de endeudamiento o de constitución de un gravamen sobre cosa propia».

En la Jurisprudencia también se afirma sin dudas la posibilidad de fraude por esta vía de la constitución de garantías [sobre ello, vid. JEREZ DELGADO, C., *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid, 1999, pgs. 367 y ss.; pensamos que se debe matizar la afirmación de la autora de que la doctrina del TS es vacilante: obviamente sí lo es en la argumentación teórica, en cambio no lo es en cuanto a la posibilidad misma de impugnar por fraude un acto de constitución de garantía]. Así se pronuncian en este sentido positivo, las SSTs de 14 de enero de 1935 (RJ 1935, 215, 215 bis); es objeto de consideración por Díez-PICAZO, L., en *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, I, Madrid, 1979, pgs. 460 y ss.); 28 de marzo de 1988([RJ 1988, 2479], comentada por CAPILLA RONCERO, F., en *CCJC*, 1988, pgs. 273 y ss.); 28 noviembre 1997([RJ 1997, 8430], comentada por JEREZ DELGADO,

C., «Impugnación de hipoteca por fraude de acreedores», *ADC*, 1998, pgs. 1523 y ss., si bien en este caso lo que no resultó acreditado es que la hipoteca menoscabara la solvencia del deudor, porque constaba la existencia de otros bienes realizables); y las muy recientes de 10 de diciembre de 2002 ([RJ 2003, 301]; aunque no afecta al problema que ahora nos estamos planteando, esta Sentencia es muy criticable por declarar la «nulidad» total de tres hipotecas por razón de fraude, con lo que se va más allá de la cuantía necesaria para la completa satisfacción del deudor como hubiera sido correcto) y 24 diciembre de 2002 ([RJ 2003, 66], aunque en este caso no se apreció la existencia de fraude por la constitución de la hipoteca del caso, sí que se admitió su posibilidad teórica).

b) En cambio, para la Sentencia que comentamos parece ser que no es posible que la constitución de hipoteca permita la impugnación por fraude porque este acto no constituiría «una enajenación onerosa comprendida en el artículo 1297 del Código Civil por cuanto, por sí misma, no comportaba la salida del patrimonio del deudor de activo alguno» (FD 3º). En realidad nos parece que efectivamente esa hipoteca no era un acto oneroso, sino gratuito, por lo que diremos a continuación, pero, desde luego, lo que no se puede negar de ningún modo es la aptitud de la hipoteca para disminuir la solvencia del patrimonio del deudor: en eso es concorde toda la doctrina citada hasta ahora y sería necesario una argumentación más sólida que la que emplea la Sentencia para negar esta evidencia.

En segundo lugar, resuelta positivamente la primera duda, es necesario preguntarse si la constitución de la garantía debe calificarse como acto oneroso o gratuito a los efectos de aplicar a su impugnación un régimen jurídico u otro, lo cual puede ser importantísimo (en el acto gratuito la actividad probatoria será mucho más sencilla que en el oneroso). A nuestro juicio debe admitirse, sin lugar a dudas, la idea difundida entre nosotros por LACRUZ de que el negocio de garantía «no siempre y necesariamente es oneroso o gratuito»; la calificación como onerosa depende de si el deudor al constituir la garantía estipuló «alguna ventaja en favor suyo», lo cual se presume cuando dicha garantía se presta contemporáneamente a la concesión del crédito; mientras que será gratuita cuando la garantía «es prestada del todo espontáneamente, de modo que el crédito habría sido concedido sin ella, o la garantía se prestase después de la concesión y sin acuerdo previo, sin que el deudor obtenga ninguna ventaja por la prestación de dicha garantía» (así en «La causa en los contratos de garantía», en *Estudios de derecho privado, común y foral*, Madrid, 1992, pgs. 89-90; en el mismo sentido: CARRASCO PERERA, A., y otros, *Tratado de los Derechos de garantía*, Pamplona, 2002, pg. 460; CAPILLA RONCERO, F., op. cit., pgs. 278 y ss. criticando la idea de la Sentencia de 28 de marzo de 1988; participa de esta idea, SANCHO REBULLIDA, F., en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, 1, cit., pg. 252; considera, con referencia al caso de la Sentencia de 14 de enero de 1935, que se trataba de un acto gratuito). Es cierto que algún autor niega la posibilidad de hablar de onerosidad o gratuidad en la hipoteca. Esto se justificaría «por la propia naturaleza de la hipoteca, que no se constituye ni como una contraprestación, ni como una liberalidad, sino que se otorga como garantía del pago de una obligación» (así JEREZ DELGADO, C., *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos*, cit., pg. 378), pero pensamos que esta explicación no impide que la garantía otorgada tenga causa onerosa o gratuita: deben tenerse presentes las observaciones y ejemplos que utiliza LACRUZ y que acabamos de reproducir.

En la Jurisprudencia, aparte de la STS de 14 de enero de 1935, también la STS de 24 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 66) reconoce la posibilidad, en esta misma sede de impugnación por fraude, de hipotecas onerosas y gratuitas (la del caso era, no obstante, onerosa; también lo era la del supuesto de la STS de 28 de noviembre de 1997 [RJ 1997, 8430]). En cambio la STS de 28 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2479) consideró que «la gratuidad, en la garantía de deudas propias, en todo o en parte, es difícilmente concebible»; ahora bien, hay que considerar que en la hipótesis la constitución de la hipoteca se estimó fraudulenta por considerarse probado que el acreedor hipotecario conocía la existencia de otras deudas y que con la hipoteca se pretendían sustraer los bienes a la acción de esos otros acreedores.

Pensamos, pues, que esa doble posibilidad de causa onerosa o gratuita en la hipoteca es innegable. Ahora bien, quizá haya que tomar en consideración la propuesta de que el supuesto legal más próximo a la constitución de garantía en favor de un acreedor y en perjuicio de otro es el del art. 1292 CC que, con relación al pago, plantea «un conflicto de intereses entre los propios acreedores del deudor insolvente» (JEREZ DELGADO, C., *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos*, cit., pg. 379); por ello es posible que la solución en nuestro caso debiera inspirarse analógicamente en esta norma, de modo que «si la hipoteca garantiza obligaciones ya vencidas y exigibles no parece que pueda ser revocada por fraudulenta como no lo sería la venta del bien para efectuar con el precio el pago, ni el mismo pago» (JEREZ DELGADO, C., *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos*, cit., pg. 380; todavía se podría precisar un matiz importante en la opinión de esta autora: la venta del bien para efectuar el pago con su precio por supuesto sí que sería impugnabile en la medida que perjudique al acreedor accionante, lo que no es impugnabile es el pago). No

obstante, no debemos seguir por esta vía, que nos aparta del planteamiento más ortodoxo de nuestro problema concreto, sino volver a la cuestión relativa a la posibilidad de que el acreedor hipotecario quede libre del gravamen del embargo, por reunir los requisitos de protección del tercero hipotecario. En este punto la calificación de la adquisición como gratuita u onerosa asume un papel fundamental.

IV. CARÁCTER GRATUITO U ONEROSO DE LA HIPOTECA A LOS EFECTOS DE SU CONSIDERACIÓN REGISTRAL

Sobre el problema, a estos efectos, del carácter gratuito u oneroso de la hipoteca han hecho algunas consideraciones las SSTs de 17 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6928) y 29 de enero de 1997 (RJ 1997, 145), si bien en ellas la hipoteca era claramente onerosa. En este sentido, sin que pretendamos agotar este difícil tema, pensamos que se debe asumir que «la constitución del derecho de garantía no tiene propiamente una causa onerosa más que cuando es condición esencial de la concesión del crédito... No tiene auténtica causa onerosa la llamada hipoteca en superposición de garantía, cuando el deudor consiente en constituirla en favor de un acreedor con un crédito anterior» (así Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, III, Madrid, 1995, pg. 462; nos quedamos con esa idea del autor, y prescindimos de que añada una confusa referencia a que «puede haber adquisiciones que no sean genuinamente onerosas, pero que, en la medida en que no resulten gratuitas, debe considerarse que quedan protegidas»). Al análisis de la onerosidad o gratuidad de la hipoteca hay que estar: el menoscabo de la seguridad de los derechos que la adquisición protegida comporta, debe entenderse en beneficio de quien realiza un sacrificio confiado en el contenido del Registro, no de quien recibe un beneficio gracioso (así también Carrasco Perera, A., y otros, *Tratado de los Derechos de garantía*, cit., pg. 465).

En cualquier caso, como ya hemos visto, en el supuesto el acreedor hipotecario tampoco se podía calificar como de buena fe, aparte de que, a nuestro juicio, tampoco haya adquirido a título oneroso. Son dos, pues, los requisitos de protección del tercero los que le faltan.