

Algunas consideraciones sobre nuestra ley Hipotecaria y el tercero

La ley Hipotecaria se ha llamado ley de Terceros. ¿Por qué se ha llamado así? ¿Es exacta tal denominación? ¿Qué es el tercero? ¿Por qué hay tercero civil e hipotecario? Estas son las cuestiones a que con brevedad vamos a referirnos, porque el objeto nuestro es ver si con una visión general se aclara de una vez esa figura huidiza del tercero, que parece esfumarse apareciendo en el lado opuesto cuando se la quiere asir, siendo la desesperación de los tratadistas.

Sentimos que para que el trabajo aparezca completo, hayamos de repetir algo de lo que ya es conocido del mundo jurídico español y lo sentimos, porque precisamente es un defecto grave de éste el volver sobre si mismo en el sentido de que para uñlo que se coloque en el límite del campo explorado y siga, o lo que es lo mismo, piense por sí mismo, son mil los que prevalidos de la extensión y de la ignorancia parcial de las nuevas generaciones de juristas, se limitan a, con más o menos alteración de forma u orden, volver a repetir una y mil veces lo ya sabido. Pocos pueblos podrán ofrecer una más clara delimitación de lo que en un momento sabe del mundo jurídico el mundillo de los juristas, pues aquí, con cuatro revistas, cuatro publicaciones y tres cuestionarios de oposiciones se sabe (claro que hay valiosas y honrosísimas excepciones) lo que sabe del Derecho ese mundillo de juristas, en que tan difícil es encontrar un pensamiento original.

Habremos a la fuerza de repetir cosas sabidas; pero advertimos que lo hacemos por la necesidad de centrar el trabajo, y que éste, en realidad, sólo es la indicación crítica que de la consideración de la limitación originaria de la ley Hipotecaria y sus consecuencias, con la lógica oposición de terceros dentro y fuera de ella, haremos al final.

El movimiento de codificación, ya vivo en España, recibió nuevo impulso tras la publicación del Código Napoleón, aparte otros trabajos;

nombrada por R. O. del 29 de enero de 1834 la Comisión formada por D. Eugenio de Tápia, D. José de Ayuso y D. Tomás María Vizmanos, formuló el proyecto del 1836, apartándose del precedente francés, entre otras materias, en lo referente al régimen hipotecario, quizá influído por los trabajos de Grenier y Troplong; no se conserva la exposición de motivos que pudiera aclarar la idea de sus autores. Estos admitieron la especialidad y la publicidad de las hipotecas y de sustantividad, exigían la inscripción para el efecto real de la misma, menos en la a favor del fisco, la por precio aplazado y la a favor de los legatarios.

Por R. D. del 19 de agosto se formó nueva Comisión, habiendo quedado los trabajos de la anterior en el Ministerio de Justicia; y ésta inició su trabajo de elaboración de unas bases, siendo las referentes al régimen hipotecario las 50, 51 y 52. La idea la inició D. Domingo Ruiz de la Vega, y se discutió, aprobó y redactó la sección correspondiente el 20 de octubre de 1843, así: "Para adquirir la hipoteca, sea legal, judicial o convencional, no basta el título de adquisición, sino que se requiere absolutamente la toma de razón en el Registro público, desde cuya fecha data en todo caso el derecho real de la hipoteca misma. De esta regla no habrá más excepciones que las que se expresan en el Código."

Entendiendo el también vocal D. Claudio Antón de Luzuriaga que, de limitarse a la hipoteca la disposición, quedaba la obra incompleta, planteó el 25 de octubre del mismo año la generalización de la disposición, lo que dió origen a gran discusión, sobre todo entre Vega, Luzuriaga, D. Domingo Vila y García Goyena, y a falta de acuerdo, se propuso plantear a la Comisión general dos proposiciones en forma interrogativa: 1.^a Para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ¿será precisa la toma de razón en el Registro público?, y 2.^a En el caso de decidirse afirmativamente, ¿será extensiva la inscripción a los títulos de adquisición anteriores a la publicación del Código?

En sesión del 5 de diciembre de 1843 se resolvió afirmativamente, redactándose las célebres bases, que se comunicaron al Gobierno el 7 de marzo de 1844, la una, la 50, estableciendo la especialidad y publicidad de las hipotecas: "No se reconocerá acción hipotecaria sino sobre finca o fincas determinadas (especialidad) y a virtud de la toma de razón en el Registro público (publicidad)." La 51, extendiendo lo dis-

puesto en lo anterior "a las cargas que limiten o modifiquen la propiedad, salvo las excepciones que determine el Código"; y la 52, lo que era fundamental para crear un régimen de publicidad inmobiliario y no meramente hipotecario. "Para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro público, y se establecerá, si bien como una medida transitoria, que la inscripción ha de ser extensiva a los títulos de adquisición anteriores a la publicación del Código."

He aquí un plan de instauración de un nuevo régimen inmobiliario, sin que para nada aparezca en él la idea de tercero; se trata de una institución jurídica y se trata de un Registro de derechos; se le da fuerza sustantiva hasta donde deba tenerla, hasta lo que sea derecho; la vida de hecho queda fuera del Registro; el problema de éste es el del derecho, el normal de filtrar la realidad, pero no los problemas de relación entre dos mundos jurídicos, como habría de ocurrir después; aquí no hay más mundo jurídico aparte que el del pasado. La nueva norma extiende su imperio sobre toda la realidad presente y futura, y sólo tiene enfrente, como realidad jurídica extraña, la del derecho anterior; por eso es de necesidad lógica y de gran significación: A), el que los autores pensasen la norma, e íntimamente unida hasta en la misma base, tras la discusión, la aplicación de la norma al pasado; B), el que no pensasen en ningún tercero hipotecario, o sea el que pueda estar, con adquisición de presente, en uno u otro de los campos en que se habría después de escindir el Derecho inmobiliario español, pues para ellos el campo era uno; la forma de adquirir, una, y no habría ni idea de un tercero hipotecario, aunque, sin que hubiera aún surgido por contraste, faltase la idea del tercero civil.

Si esta base se hubiera mantenido, no se hubiera hablado nunca de tercero hipotecario; habríamos tenido un sistema inmobiliario general y habríamos tenido tercero civil; pero ni habríamos tenido un sistema inmobiliario especial hipotecario, junto a otro sistema inmobiliario general, ni una Ley hipotecaria fuera del Código civil, ni habríamos tenido los terceros en cada uno respecto al otro, sino el tercero general civil que no ha sido parte en una relación, que no se ha tenido en cuenta en una regulación y que puede ser afectado por lo convenido o por las consecuencias jurídicas de ella derivadas.

Pero la Comisión fué suprimida el 31 de julio de 1846 y reorga-

nizada el 11 de septiembre del mismo año, y en el reparto de trabajo de los tres vocales de la sesión de lo Civil se encomendó a Luzuriaga la parte hipotecaria, y al tratar de la compraventa, en sesión de 21 de octubre de 1846, surge la cuestión entre Luzuriaga, representante del orden hipotecario, que no queriendo ser tercero, digámoslo así, preten-de, con razón, abarcar el orden entero inmobiliario, y García Goyena, representante del orden inmobiliario registral, liberal en la formación de los derechos.

Puesto que el Código francés, con esa mal llamada libertad, establece un sistema de transmisión, al que gratuitamente y sin disculpa llamaría luego la Exposición de motivos "más espiritualista, más filosófico, sin duda", García Goyena sostiene que el consentimiento transfiere el dominio que se transfiere con la entrega de las cosas o desde que se perfecciona el contrato; que respecto a las partes hay transmisión y adquisición, por su voluntad o consentimiento; que para terceros debe haber la entrega. Luzuriaga exigía siempre la inscripción y la entrega, cediendo en esta adición ante la tradición española y a la realidad, y, de no ser así, que se respetase la base 52; proponía, pues, como medio de transigir que la traslación de dominio se hiciese por la inscripción en el Registro de Hipotecas y por la entrega.

Era demasiado fuerte la tradición y estaban demasiado en auge las teorías del título y modo de adquirir para que prescindiesen de aquél, y admitido el título obligacional con efectos reales, el modo se imponía como su opuesto necesario en ese reenvío del uno al otro, que es la fuerza y, al par, la debilidad de tal teoría; y, además, con el título obligacional con efectos reales, el modo-inscripción, debilitado, no podía excluir al modo-tradicón antiguo; de aquí la admisión de dos modos de adquirir, sin que comprendieran que siendo uno un sistema entero de registro, no eran dos modos de adquirir, sino dos mundos inmobiliarios los que se iban a poner frente a frente.

Bravo Murillo terció en la discusión, alegando al sistema de transacción que parecía imponerse—admitiendo García Goyena, junto a su espiritualismo, la entrega, y Luzuriaga, junto a su formalismo, también la entrega—que la adquisición debía tener fijeza y no debía depender de dos acontecimientos diferentes; que había que resolver sobre ello, sin perjuicio de lo que se dispusiese en el título de hipotecas. Este "sin perjuicio" dejaba el campo abierto a la división del Derecho inmobiliario español: uno, el técnicamente adecuado como base indispensable

para el crédito hipotecario en régimen de publicidad; otro, el tradicional de adquisición por tradición, interpretado según la teoría del título y modo, adecuado al préstamo con garantía personal. La escisión se consumó, acordándose, y no podía faltar, naturalmente, la palabra "título", que "la transmisión verificada *por título* de venta no debe depender de la inscripción en el Registro", como mucho menos, aunque no se dijese, habría de depender la transmisión hereditaria; en realidad, los dos títulos más importantes de adquisición quedaban, uno por sí y el otro el primero, artificialmente sustraídos al alcance del sistema inmobiliario, sólo sujetos a él por necesidad de crédito, pero no por necesidad jurídica; la inscripción habría de ser voluntaria. El sistema general inmobiliario español acababa de morir a manos del separatismo, digámoslo así, para ser gráficos; nuestro sistema sería un sistema hipotecario y un especial inmobiliario en lo necesario para sostener a aquél.

Hecha la escisión, sin conciencia de lo que se hacía, la realidad, que no se veía, tendría que imponerse, sin embargo, con la férrea necesidad de la lógica, y al no ser consciente, habría de aparecer disfrazada. Pues bien, el disfraz de la ruptura del sistema inmobiliario español se llama tercero.

García Goyena, que no veía lo que había causado, había de justificarse mentalmente con la idea, que se le imponía por la realidad de la ruptura a que había dado lugar, de la oposición entre las partes y los terceros. Con ello no sólo habría de romper, como había roto, la unidad inmobiliaria, sino que, como consecuencia inevitable de ella, iba a oscurecer y dividir la noción del tercero del Derecho civil.

Por ello, y quizás recordando que ya en la petición de las Cortes de Toledo del 1539 se pedía: "Suplicamos a V. M. mande que en cada ciudad, villa o lugar donde ouiere cabeza de jurisdicción, aya una persona que tenga un libro en que se registren los contratos de las qualidades dichas (censos y tributos et imposiciones, et ypotecas que tienen las casas y heredades que compran, lo cual encubren y callan los vendedores), y que no registrándose dentro de un término, no hagan fe, ni prueba, ni se juzgue conforme a ellos, ni por ellos sea obligada a cosa alguna *ningún tercero poseedor, aunque tenga causa del vendedor*"; que en Fuero de las Cortes de Zaragoza del 1398 se estableció que el principio del consentimiento de la Observancia 15, "De Donacionibus", no se extendía a tercero que pretendiera tener derecho a la cosa, y el de las Cortes de Zaragoza del 1495 separaba dos modos distintos de adquirir

el dominio de inmuebles: uno para las partes, herederos y acreedores personales, y otro para los acreedores hipotecarios, y que en caso de doble venta, a pesar de escritura hecha, el primero pasaría el dominio al segundo que se había entregado de la cosa; introduce la idea del tercero; ya inevitable, que será el disfraz del mundo hipotecario segregado, y por ello, en sesión a la que, por cierto, no asistió Luzuriaga, se encuentra la fórmula expresiva, un disfraz de lo hecho, modificando la Base 52.

"Para que produzcan efecto en cuanto a tercero los títulos constitutivos y traslativos del dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro público.

"No se reconocerá acción hipotecaria ni otras cargas que limiten o modifiquen la propiedad sino sobre finca o fincas determinadas y en virtud de la toma de razón en el Registro público."

Ya está hecho: el mundo de las partes es uno; el mundo de los terceros, apodo del mundo hipotecario donde rige la publicidad, es otro. Hay dos mundos inmobiliarios donde debía haber uno; habrá dos terceros civil e hipotecario donde sólo debía haber también uno.

Reorganizada la Comisión por Real decreto de 11 de septiembre de 1846, Luzuriaga sigue laborando en su mundo hipotecario y redacta su anteproyecto de dos títulos del Código civil: el de hipotecas (55 artículos) y el del Registro público (77), que presentó el 4 de mayo de 1848, indicando la conveniencia de que se oyese sobre ellos a los Tribunales superiores. En su campo mantiene los principios de publicidad y especialidad con toda energía. En doble venta será propietario el que antes inscriba su título; ningún título traslativo de propiedad de bienes raíces o constitutivo de cualquier derecho real sobre los mismos surte efecto para tercero sino desde su inscripción; inscrito un derecho real constituido por el dueño según el Registro, tendrá preferencia sobre los constituidos antes no inscritos; inscrito un acto traslativo, no podrá inscribirse ningún derecho adquirido del propietario anterior sobre los mismos bienes.

El mundo hipotecario sigue elaborando y progresando dentro de su ámbito; el restante mundo inmobiliario sigue pasivamente en su inmensa fuerza de inercia, que aún perdura.

El Proyecto de Código de 1851, en su libro III, títulos 19 y 20, acoge casi sin alteración el proyecto de Luzuriaga, y éste, que cooperó

en los Comentarios que publicó García Goyena en lo referente a su especialidad, los presenta como un todo técnicamente unido, una ley Hipotecaria. "La sección del Código civil ha hecho la aplicación de estos principios (especialidad y publicidad) en este título y en el siguiente, y, en su consecuencia, *nuestra ley Hipotecaria* concuerda con los códigos o leyes hipotecarias que han abrazado aquel doble principio; sistema que ha recibido el nombre de alemán porque, en efecto, alemana es su cuna y su teatro."

¿Se va viendo la necesidad lógica de un nombre especial a una cosa especial? ¿La necesidad de que fuese llamada Hipotecaria la ley de ese mundo hipotecario? ¿La necesidad de que, al no abarcar todo el régimen inmobiliario, se autoexcluyera del Código civil común, como luego la Historia, madre de su lógica especial, nos ha ido haciendo ver?

Todo está ya hecho: el que se apruebe o no el proyecto es cosa secundaria. El sistema español se caracterizará por la oposición de dos mundos inmobiliarios y porque este hecho aparecerá enmascarado tras el tercero; nuestra ley Hipotecaria se llamará ley de Terceros, no por éstos, aunque los cite y a ellos se refiera, pues también el Código civil se refiere a los terceros en muchísimos artículos, sino por no ser una ley inmobiliaria general.

Por Real decreto de 8 de agosto de 1855, el Ministro de Gracia y Justicia, D. Manuel de la Fuente Andrés, ordena a la Comisión nombrada para revisar el proyecto del Código civil de 1851 que, aun con preferencia sobre el Código, redacte una *ley especial sobre hipotecas*. La necesidad externa del Crédito territorial quizás justificase la medida, pero ésta no se hubiera podido cumplir si no estuviera ya hecha antes de ordenarse; ya estaba hecha una ley especial, y esta ley imponía también, con necesidad, aunque de otra índole, su separación del Código general.

Decimos que la ley ya estaba hecha porque el sistema estaba fundado desde la reforma de la Base 52; porque el sistema español no es uno, sino dos, y ésa es su especialidad inmobiliaria; el que hay dos regímenes inmobiliarios, y esto estaba hecho desde la reforma. Desde entonces, lo que hasta entonces había estado unido, se había separado, y una parte, la hipotecaria, atrayéndose a sí el ámbito necesario a su fundamentación real, había progresado mucho más que el mundo inmobiliario civil y tenía ya forma casi acabada y, sobre todo, separada, aunque estuviese materialmente unida al proyecto de 1851.

El Ministro o sus consejeros fueron movidos por esta realidad; pedía a la Comisión una ley de hipotecas antes del Código, porque sabía que estaba más adelantada que éste; pedía la separación, porque sabía que formaba un todo no sólo perfectamente distingible y separable, sino en parte opuesto al Código, regido por unos principios inmobiliarios distintos de los del Código, y señalaba a la Comisión los materiales utilizables de los trabajos de 1836, 1843, 1848, el anteproyecto de Luzuriaga de 1851 y concordancias e informes sobre éste, porque sabía que a través de ellos se había ido plasmando la realidad de que existía en España un régimen inmobiliario-hipotecario especial y una ley de éste: la ley Hipotecaria.

La nueva Comisión se encontró con un sistema ya hecho. Un sistema especial dentro del Derecho civil, y con arreglo a él y a lo ordenado empezó sus trabajos, que aumentaron el articulado de 179 a 416 artículos, y que aprobó el 4 de junio de 1859. Pero el hecho de que existía en España un mundo inmobiliario separado y una ley de éste que sólo conocían unos pocos técnicos e iniciados hubo de moverla, necesariamente, a explicar su alcance y contenido, por lo que acordó que se elevara el proyecto al Gobierno, con una comunicación o exposición acerca de "los motivos y fundamentos de sus principales preceptos".

Gómez de la Serna fué el principal autor, y se presentaron al Gobierno la ley, la Exposición de motivos y el Reglamento. El Ministro, D. Santiago Fernández Negrete, contestó mostrando su conformidad con la doctrina de la primera y que estimaba la Exposición de motivos como el mejor preámbulo y el más autorizado comentario de la ley.

Ahora bien: esta Exposición de motivos, ciertamente digna de alabanza y que, según D. Bienvenido Oliver, produjo extrañeza en muchos, exagerado optimismo en otros, asombro y admiración en todos y verdadero entusiasmo en la juventud aficionada a los estudios jurídicos, es una de las obras más paradójicas que pueden existir. Decimos esto porque nuestra primera ley Hipotecaria, que tiene la Exposición de motivos más técnica y elegante y de más valor de todas las leyes españolas, no tiene hecha la exposición del motivo principal de la misma oculto tras el tercero; contiene una constante referencia a éste, pero en ningún momento se dice el motivo y fundamento principal de la ley, que es el que en España se instauraban al par dos regímenes inmobiliarios separados: uno, el de la mayor amplitud, el civil ordinario; otro,

el más completo y perfecto técnicamente, el hipotecario e inmobiliario, en tanto ingresaba en aquél. Justificar al otro "no corresponde a la Comisión...; no toca a la ley de hipotecas, al menos desde el punto de vista del proyecto, entrar en su examen".

El régimen general inmobiliario roto no interesa a la Comisión más que en cuanto en parte ingrese como base en el régimen especial hipotecario-inmobiliario que regula, "cuando se trata de terceros"; por eso no nos debe extrañar como Oliver, sino comprender con cuánta lógica procedían en la Comisión cuando "dedica largos párrafos al examen de los sistemas propiamente hipotecarios a la sazón vigentes en los diferentes Estados, y es muy sobria en todo lo que afecta al régimen de la aseguración de la propiedad territorial, cuya adopción, por lo mismo que se trata de pueblos bastante distintos y diferentes del nuestro, era la más necesitada de justificación"; y "la mayor parte de su contenido está consagrada a exponer y justificar las disposiciones que tratan del derecho de hipoteca, a pesar de que esta materia sólo ocupa un título de los que forman la ley, dedicando poco espacio a las relativas a la seguridad de la propiedad territorial", "exponiendo con gran concisión las nuevas doctrinas acerca de la eficacia sustantiva de la inscripción" porque "se preocupó principalmente del régimen hipotecario propiamente dicho, dejando en segundo término el régimen adoptado para la aseguración de la propiedad y, en general, de todos los derechos reales sobre inmuebles, como lo prueba la explicación que da en el citado documento del principio de publicidad".

Todo lo que Oliver ve con extrañeza es cierto, pero todo ello es lógico, con una lógica inflexible impuesta. La Comisión ha de explicar un sistema hipotecario ya creado y que acepta, y dentro de él se encierra y canta sus excelencias; pero el hecho fundamental, que es que ese sistema hipotecario se caracteriza no por lo que es en sí, sino porque es parte de un sistema inmobiliario doble, resultante de una ruptura, no hecha por ella, sino hecha en 1846 y hecha sin clara conciencia de lo que se hacía y enmascarando lo hecho tras el tercero, eso no tenía conciencia de que era precisamente lo que más necesitaba exposición de motivos y fundamentos.

No es que falten tampoco, aunque nunca en general y directos; pero en la Exposición de motivos pueden separarse ahora, que con perspectiva histórica y conciencia de lo ocurrido podemos examinarla, dos partes en lo general, aparte de los motivos especiales: una, aquella en

que la Comisión expone los motivos del régimen hipotecario; otra, aquella en que, a través del tercero, se refiere al mundo inmobiliario que queda fuera de su ámbito.

La exposición clara y consciente de por qué se escindió el mundo inmobiliario, ésa ni la ponen ni se les puede pedir, pues no tenían clara conciencia de ello. La Comisión se encontró ya con dos mundos separados, cada uno con sus leyes y principios: la publicidad en uno no era lo que en el otro; ello no justifica por qué es así; acepta lo que encuentra y describe lo que encontró y acepta; al mundo hipotecario y al otro no lo justifica ni explica, máxime cuando en él no hay más innovación que la segregación del nuevo; perdura lo que era hacía siglos; por eso sólo hay referencias al mismo, y esas referencias se hacen a través de hacerlas al tercero.

Hay dos terceros, necesariamente, como hay dos mundos inmobiliarios; un tercero hipotecario que es todo él de un mundo frente a otro, como hay un tercero inmobiliario, también en el otro mundo, frente al hipotecario, y luego hay terceros entre sí dentro de cada uno de ellos.

Escribo en una Revista especializada: mi objeto es sólo indicar un nuevo punto de vista y llegar a fijar algo ese huidizo concepto de tercero, y como, además, varias veces me ha indicado su sabio director la conveniencia de no dar mucha amplitud a los trabajos, por eso no inserto párrafos de la Exposición que confirman ampliamente lo que digo, pero pueden leerse, y considerándolo desde esta opinión mía, se verá claramente en ella el juego de las ideas y conceptos que movieron a sus autores.

La ley Hipotecaria contiene las referencias a su especialidad frente al sistema inmobiliario por ella no informado a través del tercero; la ley Hipotecaria, por su especialidad, forma un mundo enfrentado al restante mundo inmobiliario, el mundo de los terceros.

Se comprende ahora la profunda necesidad lógica, porque esta ley no forma parte del Código civil, porque esta ley se sigue llamando Hipotecaria, porque esta ley se llama ley de Terceros y, más claro aún, porque el Ministro de Gracia y Justicia, cuando presentó el proyecto, completando tan inconsciente como acertadamente la Exposición de motivos, dijo que si se analizaba la ley en sus preceptos y espíritu, resultaba que el artículo 23 era la ley misma, y Morell dice que debía ser el primero de ella.

En este sentido no faltan, ciertamente, en la Exposición referencias constantes al tercero, llegando a decir: "La Comisión no se cansa de repetirlo: esto sólo se entiende respecto de los terceros poseedores", y "el principio general de que los títulos que han dejado de inscribirse no perjudican a tercero, es una de las bases de la ley".

En efecto, ésta es una de las bases de la ley, pero no es la base del sistema inmobiliario español, sino la base que expresa en la parte hipotecaria la exclusividad de ésta. Fuera del Registro hay un régimen inmobiliario, pero, en el sistema hipotecario, ni se ingresa ni se le afecta sin someterse a sus leyes; "lo que no esté inscrito en el Registro no puede perjudicar a tercero, inscrito", "todo lo inscrito está a salvo de lo no inscrito; es tercero".

Esta es la esencia de la ley en su especialidad, y esto sí lo vieron y lo asentaron firmemente los autores de la ley. Estos bien vieron el progreso técnico logrado en su ámbito; se recrean en él y con la mejor buena fe esperaron que atrajese a todos, que su campo se fuera extendiendo por su superioridad técnica, que acabara por absorber al otro campo inmobiliario; hablando medio en broma, que no hubiera terceros hipotecarios, porque todos llegarían a serlo.

Por eso el tercero, es decir, el ciudadano de la nación hipotecaria, no debe ser afectado por lo que ocurra fuera de sus fronteras; lo que allí se haga no le afecta; los privilegios que allí se tengan, aquí no valen. Artículo 25: "Los títulos inscritos surtirán su efecto aun contra los acreedores singularmente privilegiados por la legislación común." ; el artículo 35 también habla en el punto neurálgico de roce: posesión, prescripción y registro, de la legislación común.

¿Se quiere más clara referencia a que hay dos legislaciones inmobiliarias: la común y la especial hipotecaria? En el terreno de ésta habitan unos ciudadanos llamados terceros, que pretenden, y ése es el sentimiento básico de su ciudadanía, que no les afecte nada de lo que ocurra fuera de sus fronteras ni de lo que haya ocurrido antes. Artículo 17: "Se considerará como tercero aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito." Artículo 27: ésta es la partida de nacimiento: el que no ha intervenido en la gestación de sus causantes, es tercero legítimo. Los artículos 23 y 25 miran hacia fuera; el artículo 27 mira hacia dentro del mundo hipotecario; expresa la fuerza de los principios de éste, soberanos en su campo; los allí nacidos de padre legítimos, causante inscrito (art. 20), refuerzan la ciudadanía hipotecaria de aqué-

llos (art. 34); no le perjudica al tercero no parte (art. 27) la nulidad (artículo 31).

De todo ello resulta una serie de reenvíos en que unas veces es tercero el inscrito, otras el que no; unas veces respecto a lo inscrito; otras veces no, llegando a hacer decir a un maestro, D. Jerónimo González, qué es un concepto el de tercero hipotecario cada vez más impreciso y embrollado.

Según la Exposición, repetida en el artículo 27, su preocupación es el tercero que no ha sido parte en el acto o contrato inscrito, pero esto sería un caso de tercero civil; es menester que a su vez inscriba fundándose en lo inscrito, en que no era parte, para que surja el verdadero tercero hipotecario, al que se refiere la Comisión cuando dice de una venta que "si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción": los terceros.

A éste se refiere Calderón Neira en su definición: "El que ha inscrito un derecho real, habiendo adquirido de persona que en el Registro aparezca con derecho a transmitir."

No está mal; pero como al romper la unidad del régimen se ha roto también la del tercero civil, y ya, perdida ésta, sólo habrá una lucha del tercero hipotecario y el tercero civil que no lo es propiamente, sino tan civil como aquél, al ser inmobiliario en régimen no de Registro. Se habla de terceros sin inscribir, por lo cual, para unificar los dos terceros al no inscrito, que llamaba potencial, y el inscrito, o real, precisando más conceptos, pero aludiendo a los efectos externos del hipotecario, definía Díaz Moreno: "Para los efectos de esta ley y respecto de cualquier acto o contrato, esté o no inscrito, es tercero quien, no habiendo sido parte en él, adquiere después el dominio o un derecho real sobre los bienes a que el mismo acto o contrato se refiere e inscribe su título." El verdadero tercero hipotecario es, ciertamente, el que inscribe uno derivado de buena fe, el que utiliza plenamente la publicidad, esa armadura hipotecaria, tanto para excluir lo que no está inscrito y le perjudica, como para aferrar en su caso y utilizar lo que no está inscrito y le beneficia, perjudicando a otros que son terceros también, pues, con la confusión introducida y el disfraz de usar un nombre común para una cosa especial, el concepto, naturalmente, se esfuma al ir a asirlo; si se recalca el aspecto activo, pronto asoma con el mismo nombre el pasivo.

Dice Morell que el que inscribe crea los terceros hipotecarios, perjudicando a los que no han inscrito que son terceros respecto a él; pero, al par, este que inscribe es tercero, a pesar de ser parte, respecto a los perjudicados por su inscripción, teniendo, pues, el tercero una doble significación, y la ley unas veces llama tercero al que inscribe, al que perjudica (arts. 34 al 38), sin referirse, según él, al definido en el artículo 27, y otras veces llama tercero al que ni intervino, ni inscribe, y que por ello no puede perjudicar al mismo, y define: "Tercero es aquel que no ha intervenido como interesado en el acto o contrato inscrito, con relación a ese acto y a la persona que inscribe, y lo es también el que inscribe, con relación a cuantos no intervinieron en el acto o contrato inscrito."

Aquí se definen con toda claridad no el tercero hipotecario, sino los dos titulares inmobiliarios posibles, cada uno en su régimen, frente a frente, y sobre ambos flota el tercero civil, del que nadie se ocupa, ensordecidos por las luchas de éstos.

Cuando yo hacía mis apuntes para las oposiciones directas, definía el tercero: "Tercero es, respecto a una inscripción ajena, el que no intervino en lo inscrito, y tercero es, respecto a una inscripción propia, el que no intervino en actos o contratos no inscritos con anterioridad." Yo quería referir siempre la idea del tercero a una inscripción; no estaba mal para mis conocimientos de entonces, pero ahora veo claro: que también eta arrastrado por la corriente y que son dos terceros de los que hablaba, y que me cegaba la preponderancia de uno: del que pretendía monopolizar el nombre.

No hace muchos años que el Sr. Uriarte pretendía prescindir del tercero hipotecario, y daba una formulación del contenido de varios artículos de la ley, sin recurrir al tercero, que creía inexistente. También es curioso que cuando con toda certeza veía que el tercero hipotecario podía sustituirse con la descripción de los efectos de las inscripciones, pues, ciertamente, el tercero no es más, en lo específico del hipotecario, que el nombre dado al beneficiario de la publicidad registral, se le imponía la consideración del tercero civil a que hacen referencia los artículos del Código que cita: 316, 405, 472, 516, 649, 650, 670, 671, 1.227, 1.230, 1.257, 1.526, 1.567, 1.690, 1.697, 1.698, 1.820 y 1.865.

Este tercero civil es el concepto unitario que se debió alcanzar y mantener, no cegados por el predominio absorbente adquirido y por el

nombre dado al titular de los beneficios hipotecarios. Este tercero, concepto fundamental del Derecho civil, no debió romperse en su unidad, y así no se hubiera enfrentado el tercero que se ha llamado civil de la Jurisprudencia, cuando ésta ha tenido que limitar la exclusividad del hipotecario, negando que lo haya sin inscripción (SS. 13 junio 1902 y 4 febrero 1927: "Las disposiciones de la ley Hipotecaria no pueden favorecer a quien no invoca derecho derivado de algún título antes inscrito.") : que no precisa inscribir si no ha de afectarle (S. 30 mayo 1883) ; que la inscripción no es título de derecho (S. 8 marzo 1912) . pues hay terceros en el campo inmobiliario no hipotecario, y que la inscripción es una mera formalidad que ni en verdaderas cuestiones entre terceros prevalece en determinados casos (S. 13 mayo 1908).

Es decir, que no todo el campo es hipotecario y que hay otro régimen inmobiliario que también tiene titulares y que también son terceros.

No es culpa del Tribunal Supremo el que haya tenido que sostener así, en medio del criterio del sacerdocio hipotecario, quizás a veces sin las palabras sacramentales de éstos, que especialidad no es privilegio absoluto, que hay otros terceros: la culpa es de los que no se atrevieron de una vez a hacer o, mejor dicho, a mantener, pues la base existía el año 1846, la unidad de régimen inmobiliario y aceptaron el separatismo jurídico, confiando en que acabarían por absorber, dada su mayor perfección e innegable superioridad técnica, el total de la realidad. Aun con un sistema perfecto unificado esto no es posible. ¿Cómo lo iba a ser con un sistema roto, doble en el campo jurídico, aparte de lo que ocurriría en el campo infrajurídico de las posesiones y tenencias?

Con razón ha ocurrido lo contrario de lo que esperaban; la realidad es la que se impone una vez y otra al Registro; amenaza convertirlo en un Registro de posesión, y a través de ésta hace retroceder la imprudente ofensiva del artículo 41, cuando quería sacar de los libros la realidad de la relación con el suelo, dando lugar a los trabajos de crítica de la reforma de 13 de junio de 1927, en que, para que todo sea paradójico en este sistema hipotecario nuestro, ambas partes tenían razón muchas veces, pues, en efecto, según el campo en que uno se sitúe, se ve la situación de modo distinto.

Por eso hemos querido dar este toque de atención e indicar este nuevo punto de vista para aclarar la gestación del peculiar sistema hipotecario y de su tercero o característica, pues la gestación del tercero

es la gestación de la limitación de la ley, de la ruptura de la unidad inmobiliaria. Que se vea que no se hizo un sistema general inmobiliario, sino un sistema inmobiliario-hipotecario y parcial; por eso el sistema español se diferencia esencialmente de otros y tiene peculiares características que, tras el huidizo tercero, como la principal, marcan a propios y extraños, porque es doble; porque como hipotecario es muy completo, pero como inmobiliario es esencialmente limitado y doble, con oposición inevitable de dos disertantes.

Los autores de la ley creyeron en el pronto triunfo de ésta y, gozosos, labraron muy bien, a decir verdad, el campo que les fué acotado, esperando adquirir pronto todo el nacional. La realidad ha sido otra; ha sido lo imperfecto lo que sin cesar ha cercado y abierto portillos, infestando el campo registral, falto de medios ofensivos, encerrado en su ferrea necesidad tecnológica, pero que había dejado una doble vida real fuera de él, no sólo la de las salvajes relaciones de hecho, sino de un Derecho inmobiliario con vida propia. Les sobró técnica y les faltó sentido político y de la realidad.

La ley aparecía engañosamente general, porque había Registros en Madrid y en Barcelona, pero no se veía bien qué había vida inmobiliaria licita extrahipotecaria, extraregistral en Castilla y en Cataluña.

La no generalidad fué su grandeza y su miseria; el régimen más imperfecto vencía al más perfecto, como ocurre con las monedas; si no fuese por la presión fiscal, la debilidad real íntima del primero sería aún más visible. El régimen común se mantiene en la Base 20 del Código civil: "Los contratos, como fuentes de las obligaciones, serán, considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación de dominio o de cualquier otro derecho a él semejante, y continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas".

En España tenemos, pues, un régimen inmobiliario doble; al ser así, nuestro régimen, caracterizado por ello, ha de revelarse en cada campo en función del opuesto, al par que su régimen propio, de no haber clara idea de ello, la expresión de la realidad se hizo a través del tercero, con lo que, al par, se rompió también la unidad de éste.

El concepto de tercero debe ser general civil, y es un concepto necesario el ordenamiento civil, y definimos a éste: "Tercero es aquella

persona cuyos derechos han de ser tenidos en cuenta en las consecuencias de una disposición jurídica que produce sus efectos en consideración o por actos de otras personas."

Este concepto es el general civil, y dentro de él, como casos particulares, se habría podido hablar de que unos u otros de los titulares de nuestros sistemas inmobiliarios pudiesen encontrarse en situación de terceros, como extraños unos a otros, de un modo general de tercera y como posiblemente colocados en dicha situación en sus relaciones derivadas dentro de cada campo o entremezclados. La ley Hipotecaria es, pues, la ley de un sector de nuestro régimen inmobiliario, y el tercero hipotecario, un caso especial del tercero civil que, por peculiares circunstancias históricas españolas, rompió la principal característica del sistema, rompió la unidad de concepto del tercero civil y parecía que iba a absorber y monopolizar el nombre. Tercero hipotecario es el nombre histórico de la limitación de nuestra ley Hipotecaria, la clase de la ley, de su secreto, según Uriarte, no ofrece peculiaridad alguna que justifique lo que ha significado, y lo que ha dificultado que pueda ser captado. Este ligerísimo trabajo no es más que un lazo puesto a su paso para sujetar a ese personaje misterioso, según le llama García Guijarro. Si algo sirve, otros lo dirán, no yo.

ANTONIO MARÍN MONROY

Notario.