

Otra definición del tercero hipotecario

Con este título nos envía nuestro suscriptor D. Rafael López de Haro el trabajo cuyos principales desenvolvimientos publicamos a continuación y que dedica a la memoria del que fué genial comentarista de nuestra Ley Hipotecaria, D. Carlos López de Haro, lamentando que las revistas profesionales, a quienes disculpa en parte la falta de actualidad, hayan incurrido en este olvido, que sería imperdonable, añade, si nos hallásemos en otras circunstancias.

La serie de catástrofes que en estos últimos años nos han agobiado, las irreparables pérdidas que esta Redacción ha sufrido, como la de don Fernando Campuzano y Horma, por no citar más que un hipotecario mártir, y la necesidad de organizar y renovar todos los servicios, acaso atenúen el proceder de REVISTA CRÍTICA, que se honra hoy añadiendo a las consideraciones doctrinales de D. Rafael López de Haro algunas otras de indiscutible actuallidad.

* * *

Una de las razones que han dado lugar a la confusión que en este punto reina es el error en que se ha incurrido insistentemente por la mayoría de los tratadistas, por no decir todos, de colocar al tercero frente a frente del titular de un derecho como conceptos opuestos. Esto ha dado lugar a que se diga que la Ley Hipotecaria nos habla de dos terceros—el que nos define en el artículo 27 y el que se deduce del artículo 23—, y se haya llegado a distinguir entre tercero favorecido y tercero perjudicado; en fin, se nos hable unas veces del tercero que está dentro del Registro y del tercero que está fuera de él.

El error ya parte del artículo 27 de la Ley, que no concreta ni precisa el concepto, y cuando más define tan sólo una situación de tercero,

no un tercero, y por ello se contradice con otros preceptos como el citado artículo 23 y el 34. Esta inexactitud empieza ya a desorientar al estudiante. No hace falta que se haya inscrito un acto o contrato en el que no se haya sido parte, para que surja la figura, la situación de tercero hipotecario. Este es el error.

Para mi ver, el tercero es siempre un titular que se encuentra en una posición especial ante otro. Para ser tercero hay que ser titular antes; no son, pues, conceptos opuestos. Partiendo del tercero civil, antecedente indispensable del tercero hipotecario, y dejando aparte la incorrección gramatical del vocablo, sobre la que tanto se ha discutido, tercero es aquel que se encuentra afectado en sus derechos o intereses por los efectos de un acto del que no ha sido parte: Dos condiciones se precisan: primera, no haber sido parte en un acto o contrato; segunda, que este acto o sus efectos le afecten de algún modo. Así, en el ejemplo típico, el acreedor es tercero en la enajenación fraudulenta hecha por su deudor.

Pero si analizamos detenidamente este concepto y las recíprocas relaciones que existen entre las tres personas que han tenido que intervenir para que se dé la figura de tercero, veremos que dos de ellas se encuentran en análoga situación. Tan tercero es el acreedor con respecto al adquirente en la enajenación fraudulenta, como éste lo es con respecto al acreedor. Ambos no han sido parte en el acto o contrato, el acreedor en la venta o donación otorgada en su fraude; el adquirente, en el contrato celebrado por el enajenante con el acreedor. A ambos les afecta el acto en el cual no han intervenido. Es decir, que tanto el uno como el otro son terceros, o lo que es igual, son terceros entre sí.

Por eso, a mi entender, el concepto de tercero no es sustantivo, como decía D. Carlos López de Haro (1), sino que tercero indica tan sólo la situación jurídica en que se encuentra una persona con respecto a otra, situación que, de darse, es recíproca y las hace a ambas terceros entre sí.

Precisado así el tercero civil, estaría definido el tercero hipotecario, si nuestra Ley Hipotecaria hubiera dado a la inscripción el verdadero carácter de un modo de adquirir y fuera ésta un requisito esencial para toda modificación en los derechos sobre inmuebles. Tanto en este caso, como en el que la inscripción no tuviera ningún efecto sustantivo, el tercero civil y el tercero hipotecario serían uno mismo. Pero por las razones doctrinales e históricas por todos conocidas, los legisladores, no

(1) "El tercero hipotecario y el tercer poseedor". *Revista de Legislación*, abril de 1931.

atreviéndose a seguir en toda su pureza ninguno de los dos sistemas diametralmente opuestos, optaron por separar los efectos de inscripción entre las partes y los terceros, y centraron todos los efectos de la publicidad del Registro en este concepto, haciendo girar todo el sistema alrededor de la figura del tercero. De esta forma, según frase de sus propios autores, deja se desenvuelva al margen de la Ley y en el terreno del Derecho civil, los derechos de las partes, y de los terceros civiles—añado yo—cuando no medie inscripción.

Por tanto, y partiendo del concepto expuesto, tercero hipotecario será aquel a quien, no habiendo sido parte en un acto, le afectan, no ya los efectos del acto en sí, sino los efectos sustantivos del Registro. Y estos efectos, que vienen a perjudicarle o a favorecerle, a privarle o a ampararle su derecho, pueden ser los de la inscripción de su propio derecho, o los de la inscripción del acto en que no intervino.

Tan tercero hipotecario, pues, sería el que tenía inscrito su derecho, como el que no lo tenía. Tres condiciones se precisan tan sólo: primera, que no haya sido parte en un acto o contrato; segunda, que este acto o contrato le interese de algún modo; y tercera, que se encuentre afectado por los efectos sustantivos del Registro.

Y ahora como antes, la situación de tercero es recíproca y los efectos antes del acto y ahora del Registro colocan frente a frente a los titulares en la situación de terceros entre sí. Así, en el clásico ejemplo: si A tiene inscrito su derecho de dominio sobre una finca, en la que B tiene un derecho real y la enajena a C; B y C son terceros entre sí. Si B tiene inscrito su derecho, aunque del mismo no se haya hecho mención en la enajenación a C, se encuentra favorecido y amparado por los efectos que regulan los artículos 17, 20, 25, etc., de la Ley; y C, que pudo y debió conocer el derecho de B, por estar inscrito, adquiere la finca con la carga o el gravamen. Aquí los efectos sustantivos de la publicidad favorecen a B; aquí B está en el Registro y C está fuera de él. Pero si B no inscribió su derecho—y no entrando a discutir los efectos de la buena fe, que no interesan al caso, aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo haya venido a desvirtuar con esto un poco la figura casi matemática del tercero—, y C adquirió bajo la fe pública del Registro, de quien en el mismo aparecía como dueño, e inscribe, se encuentra amparado por los efectos de la publicidad del Registro y no puede perjudicarle un derecho que debía estar inscrito (art. 23). Aquí, B está fuera del Registro y C está dentro de él.

Pero tanto en uno como en otro caso, B y C son titulares de sus respectivos derechos; y tanto B como C son terceros. El no verlo así le hace al Sr. Lacal alarmarse de que la Ley Hipotecaria llame a veces al titular tercero, que es nombre "que debe reservarse para quien ostente dentro de la jerarquía hipotecaria un rango inferior de subordinación" (1).

Y tanto en uno como en otro caso, no es preciso se inscriba el acto que hace surgir la figura; éste es el error del artículo 27: ni que esté inscrito el derecho del tercero, ésta es la equivocación que le hace decir, a veces, a la jurisprudencia, que para los efectos de la Ley Hipotecaria no es tercero el que no tiene título inscrito (Sentencia de 20 de junio de 1888 y Resoluciones de la Dirección General de 25 de noviembre de 1896 y 20 de diciembre de 1899).

Tercero hipotecario es, pues, a mi entender, la situación de reciprocidad en que puede encontrarse el titular de un derecho, frente a otro titular de derecho opuesto al suyo, y cuya colisión de derechos, por hallarse uno de ellos inscrito, se ha de resolver teniendo en cuenta los efectos sustantivos de la inscripción.

RAFAEL LÓPEZ DE HARO Y PUGA.
Juez de Primera Instancia y Notario

OBSERVACIONES

I

Los desenvolvimientos que a fines del siglo XVIII y principios del XIX adquirió la doctrina del *tercero* por virtud de la técnica hipotecaria incipiente, llegaron pronto a la conclusión de que la noción era: a), intermedia entre la de causahabiente y extraño; b), relativa, y c), en cierto modo reversible.

A) Mediando en una discusión enconada decía Troplong (2): es una verdad proclamada con razón por Toullier, que el sucesor o causahabiente no puede ser de mejor condición que su autor. Y notad que

(1) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1931, pág. 107

(2) *Commentaire des priviléges et hypothèques*, 1/530. Bruxelles-Meline, 1848.

esta regla no se aplica solamente a los sucesores universales, sino también a los sucesores a título singular; que no se aplica solamente a los herederos, sino también a los incluidos bajo la denominación de causahabientes, es decir, a los que suceden a título de donación, legado, adquisición, permuto... De aquí que los intérpretes hayan dicho con razón que el cessionario es la *imagen del cedente*.

Pero esta doctrina, sin atenuaciones, desvanecería los privilegios que pudieran otorgarse a los adquirentes, y de aquí la restricción ya admitida por Dumoulin: El causahabiente no representa a su autor más que en las cosas y derechos que de él tiene, *in quantum causam habet*, y en lo demás es como un extraño (*penitus extraneus*). Así, el adquirente puede atacar, según el art. 941 del Código de Napoleón, el acta de donación hecha por el vendedor si no ha sido transcrita.

La lucha entre el principio de sentido común *nemo dat quod non habet*, que se impone como un aforismo lógico irrefutable, y el postulado de la vida social que defiende al tercero de las ocultas asechanzas con el *res inter alios acta*, llega hasta nuestros días bajó la forma de una contraposición entre lo estático (la propiedad clásica) y lo dinámico (el comercio), o como prefiere Ehrenberg, entre la seguridad del derecho (*Rechtssicherheit*) y la garantía del tráfico (*Verkehrssicherheit*).

B) De aquí que el tercero no aparezca como una hipóstasis o como una personificación absoluta, sino como un concepto aplicable al que no es elemento personal de un determinado negocio jurídico y antes se contrapone a las dos partes que corrientemente lo engendran. El mismo Troplong obtiene sin dificultad esta consecuencia: "Un individuo puede sobre un punto ser el causahabiente de una persona y no serlo sobre otro punto; en una palabra, puede ser, según los intereses que hace valer, ya un causahabiente, ya un tercero."

Mucho más tarde, Coviello repetirá: "Il concetto di terzo non è assoluto ma relativo a un determinato negozio giuridico" (1), e incluirá en el concepto de partes a los contrayentes, al ejecutado y al adjudicatario, al demandante y al demandado, al representante y al representado, a los herederos y a los acreedores quirografarios... El tercero será un extraño que tenga interés actual en oponer su posición real (o equiparable) a otro derecho inconciliable con el suyo en todo o en parte.

(1) *Della trascrizione*, 1-325.

Todavía el Précis Dalloz de Derecho civil, publicado en 1933, contesta a la pregunta: "Que faut-il entendre par tiers?", con la indicación de que el sentido varía *secundum subjectam materiam*.

Nuestros Galindo y Escosura, en la primera edición de sus conocidos Comentarios, declaran con precisión: "Quién sea tercero no ha de juzgarse por reglas preestablecidas, sino que se ha de confiar al sentido común, a los principios generales que han de aplicarse en cada caso particular" (1). Esta tendencia ha sido, en cierto modo, exagerada por REVISTA CRÍTICA, que desde los primeros tiempos ha llamado la atención sobre los principios hipotecarios y dejado la figura del tercero fuera de foco. Buena prueba de ello son las afirmaciones a que llega el Sr. Uriarte Berasátegui en su artículo sobre la *Inexistencia del tercero hipotecario* (2), y las menos tajantes del Sr. Lacal (3).

C) La posición *ordinal* del tercero, que presupone la existencia de otras dos personas o partes, no se opone lógicamente a la reversibilidad de la noción, y antes la provoca cuando el jurista retorna en la serie hacia el *primero*; pero es necesario no dejarse ofuscar por un razonamiento tan sencillo: el cambio de marcha es más completo y los principios en que se apoyan las personas son diferentes. Supongamos que Juan ha inscrito el testamento del que aparecía como su padre y ha vendido una finca de las heredadas, a Pedro. A los pocos días se encuentra un testamento posterior que lega la finca a Diego. Este reclama, fundado en el precepto que atribuye al legatario la propiedad de la cosa legada desde el fallecimiento del testador, y Pedro se defiende sobre el principio de inscripción de los actos *mortis causa*, tal y como aparece en el final del art. 23 de la L. H. Para que la inscripción de la finca surta efecto en cuanto a tercero, Pedro aducirá el carácter de heredero forzoso de Juan, y por el contrario, tratará Diego de impugnar dicha nota, alegando que se trata de un hijo que no tiene la condición de natural, que ha sido desheredado, etc., para privar al adquirente del amparo registral. La mayoría de las veces el dueño o titular civil se fundará en el carácter sagrado de su derecho, y aparecerá como tercero el que se acoja a la protección concedida por el régimen hipotecario al comercio y transacciones de buena fe. En el conflicto de intereses que todo sistema inmobiliario intenta resolver, la parte conservadora es corriente-

(1) Tomo II, pág. 442.

(2) VII, núm. 80, págs. 563 y sigs.

(3) VIII, pág. 108.

mente el llamado propietario o titular civil (derecho estático), mientras el tercero invoca el valor social del tráfico y la finalidad específica del régimen (dinamismo jurídico).

Si en el citado ejemplo, el adquirente Pedro se viese atacado por Félix, que hubiera comprado y recibido de Juan la finca dos días antes, la discusión sobre la particularidad de ser o no Juan heredero forzoso carecería de valor, pero en cambio asumiría capital importancia la función que, en la primera escritura de compra, hubiese desempeñado Pedro a los efectos de aplicar el artículo 1.473 del Código civil y 38 de la L. H. Félix alegaría que él era el verdadero dueño de la finca cuando Juan la vendió por segunda vez, y que éste no podía transmitir lo que entonces no se hallaba en su patrimonio. Pedro invocaría el principio de inscripción (párrafo primero del art. 23 de la L. H.) y al replicar Félix que su adversario había sido el malicioso perito tasador de la finca y conocía los detalles de la primera venta, quedaría planteado el espinoso problema de si la mala fe, a que no se refiere el párrafo segundo del citado art. 1.473 del C. c., lo corrompe todo, como obstinadamente afirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

No puede negarse que en el fondo de estas consideraciones hay razonamientos involucrados que se prestan a la paradoja, porque el que adquiere una finca desea obtener el máximo de estabilidad y garantía que las leyes hipotecarias prometen y, sin embargo, como consecuencia de las mismas puede verse privado de aquélla, contra lo que se reputaba derecho natural, por un tercero. En cambio, esta protección concedida al adquirente redonda en beneficio del enajenante, que encuentra con mayor facilidad quien le compre la finca bajo la fe del Registro. Y en fin, como la persona que sólo conoce el inmueble por los detalles de la inscripción, se halla más limpia de sospechas y recelos que cualquier otra intimamente relacionada con el enajenante o entrometida en su casa y vida, resulta más protegido el extraño confiado en la inscripción que el deudo o familiar informado de la situación irregular del asunto.

Precisamente por este juego de los principios hipotecarios, si la finca inscrita a favor de un incapacitado ha sido enajenada con vicio de nulidad y el adquirente inscribe y a su vez transfiere con arreglo al art. 34 de la L. H. a un tercero, parece atropellado el primer titular de la serie en beneficio del último, como si para el régimen inmobiliario los intereses del tráfico fuesen superiores a los sociales y familiares acogidos a su protección.

II

Por mucho que extrañe a cuantos han recibido la inspiración hipotecaria del maestro de todos, D. Bienvenido Oliver, no es posible prescindir del tercero en los sistemas inmobiliarios modernos, y aunque no con la extensión que en España han dado al concepto, las palabras adicionadas a la célebre Base 52, atribuída a Luzuriaga (1) y el art. 94 del Anteproyecto de los títulos de las hipotecas y del Registro público, redactado en 1848 (2), las modernas legislaciones alemana y suiza, recongiendo implícita o explícitamente los preceptos de la ley austriaca de 25 de julio de 1871, cuyos artículos 63 y 64 se refieren a los terceros (*dritten Personen*) que pueden invocar el principio de publicidad, y de la ley prusiana de 5 de mayo de 1872, cuyo párrafo noveno protege a los terceros que hayan adquirido de buena fe, dan nueva vida a la interesante figura.

Antes de abordar el tema de la resurrección del tercero en el Derecho alemán, hemos de hacer notar que, como los pensamientos y finalidades perseguidos por los autores de nuestra L. H. presentaban gran complejidad y todavía no habían sido analizados con rigor, unas veces enfocaban las obligaciones origen de la transferencia y procuraban dejarlas subsistentes entre las partes, cualesquiera que fuesen los términos de la inscripción; otras veces veían con recelo o no consideraban de buena fe a la persona que invocaba las particularidades de un asiento tomado en virtud de un título en cuyo otorgamiento ella misma había intervenido; en una ocasión, el deseo de negar la protección hipotecaria a quien tuviera conocimiento del acto o contrato *no inscrito*, hubo de llevarles a modificar el final del vigente art. 27, interlineando en el acta de la sesión correspondiente la palabra *no*, que luego fué tachada...

Acaso el fundamento más hipotecario sea, no obstante, el que sirve de base a los arts. 33 y 34 de la L. H. y al art. 892 del Código civil alemán, que, sin emplear la palabra *tercero*, proclama la validez del contenido de los libros del Registro a favor de quien, desconociendo su inexactitud, adquiere un derecho real por negocio jurídico. Al menos, so-

(1) Para que produzcan efecto *en cuanto a tercero*, los títulos constitutivos y traslativos .

(2) Ningún título surte efecto contra tercero sino desde el momento en que ha sido inscrito .

bre este texto gira la novísima discusión, y la posición en la serie ordenada del tercero queda justificada del siguiente modo: Distingamos en una fila de personas que han inscrito su derecho un primer interesado, A, que ha transmitido su finca a una persona, B, la cual a su vez enajena a otra, C, y supongamos que la transmisión primera es nula por incapacidad de A. El conflicto se resolverá, mientras B sea el último titular, en su perjuicio; pero desde el momento en que C inscriba su título será A quien sufrirá las consecuencias hipotecarias. En todos los casos análogos podrá distinguirse: 1.º, el verdadero titular, que resultará perjudicado por el inflexible juego del principio de publicidad; 2.º, el titular aparente, que no puede acogerse inmediatamente al mismo principio, y 3.º, el favorecido por el sistema. Es necesario, por consiguiente, separar con energía los tres sujetos de derecho, y en especial el tercero, para evitar enriquecimientos ilícitos.

La doctrina que entre nosotros forma el núcleo del régimen hipotecario había sido abandonada por los especialistas alemanes hasta que la ley de revalorización de 16 de julio de 1925 la puso de moda y provocó una expansión alarmante del concepto. Para hacernos cargo de los argumentos, recordemos que también el apartado d) del art. 38 de nuestra Ley de Desbloqueo, al regular la revisión de pagos y permitir la reconstitución de hipotecas canceladas, deja a salvo explícitamente a cierta clase de terceros.

Desde el primer momento surgió el problema de si el titular aparente o intermediario adquiría la categoría de tercero cuando constituía a su propio favor una servidumbre, una hipoteca o cualquier derecho real, y la inmensa mayoría de los autores lo resuelven negativamente, porque se trata de una sola persona y no hay transferencia, en el sentido económico de la palabra, que pueda acogerse a los beneficios de una ley protectora de los negocios bilaterales. Tan sólo Heck, reproduciendo los argumentos repetidamente desenvueltos por REVISTA CRÍTICA en pro de la jurisprudencia de intereses, alega que la protección del negocio lícito no es un concepto cerrado (exhaustivo) y alcanza a todo el que, confiado en el contenido de la inscripción, modifica las entidades o elementos jurídicos de su patrimonio, aun antes de que los mismos sean objeto de una transmisión a tercera persona.

Mayores dificultades se presentan cuando adquirentes y transferentes son en realidad las mismas personas físicas que aparecen en otra posición jurídica o unidas por vínculos diferentes: por ejemplo: los cón-

yuges que forman la sociedad de gananciales se separan y distribuyen los bienes matrimoniales, o los copropietarios practican la división de la cosa común, o la copropiedad en mancomún se transforma en comunidad por cuotas o viceversa. Contra la atribución del carácter de tercero en estos casos al adquirente, se aducen los siguientes argumentos: *a*), los beneficios de la L. H. son excepciones al principio de derecho eterno "nadie puede dar lo que no tiene", y deben ser objeto de interpretación restringida; *b*), no existe una nueva personalidad que adquiera del titular aparente en contra del verdadero dueño; *c*), el cambio registrado por la inscripción se refiere más bien a las facultades de orden interior correspondientes a los presuntos propietarios que al régimen externo de la propiedad; *d*), no hay razón para que la L. H. sacrifique al verdadero dueño que ha inscrito antes que nadie su título, en aras del titular aparente que ha mudado su vestido; *e*), el tercero debe ser un sujeto jurídico distinto del verdadero propietario y del titular que transfiere; *f*), la buena fe que el legislador ha colocado en el cimiento de su obra correría grandes peligros si los titulares aparentes pudiesen modificar con tanta facilidad su precaria situación jurídica; *g*), el principio de publicidad protege en especial al adquirente que ha venido de lejos y únicamente confía en la inscripción, desconociendo la anormal posición del propietario; *h*), ni aun considerando tales actos de redistribución o partición como permutas de cuotas o cesiones de partes indivisas, cabe concederles trato más favorable, porque el vicio que invalidaba los derechos de los transferentes, supiéranlo o no, es el mismo que afectaba a los adquirentes y se refería a las mismas entidades hipotecarias.

Todavía se da un paso más temerario al negar el carácter de tercero a una personalidad indiscutiblemente *nueva*, pero formada por los mismos individuos que enajenan; por ejemplo: los herederos constituyen una sociedad de responsabilidad limitada a la cual aportan los bienes que, según el Registro, parecían pertenecer al causante. Aquí no hay una modificación en el régimen interno de la propiedad, sino un cambio de propietarios y, por tanto, un tercero distinto del dueño, de los transferentes. Sin embargo, Fritsch aplica el criterio expuesto, en atención a que de hecho son las mismas personas naturales las que figuran de uno y otro lado (1).

Y, en fin, la corriente doctrinal, cada día más impetuosa, salta los

(1) "Der öffentliche Glaube des Grunabuchs"..., en el *Anuario de Ihering*, 82, página 285.

obstáculos técnicos y destruye las trincheras donde, al amparo de la fe pública del Registro, se parapetaban las sociedades por acciones constituidas por varios copropietarios de una finca, o por un derechohabiente inscrito con sus testaferros, las transformaciones de una sociedad comanditaria en otra de responsabilidad limitada, los cambios, alteraciones más o menos sustanciales, fusiones, incorporaciones, consolidaciones, uniones y modificaciones inscribibles de Compañías anónimas cuando el antiguo y el nuevo titular o el cedente y el adquirente son las mismas personas o grupos idénticos de personas físicas y no aparece la figura del tercero.

En la discusión se barajan o ponen en duda los límites de lo económico y lo jurídico; la sustantividad de las personas jurídicas; la posibilidad de atribuirles conocimientos, voluntad, buena fe y vida independientes de los atribuídos a sus miembros; los momentos del nacimiento, disolución, liquidación y muerte de las sociedades; la influencia que el cambio de socios pueda ejercer sobre las adquisiciones de inmuebles; los efectos de la sucesión universal entre vivos; los vicios de la adjudicación o enajenación otorgada a favor del único socio o del que domina los negocios sociales; el papel de los órganos y representantes

Para quien haya frecuentado el despacho de un Notario en este resurgimiento de la industria española, tales temas presentan, como hemos anticipado, un indiscutible interés.

LA REDACCIÓN.