

REVISTA CRÍTICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ES-  
PECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

---

Año VII

Agosto de 1931

Núm. 80

---

## Inexistencia del tercero hipote- cario

Puesto nuevamente en foco de estudio el confuso problema del tercero por el señor Lacal, en el número de Febrero de esta REVISTA CRÍTICA, iluminado esta vez con la penetrante sugerencia de uno de los epígrafes del cuestionario de oposiciones entre Notarios último—pródigo en ellas—, que lo enlaza imperiosamente al juego de los principios fundamentales del sistema hipotecario, aventuramos, con convencimiento no exento de temor, la siguiente afirmación: el tercero hipotecario no existe; es un ente de la mitología jurídica cuya figura, siempre borrosa y cambiante, gravita con peso abrumador en el campo del Derecho, nutriendo la ley, desasosegando en estériles esfuerzos a nuestros clásicos, y provocando jurisprudencia constante. Y, sin embargo, es irreal. Ha vivido y vive mostrando su esencia fabulosa: fiel reflejo de nuestro pensamiento unas veces, extraño a nuestra comprensión otras, gigantesco y profundo en ocasiones, nimio y pueril en otras; y siempre con oscuros contornos inapresables, que impiden su total posesión por la mente.

El presente trabajo no tiene otro fin que el de iniciar la lucha por su eliminación.

### ACEPCIONES DEL TERCERO

*Primera gramatical.*—Con justeza de expresión dice D. Pascual Lacal: «Tercero, gramaticalmente, es un adjetivo numeral ordinal.

Indica orden, pero orden no es sólo relación, sino también subordinación. Tercero es el que ocupa tal lugar en un ordenamiento. No es el primero de una jerarquía, sino el que va después de aquél y del segundo. El tercero no ocupa el lugar más preeminente, no es la figura más destacada.»

Tenemos ya una primera idea de subordinación; esta subordinación sólo puede asociarse en la mente a un orden de tiempo: tercero, posterior al segundo, como el segundo es posterior al primero.

*Segunda gramatical.*—En el lenguaje ordinario, se entiende también por tercero, según el Diccionario de la Academia Española, «la persona que no es ninguna de dos o más que intervienen en un trato o negocio de cualquier género».

*Tercera jurídica vulgar.*—Tercero será «la persona que no es ninguna de las partes que intervienen en un negocio jurídico».

No existe subordinación en orden del tiempo: nace el tercero al realizarse el negocio jurídico, puesto que aparece como término opuesto a las partes del mismo. La idea de relación, subordinación, se contrae visiblemente a las personas: partes y no partes del negocio.

La subordinación de efectos entre personas, jurídicamente se resuelve en relación de derechos de las mismas, aquí partes y terceros.

*Cuarta hipotecaria.*—Para intentar forjar su figura jurídica especial, precisamos hacer su historia:

En 1843, D. Claudio Antón de Luzuriaga propone la siguiente base (52): «Para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser preciso la toma de razón de bienes raíces en el Registro público.»

Esta base exige, como se ve, una publicación, en el Registro, de todo título real, para que sea válido, sin que hable del tercero.

Significaba un cambio radical en el sistema jurídico tradicional de España. Por el nuevo sistema, el título constitutivo o traslativo del dominio carecía de valor, en absoluto, si no le acompañaba la inscripción.

Por el contrario, el régimen patrio tradicional se basaba en la teoría del título y el modo, en su concepción primitiva anterior a

la de Savigny. Y con arreglo a ella, la adquisición derivativa del derecho real exigía : a), un justo título o causa remota, y b), un modo o tradición, causa próxima. El justo título producía sólo la obligación de entregar la cosa, no integraba el derecho real ; por el contrario, la entrega o tradición de la cosa producía el derecho real, la adquisición del derecho real, siempre que mediara en su origen el justo título.

Tradición, a su vez, no era otra cosa que la desposesión de la cosa por el *tradens* y su toma de posesión por el *acciépens*. Estas desposesión y posesión, en su forma rudimentaria, se realizan materialmente. En muchos casos, ello no es posible, por lo cual, en una primaria espiritualización de la entrega material, se establecen las formas de tradición fingida, simbólica, larga mano, breve mano, constituto posesorio y la quasi tradición.

Y en una total espiritualización, se llegará a considerar innecesaria la tradición, bastando el consentimiento, ya que la transferencia de la cosa, su entrega y posesión, no son sino consecuencia lógica de aquel cambio de derecho existente, y a que se decide la voluntad. Esta concepción se manifestará en el Código civil francés, en su artículo 711, al declarar «que la propiedad de los bienes se adquiere y se transmite por efecto de las obligaciones» ; y en el 1.583, que respecto a la venta establece «quedá perfecta entre las partes y adquiere de derecho el comprador la propiedad desde el momento en que se ha convenido en la cosa y en el precio, aunque no haya sido todavía entregada la cosa ni pagado el precio» ; y en el artículo 938, «la propiedad de los objetos donados se transfiere al donatario sin necesidad de tradición» ; y, por último, en el 1.138, expresivo de que la obligación de dar convierte al acreedor en propietario de la cosa desde el instante en que ha debido ser cumplida, y, por consiguiente, aun cuando no intervenga tradición.

*Publicidad.*—Como término diferente de la tradición, si bien en íntimo enlace circunstancial con ella, se muestra a nuestro examen la publicación del acto adquisitivo del derecho real, mediante determinados requisitos. Su finalidad y fundamento ha variado en la historia ; en su primera época aparece como testimonio del dominio eminente de la comunidad, del señor territorial o de la familia ; después, tiene por fin proteger a los terceros contra el

fraude; y, en su última fase, la publicidad de las transferencias no es considerada exclusivamente desde el punto de vista del interés individual de los terceros adquirentes o acreedores, sino como elementos de la riqueza general y del bienestar de la sociedad.

Pero, en todo caso, en los países y doctrinas en que se admite el título y modo, tiende la publicidad a coincidir con las formas más o menos simbólicas de la tradición. Si al simbolizar la tradición mediante determinados requisitos formales se observa que estos requisitos cumplen a la par la necesidad de publicar la adquisición del derecho real, es fácil confundir conceptos y equiparar el modo y la publicación.

Pero ciertamente podrá percibirse siempre su diferencia, y como prueba concluyente de la misma, observar que en los países y doctrinas que rechazan la teoría del título y modo, como en Alemania, adquiere la publicidad amplios desarrollos, así como que ésta no desaparece del derecho en los países y doctrinas, como en Francia, en que se prescinde de la tradición.

Ha variado en sus medios de expresión, a compás de los fines perseguidos; así, en las selvas de la Germania era preciso para transmitir la propiedad, además del consentimiento y de la entrega de un símbolo—una rama—la presencia de hombres libres en representación de la tribu; en interés de la familia, la publicación es fónica en el Fuero Viejo de Vizcaya al ordenar que el acto o contrato por el que se adquieran, transmitan o graven bienes raíces sea pública y solemnemente declarado durante el ofertorio de la misa mayor que se celebre los domingos en la iglesia parroquial; como su fin individual exige la Roboración en los fueros municipales de algunas poblaciones de Castilla en los contratos de venta de bienes inmuebles; y el fin último social impone la inscripción en el Registro, en los países germanos.

La forma perfecta de publicación a que en su evolución ha llegado es la inscripción en el Registro de la Propiedad, mecanismo jurídico especial destinado a este solo fin.

Estudiamos aquí la publicidad como sinónimo de publicación, distinguiéndola de aquella idea nueva que aparece como consecuencia del deseo de dar efectos sustantivos a la inscripción en el Registro: efectos sustantivos de la publicación registral, en interés social, que reciben también el nombre de publicidad.

Continuamos el examen histórico iniciado ; la base 52, de Luzuriaga, fué aprobada, tal vez sin haber sido objeto de una meditada reflexión acerca de su alcance. Importada de Alemania, en la que su legislación e historia, así como el sentir jurídico, podían elevar la inscripción a elemento esencial de adquisición sin violencia alguna, en España significaba una forma bárbara de concebir el derecho con sacrificio de la delicada entraña jurídica patria, que, por otra parte, podría tal vez concebir un mejor y más fino ordenamiento jurídico inmobiliario.

Por ello, la Comisión de Códigos, reorganizada en 1848, al tratar de la venta, sostuvo conclusión diferente : Goyena manifestó que el dominio de la cosa vendida pasa, respecto de los contratantes, por su voluntad o consentimiento, sin que nada dijera respecto al tercero ; Luzuriaga, por su parte, sostuvo la base 52, pero añadió : «que en su concepto la traslación del dominio se realiza por la inscripción en el Registro y por la entrega» ; esta tesis fué impugnada por Bravó Murillo, diciendo : «que no debía hacerse depender la transmisión del dominio de diversos acontecimientos». Se tomó el acuerdo, por último, de que «la transmisión verificada por título de venta no debía depender de la inscripción en el Registro».

Quedaron así afirmadas dos ideas : que la tradición es diferente de la inscripción o publicación, y que sin inscripción es posible la adquisición del dominio.

Y simultáneamente, fué posible se dieran los siguientes supuestos : a), un justo título de transmisión del dominio sin el modo o tradición ; b), un justo título seguido de tradición, y c), un justo título, unido a la tradición, y completado con la inscripción

Supuestos que, a su vez, exigían una atenta regulación de efectos, que produjera una armónica relación entre ellos. Esta labor queda a cargo de las leyes civil e hipotecaria. A instancia de García Goyena la base 52 quedó modificada en la siguiente forma : «Para que produzcan el 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.»

Apresurada redacción, que será origen de toda posterior desorientación.

Aquí sólo nos interesa apuntar que el tercero de García Goyena es el jurídico vulgar antes definido: aquel que no intervino en el negocio constitutivo o traslativo.

*Ley Hipotecaria de 1861.*—Reflejo fiel de las expuestas ideas es la ley Hipotecaria de 1861, cuyos expositores de motivos muestran su espíritu directriz, con elocuentes palabras que reproducimos. Dicen: «Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título sólo produjera acción personal; pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa, y, por lo tanto, las acciones reales, que se dan para reivindicarlos, sólo nacieron de la tradición, o lo que es lo mismo, de la posesión de la cosa inmueble.

Por consecuencia de este principio, cuando alguno vende a dos la misma cosa, no es dueño el que primero la compra, sino aquel que tomó de ella posesión. Los romanos, a pesar de haber despojado el derecho antiguo de muchas formas groseras y materiales, creyeron siempre que un acto externo, público y que se pudiera apreciar por todos, debía señalar al que era dueño de la cosa inmueble. Este principio dominó también en los diferentes Estados que formaron nuestra gran unidad nacional si se exceptúa el reino de Aragón, en el que basta la reducción de un contrato de enajenación de inmuebles a escritura pública para que el dominio o el derecho real quede en el adquirente. Contra el principio romano se ha elevado otro en los tiempos modernos, que mereció ser adoptado en el Código civil francés. Separándose éste del derecho antiguo y de las reformas saludables introducidas por la ley de Brumario del año VII, buscó un principio más espiritualista, más filosófico, sin duda, pero más expuesto también a graves inconvenientes; el de que la propiedad se transmitiera, tanto respecto a los contrayentes como a un tercero, por el mero consentimiento.

No corresponde a la Comisión apreciar este principio cuando se limita a los mismos contrayentes; no toca a la ley de Hipotecas, al menos desde el punto de vista del proyecto, entrar en su examen; lo que de lleno cae bajo su dominio es desecharlo cuando se trata del interés de terceros que no han sido parte en el contrato, porque no se aviene bien con la lealtad y el orden de

las transacciones ; da lugar a que los acreedores sean defraudados, y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contrato y actos de que no ha podido tener conocimiento.

Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se consideran traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso ; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto de todos ; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor ; pero no respecto de otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción.»

Consecuentemente, la ley Hipotecaria se convierte en ley de terceros, y sobre este concepto giran todos sus preceptos. Da su definición en el artículo 27, y aplica al término «tercero» en los artículos 23, 25, 31, 33, 34, 36, 37, 69, 77, 97, 99, 156, etc.

Prescindimos de su examen detenido general, pues sólo nos interesa aquí examinarlos como fundamento de las siguientes conclusiones, interesantes para el fin que nos guía.

La primera idea que surge de su examen es que no es posible formar un concepto unitario del tercero de la Ley, porque, como afirma el señor Lacal, ésta llama así en cada caso al extraño a la situación jurídica que examina. Buena prueba de ello, el artículo 23 en referencia al 25 o a la definición del 27, que parten de supuestos contrarios : tercero respecto al negocio no inscrito, y tercero en relación al negocio inscrito.

Examinaremos, por tanto, concretamente el artículo 23 y los 25 y 27, como típicos de las dos clases de terceros a que se refiere la Ley, ya que los de los restantes artículos citados son susceptibles de reducirse a los anteriores.

«Artículo 23. Los títulos inscribibles que no estén inscritos en el Registro no podrán perjudicar a tercero.»

Si el tercero es el jurídico vulgar, o sea el que no ha sido parte en el negocio, la afirmación de que el negocio no surte efecto respecto de él equivale a afirmar que no es tal negocio entre

las partes, ya que, por ejemplo, una transmisión por compra, nunca podrá oponerla el comprador a quien la desconozca o rechace. Se hace preciso admitir que el tercero sólo será aquél que presente un interés contrario al comprador.

Pero ese interés contrario puede consistir en otro negocio a su vez no inscrito; v. gr.: otra compra posterior, ¿será tercero en este caso? No hay razón alguna para que un negocio no inscrito se detenga en sus efectos ante otro negocio posterior no inscrito.

Racionalmente, por tanto, será tercero en el caso del artículo que examinamos, el que, teniendo un interés contrario al negocio no inscrito, lo ha inscrito.

Plantea y resuelve así, en el fondo, los efectos de la inscripción o publicidad respecto de la adquisición de derechos reales, en oposición o en lucha con la misma adquisición de derechos reales ganada mediante el título y la tradición del Código civil sin acompañamiento de inscripción.

Si en vez de resolver el conflicto en forma negativa (no surte efecto) y mediante una idea de relación (tercero), se hubiera propuesto hacerlo en forma positiva, su redacción sería la siguiente: La inscripción produce un titular protegido que detiene y aun puede anular, en su exclusivo beneficio, y dentro de los límites de la inscripción, los efectos que entre las partes se derivan de los negocios en que sólo media el título y el modo del Código civil.

Con ello tendríamos expresado, siquiera confusamente, un primer principio de publicidad o efectos sustantivos de la inscripción, llamando así a los que exceden del hecho material de publicar el negocio.

Faltaría de todas suertes expresar el mecanismo mediante el cual se produce ese primer efecto de publicidad, a través del juego del Registro en sus inscripciones.

Veámoslo. Ha quedado eliminado el titular no inscrito y ha surgido automáticamente una relación entre dos inscripciones que se presentan frente a frente.

A. vende a B. (inscripción 1.º).—B. vende a C. (sin inscripción).—B. vende a D. (inscripción 2.º).

El juego del Registro efectúa la eliminación de C. y quedan frente a frente las inscripciones primera y segunda.

En el campo civil, la venta de B. a D. sería nula y nula la inscripción, por falta de dominio en el transmitente.

Sin embargo, en el juego registral, la inscripción ha producido la eliminación de C., y con ella la declaración de que era cierto el dominio de B., e inatacable la inscripción primera.

La Ley enuncia el efecto «C. se elimina»—por medio de un término confuso—, tercero en lugar de expresarlo mediante el artificio de que se vale: la inscripción posterior acredita en su favor la preexistencia del derecho en la forma establecida en la inscripción anterior de que se deriva.

Mas ¿qué consecuencia produce esto respecto del negocio no inscrito? En el caso examinado, deja de surtir efecto entre las partes, derivando en otras consecuencias, por ejemplo, devolución del precio, indemnización, etc.

El negocio de compraventa ha existido entre las partes, y en esa existencia se funda la devolución o indemnización. Pero no ha surtido los efectos normales de la compraventa, sino otros.

Puede enunciarse así: el negocio no inscrito se detiene en sus efectos entre las partes, derivándolos a otro, ante los negocios inscritos que los contradigan.

Concretemos más todavía:

A. vende a B. (primera inscripción).—B. vende a C. (sin inscripción).—B. crea una servidumbre a D. (segunda inscripción).

Sus efectos son: D. adquiere la servidumbre y para ello su inscripción vivifica la inscripción primera haciendo dueño a quien en realidad no lo es.

Pero esa presunción de dominio de B. se extiende tan sólo a servir de fundamento a la inscripción segunda, de D. o servidumbre. Se detiene en lo demás. C. puede alegar ante B. su carácter de dueño, dejando a salvo la servidumbre, e inscribiendo en su caso su título de compra.

Ahora, el enunciado anterior se completará así:

La inscripción acredita la preexistencia del derecho del transmitente en los términos que expresa a la inscripción de qué se deriva, pero tan sólo en la extensión precisa para que la inscripción segunda se apoye o funde en ella.

Y respecto del negocio no inscrito, el pensamiento se completará: El negocio no inscrito surte efecto entre las partes en cuanto

no contradigan los producidos por la inscripción contradictoria.

Concretemos más :

A. vende a B. una finca hipotecada a favor de H. (primera inscripción).—B. cancela la hipoteca (sin inscripción).—B. vende a C. (segunda inscripción).

La hipoteca subsiste, según el Registro, en perjuicio de C., dueño de la finca. C. puede pedir la inscripción de cancelación, fundado en la realidad. H. no puede exigir un nuevo pago de B. ni de C.

En el mecanismo registral se puede expresar así :

La inscripción segunda acredita la preexistencia del derecho del transmitente en los términos que expresa la inscripción de que se deriva, sin perjuicio de que el contenido restante de la inscripción pueda ser rectificado cuando no sea exacto restableciendo la coincidencia del Registro con la realidad jurídica en los límites que lo consienta el derecho del titular inscrito.

Idénticos razonamientos seguiremos al aplicar el artículo 23 a las ejecutorias del número cuarto del artículo 2.<sup>º</sup> y a los títulos declarativos del párrafo primero del mismo artículo, llegando a las siguientes conclusiones :

La inscripción produce un titular protegido que detiene en su exclusivo beneficio y dentro de los límites de la inscripción los efectos que se derivan de una declaración judicial de derecho anterior, o de una ejecutoria de incapacidad, no inscritas.

Los títulos declarativos de derechos y las ejecutorias de incapacidad se detienen en sus efectos ante los negocios inscritos con anterioridad que los contradigan.

El mecanismo del Registro actúa en la forma examinada : una eliminación—título declarativo o ejecutoria de incapacidad—y dos inscripciones frente a frente.

Respetado el juego registral, podrá restablecerse la coincidencia del Registro y la realidad jurídica. El título declarativo y la ejecutoria de incapacidad surtirán efecto y podrán inscribirse en cuanto no perjudique la inscripción contradictoria ya inscrita :

«Artículos 25 y 27. Los títulos inscritos surtirán efecto, en cuanto a terceros, desde la fecha de la inscripción. Tercero es el que no ha intervenido en el negocio inscrito.»

Se busca el tercero, según se aprecia, en relación a un nego-

cio inscrito; y se le define como aquel que no ha intervenido en el negocio.

El artículo 25 expresa un efecto de la inscripción empleando un impropio término general—«surte efecto»—y lo refiere al tiempo, desde su fecha.

Su significación primaria es: que el hecho de inscribir hace que no pueda el tercero o extraño alegar el desconocimiento del negocio, que, por lo tanto, corre su suerte sin detenerse en sus efectos por consideración a la posible ignorancia de quien no intervino; le libera de seguir la suerte del negocio no inscrito del artículo 23. Respecto del inscribiente, constituye la seguridad plena de que su negocio no se detendrá ante el extraño; que no existirá para él ningún tercero protegido por la Ley, como lo es el tercero del artículo 23.

En un examen más profundo, las palabras «surte efecto en cuanto a tercero» ¿pueden significar que éste ha de tener por cierto el contenido de la inscripción? El razonamiento del tercero será: si el contenido de la inscripción surte efecto para él cuando le perjudica y no puede alegar su inexistencia en favor de un derecho posterior que ganó, justo es que surta también efecto en su beneficio, cuando contrató fundado en ella; debe bastar para ello su calidad de tercero, el sentido amplio del artículo 25, y el hecho de haberse fundado en el Registro para su adquisición.

Vemos aparecer, completando el carácter de tercero, el hecho de alegar un derecho derivado de una inscripción.

Ese tercero sabe que si inscribe, todo otro interesado anterior que no haya inscrito su derecho, quedará postergado en virtud del artículo 23; y no ignora que, si no inscribe, no podrá fundarse para la defensa de sus pretensiones en el artículo 25, porque si él es tercero con arreglo al artículo 27—aunque no haya inscrito—también será tercero cualquier otro titular de un derecho no inscrito ganado anteriormente, o el de una acción de rescisión nacida con antelación. Necesitará, por lo tanto, inscribir para ganar la categoría de tercero del artículo 25, si quiere utilizarlo en su beneficio.

Tenemos así, nuevamente, dos inscripciones frente a frente: y entre ellas, una serie de derechos y acciones que correspon-

den a otras personas, pero que han de quedar sin valor ante la frase «surtirá efecto, en cuanto a tercero», que invoca éste a su favor.

Faltará todavía determinar el alcance de la frase anterior, saber qué efectos son los que puede asignar el tercero a la inscripción anterior, que por surtirlos desde su fecha en favor de su titular legitiman los adquiridos por el titular que en ella se fundó.

Se percibe fácilmente el círculo vicioso del razonamiento, su escasa consistencia, el sofísma que envuelve. Sin embargo, ésta parece ser la trayectoria de la ley.

Y no cuesta ningún trabajo observar que, en definitiva, se plantea un problema netamente de principios hipotecarios: valor sustutivo de la inscripción.

Si ésta no alcanza más que a publicar el negocio, que ha de correr su suerte siendo válido o nulo, según reúna o carezca de los requisitos de validez del negocio, el tercero corre la suerte del título en que se funda y en nada se beneficia con serlo. Si, por el contrario, la inscripción convalida totalmente el negocio nulo, las partes, no ya los terceros, tienen con ella un beneficio insospechado. Al llegar aquí, la Ley afirma: la inscripción no convalidará entre las partes los negocios nulos. Dejando vivo el problema de determinar cuáles son los efectos de la inscripción respecto del tercero; problema cuya trascendencia se muestra en las siguientes preguntas: ¿acreditará la preexistencia del derecho en el transmitente? ¿Alcanzará a mostrar su capacidad? ¿Acreditará la existencia o inexistencia de acciones de nulidad, rescisión o resolución?

Y en una empírica e incompleta contestación, la Ley pretenderá solucionarlo apelando nuevamente al tercero en los artículos 33 y 34 (Ley primitiva), 36 y 37.

Para mostrar en relieve la importancia del problema que plantean y su fracaso técnico, nada mejor que examinarlos concretamente en referencia a las prohibiciones de disponer.

El negocio inscrito muestra la existencia de un titular, al que asigna un determinado derecho real. El derecho del titular puede, a su vez, estar afectado de vicios de nulidad, nacidos de la carencia de aquellos requisitos precisos que para su adquisi-

ción señala la Ley ; título hábil, consentimiento, licitud de causa, preexistencia del derecho en el transmitente, etc., etc. Aun habiendo existido tales requisitos en su adquisición, pueden haberse alterado su posición de titular puro, por haber nacido una causa de resolución por incumplimiento en condiciones de que pendía, o una causa de rescisión nacida de la Ley en previsión de determinado suceso, o una limitación de sus facultades dispositivas. El contratante del segundo negocio inscrito se ha fundado, para su adquisición, en el primer contrato inscrito ; mas ¿en qué extensión?

Podemos distinguir : a), falta de capacidad en el transmitente (capacidad natural) ; b), falta de capacidad por las limitaciones de disponer del artículo 2.<sup>o</sup> de la ley Hipotecaria. Estas pueden entrar en el Registro mediante el mecanismo de la inscripción, de la anotación y el libro de incapacitados, y podemos deducir de ello que no deben perjudicar, si no constan publicados, al adquirente que se fundó en el Registro. (La Resolución de 17 de Mayo de 1898 reconoce validez a la enajenación realizada por el pródigio no anotado.) Pero la minoría de edad, por ejemplo, no entra en el Registro ; lo mismo los casos de hipnotismo, embriaguez, etc., etc. ; ¿se anulará el contrato en estos casos ?

Como norma de resolución, la Ley nos ofrece los artículos 33 y 34.

Dice D. Jerónimo González que los actos del menor se resuelven por el artículo 33 (y suponemos que los del pródigio, etcétera, por el 34). Y lo explica así : «Ante todo, se impone la separación de dos conceptos afines : capacidad y facultad dispositiva, el primero de los cuales hace referencia a potencias espirituales y el segundo a poderes patrimoniales.

La facultad de disponer corresponde normalmente al titular del derecho, como parte de un contenido ; pero pueden darse variaciones en dos sentidos : de un lado, cabe una facultad dispositiva sobre derecho ajeno ; de otro, puede estar restringida la correspondiente al titular. A este último grupo pertenece la restricción impuesta al quebrado, y en grado menor, es decir, con efectos más limitados, las prohibiciones de enajenar anotadas y las judiciales.

Las faltas de capacidad y las limitaciones de disponer se dis-

tinguen tanto en sus presupuestos como en sus efectos: las primeras, descansan en el derecho de la personalidad y tienden a proteger al incapacitado; las segundas, se imponen en interés general o de un grupo o de una persona determinada. El amparo que necesita el incapaz pesa más en el ordenamiento jurídico que los intereses del tráfico y la protección de la buena fe, por lo cual los acreedores que con ella hubieran procedido no pueden invocarla, aunque el Registro sea incompleto.

En cambio, la mayoría de las veces puede ser subsanado el poder dispositivo deficiente, por la falta de mala fe en el tercer adquirente. De aquí la inutilidad de inscribir las unas y la conveniencia de inscribir las otras, sobre todo cuando nacen de circunstancias de escasa publicidad.»

Cualquiera que sea la fuerza de los anteriores razonamientos, es de todas suertes evidente que con la Ley, como única fuente, no podemos precisar el alcance de la legitimidad de la inscripción, puesto que el artículo 33 dice que no convalida entre las partes los actos nulos, y el artículo 34 afirma que quedan por la inscripción convalidados los nulos, y ambos artículos se refieren a la misma persona, *el que adquiere e inscribe fundándose en el Registro*; luego, *para esa misma persona*, el mismo contrato unas veces será nulo (contrato con el menor), porque se le aplica el artículo 33, y otras veces será inatacable, porque se le aplica el artículo 34 (contrato con el pródigio). Y a ese contratante se le dirá simplemente que en unos casos es tercero y en otros no lo es, en vez de decirle, que *siendo siempre tercero—o no siéndolo nunca—*, unas veces no se le anula el contrato, porque la inscripción en que se fundaba alcanzaba a la acción de nulidad invocada (que queda inerte por la fuerza de la inscripción) y otras veces se le anula, porque no le alcanzaba la fuerza de integridad de la inscripción, y por ello puede invocarse la acción de nulidad.

Por la exposición anterior juzgamos fundamentadas las siguientes conclusiones:

1.<sup>a</sup> No es posible formar un concepto unitario del tercero hipotecario.

2.<sup>a</sup> El llamado por la Ley tercero en cada relación jurídica que examina excede del contenido de tercero jurídico vulgar, ca-

racterizándose por enfrentar dos inscripciones, y relacionar tres o más estados jurídicos.

3.<sup>a</sup> Que siempre se emplea el término «tercero» para significar un efecto de inscripción o publicidad registral.

4.<sup>b</sup> Que el mismo efecto propuesto no se expresa con claridad en la Ley, debido, en parte, al empleo del término inadecuado y confuso de «tercero», y en parte, a faltar en el legislador un concepto exacto de los principios hipotecarios que sirven de punto directriz para fijar los efectos de la publicidad registral, eje del nuevo ordenamiento inmobiliario.

Esta dependencia, del tercero hipotecario, a los principios hipotecarios, como término de expresión de éstos en la Ley, por medio de los efectos de la misma, ha sido percibida por D. Jerónimo González y expuesta en una de sus lecciones: «El concepto de tercero no es, como se piensa, el quicio sobre el que hayan de girar todos los desarrollos hipotecarios.

En ocasiones este concepto sólo aparecerá definido por el juego de un principio o la aplicación de una regla general.»

Esta idea clara, luminosa, ha permanecido oculta para los restantes tratadistas, que, por el contrario, se han obstinado en dar una idea definida del tercero hipotecario, como base de la interpretación de la Ley, sin que el éxito les haya acompañado; así, Calderón Neira (*Estudios hipotecarios*, cap. II). Moscoso (*Nuevo tratado de legislación hipotecaria de España y Ultramar*). Morell y Terri (*Comentarios a la ley Hipotecaria*). García Guijarro (*Bases del Derecho Inmobiliario*).

Por su parte, el Tribunal Supremo, con su característico sentido jurídico, ha llevado a la práctica la idea, imponiendo los principios hipotecarios que faltaban en la Ley, valiéndose para ello del concepto de tercero: lo deforma, lo altera, lo modifica de tal modo, que al delinear su figura jurisprudencialmente, introduce en el sistema los principios justos de que carecía.

Las Sentencias de 8 de Octubre de 1885, 6 de Mayo de 1886, 11 de Enero de 1895, 5 de Abril de 1898, 9 de Julio de 1900, 13 de Mayo de 1903, 24 de Marzo y 14 de Octubre de 1905, 23 de Marzo de 1906, 13 de Mayo de 1908, 7 de Noviembre de 1911, 11 de Febrero de 1912 y otras, niegan la cualidad de tercero hipotecario a quien tuvo conocimiento de las condiciones con que

se verificó la adquisición, aun cuando éstas no consten en el Registro, ya que ese conocimiento se derive de actos realizados por el supuesto tercero, ya de hechos que tienen que herir forzosamente los sentidos, como acontece con determinadas servidumbres aparentes. Así da entrada el Tribunal Supremo al principio de la buena fe.

Las Sentencias de 7 de Mayo de 1902, 24 de Enero de 1907 y 11 de Octubre de 1909 niegan ese carácter a los herederos o sucesores, abriendo en tal forma la prueba al principio de la onerosidad.

Características y principios que son recogidos por Gayoso Arias y Aragonés y Carsi en sus definiciones del tercero hipotecario.

Volviendo a la idea recogida por D. Jerónimo González, no parece difícil completarla: «El concepto de tercero es innecesario, sobra en la Ley.»

E igualmente parece fácil reconstruir el sistema inmobiliario actual, en un nuevo ordenamiento *que excluya al tercero*, recongiendo los principios fundamentales en un articulado adecuado.

JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI,

Notario

(Continuará.)