

# Determinación de los derechos susceptibles de trascendencia registral <sup>(\*)</sup>

## I.—PROBLEMAS DE LA DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS SUSCEPTIBLES DE ELLA.

Nuestro Registro de la Propiedad es un Registro de títulos, de públicas titularidades. Pero éstas se refieren a derechos. Apoyándose en el art. 2.<sup>º</sup> de la Ley, se afirma que las titularidades inscribibles se concretan a los derechos reales inmobiliarios, e incluso que el arrendamiento inscrito se convierte en derecho real.

De ahí, nuestra doctrina hipotecaria ha querido deducir una doble consecuencia. Primera: que para decidir si un derecho es o no inscribible hay que determinar si es real o personal. Segunda: que todo derecho inscrito es real y, por tanto, perjudica a todo tercero adquirente.

De ambas consecuencias se han deducido colorarios equivocados. Especialmente por la tendencia de la Dirección General de los Registros y aproximarse a la doctrina del *numerus clausus*.

Afortunadamente, desde el núm. 5.<sup>º</sup> del art. 2.<sup>º</sup> de la Ley Hipotecaria al art. 14 del Reglamento, que respectivamente admitie-

---

(\*) Este trabajo es el texto de la conferencia que inauguró el Curso conmemorativo de la Ley Hipotecaria de 1861, organizado por el Colegio Notarial de Las Palmas, leído por su autor en la Casa-Colegio el 17 de septiembre de 1960. Se publica en esta Revista con la amable autorización de la Junta Directiva de dicho Colegio, cordialmente transmitida por su Decano.

ron la inscripción de los arrendamientos que reunieran determinadas circunstancias y del que llama «contrato de opción», en ciertas condiciones, ha predominado en bastantes ocasiones el buen sentido finalista y realista prescindiendo de razonamientos conceptuales.

Con este mismo buen criterio se ha apreciado y se aprecia también, algunas veces, la inseparabilidad en un título inscribible de los elementos reales y algunos pactos obligacionales que con aquéllos integran un todo unitario. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1955 declaró que la cláusula penal establecida en el título constitutivo de una servidumbre voluntaria *in non faciendo*, para el caso de que el titular del predio sirviente contraviniere lo pactado, implica una estipulación accesoria de la servidumbre, inseparable de ella, que una vez inscrita en el Registro, afecta a cualquier adquirente del predio sirviente al que obligaría si cometiera la infracción.

Con igual buen criterio se inscriben sin discriminación los estatutos de comunidades de casas por pisos, en los que hay pactos relativos a la distribución de gastos y a determinadas prohibiciones de carácter obligatorio, pero que son inescindibles de la relación de comunidad. Igual ocurre, sin duda, con los reglamentos de comunidades de aguas, y en general con casi todas las comunidades, o con aquellas servidumbres que requieren para su uso el cumplimiento de determinados deberes de conservación por parte del dueño del predio sirviente.

## II.—OBSERVACIONES CRÍTICAS A LA DISTINCIÓN TOTALITARIA Y ABSOLUTA DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES EN REALES Y PERSONALES Y, AL MÉTODO Y PRINCIPIOS QUE HAN LLEVADO A ELLA.

Sin duda, los autores de la Ley Hipotecaria de 1861 se hubieran asombrado del conceptualismo que en un siglo se ha desarrollado en torno a su obra. Ellos no eran pandectistas. Colocaron la colección *y otros cualesquiera reales*, en el núm. 2 del art. 2.<sup>o</sup> de la ley, pensando únicamente, con sentido jurídico práctico, en dejar abierta la puerta de acceso al Registro a otras figuras típicas o atípicas análogas a las expresadas.

El método dogmático de inversión aún no había prendido entre nosotros.

A) *Pero la distinción es equivocada, incluso conceptualmente.*

a) Es sabido que la tesis clásica apoyó la distinción de los derechos reales y de crédito en la inmediatividad respecto la cosa de los primeros y en la existencia en los segundos de una persona obligada a realizar una prestación.

La posibilidad de inmediatividad entre persona y cosa fué negada por primera vez por la llamada teoría obligacionista que consideró imposible toda relación jurídica entre personas y cosa. Antes Kant había excluido la posibilidad de relación nouménica entre persona y cosa.

Pero prescindiendo de ese ataque que, como luego expondremos, no parece certero, es lo cierto que la inmediatividad no existe en la hipoteca, en los censos consignativo ni reservativo, ni en otras figuras señaladas como derechos reales. Falta en ellas el *iubere licere* y toda posibilidad de acción inmediata. Como dice BECQUÉ, la hipoteca es una afeción abstracta e inmaterial, sin la inmediatividad característica del derecho real. El interés del titular únicamente puede ser satisfecho con una prestación del deudor, del tercer poseedor u otra persona o por un procedimiento ejecutivo, pero nunca directamente.

RIGAUD reemplaza la fórmula del señorío de goce, por la innecesidad de intermediario alguno personalmente obligado para ejercitarse el derecho real. La cual, no creemos salve la objeción relativa a la hipoteca y a los censos, pues la venta forzosa de la cosa hipotecada no es más que una forma de realización coactiva del crédito asegurado.

Por eso, Giorgianni ha querido sustituir la *inmediatividad* por la *inheritencia*, que supone vinculación de la cosa y no requiere actuación inmediata. Entonces cabría distinguir unos derechos con inmediatividad y sin inheritencia (los arrendamientos de la Ley *Emptorem* o del art. 1.571 C. c.) y otros sin inmediatividad, pero con inheritencia (hipoteca, censos, opción). Además, la inheritencia la hallamos en la protección de expectativas, que no son aún derechos, a través de la previa sujeción de la cosa a un interés no

ejercitable de presente (fideicomisos, reservas, tanteo o retracto antes de que se dé su posibilidad de actuación).

La *inheritencia* llevaría consigo la *reipersecutoriedad*. Pero resulta que la reipersecutoriedad puede faltar en algunos derechos reales. Así ocurre en Derecho francés (art. 2.279 C. c. fr.) con la propiedad mueble, y, entre nosotros, en el supuesto del art. 85 del Código de Comercio, y también en la propiedad inmueble inscrita a nombre de un no propietario, pues el propietario no poseedor y no inscrito, por el juego del art. 34 sin el freno del 36 de la Ley Hipotecaria, se puede ver imposibilitado de reivindicar.

En cambio, hay derechos personales que pueden, en ciertos casos, tener reipersecutoriedad aunque sólo sea frente a terceros de mala fe. Así sucedía: con el *ius ad rem* y recoge nuestro artículo 1.473, párrafo 2.º; en la *actio in rem verso* y en la Pauliana subsidiariamente, como sigue teniéndola, conforme los arts. 1.295 y 1.298 del Código Civil.

b) Según la tesis que niega la posibilidad de relaciones jurídicas entre personas y cosas, el derecho real no puede caracterizarse por la inmediatividad, ni siquiera por la *inheritencia*. Entonces se sustituye esa característica por la *absolutividad*, que se pretende explicar: bien por la llamada *obligación pasiva universal* (WINSCHEID, AUBRY et RAU y, todavía, por PLANIOL); o por el efecto reflejo de las normas, como consecuencia de las prohibiciones impuestas por éstas a otras personas, o a todo el mundo excepto al titular (THON). Con lo cual, el derecho subjetivo resulta ser el vacío de lo lícito y jurídico, y, según los procesalistas, el dominio y los derechos reales sólo son el producto procesal del ejercicio de la acción reivindicatoria o de la acción real correspondiente («expectativas de acción procesal» las denominó THON).

Pero, los derechos, ¿son absolutos o relativos por su esencia o sólo lo son por razón de la posibilidad de mantener fácticamente su eficacia sobre su contenido? CABRILLAC, al ocuparse de las garantías reales mobiliarias, capta la realidad de la segunda alternativa al observar que, según cuál sea el objeto de la garantía, es decir según su individualidad, identificabilidad y permanencia o consumibilidad, la garantía oscila desde tener una eficacia suficientemente real a necesitar apoyarse en actos obligacionales del sujeto pasivo.

Por una parte, DEMOGUE observó que el deber general de respeto alcanza incluso a los derechos de crédito. Solamente el contenido menos fuerte de éstos hace que la absolutividad general, no resulte efectiva.

Recientemente, después de la aportación de GERNHUBER en el libro homenaje a NIKICH, concluye LARENZ, recogiendo la tesis de aquél, que el principio de las relaciones obligatorias solo surten efecto entre las personas que directamente participan en ellas, es abandonado, cada vez más, para sostener la producción de esos efectos también frente a terceras personas.

Y este mismo año, el profesor de la Universidad Hebraica de Jerusalén, S. GINOSAR, ha afirmado que el análisis de todo derecho de crédito ofrece dos relaciones jurídicas distintas y coexistentes, una relativa y otra absoluta, que tienen el mismo sujeto activo, pero sujetos pasivos diferentes; y que: la relación relativa constituye la sustancia del crédito, mientras la relación absoluta asegura simplemente el señorío al acreedor y la protección respecto a terceros.

De otra parte, el interesantísimo libro de VITTORE COLORNI, *Per la storia della publicitá inmobiliare e mobiliare*, nos demuestra que no eran *absolutos* el dominio quiritorio ni el bonitario, pues el titular del segundo podía oponer al primero, si de éste obtuvo la cosa por tradición, la *exceptio rei venditae et traditae* y el dueño bonitario que no adquirió del *vero domino* quiritorio podía ejercitar la acción publiciana contra todos, menos contra éste a quien nada podía oponer si le demandaba la cosa.

Hoy día, como ha reconocido SALEILLES, la propiedadmobiliaria es relativa. FUNAIOLI ha sostenido la relatividad de la propiedad tanto de muebles como de inmuebles. Para nosotros, según expresamos en nuestro trabajo *La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del art. 464 del Código Civil*: El dominio absoluto de los bienes muebles sólo puede demostrarlo el poseedor que no haya dejado de poseerlos desde su adquisición originaria (ocupación, accesión, especificación) o que justifique su usucapición (artículos 1.955, 1.956, 1.960). En cambio, para que un poseedor sufra la reivindicación de la cosa mueble por él poseída en concepto de dueño, es suficiente que el reivindicante pruebe haberla perdido o haber sido privado de ella ilegalmente. Pero esta prueba no

justifica el dominio, pues no garantiza que, a su vez, otra persona haya perdido o haya sido privada ilegalmente con anterioridad de la misma cosa. Por tanto, esta acción sólo puede ser catalogada de bonitaria, como reivindicatoria provisional que protege a toda persona que perdió una cosa mueble o que fué privado de ella ilegalmente. Pero es eficaz frente a todos, excepto: de una parte, contra quien, a su vez, con anterioridad la hubiera perdido o hubiese sido privado de ella ilegalmente y sin que su derecho haya prescrito aún, y, de otra, contra quien demuestre haber usucapido la cosa—aunque sea completando el tiempo de su posesión con la del causante (artículo 1960, número 1)—después de la pérdida o privación ilegal sufrida por el actor.

Además, es de notar que los derechos reales limitados (es decir, todos menos el dominio y la enfiteusis)—según han observado ARANGIO RUIZ, NATOLI y MESSINEO—sólo confieren a su titular acción contra quien lo sea del fundo gravado. Carecen, pues, de acciones directas contra las inmisiones de terceros ajenos a la cosa, excepto las meramente posesorias.

De la *absolutividad* se hace derivar la *preferencia*, que RIGAUD considera como característica meramente natural del derecho real. Pero a veces el legislador refuerza algún crédito dándole preferencia, incluso sobre derechos reales anteriores. Así, el artículo 44 de la Ley del Contrato de Trabajo señala la prioridad del cobro de los jornales de la última semana o del sueldo del último mes, sobre todo otro derecho, aunque sea de carácter real. Preferencia semejante, aunque limitada a la prioridad sobre derechos reales posteriores, puede conseguirla cualquier crédito a través de las anotaciones preventivas (arts. 1.921 y sigs. del Código civil).

c) El eclecticismo—característico de gran número de tratadistas, entre los que actualmente es tal vez BARASSI su más distinguido sostenedor—ha llevado a soluciones mixtas o híbridas que destacan el dualismo del lado interno y el lado externo de los derechos reales, a los que, respectivamente, asignan el señorío sobre la cosa y la absolutividad del derecho.

En 1949, al escribir nuestro libro *La hipoteca del derecho arrendatario*, observamos que «las soluciones eclécticas suman un nuevo defecto a los que ya tenían las posiciones que pretende conjugar. Han de fijarse en varios datos para caracterizar la preten-

dida figura del derecho real. Y es frecuente que esos datos se muevan en direcciones distintas. Entonces o hay que aceptar la existencia de situaciones difusas, o bien el eclecticismo se pierde. Así sucede cuando se quiere atender, a la vez, a la inmediatividad y a la universalidad, y alguno de estos caracteres falla o aparece dudoso, limitado o mediatizado».

En enero de 1950 publicaba ERNESTO TILOCCA, en «Archivio jurídico», su trabajo *La distinzione tra diritti reali e diritti di credito* (del que publicamos una recensión el año siguiente en «Anuario de Derecho Civil»), y en ese trabajo hizo notar que los llamados elementos interno y externo del derecho real eran contradictorios, pues: «Si el titular del derecho real, para gozar del bien objeto de su derecho tuviera necesidad del cumplimiento por sus coasociados de la presunta obligación negativa, sería lógico concluir confesando que incluso el sujeto activo de la relación real requiere la colaboración de aquellos sujetos pasivos, que se interpolan entre el sujeto activo y los bienes». De ese modo queda planteado un dilema. O bien el poder del titular de un derecho real es inmediato como el del acreedor, o bien, de ser inmediato, es que no existe tal interpolación, y, por tanto, el deber de abstención de la colectividad no integra el derecho del titular, sino que se halla fuera del mismo como un reflejo de los deberes de corrección social y de dar cumplimiento a las normas jurídicas. Inmediatividad y derecho *erga omnes* son, pues, conceptos incompatibles.

d) A partir de DEMOGUE—en cuyas manos, como un juguete entre las de un niño travieso, se rompe la tesis obligacionista al llevarla a sus últimas consecuencias—, van siendo cada vez más numerosos los autores que niegan la distinción entre derechos reales y de crédito.

Ultimamente los autores tienden a abandonar la simplista dicotomía y observan una mayor complejidad.

PACHIONI distingue relaciones personales y reales coexistiendo tanto en unos como en otros derechos. Una real, de derecho, sobre una cosa o un patrimonio, y otra personal, de haber, con su sujeto pasivo más o menos concreto y determinado, obligado positiva o negativamente.

GIORGIANI distingue: las obligaciones (contrapuestas a un poder del acreedor a exigir su cumplimiento), los derechos de goce

(caracterizados por la inmediatividad, con o sin inherencia); los derechos de garantía (con inherencia, pero sin inmediatividad), y los derechos potestativos.

CARNELUTTI hace actuar dinámicamente varios dualismos de las situaciones poder y deber. Aquellos concretados en la *potestad* (*iubere iusum*, o posibilidad de determinar la conducta ajena), la *facultad* (*agere licere* o posibilidad de desarrollar el interés propio) y *derecho subjetivo* (*iubere licere* o posibilidad de determinar la conducta ajena para realizar un interés propio). Y las de deber en: la *sujeción* (imposibilidad de determinar la propia conducta); *vínculo* (imposibilidad de desarrollar un interés propio) y *carga* (imposibilidad de determinar la propia conducta por la realización de un interés propio). Las dos primeras figuras de poder las contrapone a la primera de deber, y las dos segundas de deber, a la tercera de poder, y dichos dos grupos de dualismo corresponden, respectivamente, a las que llama relaciones instrumentales y materiales.

TILOCCHA concibe el derecho real como un derecho intransitivo, o sea, una situación ventajosa aislada; mientras el crédito es un derecho transitivo, o sea, una situación subjetiva ventajosa, cobijada en una relación subjetiva onerosa. Por lo cual, entiende que de los derechos patrimoniales sólo el crédito necesita la existencia de una verdadera obligación y, por tanto, de una verdadera relación jurídica. Y deduce como corolarios: Que las llamadas obligaciones *propter rem* suponen en un aspecto activo verdaderos créditos, puesto que enlazan con una relación inter-subjetiva onerosa. Y, en cambio, que los llamados derechos reales de garantía no son derechos reales, aunque tampoco meras instituciones procesales.

Y GINOSAR—en el trabajo más reciente sobre ese tema—clasifica los activos patrimoniales en propiedad de bienes corporales y propiedad de bienes incorporales, entre las cuales coloca los derechos relativos, en los que subdistingue los tradicionalmente llamados derechos reales limitados y los derechos de crédito, que diferencia sustancialmente entre si por qué en éstos el sujeto pasivo se halla personalmente determinado, mientras en aquéllos lo está *ob rem*, porque siempre lo será quien sea propietario de la cosa a que el derecho limitado se refiere.

MANUEL FAIREN, al concluir en «Revista de Derecho Notarial»

su repaso de las soluciones doctrinales, históricas y modernas en torno a esta distinción, confiesa que la situación doctrinal lleva a una actitud pesimista en torno a la potencia construciva de la teoría jurídica general y de la distinción entre los derechos reales y de crédito en particular.

Por nuestra parte hace más de diez años habíamos afirmado que:

«Desde un punto de vista analítico, el problema de fronteras [de esa distinción] no puede resolverse nunca con precisión. Los supuestos que se ofrecen como más claros y diferenciados para distinguir el derecho real y el de crédito, son los de *ser dueño de una cosa* y *ser acreedor de la obligación de entregar* [*transmitiéndola*]. Y es el caso que se llegan a oscurecer sus diferencias con la figura intermedia del *ius ad rem*, y casi a borrarse totalmente con la concepción francesa de la compraventa consensual y traslativa del dominio.»

«Pero donde la linea divisoria nos resulta más relativa—añadimos—es cuando paragonados la prenda y el derecho de retención, la hipoteca con la anotación de embargo o de créditos refeccionarios, la enfiteusis y el arrendamiento a largo plazo, la superficie perpetua y la temporal, etc., o cuando observamos las figuras del usufructo de crédito, de la subhipoteca, las prendas de créditos y de cosas futuras, etc.»

«En suma—concluímos—, esta distinción tan clásica de los derechos patrimoniales llega a ser una mera cuestión de apreciación, de mera visibilidad. Cuando se destaca más el aspecto activo que el pasivo de la relación, se habla de los derechos reales, y en caso contrario de las obligaciones. Como todo lo que es susceptible de apreciación es algo relativo, que depende del rasero o unidad con que se mida en cada uno de sus aspectos.»

«Claro está, pues—preveníamos—, que de una clasificación relativa no podemos deducir dogmáticamente ninguna consecuencia suficientemente sólida para aplicarla a la realidad, como si aquella conclusión fuera de un valor absoluto.»

B) *Metódicamente el conceptualismo dogmático deriva del idealismo cartesiano, y participa por tanto, de su erróneo punto de partida.*

«Todo el cartesianismo, y en cierto sentido todo el pensamiento

moderno—nos explica ETIENNE GILSON—, remontan a la noche de invierno de 1619 en Alemania, en la cual, junto a una estufa, DESCARTES concibió la idea de una matemática universal». Su decisión fué aplicar el método de una ciencia particular, la matemática perfectamente válida para determinada esfera de objetos, a la esfera total de los objetos del saber humano. Decretó así, *a priori*, la validez para todas las ciencias del método de una sola.

En su obra *Realismo Metódico*, sigue explicando GILSON que «la primera consecuencia del matemacismo cartesiano, y de la que derivan todas las demás, era la obligación que imponía al filósofo de ir del *pensar* al *ser*, e incluso definir siempre el *ser* en términos de *pensamiento*. Para el matemático el problema de la esencia prevalece siempre sobre el de la existencia; el verdadero círculo y el verdadero triángulo son la definición del círculo y del triángulo, no siendo las figuras empíricamente dadas en la experiencia más que aproximaciones de sus definiciones».

ARISTÓTELES—como luego SANTO TOMÁS DE AQUINO—habían tomado como punto de partida el ser, incluyendo en él al pensamiento: *ab esse ad nosse valet consequentia*. DESCARTES y después KANT, tomaron como base el pensamiento, incluyendo en él al ser: *a nosse ad esse valet consequentia*, con la diferencia entre ambos de que KANT tomó como modelo metódico el de la física, en lugar de la matemática como DESCARTES.

La naturaleza de las cosas se sustituyó como primera evidencia por los conceptos puros. Eso mismo se hizo también en el campo del Derecho a partir de la Pandectística alemana.

Pero: «Una aplicación sistemática del método matemático a lo real no podrá tener como resultado inmediato más que sustituir a la complejidad concreta de las cosas un cierto número de ideas claras y distintas, concebidas ellas mismas como verdadera realidad.»

Por eso—como ironizó IHERING al examinar su aplicación al campo jurídico—«los conceptos no soportan el contacto con el mundo real. Donde ellos viven y deben dominar, ese mundo, con todo lo que le pertenece, debe quedar aparte. En el mundo de los conceptos... no existe la vida en el sentido nuestro, no existe más que el imperio de los pensamientos y conceptos abstractos, que, independientemente del mundo real, se han formado por el camino

lógico de la *generatio equivoca*, y repudian todo contacto con el mundo terrenal».

Es tan conocida como gráfica la comparación al *herbarium* que de los conceptos jurídicos hace ROSCOE POUND. «En el *herbarium* existen formas típicas..., escogidas por el coleccionista, porque se ajustan de la manera más aproximada a la descripción que el mismo se ha formado; son prensadas, secadas y clasificadas, y debajo de ellas se escriben los nombres de una flora ideal. Y no cabe duda que nos ayudan a entender las plantas; pero basta con que nos tomemos la molestia de contemplar detenidamente la naturaleza que se manifiesta en el campo para que nos demos cuenta de que el *herbarium* la ha despedazado...»

Los conceptos y las clasificaciones conceptuales deben y sólo pueden servir, respectivamente, como *gramática jurídica*—para entendernos—y como *medio de ordenación*, puramente didáctico, sin darle más valor que a la colocación de los libros en una biblioteca.

En cambio, el conceptualismo pretende tomar esos conceptos y esas clasificaciones como base de razonamientos y quiere deducir de ellos consecuencias aplicables a la vida.

El conceptualismo jurídico ha llegado a invertir de tal modo las cosas, sacando los conceptos de su mundo ideal, que algunos de sus conceptos los ha querido elevar a la categoría de realidades ontológicas; otros, que eran realidades jurídicas, pero no ónticas, pretendió convertirlas en objetos reales; alguna vez ha querido cosificar un mero *nomen iuris*. Además, se ha saltado alegremente de las categorías lógicas a las consecuencias reales, olvidando—como ha observado el filósofo neorrealista NOËL, en sus *Notes d'épistémologie thomiste*—que «de un gancho pintado en una pared no se puede colgar más que una cadena igualmente pintada en la pared».

Pero el idealismo cartesiano—según el mismo GILSON—olvida que la evidencia de las conclusiones matemáticas se deben, en parte, a la extremada simplicidad de su objeto. «Las mismas Leyes de orden abstracto que, aplicadas a la cantidad, producen esa ciencia exacta que llamamos Matemática, no traen por resultado más que generalizaciones arbitrarias en cuanto se las aplica a objetos más completos que la cantidad.»

«Abstraer—afade—no es primariamente prescindir de algo, sino

apoderarse de algo; por eso las abstracciones son conocimiento. De ahí que antes de emplear el método matemático a objetos no dotados de cantidad se debiera recordar que nuestras nociones abstractas sólo se pueden aplicar con validez a lo que posee en realidad; en segundo lugar, se debería estar seguro de que el contenido de estos conceptos no cuantitativos constituye un objeto analizado o analizable de modo tan pleno como los números, figuras y posiciones en el espacio, y en último, aunque no menos importante lugar, habría que tener presente que toda conclusión deducida de objetos no completamente analizados o analizables necesita aún, por más corrección lógica que tenga, la evidencia específica de las conclusiones matemáticas».

Es decir, el idealismo metódico no sólo es erróneo en su base (partir de las ideas y no de la realidad, sin captar totalmente ésta en aquéllas), sino que, además, es ilógico en su desarrollo lógico.

El pandectismo aplicó a su dogmática el método llamado de inversión. Con ello olvidó las dos primeras observaciones anteriores al elevar a dogmas sus conceptos, y violó la tercera al deducir sus conclusiones. La regla general (verbigracia, «todos los derechos reales son absolutos»), utilizada por ese método como premisa mayor, en virtud de no comprender el supuesto de facto a resolver (pues si lo tomara ya no habría problema), no será nunca lo suficientemente general ni amplia para poder subsumir la asimilación intentada en la premisa menor (clasificatoria del supuesto de hecho, verbigracia, «la prenda sin desplazamiento es derecho real»).

Y así el término medio de ambas premisas (es decir, el concepto, verbigracia, en nuestra misma hipótesis: el de derecho real) será siempre ambiguo en la premisa menor, puesto que al elaborarlo no se tuvo en cuenta el nuevo supuesto que trata de subsumirse, o no será universal por no haberse comprendido ese supuesto en la abstracción de aquel concepto. Así, inevitablemente, al utilizar el método llamado de *inversión*, o bien se deduce lo que ya se había inducido al elaborar la regla general (resultado inútil) o bien se infringen las reglas lógicas 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> de los silogismos: «El término medio tiene que ser universal, por lo menos en una

de las premisas, y no puede ser ambiguo» y «ningún término puede tener más extensión en la conclusión que en las premisas».

Ese defecto se acentúa en el campo jurídico, porque de una parte olvida el aspecto esencial y permanente del Derecho—la realización de la justicia—y, de otra, porque también prescinde de sus particularidades contingentes y mudables e impide su progreso.

En el primer aspecto, el conceptualismo no agota lo jurídico en cuanto lo aisla de la vida, de la moral y del sentido de lo justo.

Bajo el segundo aspecto observó GENY que «considerar dotadas de realidad objetiva permanente concepciones ideales de índole provisional y puramente subjetiva», conduce «al abuso de hacer residir *a priori* todo el sistema de derecho positivo en un número limitado de categorías lógicas predeterminadas por esencia, inmutables en sus fundamentos, regidas por dogmas inflexibles, impropios, por tanto, para acomodarse a las mudables y varias exigencias de la vida».

En esta frase—digamos de paso haciendo un aparte—se encierra la mayor crítica al criterio del *mumerus clausus* de los derechos reales o de los derechos inscribibles. Sistema cómodo para los funcionarios, pero antijurídico en su esencia.

C) *El concepto de derecho subjetivo es un preconcepto inadecuado para captar la realidad jurídica en su totalidad.*

Una de las características de los métodos puramente idealistas (es decir, de los que construyen sobre ideas y no sobre realidades vitales) es la de abstraer sólo una parte de la realidad, olvidando la otra o pretendiendo relegarla fuera del campo jurídico. Es más fácil construir sobre ideas y conceptos simples que sobre la diversidad, heterogeneidad y variabilidad que la realidad nos ofrece. Por eso se arroja como un lastre lo que estorba para construir los conceptos.

La ciencia del Derecho moderno se montó inicialmente sobre la visión individualista formulada por KANT, de la que WINSCHEID derivó que «el Derecho no conoce deberes sin su correspondiente derecho; conoce sólo deberes como correlativos de derechos».

No es, pues, extraño que toda la dogmática pandectista se estructura sobre el concepto del derecho subjetivo. Así se ha tratado

de construir una especie tipificada de derecho subjetivo para cada posición específica protegida por el Derecho, y de clasificarla, en primer lugar, en una de las dos categorías más generales. Es decir, en la de los derechos reales o en la de los créditos. Y después, con intento de precisar más, en otras subcategorías más concretas.

En cambio, con una visión realista, podemos distinguir en la actuación de los sujetos, jurídicamente protegidos, notables variaciones y tonalidades. Dependientes de la actuación de los sujetos principalmente obligados, de la posición y titularidad de los detentadores y poseedores del objeto, y de la misma esencia, existencia y estructura de éste. Diversidades, a veces, no captadas por la pandectística, o que, en otras ocasiones, causaron la desesperación de sus epígonos, como, verbigracia, en las hipótesis de la prenda de créditos o del usufructo de cosas consumibles.

El titular de un derecho lo defenderá de modo diferente, según se trate de un fundo, de una cosa mueble o de un crédito; según cuál sea la agresión que sufra y la posición jurídica o antijurídica que adopte el invasor. Las acciones de reivindicación, las negatorias, posesorias, indemnizatorias, etc., que el propietario puede utilizar, indican que la posición del sujeto jurídicamente protegido se traduce en derechos diversos, según las circunstancias en las cuales necesite hacer valer su posición jurídica.

Hemos recordado antes la observación de CABRILLAC, de que el contenido de las garantías reales sin desplazamiento era diferente según las características y circunstancias del objeto de la garantía, que determinaban el predominio de lo personal y obligatorio cuando la dificultad de identificación, fungibilidad o consumibilidad de la cosa diluían su eficacia real.

Eso ocurre incluso en la propiedad. Constátese las diferencias entre la propiedad inmueble y lamobiliaria y los diversos matices de ésta. Recuérdese que en Derecho romano clásico la propiedad no sólo era protegida por acciones reales, sino también con acciones personales contra los *ficti possessores* y contra quien dejó de poseer dolosamente. PUIG BRUTAU destaca que hoy el dominio da lugar también a acciones puramente crediticias e indemnizatorias.

Acabamos de concluir un largo trabajo de investigación acerca de la reserva lineal y hemos comprobado en él, cómo la protección

de un interés familiar da lugar primero a una expectativa protegida por una sujeción del reservista y con posibilidad, en ciertos casos, de exigir la adopción de determinadas de seguridad; que después, una vez consolidada la reserva, puede realizarse a través de la herencia testada o intestada del reservista, con juego o no de especiales *accretio* y *successio graduum et ordinum*; mediante un legado; ejercitando el juicio de testamentaria del reservista, como acreedores que son los reservatarios del deber de reservar; mediante acciones reales, reclamando la reversión lineal a los herederos del reservista o actuando la reivindicación lineal contra los adquirentes singulares de algún bien reservado; ejercitando la hipoteca en garantía de las devoluciones legalmente previstas, o bien la acción crediticia, al mismo fin, que sólo podrá alcanzar a terceros si son *concius fraudi*, y, subsidiariamente, a las cosas en poder de éstos, que, por ser muebles o inmuebles inscritos sin constancia de su carácter reservable, no podrían ser reivindicados en otro caso.

Toda esa diversidad, al servicio de una unidad de fin, es por sí un mentis a la dogmática conceptual y a la rigurosidad de sus calificaciones y clasificaciones simplistas.

Hace años, en nuestra «Hipoteca del Derecho arrendaticio», concluíamos que muchas veces es necesario prescindir de la clasificación de derechos reales y créditos para comprender ciertas relaciones y no escindir la unidad de ciertas instituciones.

«Escisión e inexplicabilidad—decíamos—que se produce, verbigracia, en el usufructo, si lo proyectamos sobre un crédito o sobre haciendas mercantiles, y, a la vez, queremos mantener su calificación de derecho real limitativo del dominio. En cambio, considerándolo simplemente como derecho o facultad de goce normal —*ius utendi et fruendi*—de algún *quid* susceptible de producirlo—sin intentar encasillarlo como derecho real o personal—, el concepto conserva toda su luminosidad y la armonía de su linea no se deforma ni se quiebra.»

«Igualmente—proseguíamos—ocurre con las prendas de créditos, si en lugar de mirarlos como derechos reales, vemos sólo en ellas unas formas de garantía, basadas en la posesión de un bien susceptible de producir un valor, o bien en la retención del signo que en el comercio jurídico representa dicho bien.»

Toda esa complejidad ha llevado a la doctrina a rectificar netamente la formulación conceptual apoyada en la calificación de los derechos subjetivos.

1.º De una parte—como ha observado FEDERICO DE CASTRO— «las necesidades de la técnica jurídica hicieron reconocer ya la independencia del deber jurídico sobre el derecho subjetivo». Evidentemente, vemos que el Derecho regula deberes y sujeciones que no tienen ningún sujeto individual actual, sino que se imponen en beneficio común de grupos orgánicos, de la familia, o de sujetos que sólo se determinarán en el futuro.

2.º De otra parte, la doctrina ha ido captando la complejidad y diversidad del contenido de las figuras jurídicas. Años después de descomponer BRINZ y VON AMIRA la relación obligatoria en *Schult y Haftung*, intentó SCHREIBER extender la distinción a toda la dogmática del Derecho privado. Ya hemos visto la posición de PACHIONI, distinguiendo relaciones reales y personales en cada una de las figuras clásicas. BINDER, BRUNETTI y BARBERO niegan al crédito el carácter de derecho. RUBINO diferencia el protegido por una sujeción y el titular de un derecho subjetivo. Dualismos de poder y deber en correlación dinámica, son explicados por CARNELUTTI. Los moldes conceptuales han sido rotos y ni siquiera la seguridad jurídica puede argumentarse a su favor, dado el confusionismo creado en torno suyo.

3.º En consecuencia, se tiende a buscar fórmulas más comprensivas. LARENZ trata de explicar los créditos no desde el derecho subjetivo, sino desde el panorama más amplio de la relación jurídica obligatoria. Recientemente, entre nosotros, GARCÍA DE HARO y GOYTISOLO, al estudiar los créditos privilegiados, busca la solución a la colisión de situaciones jurídicas fuera del campo de los llamados derechos subjetivos, reales o personales, en la esfera más amplia de las relaciones jurídicas. Recuerda que, según dice VON THUR: «puede hablarse de la relación de propiedad pensando, no sólo en el derecho real, sino en los ulteriores derechos y deberes que pueden derivar de la misma». Generalizando la constatación de que «el conjunto de derechos que nacen de una relación jurídica no tienen por qué tener la misma naturaleza».

### III.—INTENTO DE SUPERACIÓN CONSTRUCTIVA DEL PROBLEMA DE LA EFICACIA RESPECTO TERCEROS DE LOS DERECHOS Y SU RELACIÓN CON SU INSCRIBIBILIDAD Y SU EFECTIVA INSCRIPCIÓN.

El idealismo metódico ha llevado no sólo a una formulación incompleta y simplista a través de figuras conceptuales, abstraídas sin recoger toda la esencia, sino que, además, ha producido una visión parcial e incompleta del Derecho.

La concepción individualista kantiana del Derecho, como conjunto de circunstancias necesarias para que la libertad de cada uno coexista con la libertad de los demás en un régimen común de libertad, al aislarse de toda metafísica, tiene que desembocar en el positivismo. Camino paralelamente recorrido desde Rousseau al Código de Napoleón y a la escuela de la exégesis. La concepción político-jurídica de Rousseau encarnó en la voluntad general—heredera del contrato social—esa razón de tipo matemático condensada en fórmulas absolutas, aplicadas incluso a problemas éticos, que es elevada a ley a través de su expresión por la mayoría parlamentaria. El Derecho se confunde con la Ley. LAURENT llegó a afirmar, hace un siglo, que el intérprete no tiene ya por misión hacer el Derecho; que éste está ya hecho y escrito en textos auténticos. Y LIART proclamó: «El Derecho es la ley escrita... los artículos del Código son teoremas, respecto de los cuales se trata de demostrar su mutuo enlace y de extraer sus consecuencias. El jurista es un puro geómetra: la educación puramente jurídica es puramente dialéctica.»

No es extraño, así, que el Derecho se confunda con la norma, y que la realización de aquél se limite a la subsunción exegética en ésta de los casos concretos. Ni que por THON se considere el derecho subjetivo como el reverso del objetivo. O, que con la influencia sociológica de COMPTÉ, LEÓN DIGUIT negara la existencia del derecho subjetivo. La solidaridad social impide, a su juicio, que un sujeto tenga una órbita de poder ajena al conjunto. Por eso, concreta y concentra todo el poder en el Estado y en las normas coactivas de él emanadas, de cuyo reflejo ciertamente pueden

surgir situaciones ventajosas, pero desprovistas de autonomía e independencia.

De ahí hay un paso a considerar que la norma sólo es jurídica en cuanto impone una sanción. KELSEN lo dió, al distinguir la norma primaria que señala una regla de conducta, y la secundaria, que ordena las consecuencias de no seguirla (imponiendo una ineficacia, una ejecutabilidad, una sanción, etc.) y considerar sólo a ésta jurídica.

Claro está que de esa forma todo el Derecho se concentra en el Derecho procesal. Así lo había anticipado THON al afirmar que los derechos reales no son más que expectativas de acción procesal.

El Derecho queda aislado no sólo de la Teología y de la Metafísica, sino, además, de la Economía y cualquier otro conocimiento de las cosas.

Pero en realidad es muy distinto. El Derecho, como proclamó CELSO y recoge el *Digesto* en su primer texto, es el Arte de lo Justo. *Ius est ars bonni et aequi*. Para ello es imposible aislar continente y contenido. Por ende, afirmó ULPIANO que es «*Divinarum atque humanorum rerum notitiae*». La ley Divina, el sentido de la moral y de lo justo—de una parte—, y de otra la naturaleza de las cosas y nuestra razón, que como ha escrito RECASENS-SICHES, no se agota en una pura lógica formal, sino que comprende el *logos de lo humano*, la lógica de lo razonable y de la razón vital e histórica.

El Derecho se realiza a través de un juicio de razón de justicia. Por eso no se agota ni confunde con la ley y en cierto modo está por encima de ella, en cuanto ésta es un instrumento para su realización. Por eso es correcta la definición que Santo Tomás hace de la ley al comenzar afirmando que es *ordenación racional* al bien común.

Pero este juicio de razón se hace respecto a relaciones de la vida y para realizar la justicia. Por eso ha dicho BIONDI que el absurdo jurídico no es el absurdo lógico, sino lo injusto. O como formula HELMUT COING «no son las leyes de la lógica las que dan unidad al Derecho, sino las leyes de las relaciones morales de valor y las síntesis históricas de cada caso, que no se nos presen-

ten». Y por eso no puede apoyarse en conceptos ni en regulaciones formales sino en la naturaleza de las cosas.

El realismo ha de ser objetivo. Subjetivismo y realidad son antagonicos. Por eso el método valorativo, aplicado con realismo jurídico, no puede permitir nunca los sentimentalismos ni los criterios subjetivos de valoración. Estos únicamente deben hacerse atendiendo a razones finalistas, deducidas con rigor jurídico y valoración objetiva. La intuición merece ser escuchada, pero no puede imponerse si no resulta confirmada con razones, no formales pero si objetivas, de valoración jurídica.

La naturaleza de las cosas fué definida por Santo Tomás al juzgar que «una cosa puede ser adecuada al hombre de dos maneras: Primera, atendida la naturaleza de las cosas (*ex ipsa natura rei*), y esto es derecho natural» (*Ex hoc vocatur jus naturale*).

Hoy la última corriente alemana—como nos refiere KARL LARENZ—vuelve a la naturaleza de las cosas desde que en 1949 GUSTAV-RADBRUCH, poco antes de su muerte, le dedicó un trabajo. COING ha afirmado que sin tener en cuenta la naturaleza de las cosas, no puede ser creado un orden justo. MAIHOFER la ha considerado como fuente del derecho de rango preferente a la ley. WIEACKER precisa que sus principios no son normas jurídicas directamente aplicables, sino ideas rectoras, líneas directrices o máximas que necesitan una concreción, bien mediante la norma jurídica o mediante la decisión judicial del caso. ESSER destaca que no pueden ser creados por el legislador, ni por tanto deben su obligatoriedad a haber hallado expresión más o menos clara en la ley.

Ello hace—como subraya LARENZ—que la ciencia jurídica alemana más reciente se aleje de las corrientes positivistas, y, su jurisprudencia de valoración, se apoya en la naturaleza de las cosas, que coloca incluso sobre la ley, en caso de incongruencia entre ambas.

Pero para captar la naturaleza de las cosas hace falta:

1.º Examinar la realidad desnuda de todo ropaje conceptual con todos sus detalles y matices necesarios para valorarla debidamente con criterios o razones morales y finalistas o de política jurídica. Y, por tanto, sin dar valor de fundamento lógico a los

conceptos dogmáticos que encubren esa realidad hasta la que debe profundizarse.

2.º Captar la realidad histórica viva. Lo exige así la seguridad jurídica. No es posible que cada generación pretenda recomenzar por su primera página el libro del Derecho. Debe partirse de lo preexistente y de sus razones. Las nuevas normas han de interpretarse captando la variación introducida en las preexistentes.

La disquisición que acabamos de hacer nos ofrece perspectivas para la solución de nuestro problema. Este no puede ser resuelto ni a través de una clasificación dogmática, ni por una enumeración taxativa, *numerus clausus*, hecha por la ley, que impediría un normal desarrollo jurídico adecuado al ritmo de las necesidades de cada hora.

Las preocupaciones del idealismo cartesiano o kantiano, quedan superadas si, con realismo metódico, admitimos la ontología. Filosóficamente cabe entonces relación jurídica de hombre a cosa. Y jurídicamente—pues no hay razón para reducir lo jurídico a mera forma—abarcaremos todo su contenido, y sin obstáculo podremos aceptar que para la regulación justa de las relaciones sociales se reglamenten las posibilidades y límites del aprovechamiento de las cosas por el hombre: es decir, que se estructuren, institucionalicen y juzguen relaciones económicas o materiales de hombre a cosa, dándoles así rango jurídico, aunque la causa de esa atribución radique en la necesidad de resolver, de modo justo, los problemas de la coexistencia humana.

La realidad nos enseña que el Derecho ha de resolver la justa utilización de las cosas por el hombre; su apropiación y los modos de adquirirlas, transmitirlas y perderlas.

La máxima romana «*Oneste vivere, alterum non laedere y suum-quique tribuere*» presupone el respeto a las situaciones y relaciones justas. Pero de todas, sin pretender clasificarlas conceptualmente en derechos reales, respetables por todos, y derechos personales, que se afirma no tienen por qué respetar los terceros con tal de no coaccionar la libertad del deudor.

El *alterum non laedere* nos impone el deber de respetar cualquier derecho ajeno. Si adquirimos una finca que A. había vendido a B, aunque no hubiera inscrito ni siquiera escriturado la

compra, ni se le hubiese tradido la finca, nosotros, conociendo aquella venta, perfecta, pero no consumada, violamos un derecho ajeno y, por ello, es jurídicamente razonable la solución del art. 1.473, párrafo 2.º, y la del Tribunal Supremo, al considerar de mala fe al tercer adquirente registral, que sabía la existencia del contrato, aunque éste no hubiese dado lugar aún a transmisión real alguna. También, por eso, es lógico el criterio de la acción Pauliana que hace responsable al tercero que adquirió realmente y pagó un precio verdadero, pero sabía que la transmisión se verificaba para transformar bienes ejecutables en dinero escamoteable, con el fin de defraudar a los acreedores del transmitente.

Ahora bien, el problema de la responsabilidad o irresponsabilidad de los terceros, es una cuestión de colisión de situaciones o relaciones jurídicas, de las cuales hay que sacrificar a alguno de los sujetos titulares de algún derecho derivado de su posición respectiva. Y puede ocurrir que ese sacrificio haya que decidirse entre dos sujetos de buena fe.

En este caso, la colisión puede resolverse según la trascendencia y valoración de las dos situaciones o simplemente con un criterio cronológico por la regla *prius tempore, potior iure*.

Pero, al Derecho, siempre—aunque cada día más, por la mayor importancia que va adquiriendo el comercio jurídico—le preocupa no sólo la *seguridad estática*—que con tales criterios quedaría resuelta—, sino también las *seguridades dinámicas*, sea la del *tráfico jurídico* o la del *crédito jurídico*.

Ello lleva consigo que, además de los problemas de la prueba de la situación que jurídicamente es prevalente, o de la mayor antigüedad de la fecha de adquisición, interese la problemática de la publicidad de los derechos o, por lo menos, de su dinámica traslativa.

Se plantea así, si el titular de una situación valorativamente considerada, por la ley o por la jurisprudencia, como más fuerte, o al adquirente más antiguo, se les ha de condicionar su relación jurídica no sólo a la prueba de aquélla o de su antigüedad, sino a la realización de una determinada publicidad, si los titulares de las más débiles o más modernas confiaron en su inexistencia y se acogieron a su refugio.

Surge entonces el problema de determinar la publicidad más

adecuada para cada relación y las condiciones del tercero que, en su virtud, se beneficie con la inversión del orden de preferencia de ella derivado. Entre estas condiciones destaca la buena fe. Y entre los medios, el estudiar cuestiones de Derecho inmobiliario registral, nos interesan especialmente los registrales y los que sirven de contrapeso a éstos.

La buena fe presupone una voluntad conforme al Derecho, el *alterum non laedere*, de acuerdo con sus postulados de justicia, en especial tratándose de relaciones entre terceros. Pero, para comportarse conforme al Derecho, se requiere ser diligente. Por eso ciertas apariencias que pudieron y debieron ser conocidas por un diligente padre de familia destruyen la buena fe, aunque se ignoren totalmente. También la naturaleza de las cosas influye en el contenido de ese conocimiento. Así:

1.º Hay actuaciones que, por referirse a una cosa concreta, todo tercero que con posterioridad adquiera del causante de la situación anterior otra posición incompatible con aquélla, sabiendo su existencia, carece de buena fe. Así ocurre con el caso de doble venta si el segundo comprador, aunque la haya inscrito, conocía la primera venta, tanto si ésta fué consumada posesoriamente como si no pasó de tener mero carácter obligatorio; pues en este caso fué cómplice de la violación de una obligación de vender una cosa cierta y concreta y por ende determinable.

2.º Existen otros derechos que, aun cuando afecten al total patrimonio del deudor y, por tanto, de modo general, a todas las cosas que existan en su patrimonio, no obstante, dado el carácter fungible de su objeto, es más difícil que a un tercero pueda achacársele conocimiento suficiente del perjuicio, aunque con su actuación efectivamente cree una situación perjudicial al anterior derecho. No basta contemplar la posibilidad de un perjuicio, sino que es necesaria la evidencia de producirlo, para que exista verdaderamente mala fe. Así ocurre en las obligaciones pecuniarias y en general las referentes a cosas fungibles o a cosas distintas de aquella singular a la que se dirige el derecho del tercero de cuya fe se discute. Por eso se ha dicho, por una deformación visual, que las obligaciones no afectan a tercero. Lo que ocurre es que por la generalidad y variabilidad de contenido del objeto de

su responsabilidad (el patrimonio del deudor), cuando la prestación no se refiera a la misma cosa concreta objeto del derecho del tercero, resulta difícil que haya verdadera colisión de derechos, fuera del supuesto de quiebra (ya que su retroacción se apoya en la notoriedad de una situación de insolvencia), a no ser que el tercer adquirente haya tenido conocimiento de que la transmisión a su favor se hacia con ánimo de defraudar aquel crédito anterior. Hipótesis de la acción Pauliana, que por tanto no es excepción a la regla—inexistente—de la ineficacia de los créditos respecto a tercero, sino aplicación concreta, en el caso de haber verdadera colisión, de la regla contraria.

3.º Finalmente, en ciertas situaciones, la eficacia del derecho respecto toda clase de terceros, posteriores o bien anteriores pero ocultos, o al menos no concretados a cosa determinada, se deja a la iniciativa del titular. Así sucede, en general, con los protegidos con la facultad de exigir la formalización de hipotecas legales expresas, presuponiéndose que si no la han exigido han renunciado a su posible prioridad. Igualmente sucede con los acreedores con derecho a que su crédito se les garantice con hipoteca, mientras ésta no se formalice. Salvo en todo caso el conocimiento por el tercero que se anteponga del ánimo fraudulento del deudor al realizar la operación ántepuesta.

Esta distinción nos facilitará la clasificación de lo inscribible declarativamente, lo anotable y lo inscribible con trascendencia constitutiva *erga alteros*, previa su formalización.

Pero antes, debemos examinar y clasificar las relaciones que se refieran, mediata o inmediatamente a cosas inmuebles concretas y determinadas.

a) Tenemos en primer lugar el señorío pleno—el dominio—y junto a él los diversos supuestos de copropiedad indivisa o parcialmente dividida en cuanto a ciertos elementos (verbigracia, propiedad por pisos) o su uso y disfrute (verbigracia, comunidades de aguas con distribución de dulas), en los cuales se entrecruzan, facultades *in re* y otras de carácter meramente personal, pero que son inseparables entre sí, pues de lo contrario se escindiría el contenido reglado y querido como un todo unitario.

b) En segundo lugar tenemos las relaciones con goce y disfrute inmediato de la cosa por su titular activo, bien sea de todas sus relaciones (usufructo, enfiteusis, superficie total) o cualitativamente de algunas (uso, habitación, servidumbres, reales en general, superficie parcial en extensión o altura) con las que también suelen entrecruzarse derechos de obligación, entre propietario y usufructuario, o entre los dominos directo y útil o entre los dueños de los predios dominantes y sirviente, obligaciones también inseparables del conjunto de la relación.

c) Tenemos una serie de situaciones, jurídicamente protegidas, sin inmediato goce o disfrute de la cosa, pero que pueden dar lugar a una sujeción con mayor o menor inherencia en la cosa. Situaciones de sujeción a las que puede corresponder en el lado activo un derecho actual, o un poder jurídico dirigido a la perfección de acto adquisitivo, o simplemente a una mera expectativa protegida por dicha sujeción.

Las situaciones de sujeción con inherencia a la cosa no son fáciles de clasificar, pero puede proponerse previsoriamente la siguiente:

1.<sup>º</sup> Sujeción a la realización de un acto, para lo cual ha sido conferida la titularidad, meramente formal a dicho fin, verbigracia: para vender a X; para vender en pública subasta la cosa adjudicada, etc.

2.<sup>º</sup> Sujeción a la carga impuesta en la donación o integrando otro negocio *inter vivos*, o al modo ordenado testamentariamente, siempre que se refieran a la cosa o sean inherentes a su titularidad.

3.<sup>º</sup> Sujeción al cumplimiento de obligaciones *propter rem* o de servidumbres negativas, con el problema de la admisibilidad de las que supongan una limitación de carácter económico (verbigracia, no ejercer tal industria) y no puramente material (verbigracia, no levantar tal pared), posibilidad que creemos admisible siempre que vaya unida a una utilidad directa del titular activo.

4.<sup>º</sup> Sujeción a prohibiciones de disponer impuestas en testamento, donación u otra forma admitida en Derecho con eficacia *erga omnes*.

5.º Sujeción al pago de pensiones censuales perpetuas o vitalicias.

6.º Sujeción en garantía del cumplimiento de una obligación (hipotecas).

7.º Sujeción a un derecho futuro, es decir, establecida en protección de una expectativa, que corresponde a una condición suspensiva, a la posible resolución del derecho sometido a condición resolutoria, a un fideicomiso o a reserva vidual o lineal.

8.º Sujeción a una facultad de adquisición (tanteo, retracto, opción), readquisición (derecho de retroventa) o invalidación de una transmisión o constitución (facultad de pedir la anulación). Próximo a este grupo podemos situar la compraventa perfecta, pero no consumada por la tradición.

d) En fin—fuera ya de toda inherencia—tenemos las meras promesas de realizar una prestación referida a un inmueble (promesa de venta del mismo, de sus frutos, etc.).

En el Derecho común una serie de figuras de las referidas entre las de sujeción estaban protegidas por acción real o tenían trascendencia respecto a terceros, bien fuera por disposición legal o bien por afectar al título del adquirente y actuar, por ello, la regla *resoluto iure concedentis resolvitur ius concesus*, o simplemente por haberse configurado así en la vida jurídica. Pero, así como el dominio y los derechos de disfrute tienen normalmente visibilidad derivada de la posesión, no ocurre lo mismo en las sujetaciones o inherencias sin inmediatividad de goce. Por lo cual, la primera necesidad de publicidad sentida en la vida jurídica se refirió a su inscripción en registros de gravámenes y mera prioridad, como fueron las antiguas contadurías de hipoteca.

Varios medios ha utilizado el Derecho para proteger la seguridad jurídica. Unos atienden especialmente a la seguridad estática, otros a la seguridad dinámica. Algunos miran a ambas vertientes, aunque normalmente se decanten con preferencia a una de ellas.

La posesión principalmente atiende a la seguridad estática, pero a través de la tradición de bienes muebles vela por la seguridad dinámica. También la usucapión enfocada en principio a facilitar la prueba del dominio y la estabilidad del cultivador,

puede servir, gracias a la *accesio usucaptionis*, para proteger a quien adquirió de un poseedor en concepto de titular, pero sin perfecta titularidad. Pero ni una ni otra institución sirven suficientemente a efectos de la seguridad dinámica en cuanto no exteriorizan los derechos que no sean de inmediato disfrute.

La inscripción registral atiende, por el contrario, con preferencia a la seguridad dinámica, protege al adquirente, defiende el crédito territorial o inmobiliario. No obstante, desde el punto de vista de la seguridad estática, como el Registro no siempre refleja la realidad, sea por omisión o por falta de reflejo inmediato y de matices, no puede ser calificado como medio perfecto de protección. Su defecto técnico es que protege mejor al prestamista que al labrador y al especulador que al habitante.

La coordinación de la protección posesoria y la registral, puede producir un mejor equilibrio de la seguridad estática y dinámica en los bienes inmuebles y de la seguridad del comercio y la del crédito mobiliario en los bienes muebles que se sujeten a garantías sin desplazamiento.

Un perfecto planteamiento de la cuestión exige una previa discriminación, según la estructura del derecho de que se trate. Vamos a establecerla brevemente con relación a las categorías antes analizadas.

1.<sup>º</sup> Dominio y derechos de inmediato disfrute. Su finalidad consiste en aprovechamiento de las cosas, impone la protección de la inmediatividad entre el hombre y la cosa.

Puede coordinarse en ellos la seguridad estática y la dinámica, conforme resulta en nuestro Derecho de una adecuada armonización de los arts. 38 de la Ley Hipotecaria y 448 del Código Civil y de los arts. 34 y 36 de la Ley Hipotecaria.

No obstante, existen situaciones no visibles, tales como las vinculaciones, fideicomisos, reservas, servidumbres, no aparentes o discontinuas, que sólo con la inscripción registral pueden obtener visibilidad suficiente para ser oponibles a terceros en un régimen de publicidad organizada.

Y, en cambio, hay ciertas relaciones en las cuales la existencia de un signo aparente (servidumbres aparentes) les dota de publicidad suficiente sin necesidad de inscripción; y casos en los cuales

el derecho mismo depende de la posesión (posesión civil, derecho de retención)) de modo que su reflejo registral sería inútil de no producirse dinámicamente instante por instante, de modo inmediatamente captado por una especie de radar jurídico. Lo cual, hoy por hoy, es imposible.

Entre los derechos de uso y disfrute tenemos los arrendamientos como figura particular, caracterizada clásicamente: 1) Por corresponder a un contrato comutativo de tacto continuado y, por tanto, en principio, con equivalencia de prestaciones; y 2) Por el principio de la ley *Emptorem, emptio tollit locatum*, es decir, «venta quita renta», ordenado por razones teleológicas, si bien en derecho intermedio fueron exceptuados de esta regla los arrendamientos a largo plazo. También a criterios teleológicos, se debió la disposición del núm. 5.<sup>º</sup> del art. 2.<sup>º</sup> de la Ley Hipotecaria, que partió de la base legal entonces existente. Hoy las prórrogas forzosas y la tasa de las rentas han variado aquellas características específicas clásicas de los arrendamientos. Pero la ley sigue sin exigir su inscripción ni siquiera a efectos de terceros, por considerar suficiente su publicidad posesoria y por estimar el arrendamiento como una situación especialmente digna de protección en las actuales circunstancias. Por la falta de visibilidad del llamado derecho de retorno ha sido por lo que el Reglamento hipotecario—sin duda excediéndose al condicionar lo que la ley no condiciona—ha exigido su constatación registral para su eficacia contra tercero inscrito.

2.<sup>º</sup> Entre las diversas figuras de sujeción, debemos distinguir aquéllas (créditos singularmente privilegiados, retractos legales), con publicidad suficiente, por el ámbito de la propia ley, sin necesidad de inscripción. A las demás, en la propiedad inmueble inscrita, si no figuran inscritas o anotadas no parece justo darles la eficacia respecto de terceros adquirentes de buena fe amparados en el Registro.

Su inherencia real y su inscribibilidad a efectos de dotarlas de eficacia, *erga omnes*, debe resolverse teleóticamente, partiendo de cuál era su régimen anterior y atendiendo a las necesidades actuales. A veces convendrá que la ley lo determine y fije sus límites y condiciones (verbigracia, como hizo el Reglamento Hipo-

teario con la opción de compra). En las demás ocasiones ha de resolverse acerca de su inscribibilidad, según los antecedentes institucionales y las finalidades perseguidas.

En todo caso hay que tener en cuenta que la inscripción pública la situación, dotándola de eficacia respecto todo tercero pero sin cambiar su contenido. Es decir, no puede convertir una expectativa en derecho actual; del mismo modo que el reflejo de un precio aplazado no crea ninguna garantía real ni condición resolutoria alguna si no se hubiere pactado expresamente.

3.<sup>o</sup> Las meras promesas referentes a un inmueble deben dar lugar a su anotación preventiva, bien sea del documento auténtico en que consten (decimos esto en el terreno constituyente) o bien de la demanda en que se reclame su cumplimiento. También deben serlo los créditos por razón de la misma cosa, como los refeccionarios, y asimismo los embargos por razón de créditos que concreten la garantía patrimonial universal en bienes determinados.

En las relaciones que se inscriban, no nos parece posible separar lo real y lo puramente obligatorio, si forman un todo o conjunto unitario. Sólo en caso de dar lugar a relaciones proyectadas en el futuro como diferentes, entendemos que sólo deberá inscribirse la que sea inherente al inmueble y rechazarse la inscripción de lo que suponga prestación puramente personal de un obligado. Incluso en caso de que, por otros fines, queden constatadas en la inscripción (verbigracia, el precio aplazado), esta constatación nada cambiará la no inherencia a la cosa concreta de la obligación, pactada o debida, respecto terceros que no sean cómplices de fraude, como resulta para el precio aplazado de los arts. 1.124, párrafo final, 1.195, 1.198 y 37, núm. 4, de la Ley Hipotecaria.

JUAN VALLET DE GOYTISOLO.

Notario de Madrid.