

Derechos reales innominados

El Registro de la Propiedad forma parte del ordenamiento jurídico de todos los pueblos de cultura occidental—con algunas excepciones—, como medio de obtener el fin, buscado desde hace siglos, de alcanzar la seguridad jurídica del comercio de los bienes inmuebles.

Este organismo o «servicio público», según la terminología de López Medel (1), tiene por objeto un Derecho especial: el Derecho Inmobiliario llamado también Hipotecario o Registral, como parte integrante del Derecho Civil o rama desprendida del tronco del mismo, aunque en el contenido de aquél se encuentran normas de Derecho de Procedimiento y aún de Derecho Administrativo.

Lacruz Berdejo (2) concibe el Registro de la Propiedad como un organismo que tiene por fin «conciliar, en cuanto al patrimonio inmueble de una persona, la seguridad de los derechos adquiridos, o sea de los Derechos subjetivos, y la seguridad del obrar jurídico, la que se llama seguridad del tráfico».

La función de ese organismo o actividad administrativa del Estado se realiza en dos fases: primera, protección de los derechos subjetivos, legitimación registral, presunción *iuris tantum* de exactitud del contenido del Registro, etc., y segunda, organización

(1) *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, «Rev. Crít. de Der. Inm.», núms. 358 y sigs.

(2) *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 1.

de un sistema de seguridad del tráfico de inmuebles, defensa del tercer adquirente a título oneroso y presunción *iuris et de iure* de exactitud de los datos del Registro de la Propiedad. Todo ello referido a titularidades de derechos reales sobre bienes inmuebles.

Como queda dicho, el Registro de la Propiedad es una institución de Derecho inmobiliario.

Dice Roca Sastre (3) «Al Derecho inmobiliario no le interesa la estructura y contenido del derecho real, sino su *dinámica*, o sea, su adquisición, transmisión y pérdida. Podemos decir que, más que su anatomía, le preocupa su biología, es decir, todos los problemas de su constitución, declaración, reconocimiento, transmisión, modificación y extinción. Por ello, en los tratados de Derecho inmobiliario no se examinan las cuestiones relativas a las facultades integrantes del dominio, ni al contenido de los derechos de usufructo, enfiteusis, etc., sino que, únicamente se tratan fundamentalmente los problemas planteados por el nacimiento, transmisión y extinción de los derechos reales sobre inmuebles.»

Por excepción que también expone dicho autor, el Derecho Registral regula íntegramente el derecho real de hipoteca, motivado esto por razones conocidas por todos los profesionales de las ciencias jurídicas.

Una definición del Registro de la Propiedad presenta considerables dificultades. Una definición es la expresión de las propiedades básicas de un complejo de relaciones, que forman un resumen o un extracto de un determinado orden de conocimientos.

Abel Rey (4) dice: «Se comprende fácilmente que la definición, resumen de conocimientos, no puede ser inmutable ni definitiva. Se transforma sin cesar, a medida que la inducción y la demostración nos hacen penetrar más en la esencia del fenómeno.»

Acaso por estas consideraciones, los autores de la Ley Hipotecaria se han abstenido de formular una definición del Registro de la Propiedad, limitándose a exponer su finalidad.

El párrafo 1.º del artículo 1.º de dicho texto legal, dice: «El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.»

(3) *Derecho Inmobiliario*. Tomo L, pág. 9.

(4) *Lógica*, pág. 298.

Del contenido del citado precepto, resulta, por exclusión, que los negocios obligacionales o derechos de obligación no tienen acceso al registro.

El artículo 9.^o del Reglamento de la Ley Hipotecaria declara ya explicitamente que en el ámbito del Registro sólo caben los derechos reales sobre bienes inmuebles.

En aplicación del principio hipotecario de legalidad, el artículo 18 de la expresada ley, encomienda a los Registradores la misión de calificar, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de la parte dispositiva de las escrituras públicas.

Pero, aunque la ley no lo diga expresamente, es indudable que impone al Registrador—como operación previa a la calificación registral—el deber de asegurarse de que el título examinado no contiene un derecho personal, y, en caso afirmativo, le exige que no admita la inscripción, por tratarse de materia ajena a la actividad jurídica que el Registro desarrolla.

Pudiera llamarse a esta operación la calificación preliminar a la que determina el citado artículo 18 y sus concordantes. Una vez extendido el asiento de presentación que, en todo caso—cuando el documento presentado se refiera a bienes inmuebles—debe hacerse si el Registrador, como resultado de su estudio, llega a la conclusión de que en el título presentado se configura un derecho personal, debe denegar su inscripción. No obstante contener el título materia ajena al Registro, es necesario practicar la calificación en cuanto a las formalidades, tanto extrínsecas como intrínsecas, o sea la calificación registral propiamente dicha, en previsión de que sea interpuesto un recurso por entender los interesados que el documento contiene no un derecho de obligación, sino un derecho real, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 127 del Reglamento para la aplicación de la Ley Hipotecaria.

Esa operación de distinguir un derecho real de uno de crédito, no está exenta, en ciertos casos, de algunas dificultades. Estas no se presentarian, ciertamente si nuestro Derecho aceptara la teoría del *numerus clausus* en los derechos reales, porque cada uno de éstos, modelado por la ley, podría ser inmediatamente identificado. Pero el Derecho español admite el principio del *numerus apertus*,

según declara el artículo 7.º del Reglamento Hipotecario al establecer que no sólo deben inscribirse los derechos reales que se expresan en el artículo 2.º de la ley, «sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, 'sin tener nombre propio en derecho', modifique, desde luego, o en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales».

Este precepto reglamentario desarrolla el contenido del número 2.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, que declara inscribibles los derechos de usufructo, uso, habitación, enfeusis, hipotecas, censos, servidumbres «y otros cualesquiera reales».

Ocurre a veces que el título presentado en el Registro contiene un derecho real, pero en él se ha insertado alguna estipulación o pacto que, por ser de naturaleza obligacional, no debe tener acceso a los libros registrales.

El artículo 434 del Reglamento Hipotecario ofrece la solución del problema. En este caso se inscribirá el derecho real—si no hubiera obstáculos provenientes del título o del Registro—y se denegará la inscripción del pacto de naturaleza personal.

Por consiguiente, la ley adopta las más cuidadosas precauciones para cerrar el ingreso en el Registro de los derechos personales. «No obstante—dice Roca Sastre (5)—, es frecuente ver inscritos en nuestros Registros derechos verdaderamente personales, sea por descuido, sea por falsa orientación doctrinal...» Y también por las dificultades anteriormente indicadas, de diferenciar el carácter real u obligacional de algunos pactos o convenciones.

En estos casos, la ley arbitra recursos para extraer del Registro esos derechos personales que en él hayan erróneamente ingresado. Respecto de los consignados en los libros registrales con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria vigente, sabido es que la disposición primera de las transitorias de dicho texto legal, dispone la «caducidad» y consiguiente cancelación de oficio o a instancia de parte interesada, a partir de 1 de enero de 1947, de las menciones—así las denomina la ley—de derechos personales que existan en los Registros de la Propiedad.

(5) Ob. cit., pág. 213, t. II.

En cuanto a los derechos de la misma naturaleza que, por los motivos anteriormente expresados, pudieran haber tenido acceso al Registro durante el imperio de la Ley Hipotecaria vigente y no estuvieran asegurados especialmente, deben ser cancelados a instancia de parte interesada, según lo dispuesto en el artículo 98 de la citada ley.

En esta forma, nuestro Derecho hipotecario ha construido un cerrado sistema prohibitivo para oponerse a la registración de los derechos personales.

Eliminado el factor derecho obligacional del conjunto de normas que aseguran el comercio jurídico de los bienes inmuebles, se presenta frente al Registro un conjunto de derechos reales, a los que se les dota de energía real, los cuales pueden ser reunidos en tres grupos:

Primero. Los derechos reales específicamente modelados por el Derecho positivo que determina su estructura y contenido.

Estos derechos reales forman un catálogo, pero no cerrado, puesto que nuestro Derecho acepta el sistema del «numerus apertus» y, por tanto, admite la formulación de derechos de la expresada naturaleza elaborados por los particulares.

En esta materia, nuestro ordenamiento jurídico se aparta del sistema del Derecho romano y también del alemán.

El Derecho científico ha construido diversas clasificaciones que interesa indicar brevemente, porque en ellas aparece la contextura de los derechos reales.

Castán (6) agrupa estos derechos por sus propiedades específicas. Sánchez Román (7) fija como núcleo el dominio pleno, su similar—según este autor—la posesión civil y el derecho hereditario; y reúne los demás derechos reales en dos categorías: dominio menor pleno—facultades separadas del dominio—y dominio limitado.

Enneccerus (8) los divide en la siguiente forma:

- A) Derechos reales de dominación.
- B) Derechos de la misma naturaleza, de adquisición.

(6) *Derecho Civil*, t. II, pág. 39.

(7) *Estudios de Derecho Civil*, t. III, pág. 14.

(8) *Derecho Civil*, t. I, págs. 310 y 312.

Ya se ha indicado que en el Derecho alemán no se plantea el problema de los derechos reales innominados, ya que en aquél rige el sistema del «*numerus clausus*».

El sistema del «*numerus clausus*»—dice Wolff (9)—existe también en Suiza, Austria, Hungría, Suecia, Finlandia, Holanda, Portugal, Argentina y Japón. En cambio, el derecho francés—y ya hemos visto que el español—admite la posibilidad de crear cualquier forma de la copropiedad, y con ello, cualquier tipo de gravamen.

Segundo. Aquellos derechos que sin ser de naturaleza real, son declarados inscribibles por determinación de la ley, que se funda, sin duda, en razones de seguridad jurídica y de interés social, y, además, en motivos de analogía, ya que sus semejanzas o relaciones de semejanzas son mayores que sus diferencias, «*ad exemplum*», los derechos expresados en el número 5.º del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, o sea «los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un periodo de más de seis años, o aquellos en los cuales se hayan anticipado las rentas de tres o más, o cuando sin concurrir ninguna de estas circunstancias, hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban».

El arrendamiento, en Derecho español, es, sin duda, un derecho de naturaleza personal, pero la participación que el arrendatario tiene en el disfrute del inmueble arrendado; la obligación que asume el dueño de la cosa, de procurar al arrendatario el goce de la cosa arrendada, por todo el tiempo del arrendamiento, como dice Planiol, citado por Castán (10); el efecto real de imponer al adquirente de la finca la vigencia del arrendamiento y «la sustancia del censo que pretende incorporarse en el instituto arrendaticio (Roca Sastre) aproximan al mismo al derecho real, si es que no lo identifica, como se inclina a creer Vallet de Goytisolo, citado también por Castán (11). Para De Buen, el arrendamiento es un derecho real. Y según el criterio de Huber, el hecho de que el arrendamiento sea eficaz contra cualquier propietario, le reviste de fuerza real.

Tercero. Los derechos reales innominados, a los cuales se refieren la última parte del número 2.º del art. 2 de la Ley Hipoteca-

(9) *Derecho de cosas*, t. I, pág. 8.

(10) *Derecho Civil*, t. IV, pág. 250.

(11) Obra expresada, pág. 245.

ria y el art. 7.^o de su Reglamento, disposiciones anteriormente citadas.

Estos derechos reales innominados pueden constituir el contenido principal de un documento presentado en el Registro de la Propiedad, pero con mayor frecuencia se presentan como pactos o estipulaciones insertas en un contrato. El Registrador debe estudiar cuidadosamente esos contratos o esas estipulaciones para asegurarse de la naturaleza real de los mismos y, por ende, que el derecho sometido a su calificación es inscribible.

Para ello es necesario contemplar los diferentes elementos que componen la estructura del derecho, es decir, analizar su contenido. «El pensamiento peculiar de la norma jurídica—dice Winscheid, citado por Jerónimo González (12)—se representa en conceptos; es decir, en agregados de elementos dialécticos, y se trata de resolver los conceptos en sus partes constitutivas.»

Esta descomposición de conceptos presenta graves dificultades, porque a veces los elementos cuya separación se pretende, no aparecen con unos contornos plenamente definidos.

Operando ahora con un caso concreto, véase cómo el derecho de opción, antes de la publicación del nuevo Reglamento Hipotecario, planteaba el problema de precisar si aquel derecho era de naturaleza personal o real; problema de difícil solución, pues mientras la doctrina, como dice La Rica (13) «admitía la construcción dogmática de la opción como uno de tantos derechos reales de adquisición»; la jurisprudencia «se inclinaba a considerarle como derecho personal e incluso a confundirle con la promesa de venta».

Es la opción un derecho que, aun si se le considera como personal, es necesario admitir que se inclina marcadamente hacia la estructura del derecho real; que sus fronteras con éste no están claramente definidas, y que hay en él, por lo menos, una sensible analogía con los derechos de naturaleza real.

Cree el mismo autor, La Rica (14) que «la opción es un derecho de vocación real, un «*jus ad rem*» que, mediante su consta-

(12) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 141.

(13) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, 1.^a parte, pág. 23.

(14) Obra cit., parte 1.^a, págs. 25 y 27.

tación en el Registro, adquiere la categoría de derecho real, o, al menos, su eficacia».

Roguín, citado por Saldaña, entiende que el legislador puede modelar a su voluntad un derecho como real, si le atribuye una obligación pasiva universal que le haga exigible a todos los sucesivos propietarios de la cosa, o, como personal, si reduce su trascendencia a las relaciones «inter partes». En el primer caso, el derecho será inscribible y su registración tendrá una apariencia externa de constitutiva, porque ésta es la que la dota de eficacia respecto de todos, en tanto que la carencia de dichos efectos lo reduce a la categoría de un derecho obligacional.

Como anteriormente se ha expuesto, ésta es la teoría del Derecho español. El legislador se ha reservado la facultad de conceder el privilegio de la registración a determinados derechos personales, con la cual quedan investidos de energía o eficacia real. Pero los particulares no pueden convenir—excepto en los casos en que la ley lo autoriza expresamente—que un derecho personal se configure como real y que ese pacto se haga constar en el Registro.

Pero, en virtud del principio del «numerus apertus», que admite nuestra legislación, pueden estructurarse derechos reales no comprendidos en la lista o catálogo de los modelados en los textos legales, siempre que los elementos que los compongan sean de naturaleza real.

¿Qué medios, reglas o fórmulas existen para diferenciar estos derechos reales innominados de los derechos de obligación? Es éste un difícil problema, resuelto teóricamente pero lleno de obstáculos al transportar los principios abstractos a la realidad.

Según enuncia Carrel (15), en el Universo—tanto en los fenómenos físicos como en la actividad social del hombre—«no encontramos la claridad y la precisión de nuestro pensamiento...».

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado reconoce la complejidad del problema.

La Resolución de 7 de julio de 1949 declara: «En la práctica se ofrecen graves dificultades a Notarios y Registradores para determinar si las relaciones jurídicas configuradas por los particula-

(15) *La incógnita del hombre*, pág. 15.

res en los documentos inscribibles tienen carácter real u obligacional, porque los requisitos señalados por la doctrina como típicos de los derechos reales, en ocasiones no se presentan en la realidad con toda su pureza e integridad, y tampoco faltan casos en que es forzoso reconocer la existencia de figuras intermedias de dudosa naturaleza real, que revisten los caracteres de los derechos de crédito, dudas que se aumentan porque nuestro Código Civil no enumera taxativamente qué derechos son reales, ni puede deducirse de su articulado firme orientación en tal sentido.»

Con anterioridad, la Resolución de 1 de marzo de 1939, había establecido la doctrina de que aunque la legislación vigente no contiene una lista que agote el número de los derechos reales, pueden los particulares «regular otros de igual naturaleza que los enumerados por la ley, y modificar desde luego o en lo futuro alguna de las facultades del dominio...» «Pero—añade la misma Resolución—la manifestación de voluntad que determina tales derechos reales ha de llenar los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de los mismos, las características externas y aparentes que les hacen trascender a terceros extraños al negocio, y siempre las que son necesarias para reflejar tales derechos en el Registro de la Propiedad».

Para aplicar el método analítico al contrato, o, en su caso, el pacto, estipulación, cláusula, compromiso o modalidad que han de examinarse con el fin de poder determinar su naturaleza real, es preciso vencer los obstáculos que origina la diversidad de conceptos heterogéneos y descifrar el nexo causal que los une, así como separar aquellos conceptos no claramente determinados e interpuestos entre elementos conocidos.

Según Borrell (16), «los derechos reales son desmembraciones del dominio a favor de persona distinta del propietario, o sea derechos *in re* sobre cosa ajena, cualquiera que sea su propietario. No son, pues, reales los derechos que se tienen sobre una cosa de otro, aunque ésta sea cierta, si consisten en prestaciones que debe una persona determinada.»

El autor deja fuera de esta definición al dominio, cuya naturaleza de derecho real y señorío total sobre una cosa no ofrece duda alguna.

(16) *Derecho Civil*, t. II, pág. 153.

Enneccerús (17) dice: «Derechos reales o derechos de cosas son los que recaen inmediatamente sobre una cosa.» Conceden un señorío inmediato sobre ella; esto es, dan la facultad de influir sobre la misma o de excluir la influencia ajena; pero corrientemente van unidas ambas.

El derecho real es, por tanto, el poder jurídico sobre una cosa.

Florez de Quiñones (18) cita la opinión de un antiguo autor, Soler, quien creía que «las cargas, en relación a la persona que pueda exigir su cumplimiento, son derechos reales, y como tales son también inherentes a la cosa y no se extinguen por muerte del que la posea, sino que siempre subsisten en ella».

Este antiguo autor se refiere sólo a los derechos reales en cosa ajena, y no entra en el examen del dominio, sin duda por considerarlo innecesario, pero afirma la cualidad más característica del derecho real: la relación inmediata y directa entre su titular y la cosa.

Como afirma el mismo conferenciante, «el concepto de cargas no se ha elaborado técnicamente, pues no existe en España, con referencia precisa a la historia del Derecho y al Derecho vigente, trabajos monográficos de elaboración moderna que fijen sus características jurídicas...»

Y observa asimismo que en nuestros textos se emplean indistintamente los términos «cargas o gravámenes», «limitaciones de dominio», «cargas perpetuas», «censos, hipotecas y demás gravámenes», y que la doctrina se refiere a «censos, hipotecas y cualesquiera otros gravámenes u obligaciones», así como a reservas, expectativas jurídicas y condiciones.

La ley, la jurisprudencia, la doctrina y los tratadistas de Derecho consideran, al parecer, los términos, cargas y derechos reales como sinónimos, y así, pues, sólo las cargas reales, o sea los derechos intrínsecamente reales pueden tener acceso al Registro de la Propiedad. Pero queda sin resolver el problema de encontrar la fórmula que permita precisar en cada caso concreto, producido por la realidad jurídica, si un derecho tiene los elementos específicos del derecho real, cuando no sea uno de los modelados por

(17) Ob. cit., t. I, págs. 310 y sigs.

(18) Conferencia en la Academia Matritense del Notariado en 5 de abril de 1945.

la ley, y se trate, en consecuencia, de un posible derecho real innombrado.

Según Sohm, citado por Castán (19), los derechos reales son «aquellos derechos privados que atribuyen un poder de inmediata dominación sobre una cosa frente a cualquiera».

En esta fórmula, que contiene una notable concentración de ideas, se comprenden los dos elementos pudiera decirse primarios del derecho real: el poder de inmediato señorío y utilización de la cosa y la defensa de este señorío, que puede hacerse efectiva «frente a cualquiera».

Bonnecase (20) dice: «Tradicionalmente se define el derecho real y el de crédito u obligación en función uno de otro.»

Este autor emplea el término función en sentido, claro es, cualitativo. En una brillante metáfora, transporta el concepto matemático de función, es decir, la cantidad cuyo valor depende del que, en cada momento, tenga otra, por su naturaleza, variable, a la idea metafísica de la función, o sea la relación que existe entre varios fenómenos, de donde se deduce que todo fenómeno que pueda percibir la mente es función de otro ya conocido o por descubrir.

Los derechos de cosas o de los bienes y los derechos de crédito están estrechamente relacionados como formando el derecho patrimonial. Son estados de un todo superior. Pero también presentan diferencias esenciales que se perciben con claridad cuando esos derechos se contemplan abstractamente—ya se ha dicho que el problema se plantea frente a la realidad o práctica jurídica—, y se llega a profundizar en el contenido de ambos conceptos.

El citado autor entiende que «el derecho real es una relación de derecho, por virtud de la cual una persona tiene la facultad de obtener de una cosa exclusivamente, y en una forma oponible a todos, toda la utilidad que produce o parte de ella».

No obstante la precisión lógica del concepto de relación inmediata y directa entre una persona y una cosa, hay autores que opinan que el Derecho orienta sus normas en el sentido de regular solamente las relaciones entre personas, seres humanos o personas abstractas—corporaciones, asociaciones, etc.—, y que el deber pa-

(19) *Derecho Civil*, t. II, pág. 11.

(20) *Elementos de Derecho Civil*, t. I, pág. 262.

sivo universal, así como las obligaciones que los tratadistas llaman «propter rem», son relaciones entre personas, de una parte, el titular de un derecho real, y de la otra los demás hombres o las personas sociales o una persona determinada, esta última en el caso señalado de las obligaciones «propter rem».

No es éste el momento de estudiar esa teoría. Lo cierto es que, con frecuencia, se produce una zona oscura entre los derechos personales y los derechos de crédito, en la que es difícil fijar los límites propios de cada uno de aquéllos. Así opinan Valverde y otros escritores jurídicos pertenecientes a la Escuela Unitaria o sólo simpatizantes con ella.

Para aclarar esos contornos brumosos e indeterminados, cuya presencia es innegable, en numerosos casos algunos tratadistas modernos han pensado en someter a nuevo examen la vieja teoría medieval de Derecho Canónico, del «ius ad rem», a fin de tratar de descubrir un estrato intermedio entre las dos dimensiones del derecho patrimonial—una «vocatio»—entre el «ius in re» y la «obligatio», al objeto de encontrar, dice Castán, en el concepto del «ius ad rem» «solución racional a ciertos puntos o exigencias del moderno Derecho inmobiliario».

Sehling (21), con referencia a la elección de Obispos, de acuerdo con el Concordato con Baviera, dice que, mediante la elección por el Cabildo, «el elegido adquiere un derecho a la cosa...». Y añade más adelante: «Sólo con la preconización por el Papa y después de recibir la Bula papal de confirmación, adquiere el Obispo el derecho real y la potestad de jurisdicción en su Diócesis».

Una vez practicado el análisis del derecho cuya naturaleza real se esté investigando, a base de los reactivos indicados en las precedentes definiciones, deben hallarse para poder fijar su configuración real, los siguientes elementos:

Que el señorío del sujeto activo del derecho, sobre la finca o derecho, sea inmediato, es decir que aquél pueda ejercitar sus facultades directamente, y que, por tanto, no exista persona intermedia, sujeta a dar o hacer algo, por obligación puramente personal.

Que esta facultad pueda ejercitarse directamente sobre la cosa, «cualquiera que sea su poseedor», como dice el art. 104 de la Ley Hipotecaria.

(21) *Derecho Canónico*, pág. 117.

Que, según ideas de Sánchez Román (22), el derecho real tiene que recaer sobre «una cosa específica y determinada», y no sobre una prestación, como entregar una cosa indicada genéricamente, impuesta como obligación a una persona determinada.

Que si aparece una persona a quien se imponga el deber de hacer algo, no sea como un *«ius obligationis»* que le sujete a él y a sus herederos por una convención, sino como una de las llamadas obligaciones *«propter rem»*.

En resumen: Que el derecho contenga los siguientes elementos:

Inmediatividad o señorío directo sobre la cosa, y, por tanto, sin persona intermedia que se halle sujeta a obligación personal.

Exigibilidad *«erga omnes»*. El derecho real impone a todos un deber de abstención, incluso al que en cualquier tiempo sea dueño de la cosa afecta a aquel derecho.

Los derechos reales requieren para su constitución la concurrencia de dos elementos básicos: el acto jurídico o convenio causal, esto es, el título que produce ciertamente una vocación al derecho real—*«ius ad rem»*—y el modo o tradición, acto de entrega de la cosa realizada por el *«tradens»* a favor del *«accipiens»*.

Esta es, en derecho español, la teoría del título y el modo, condensada principalmente en el art. 609 del Código Civil.

La existencia de estos dos elementos esenciales constitutivos de los derechos reales permite obtener un medio de diferenciarlos de los derechos de crédito, ya que éstos reciben su energía solamente del acto jurídico o negocio obligacional. Pero la figura del *«ius ad rem»* forma una zona intermedia, como de penumbra, que reduce sensiblemente la precisión técnica del referido elemento de diferenciación.

En tanto que la Dirección General de los Registros y del Notariado entiende que la voluntad de las partes no puede configurar un derecho real, si la convención pactada no reúne los elementos propios de los derechos de la expresada naturaleza, según declara la citada Resolución de 1.º de marzo de 1939, el Tribunal Supremo ha entendido que las partes pueden acordar que los pactos estipulados tengan eficacia respecto de cualquier adquirente, y que todo lo que constituye una limitación o restricción en el poder de libre

(22) Obr. cit., pág. 9.

disposición, «tiene trascendencia real inmediata» (Sentencias de 25 de junio de 1945 y 27 de junio de 1955).

Las dificultades de crear o descubrir nuevas figuras de derechos reales por combinaciones inéditas de sus elementos constitutivos, son innegables, ya que esa materia ha sido objeto, desde el Derecho romano hasta nuestro tiempo, de las más profundas y continuadas investigaciones que han permitido configurar un crecido número de los expresados derechos, incorporados a los textos legales con denominación y estructura propias.

Pero es indudable también que no se ha agotado su número, como lo demuestra la existencia en nuestro derecho, del sistema del «numerus apertus» y la inserción en el Reglamento Hipotecario, de su artículo 7.º, que admite la posibilidad de construir nuevos derechos reales, con todas las características propias de su especie, «sin tener nombre propio en derecho».

La sentencia de 30 de noviembre de 1908 declaró que la facultad concedida a una persona de utilizar un balcón o ventana de la Plaza Mayor de una localidad para presenciar las fiestas que en la misma se celebren, es un gravamen comprendido en el artículo 531 del Código Civil.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo nos enseña, en consecuencia, que dicha figura, aunque comprendida genéricamente en las servidumbres personales, resulta específicamente un derecho real innominado.

De lo expuesto se deduce la conclusión de que cuando una convención o contrato no está comprendido en la lista de los derechos reales modelados por la ley, es una labor erizada de dificultades la de precisar si se trata de un negocio obligacional o si es de naturaleza intrínsecamente real; esto es, si el derecho es sólo exigible a una persona singularmente obligada y a sus herederos, o si surte sus efectos con trascendencia «erga omnes».

Porque, como queda dicho—conviene insistir en este extremo—, los particulares no pueden crear un derecho real innominado a base de atribuir a los pactos que articulen eficacia o energía real. Más adelante se relacionará la Resolución de 11 de abril de 1900, que lo declara así expresamente. Los derechos reales que quieran configurar los particulares y que no sean de los modelados por la ley,

tienen que ser, según sus elementos constitutivos, de dicha naturaleza.

Las sentencias de 25 de junio de 1945 y de 27 del mismo mes de 1955, anteriormente citadas, parecen, a primera vista, consagrar el principio de libertad de pactos de trascendencia real en aquellas convenciones en las que las partes quieran dar a sus estipulaciones efectos o eficacia «erga omnes». Sin embargo, una interpretación más profunda del contenido de las expresadas sentencias parece que permite llegar a la conclusión de que sólo se refieren a aquellos pactos en que se produzca una relación directa e inmediata de una persona a una cosa, o sea, precisamente, a los derechos reales innominados.

Se comprende perfectamente que el Registrador, ante tantas y tan importantes dificultades, se ha de sentir inclinado a formar un criterio restrictivo en cuanto a admitir la inscripción de derechos que no aparezcan claramente determinados. Pero también ha de pesar en su ánimo el riesgo de un posible error de calificación que cierre el acceso al Registro de la Propiedad a un derecho de naturaleza real por no haber conseguido hallar sus elementos constitutivos, ocultos bajo una superficie de aparente relación «inter partes».

El artículo 9.^o del Reglamento de la Ley Hipotecaria, de qué también se ha hecho mención en estas notas, contiene una declaración de carácter negativo que constituye una interpretación auténtica, al enumerar ciertas relaciones jurídicas que no son derechos reales.

«No son inscribibles—dice el artículo—la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualesquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, ni en general cualesquiera otras obligaciones o derechos personales, sin perjuicio de que en cada uno de estos casos se inscriba la garantía real constituida para asegurar su cumplimiento o se tome anotación cuando proceda, de conformidad con el artículo 42 de la ley.»

En el artículo que acaba de citarse, además de la declaración de orden interpretativo de que se ha hecho referencia, se contiene una vía, si bien indirecta, de acceso al Registro de los de-

rechos personales: la de dar a un pacto o estipulación el carácter de condición resolutoria o rescisoria expresas, dotadas de los resortes necesarios para el juego del mecanismo de la condición, por este medio constará en los folios registrales una reserva autenticada que tendrá trascendencia *erga omnes*. Claro es que lo que se inscribe es la reserva autenticada o condición resolutoria, pero entre ésta y el derecho personal—o más bien la acción personal—hay una estrecha conexión que, desde el punto de vista del Registro, no admite separación.

Un caso particular de esta teoría es el que, en cuanto a los precios aplazados, contempla el artículo 11 de la Ley Hipotecaria.

En cuanto a la garantía real para asegurar el cumplimiento de derechos obligacionales o la toma de anotación preventiva, cuando proceda, de conformidad con el art. 42 de la Ley Hipotecaria, a que se refiere el artículo 9.º de su Reglamento, cuyo precepto se está examinando, son materias que están fuera de los límites de este boceto de estudio.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha dictado numerosas Resoluciones en que se declara la naturaleza obligacional de ciertas relaciones jurídicas, que, en consecuencia, quedan fijadas como convenciones con efectos solamente *inter partes*.

Pueden citarse como las más interesantes, las siguientes:

La obligación impuesta por el donante, de que el donatario debe suministrarle alimentos. (Resolución de 3 de diciembre de 1892.)

La promesa de venta de un predio arrendado, una vez cumplida por los colonos determinada condición, no transfiere derecho real alguno con respecto a la misma. (Resolución de 5 de septiembre de 1893.)

La doctrina del *«numerus apertus»* no autoriza la constitución de cualquiera relación jurídica con el carácter y efectos de un derecho real. (Resolución de 11 de abril de 1900.)

La promesa de venta no tiene trascendencia hipotecaria alguna y no puede originar obstáculo para la inscripción de la venta posterior, otorgada por quien, según el Registro, aparece con derecho para ello. (Resolución de 21 de septiembre de 1908.)

La obligación de no utilizar la energía eléctrica producida por un salto de agua para el suministro de luz a una población, no

presenta las características de un derecho real. (Resolución de 23 de mayo de 1910.)

La obligación de no arrendar la energía eléctrica que desarrolla un salto de agua para alumbrado, más que a cierta persona, no presenta tampoco los caracteres de un derecho real. (La misma Resolución.)

Es un derecho personal, según se deduce de los mismos términos del pacto, el de que el adquirente de una finca se obliga a no venderla, gravarla ni permutarla sin previo aviso al vendedor, únicamente por acta notarial y transcurrido el plazo de dos meses, a contar desde la fecha del aviso. (Resolución de 20 de marzo de 1911.)

Los principios hipotecarios no entran en juego cuando se trata de meros compromisos no autenticados, como es la obligación contraída por un comprador de otorgar escritura de censo sobre bienes dados en dicha modalidad por el vendedor verbalmente a varias personas, porque la venta no se realiza partiendo de la base de un derecho real preexistente, sino de obligaciones personales. (Resolución de 21 de julio de 1920.)

No es derecho real la limitación aceptada por los adquirentes de un terreno en que ha de construirse un edificio, de destinarlo a determinados usos industriales. (Resolución de 23 de noviembre de 1934.)

La obligación de formalizar un contrato de cesión de un inmueble no es un derecho real. (Resolución de 27 de marzo de 1947.)

La cláusula que establece que «es condición de un contrato que el edificio o edificios que se construyan en la finca vendida habrán de ser destinados a Seminario diocesano o a una institución docente del mismo carácter, es una obligación personal, porque dicha cláusula no contiene una verdadera condición resolutoria ni por ella se constituye un derecho real». (Resolución de 6 de junio de 1949.)

No es derecho real el que tiene el pensionista en el contrato de renta vitalicia a cambio de entrega de bienes, como se deduce del artículo 1.805 del Código Civil, excepto cuando el pago se asegura con hipoteca. (Resoluciones de 1 de marzo de 1939, 21 de diciembre de 1943 y 31 de mayo de 1951.)

En todos los casos expuestos, la doctrina del Centro Directivo

se pronuncia en el sentido de que no existe una relación inmediata entre el sujeto activo y la cosa, sino que, entre aquél y ésta aparece interpuesto un sujeto pasivo personal y directamente obligado, lo cual deja determinada su naturaleza de derecho de crédito.

Pero no cabe desconocer que, en varios de los casos examinados, aparece esa zona brumosa, de perfiles no exactamente fijados, existente entre los derechos reales y los derechos de obligación y que constituye la incógnita de los problemas que la Dirección ha dejado resueltos en cada uno de los casos examinados.

En cuanto a la constitución de renta vitalicia a cambio de entrega de bienes, una interpretación literal del texto del artículo 1.805 del Código Civil determina su carácter de derecho obligacional, ya que declara que la falta de pago de las pensiones vencidas «no autoriza al perceptor de la renta vitalicia a volver a entrar en la posesión del predio enajenado». El citado artículo sólo concede al perceptor de la renta el derecho a reclamar el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras.

El Derecho anterior al Código Civil, dice Castán (23) «venía confundiendo la renta con el censo vitalicio». El artículo 1.805 de referencia ha establecido la importante diferencia—entre otras que existen entre ambas figuras—de que en el censo vitalicio el rentista tiene un derecho real sobre la finca gravada, y, por tanto, exigible a todos los posteriores adquirentes de aquélla, mientras que el contrato de renta vitalicia es un derecho de crédito.

En un contrato de esta clase—según la citada Resolución de 31 de mayo de 1951—, «a pesar del principio de autonomía de la voluntad proclamado en el artículo 1.255 del Código Civil y del sistema de «numeris apertus», que inspira nuestra legislación», no cabe la condición resolutoria y consiguiente reversión de la finca al titular de la renta.

Respecto de las condiciones resolutorias que pueden producir el efecto de conseguir que un derecho personal pueda quedar protegido por las defensas del Registro de la Propiedad, excluido el caso concreto de la constitución de renta vitalicia, con entrega de bienes, caso ya resuelto por la Resolución que acaba de citarse, es

(23). *Derecho Civil*; t. IV, pág. 650.

necesario que la condición resolutoria pactada en un derecho personal sea «explicita», como dice el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, esto es, que exprese de una manera clara la naturaleza, extensión y alcance de la condición resolutoria convenida.

A veces, por un error de técnica jurídica, se emplea la palabra condición como sinónimo de pacto o cláusula de un contrato. Por ejemplo, cuando en un contrato de suministros o de obras, se dice: «condiciones facultativas y económico administrativas», de la misma forma que el término carga no expresa siempre su exacto sentido de gravamen real o dominio limitado, sino la idea de estipulación o parte de un convenio. Véase la última parte del artículo 1.802 del Código Civil, en que, según la doctrina, no resulta antinomia alguna con el artículo 1.805 del mismo cuerpo legal.

La condición resolutoria, como hecho futuro e incierto, del cual depende la extinción de un contrato, debe pactarse de forma que resulte indubitablemente la intención de las partes de que surta los efectos de tal condición y en el contexto de ella deberá contenerse, como dice el artículo 56 del Reglamento de la Ley Hipotecaria, la expresión del hecho futuro e incierto en que consista la condición y las circunstancias que deben concurrir para que pueda considerarse cumplida.

El cumplimiento de la condición resolutoria es una transferencia de retorno del derecho al transferente titular de la misma. Y, desde el punto de vista de la técnica registral—según la Resolución de 18 de enero de 1945—, es una cancelación que pone en concordancia el contenido del Registro con la realidad jurídica extra-registral.

En el sistema del «numeris apertus» hay un acentuado acatamiento del legislador a la autonomía de la voluntad. Este respeto a la libertad de formas contractuales produce, como contrapartida, el problema de la investigación de cuáles sean los derechos de naturaleza intrinsecamente real, aunque sin tener nombre propio en Derecho y aquellos otros a los cuales las partes han tenido intención de dotar de efectos reales, o al menos, de energía respecto de los sucesivos adquirentes, pero que, no obstante la voluntad de los contratantes, sólo son negocios obligacionales por no reunir las circunstancias constitutivas de los derechos reales.

Por ello y porque las numerosas combinaciones de esos ele-

mentos de naturaleza real han producido una lista de derechos modelados por la ley, y analizados por el Derecho científico y la Jurisprudencia de tanta extensión que dificulta mucho la invención de otros nuevos derechos reales, se observa hoy una cierta tendencia a reconocer las ventajas y la superioridad técnica del sistema del «*numerus clausus*».

La doctrina de la Resolución de 21 de diciembre de 1943, admite en cuanto a dicho extremo que, no obstante la teoría del «*numerus apertus*» y su indudable influencia en el ámbito del Derecho inmobiliario, la ciencia jurídica moderna acoge con simpatía la orientación opuesta del «*numerus clausus*» que ofrece las indudables ventajas de facilitar la misión calificadora del Registrador, facilita el estudio de los terceros adquirentes—porque las cargas reales se identifican inmediatamente por su estructura institucional—y evita la creación de ciertos derechos de naturaleza ambigua.

La Dirección General de los Registros, en noventa y cinco años de labor, ha formulado una extensa y reiterada doctrina, articulada en numerosas Resoluciones—varias de las cuales han sido mencionadas en estas notas—y en aquéllas se ofrece la solución de una considerable cantidad de problemas relacionados con esos «derechos de naturaleza ambigua» a que se refiere la Resolución de 21 de diciembre de 1943, citada en el párrafo inmediato anterior, derechos que, a veces, se perfilan formando una zona intermedia entre los derechos reales elaborados por los particulares, acogiéndose al sistema del «*numerus apertus*» y los negocios obligacionales en que las partes ponen de manifiesto su voluntad de dotarles de efectos reales.

Cuando al practicar el análisis de la validez de las estipulaciones de un contrato, o sea de sus circunstancias intrínsecas, con los reactivos que ofrecen el Derecho científico y la Jurisprudencia, aparece una relación inmediata entre el titular del derecho en el contrato constituido y la cosa sobre que recae y, como indeclinable consecuencia de la lógica jurídica, una energía real que le dota de efectos frente a los posteriores adquirentes, queda comprobada su naturaleza de derecho real.

Pero hay casos en que la presencia de un sujeto pasivo intermedio, ligado con una obligación que recae sobre la cosa, puede suscitar la duda de si se halla personalmente obligado o de si ac-

túa—según una gráfica expresión empleada por algún autor—como «representante» de la cosa, en cuyo supuesto, sería la cosa misma la que estaría sujeta, cualquiera que fuese su propietario, lo cual pondría al investigador frente a un derecho de naturaleza real, que, si no existieren otros obstáculos provenientes del título mismo o del historial registral de la finca, tendría acceso al Registro.

La incógnita del problema sigue, por tanto, sin descifrar. Su solución será la aceptación, en una futura reforma legislativa, del sistema del «numerus clausus».

En conclusión. No obstante la cuidadosa labor de los Registradores y el criterio restrictivo con que han de investigar la posible existencia de un derecho de crédito con apariencia externa de derecho real, es muy probable que consigan infiltrarse en el Registro de la Propiedad, al través de las barreras de la Legislación la Jurisprudencia y la calificación registral, cierto número de derechos obligacionales y que la fórmula del artículo 98 de la Ley Hipotecaria tenga sobradas ocasiones de entrar en juego.

Y es que los conceptos que concibe el Derecho científico con un rigor lógico de exactitud casi matemática, pierden una parte de su precisión abstracta, cuando establecen contacto con las innumerables facetas, matices, problemas, necesidades y aspectos de las realidades económicas y jurídicas de la vida social.

JESÚS ACEDO,
Registrador de la Propiedad.