

## Derechos reales y pactos de trascendencia real

Aunque unos y otros tienen de común el referirse directamente a una cosa y poder hacerse efectivos *erga omnes*, se diferencian en que los primeros constituyen figuras tipificadas y, por consiguiente, limitadas, mientras que los pactos con trascendencia real no se hallan sujetos a ningún proceso de configuración y surgen espontáneamente de la voluntad para constituir las más variadas modalidades de los negocios jurídicos.

El derecho real ha constituido siempre el área de actuación de la técnica registral, y se fué el pensamiento de los autores de la primera Ley Hipotecaria y de los nuevos textos que sucesivamente rígieron.

Las últimas reformas insisten con energía en el mantenimiento de este principio. Así, el artículo 98 del texto refundido de la Ley recalca que los derechos personales no tendrán la consideración de gravámenes y serán cancelados por el Registrador a instancia de parte interesada. Y los redactores del nuevo Reglamento, en el artículo 9.º, no se han limitado a reproducir el texto del artículo 18 del anterior, sino que han considerado conveniente añadir a éste unas pocas palabras para dejar bien sentado que en el Registro no pueden tener acceso las obligaciones o derechos personales.

Se trata, con estos nuevos preceptos, que no son más que una ma-chacona insistencia sobre principios harto conocidos de nuestro ordenamiento inmobiliario, de reafirmar la pureza de la función registral, cuyo prestigio no se aviene con la viciosa práctica seguida hasta ahora en muchas de nuestras oficinas de consignar en los asientos toda clase de estipulaciones.

Una mala entendida prudencia ha sido la principal causa de que muchos asientos obrantes en los libros de nuestros Registros sean ver-

daderas transcripciones. En la duda, y por aquello de que "lo que abunda no daña", se ha venido optando por la consignación de las cláusulas, sin considerar que ha sido mucho mayor el daño infligido a la propiedad con esa profusión de pactos, reservas y menciones, que el favor atribuido a los supuestos beneficiarios, ya que éstos raramente se han lucrado con la reserva o mención, a la que pocas veces alcanza la protección de la fe pública del Registro.

## I

## DERECHOS REALES

*¿Numerus apertus o numerus clausus?*

El enunciado se refiere a los derechos reales, nominados o no, susceptibles de constituir el contenido de un negocio jurídico independiente.

No hay problema en cuanto a la naturaleza y características del derecho real. Al no estar predeterminadas por el Derecho positivo, hay que atenerse a la doctrina de los autores, y éstos coinciden en lo fundamental. Por consiguiente, cuando el Código civil o la Ley Hipotecaria o cualquier otro texto legal hablan de derechos reales en general hemos de entender que aceptan el concepto que de los mismos dan los autores, por lo menos en lo que se admite sin discrepancia (atribuir al sujeto una facultad directa sobre las cosas, eficacia *erga omnes*, etc.).

La primera dificultad se ofrece al pretender averiguar si nuestro ordenamiento inmobiliario, siguiendo las huellas del Derecho romano, que sólo concedía a un número limitadísimo de derechos (servidumbres, superficie, enfiteusis y derechos de garantía) la categoría de derechos reales, y de acuerdo con los Códigos de la mayor parte de los países europeos (Alemania, Suiza, Austria, Hungría, Suecia, Finlandia, Holanda, Portugal), acepta un número limitado de tipos fijos de derechos reales, o por el contrario, sigue el sistema del *numerus apertus*, concediendo la posibilidad de dar efecto real a cualquiera relación jurídica referida a una cosa determinada.

Es inútil buscar un texto categórico que aleje toda duda sobre el sistema adoptado por nuestro Derecho positivo. Sólo el artículo 7.<sup>º</sup> del Reglamento hipotecario permite conjeturar que el sistema preferido es el del *numerus apertus*, al decir que "conforme a lo dispuesto

en el artículo 2.<sup>o</sup> de la ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio de los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, 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, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales". En este artículo, reproducción del 14 anterior, salvo las tres palabras subrayadas, ha encontrado la jurisprudencia de la Dirección de los Registros base para afirmar que nuestro ordenamiento inmobiliario sigue el régimen del *numerus apertus* (Resoluciones de 11 de abril de 1930, 23 de noviembre de 1934, 13 de mayo de 1936, 1.<sup>o</sup> de marzo de 1939, 21 de diciembre de 1943, 27 de marzo de 1947 y 27 de octubre de 1947).

Pero el precepto reglamentario, sobre todo en su redacción anterior, nos parece más claro que la jurisprudencia que lo interpreta. Decimos en su redacción anterior, porque el retoque introducido en el nuevo texto plantea otra vez la dificultad de tener que decidir en cada caso si el acto o contrato modificador de las facultades del dominio sobre inmuebles o derechos reales tiene o no trascendencia real, pues, como ya queda dicho, la ley se desentiende de dar el concepto de los derechos reales y no hay en todo nuestro Derecho positivo norma alguna que permita distinguirlos con un criterio de fijeza.

El artículo 14 del Reglamento hipotecario anterior al vigente, al permitir su inscripción, consagraba, en efecto, como derechos reales a los que, contenidos en un acto o contrato, modificaran las facultades dominicales, sin necesidad de que el ordenamiento jurídico los haya catalogado o incluido en la lista de los ya admitidos.

Así entendida la idea del *numerus apertus*, no parece que pudiera dar lugar a grandes dudas. Lo que sí puede discutirse es la oportunidad o conveniencia de sancionar este régimen que muy pocos países admiten. Si se diera a la voluntad humana la más plena autonomía a este respecto, ¿no se introduciría la anarquía y el caos en nuestro ordenamiento inmobiliario? ¿No se desnaturalizaría el Registro subordinando al arbitrio de la libertad de contratación el mayor o menor ámbito de su misión protectora? ¿No se dificultaría el tráfico sobre inmuebles al multiplicarse sus gravámenes? ¿No sobrevendría fatalmente el descrédito de todo el sistema inmobiliario?

Sin duda alguna, todos estos temores determinaron a nuestra Dirección General a oscurecer el sentido del *numerus apertus*, reconociendo si qué está sancionado por el Reglamento hipotecario, pero condicionando o limitando de tal modo su admisión que el artículo del Reglamento ha quedado reducido poco menos que a una declaración especulativa.

Así la Resolución de 11 de abril de 1930 declara que "la doctrina condensada en la frase *numerus apertus* no autoriza la constitución de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y los efectos de un derecho real, ni significa que la voluntad puede configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles que impiden la amortización de la propiedad inmueble". Poco más o menos, las mismas palabras se leen en un considerando de la de 23 de noviembre de 1934.

En términos todavía más expresivos, la Resolución de 13 de mayo de 1936 dice que "los derechos reales conceden una relación inmediata con las cosas, con protección *erga omnes*, sin necesidad de intermediario, y están sujetos en algunas legislaciones al régimen de *numerus clausus*, criterio contradicho por el artículo 14 del Reglamento hipotecario, si bien tiene reiterado la jurisprudencia de este Centro directivo, que ello no puede autorizar la constitución de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y efectos de un derecho real, ni significa qué la voluntad pueda configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles que impiden la amortización de la propiedad inmueble".

Muy significativa es también la de 21 de diciembre de 1943, contraria a la configuración del contrato de renta vitalicia con carácter real y, por tanto, a la aplicación del *numerus apertus* en este caso, porque "a pesar de su indudable influencia en el derecho inmobiliario, la ciencia jurídica moderna acoge con simpatía la orientación contraria que encierra las innegables ventajas de facilitar la labor del Registrador en cuanto a su deber de calificación, favorecer los cálculos de terceros adquirentes y evitar la creación de derechos innominados y ambiguos".

Y en la de 27 de marzo de 1947, dictada ya bajo la vigencia del Reglamento de 14 de febrero del mismo año, decidiendo sobre una solicitud de cancelación de un pacto que figuraba en determinada inscripción, se afirma que "aunque no es posible desconocer las dificultades que entraña, en un sistema contrario al *numerus clausus* de los derechos reales, el criterio de selección para separar lo relativo al derecho

obligacional de lo que pertenece al derecho de cosas, es indudable, que la nueva ley Hipotecaria reafirma el tradicional criterio de exclusión del ámbito registral de los derechos personales, y al prudente arbitrio y competencia del funcionario calificador queda reservada tan importante misión, para centrar así el verdadero contenido de la institución registral, desnaturalizado muchas veces cuando se recogen pactos, cláusulas y condiciones desprovistos de verdadera sustancia inmobiliaria".

Pero, entonces, cabe preguntar: ¿cuál de los dos sistemas rige en definitiva?

Nosotros creemos en un sistema de *numerus clausus* como regla, pero quedando un portillo abierto para admitir excepcionalmente derechos reales de los no catalogados, reteniendo el Centro directivo la facultad de sancionar jurisprudencialmente su admisión, interin y mientras una reforma legislativa no los consagre y configure de un modo definitivo.

En efecto; si, a tenor de la jurisprudencia hipotecaria, la voluntad no puede constituir relaciones jurídicas inmobiliarias con el carácter y efectos de un derecho real, es evidente que, en principio, el ordenamiento no reconoce más derechos reales que los que han logrado la investidura legal. Según la interpretación dada por la jurisprudencia hipotecaria al artículo 7.<sup>º</sup> del Reglamento, no es exhaustiva la relación de los derechos reales mencionados, en el artículo 2.<sup>º</sup> de la ley y en cualquier otro texto legal, sino que es posible adicionar otros a la lista admitida, pero que la voluntad humana no es suficiente por sí sola para crearlos, a propósito de un acto o contrato.

Siendo así, forzoso es admitir que toda nueva figura de derecho real que pretenda beneficiarse de la protección del Registro necesita una consagración que, mientras la ley no decida, sólo puede otorgarle la jurisprudencia de la Dirección de los Registros, por ser ésta el órgano a quien está encomendado asegurar en los Registros de la Propiedad la observancia de la ley Hipotecaria y de su Reglamento y decidir sobre su interpretación en las resoluciones de los recursos gubernativos que se interpongan contra la calificación de los títulos por los Registradores.

Puede, pues, afirmarse que sólo gozan *a priori* de la protección de la fe pública y de todas las ventajas del sistema los derechos reales reconocidos, catalogados y regulados por el Derecho positivo.

Un examen más o menos minucioso del Código civil y de la legislación hipotecaria permite formar el siguiente inventario de los dere-

chos reales, inscribibles o no, y de los derechos inscribibles, tengan o no naturaleza real, relación seguramente incompleta, pero bastante aproximada a la realidad:

- 1.º El dominio (artículos 348 Código civil y 2.º ley Hipotecaria).
- 2.º El usufructo, uso y habitación (artículos 467 y 524 Código civil y 2.º ley Hipotecaria).
- 3.º La posesión civil (artículo 446 Código civil).
- 4.º El derecho de accesión en sus diversas formas (artículos 358 a 374 Código civil).
- 5.º El derecho de cerrar las fincas rústicas (artículo 388 Código civil).
- 6.º Las servidumbres reales y personales (artículos 530 y 531 Código civil y 2.º ley Hipotecaria).
- 7.º El derecho de arrendamiento con los requisitos del núm. 5.º, artículo 2.º ley Hipotecaria.
- 8.º Los subarriendos, subrogaciones y cesiones de arrendamientos con las condiciones del núm. 5.º, artículo 2.º de la ley (artículo 13 Reglamento hipotecario).
- 9.º Las retrocesiones de arrendamientos inscritos (artículo 13 Reglamento hipotecario).
10. El derecho hereditario (artículos 657, 659, 661 y otros del Código civil).
11. Los derechos del legitimario de parte alícuota (artículo 15 ley Hipotecaria).
12. La condición resolutoria explícita caso de impago del precio aplazado en ventas, permutas y adjudicaciones (artículo 11 ley Hipotecaria).
13. Los derechos protegidos por acciones rescisorias y resolutorias dimanantes de causas que consten explícitamente en el Registro (artículo 37 ley Hipotecaria).
14. El derecho de obtener la revocación de donaciones por incumplimiento de condiciones inscritas (artículo 37 ley Hipotecaria).
15. El derecho de obtener la rescisión de enajenaciones fraudulentas con los requisitos del núm. 3.º del artículo 37 de la ley Hipotecaria.
16. El derecho reconocido a los acreedores en adjudicaciones para pago de deudas cuando se estipule garantía real a favor de aquéllos sobre los bienes adjudicados (artículo 45 ley Hipotecaria).

17. El retracto legal (artículos 1.521 y siguientes Código civil).
18. El retracto convencional (artículos 1.510 Código civil y 107, número 8º ley Hipotecaria).
19. Los créditos refaccionarios anotados (artículo 59 ley Hipotecaria).
20. Los derechos de superficie, pastos, leñas y análogos (artículo 107, núm. 5º, ley Hipotecaria).
21. Los censos en sus distintas variedades (artículo 1.623 Código civil).
22. La hipoteca (artículos 1.876 Código civil y 2º y 104 ley Hipotecaria).
23. La subhipoteca (artículo 107, núm. 4º, ley Hipotecaria).
24. La anticresis (artículo 1.881 Código civil).
25. Los derechos de deslinde y amojonamiento (artículo 12 Reglamento hipotecario).
26. El contrato de opción (artículo 14 Reglamento hipotecario).
27. Las roturaciones legítimadas y concesiones administrativas de fincas para su colonización u otros fines de carácter social (artículo 30 Reglamento hipotecario).
28. El derecho a obtener la nulidad de los actos y contratos otorgados por mujer casada sin licencia marital, constando en la inscripción la falta de esta licencia (artículo 94 Reglamento hipotecario, en relación con el 1.301 Código civil).
29. El derecho de retención (artículos 453 y 502 Código civil).

Por su condición de inscribibles se incluyen en la lista derechos que, según la mayoría de los autores, no son de naturaleza real (los números 7º, 8º, 9º, 12 y 16), así como figuran en ella otros que, no siendo inscribibles, tienen la categoría de derechos reales (los números 3º, 10º y 17). Como fácilmente se observa también, figuran en la relación todos los derechos reales tipificados y aptos para ser inscritos por sí solos por constituir relaciones jurídicas independientes (los números 1º, 2º, 6º, 7º, 8º, 9º, 18—en el caso de su enajenación o gravamen—, 19, 20, 21, 22, 23, 24 y 26); los que constituyen pactos o condiciones anejas a un acto o contrato inscrito eficaces contra tercero (los números 12, 13, 14 y 16); otros que representan la mera adición de elementos nuevos a un inmueble inscrito y cuya constatación en el Registro se obtiene por la simple voluntad del titular sin requerir acto o contrato alguno (el número 4º); otros que tienen por

objeto proteger legalmente las facultades de goce o disfrute, cuya constatación registral puede ser útil y es permitida (número 25); y otros, en fin, que por ser de ineludible mención gozan del beneficio de la fe pública registral para que no se perjudiquen intereses que el legislador quiere proteger (números 15 y 28).

Los Reglamentos hipotecarios anteriores al vigente, al permitir la inscripción de los derechos reales que con diferentes nombres se conocen en los territorios de Derecho foral, citaban, por vía de ejemplo, algunos de ellos, como el usufructo conocido en Aragón con el nombre de Viudedad y el Heredamiento universal propio de Cataluña. El Reglamento vigente ha mantenido, como es natural, la inscribibilidad de los derechos reales peculiares del Derecho foral, pero omite la referencia a las dos instituciones citadas, que propiamente no constituyen tipos de derechos reales, sino simples modos de adquirir el dominio, el usufructo u otros derechos reales ya conocidos, propios o exclusivos de ciertas regiones en que rige Derecho foral.

En realidad, creemos que a los derechos reales de Derecho común antes enumerados son muy pocos los que se pueden añadir procedentes del Derecho foral. Más que tipos nuevos de derechos reales, algunos territorios ofrecen variedades de nombre y regulación de los ya conocidos. Así en Cataluña, el llamado derecho de *lluir y quitar* no es en esencia más que el retracto convencional del Derecho común, que en Cataluña presenta características variantes con respecto a las normas del Código civil. Los llamados Censales, Violatios y Vitalicios son derechos personales, a no ser que se garanticen con hipoteca. El *revessejar* y la *rabassa morta* son modalidades de enfeusis. La opción *dotal* se reduce a un derecho de retención. La *tenuta* es una combinación de los derechos de usufructo y retención. Y así podrían repetirse los ejemplos. Más como curiosidad que por la importancia que pueda tener, acaso el único tipo de derecho real como distintivo de los relacionados anteriormente y que por cierto guarda analogía con el derecho de asiento en la Iglesia incluido entre los derechos reales que reconoce el Código civil alemán, es el derecho a ocupar una localidad, palco o butaca, que algunas personas tienen en ciertos teatros, como el Liceo, de Barcelona, derecho susceptible de transmisión temporal o perpetua y que indudablemente podría ser inscrito, si es que no lo está ya, a favor de alguno de dichos titulares.

Ni en Aragón los derechos de leñas, pastos y abrevadero, verdade-

ras servidumbres, o el derecho de saca o abolorio, modalidad del derecho de retracto, de los cuales se ocupa el Apéndice; ni en Navarra la donación *propter nuptias*, que es un modo de adquirir, o los pastos de facería, que son también servidumbres, constituyen tipos de derechos reales que no estén ya reconocidos en el Código civil o la legislación hipotecaria, ni sabemos de novedad alguna a este respecto en los demás territorios de Derecho foral.

### *Nuestra interpretación del numerus apertus*

Si nos es permitido jugar con el vocablo, diremos que la idea del *numerus clausus* en los derechos reales implica acotamiento, pero no agotamiento. Los derechos reales comprendidos en la lista gozan plenamente y *a priori* de los beneficios del ordenamiento hipotecario. Pero la lista es susceptible de ser ampliada. El Derecho evoluciona al compás de la vida y de las nuevas concepciones económicas y sociales. Unas instituciones perviven; otras caen en desuso; otras evolucionan para adaptarse a las nuevas necesidades; otras, en fin, surgen a la vida jurídica por imperio de la voluntad humana que, a necesidades nuevas, provee con fórmulas nuevas que el Derecho positivo no tiene más remedio que recoger y sancionar. Así, por ejemplo, en los antiguos derechos reales de garantía inmobiliaria se ha evolucionado hasta que, gracias a la creación del Registro, apareció la hipoteca, con lo que tales derechos pudieron constituirse sin desplazamiento de la garantía o sin necesidad de arbitrar formularias y peligrosas transmisiones. Así, la enfiteusis se arbitró en su tiempo como la fórmula jurídica más apropiada para obtener la repoblación y cultivo de las tierras, así como la edificación de las poblaciones.

Por lo tanto, la voluntad humana puede seguir y seguirá elaborando nuevos tipos de derechos reales como fórmulas jurídicas las más adecuadas para las nuevas necesidades que vayan surgiendo.

Indudablemente, así lo entiende y permite el Derecho positivo, como resulta con claridad del artículo 7.º, ya citado, del Reglamento hipotecario y también de la alusión general que a los derechos reales hacen el artículo 2.º de la ley Hipotecaria y el número 1.º del artículo 1.280 del Código civil. Como dicen Pérez y Alguer (en sus Comentarios al párrafo primero del *Derecho de Cosas*, por Martín Wolff), en estos artículos "se declara que la voluntad de los particulares (la

autonomía privada) puede engendrar, modificar o extinguir tales derechos". "Pero—continúan dichos autores—no se prejuzga la libertad de configuración, es decir, la facultad de producir tipos de derechos reales no regulados especialmente por la ley. Falta en el orden de los derechos reales un precepto como el del artículo 1.255 (libertad de configuración del contenido) con relación a los contratos o como los de los artículos 688, apartado primero, y 764 con referencia a los testamentos". Y termina el comentario: "Por tanto, las modificaciones que autoriza el artículo 14 del Reglamento hipotecario representan gravámenes, limitaciones reales del contenido de la propiedad de un derecho real. Pero siempre será impreciso el límite de la libertad de configuración que parece establecer dicho precepto."

En el proceso de formación de los derechos reales cabe, por consiguiente, distinguir dos fases: a) la de creación del derecho; y b) la de su configuración.

a). La voluntad humana crea el derecho cuando, para conseguir determinada finalidad, el propietario concede a otra persona la facultad de ejercitarse sobre el objeto de su propiedad actividades que implican limitaciones correlativas en el derecho dominical. Por ejemplo: el dueño de un predio dedicado al cultivo de árboles frutales vende los frutos que el arbolado haya de producir en los cinco próximos años. Es negocio perfectamente lícito, que atribuye al comprador unos derechos de disfrute y limita en el equivalente las facultades dominicales del vendedor. No puede confundirse con ninguno de los derechos de goce o disfrute tipificados (arrendamiento, usufructo, etc.) en el Código civil. Podría ser uno de los negocios aludidos en el artículo 7.<sup>º</sup> del Reglamento hipotecario.

El derecho está creado. Presentada en el Registro, la escritura en que se contiene, toca al Registrador calificar sobre su naturaleza. Si se opone a su inscripción por considerar que se trata de un derecho personal, el Centro directivo resolverá en el oportuno recurso y si decide que es derecho real procederá su inscripción, de acuerdo con el artículo 2.<sup>º</sup> de la ley y el 7.<sup>º</sup> del Reglamento hipotecario. En tal caso, la inscripción que se practique gozará de todos los beneficios del sistema.

Si el Registrador inscribe de plano por calificar de real el derecho creado, entendemos que su calificación puede ser hasta cierto punto neutralizada. Imaginémonos, en efecto, que después de practicada tal inscripción, se presenta un título contradictorio con el inscrito, por

ejemplo, una escritura de arrendamiento inscribible del predio otorgada con anterioridad a la de la venta de frutos ya inscrita. Si, como es de suponer, el Registrador denegare la inscripción del título por contradictorio, interpuesto recurso, la Dirección tendría que decidir sobre la naturaleza del derecho inscrito supuesto incompatible con el nuevo título, que es lo que en esencia se plantearía en el recurso, y si el Centro directivo calificaba de personal el derecho inscrito, aunque su competencia no se extendiera a resolver sobre la improcedencia de la inscripción ya practicada, que conforme a los preceptos legales está bajo la salvaguardia de los Tribunales de justicia, sí tendría que pronunciarse sobre el objeto del debate y por lo tanto declarar inscribible el presunto título contradictorio, ya que el artículo 17 de la ley sólo prohíbe la inscripción de títulos que sean incompatibles con otros inscritos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

Es visto, pues, cómo en nuestra hipótesis, que juzgamos correcta, inscriba o no inscriba el Registrador un acto o contrato de dudosa trascendencia real, la calificación definitiva queda prácticamente reservada al Centro directivo, el cual puede, dentro de una estricta competencia, privar a la inscripción indebidamente practicada del beneficio de prioridad registral, uno de los más destacados de nuestro sistema hipotecario.

b) En la fase de creación el derecho real tiene una vida precaria, así en el aspecto hipotecario, según es visto, como en el estrictamente civil, puesto que, no habiéndolo estructurado todavía el Derecho positivo, pueden los Tribunales inclusive desconocer su condición de derecho real y negarle, por tanto, las características que la ley atribuye a los derechos de esta categoría. Un derecho real no puede aspirar al pleno reconocimiento de sus ventajas, así civiles, como hipotecarias y procesales, hasta que la ley lo haya sancionado como tal derecho y operado su configuración.

Como ya se ha indicado, la autonomía de la voluntad, si puede crear un derecho real, carece de facultades para estructurarlo, es decir, moldearlo, tipificarlo, darle un nombre y linearlo en sus más acusadas características, señalando así las condiciones precisas para su nacimiento como las normas reguladoras de su ejercicio y extinción.

Se comprende que esto no pueda dejarse al libre arbitrio de la voluntad, al revés de lo que ocurre en los contratos, que las partes pue-

den estructurar libremente según sus medios y necesidades, mientras no contravengan las leyes, la moral o el orden público. Así como el contenido de los contratos es un complejo de facultades y deberes cuyo ejercicio o cumplimiento no interesa ni trasciende más allá de las partes y sus herederos, en el derecho real las facultades se ejercen sobre objetos del mundo exterior, que si son bienes inmuebles, constituyen apreciables elementos de riqueza de la nación, que no pueden dejar indiferente al poder público en cuanto a las normas que hayan de limitar su uso o disfrute y disposición. Por otra parte, si el derecho real obliga a toda la colectividad, es lógico que solamente los órganos del Estado puedan regular el ejercicio de las facultades que confiere a su titular y los deberes de respeto que impone a todas las personas.

El momento y ocasión de dar estructura a los derechos reales que el tráfico jurídico ha creado, es el de las reformas legislativas a que periódicamente se someten los cuerpos legales pertinentes. Casi siempre ha precedido a este momento una larga etapa en que la práctica jurídica, la exposición doctrinal y la jurisprudencia han tenido ocasión de pronunciarse sobre el nuevo derecho, su naturaleza, características y trascendencia social y económica, formándose esa conciencia jurídica que suele estar presente en la elaboración de toda novedad legislativa.

Como ejemplo típico, podemos referirnos al derecho de opción, incorporado a la lista de los derechos inscribibles, y en consecuencia reales, por el nuevo Reglamento hipotecario. Este derecho, que ya desde antiguo venía figurando como un pacto anejo a muchas escrituras de arrendamiento de minas y que se consignaba, ¿cómo no?, en las inscripciones correspondientes, surgió como negocio jurídico independiente cuando el auge industrial que siguió a la primera guerra europea hizo pensar en la explotación de las grandes reservas de energía contenidas en los ríos y lagos de nuestras regiones montañosas. Mientras se planeaban las futuras instalaciones y se tramitaban los expedientes de concesión de los aprovechamientos, gentes interesadas en estos negocios recorrían las tierras de montaña y allí donde veían un campo con algún manantial, o un molino o un elemento cualquiera utilizable para los fines de la explotación hidroeléctrica planeada se aseguraban su adquisición mediante contratos de opción que, por el escaso valor intrínseco de aquellos objetos y porque lo aleatorio de la venta no obligaba de momento a los propietarios a desprendérse de nada, se conseguían a cambio de primas reducidísimas.

Los Registradores se vieron en la precisión de calificar a menudo estos contratos de opción y, justo es confesarlo, las más de las veces los rechazaban; ya porque se negaran a admitir que la opción fuera un derecho real, ya porque, aun teniendo un criterio personal favorable a su admisión, creyeran oportuno extremar la cautela en asunto tan delicado como la inscripción de un tipo nuevo de contrato, de consecuencias trascendentales en la facultad dispositiva de los inmuebles afectados.

El señor Ossorio y Gallardo que, por su condición de Abogado asesor de una Sociedad concesionaria de importantes saltos en el Pirineo leridano, tuvo necesidad de estudiar estos contratos, atraído por la novedad del tema, publicó un estudio, acaso el primero en España, sobre el contrato de opción. Hemos de confesar que el opúsculo del señor Ossorio y Gallardo, si acusa una pluma correcta y ágil, no demuestra profundos conocimientos de la especialidad jurídica inmobiliaria.

A este estudio siguieron otros dedicados a la opción (Gayoso, Saldaña, Jerónimo González, Mengual, etc.), hasta formar una bibliografía muy apreciable; tanto por la cantidad como por la calidad.

Sin duda por considerar que el problema había adquirido ya el grado de madurez suficiente y que el Cuerpo de Registradores tendría opinión formada, el Centro directivo eligió para el año 1932 el contrato de opción como tema de la Memoria que por precepto reglamentario había que desarrollar todos los años. Sobre la específica finalidad que movía a la Dirección a señalar dicho tema, vamos a transcribir las últimas palabras del resumen de las Memorias publicado en el Anuario de dicho año: "En realidad, el singular interés que presenta la cuestión relativa a la inscripción o a la concesión de los beneficios del régimen registral al derecho de opción ha de venir condicionado por la naturaleza jurídica real o personal del mismo derecho. La Dirección ha indicado la necesidad de perfilar el criterio del *numerus apertus* que inspira el sistema español, y este punto de vista ha de estimarse certero no obstante las críticas que la novísima doctrina germánica ha dirigido contra el principio del número limitado de derechos reales establecido por el Código civil alemán".

Tal ha sido el proceso formativo del derecho de opción, incorporado a la lista de los derechos inscribibles por el nuevo Reglamento hipotecario mediante los requisitos de su artículo 14, en los que ha plasmado su configuración hipotecaria, quedando reservado a las leyes

civiles el estructurar el mismo derecho en el aspecto contractual, para lo que no faltarán tampoco en su día calificados precedentes doctrinales y una copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo.

## II

## PACTOS DE TRASCENDENCIA REAL

Tanto como en la calificación de los títulos presentados a inscripción, la técnica registral se aplica al estudio de los pactos o modalidades más o menos accesorios anejos a los actos o contratos que han de inscribirse, para decidir sobre su naturaleza real o personal al efecto de que se consignen o no en la inscripción. Es esta una labor oscura y monótona, pero cuya importancia no cede a la de calificación propiamente dicha, tanto por lo que interesa que el contenido de los asientos se limite a lo estrictamente real, como por las dificultades que frecuentemente comporta esta labor depuradora del título:

Estas dificultades, puestas de relieve por la jurisprudencia hipotecaria, radican no sólo en la carencia de normas legales que permitan distinguir con seguridad lo que tiene trascendencia real de lo que atañe solamente al derecho de obligaciones, sino también en los escollos que a menudo se presentan para discriminar lo que es un pacto personal accesorio del negocio jurídico, cuyo ingreso en el Registro debe rechazarse de plano, de lo que constituye extensión y condiciones del derecho a inscribir, de obligatoria constatación, según el apartado 2.<sup>º</sup> del artículo 9.<sup>º</sup> de la ley y regla 6.<sup>a</sup> del artículo 51 del Reglamento.

Tales dificultades se agravan con la mayor complicación de los negocios jurídicos modernos y por otras causas, como las exigencias urbanísticas de estos tiempos, que obligan a consignar en las ventas de solares edificables multitud de prohibiciones y limitaciones.

El problema de discernir la naturaleza real o personal de cada uno de dichos pactos o estipulaciones no es de interpretación de normas, como el que se le plantea al juez, el cual en todo caso cuenta con reglas de interpretación. El Registrador tiene que decidir según su "prudente arbitrio y competencia"—son palabras de la Resolución de 27 de marzo de 1947—y las reglas tiene que construirlas él mismo, de acuerdo, claro está, con el espíritu de nuestras leyes civiles e inmobiliarias y nuestra siempre valiosa jurisprudencia hipotecaria, la cual no

sólo orienta al Registrador en casos análogos o semejantes de naturaleza dudosa, sino que le permite deducir del estudio de las Resoluciones dictadas un sistema de principios o reglas que faciliten con más garantía de acierto la tarea de eliminar de las inscripciones los pactos o cláusulas cuya consignación fuere improcedente.

Un examen más o menos cuidadoso de la jurisprudencia nos permite ofrecer los siguientes casos resueltos por el Centro directivo:

Es personal la obligación impuesta al heredero para que venda una finca y con el precio pague los legados no satisfechos, debiendo distribuirse el resto en la forma que el testador indica; por lo tanto, dicha obligación no impide la inscripción de la venta de dicha finca otorgada por el heredero y en la que el comprador se reserva el precio para pagar a un acreedor del que le vende. (Res. 21-6-1888.)

—La obligación de entregar a determinada persona un tanto por ciento de la cantidad que se obtenga en la redención de un censo es de naturaleza personal y no es, por consiguiente, necesario el consentimiento de esta tercera persona para cancelar el censo. (Res. 4-12-1897.)

—Es inscribible la hipoteca con el pacto de que si en determinado plazo no paga el deudor, promete éste otorgar la venta de las fincas hipotecadas a favor del acreedor por precio cierto; pero esta promesa, que no está sujeta a inscripción, no debe hacerse constar en la inscripción de la hipoteca. (Res. 16-11-1902.)

—La condición impuesta al legatario de no enajenar la finca y conservarla durante su vida como recuerdo del cariño del testador afecta sólo al legatario y es, por tanto, de carácter personal y no obliga a los herederos del causante, los cuales, por repudiación del legatario, pueden inscribirla a su nombre. (Res. 7-1-1904.)

—En cambio, la limitación que el causante impuso y que el titular aceptó de que no podría enajenar durante un lapso de tiempo, impide la inscripción de la escritura de venta otorgada por el heredero sin haber transcurrido el plazo señalado. (Res. 28-8-1907.)

—La obligación impuesta y aceptada por un hijo donatario de pagar la legítima materna a otros hijos del donante y mencionada en el Registro implica la constitución de un derecho real. (Res. 20-8-1906.)

—La obligación impuesta al heredero de pagar ciertas prestaciones, sin afectar bienes a su pago, debe considerarse personal. (Resolución 6-2-1909.)

—La obligación impuesta al adjudicatario de finca en una suce-

sión para proceder a su venta y repartir el precio entre varios de los coherederos es personal. (Res. 25-6-1909.)

—No constituyen carga o derecho real obligaciones impuestas a los donatarios de distribuir los bienes entre ellos y otras personas más. (Res. 4-1-1910.)

—No es derecho real la obligación de no utilizar la energía eléctrica de un salto de agua para alumbrado de determinada ciudad ni el compromiso de no arrendar aquella energía con dicho fin. (Resolución 23-5-1910.)

—A pesar de la prohibición de enajenar, gravar y permutar impuesta por el causante a los herederos, si se adjudican a alguno de ellos bienes libremente en comisión para pago de legados, gastos de funeral, protocolización de operaciones particionales y gastos de un pleito, es inscribible esta adjudicación libre. Lo cual quiere decir que en tal supuesto hay que hacer caso omiso de la prohibición. (Res. 16-9-1910.)

—La obligación de dar aviso a persona determinada antes de vender o gravar una finca no reviste los caracteres de derecho real ni impide la inscripción de la escritura de venta otorgada sin tal notificación después de la muerte de aquélla. (Res. 20-3-1911.)

—No es inscribible el pacto estipulado en una escritura de préstamo con hipoteca en el que el deudor se obliga a no hacer contrato inscribible mientras no esté completamente pagado el acreedor, y si así lo hiciere, desde aquel momento se consideraría vencido el plazo de duración del préstamo. (Res. 9-6-1914.)

—El pacto de no arrendar estipulado en una escritura de préstamo hipotecario se equipara al pacto de no volver a hipotecar; y si las obligaciones personales no tienen acceso al Registro, tampoco deben tenerlo aquellas de igual naturaleza, pero negativas, con personas indeterminadas, de ventajas dudosas y que entorpecen el crédito territorial. (Resoluciones de 28-7-1928, 6-7-1927 y 9-3-1918.)

—Con referencia a una cláusula testamentaria en la que se obliga al legatario que en el caso de vender la finca legada sean preferidas las dos personas que se nombran, la Resolución de 4 de enero de 1927 sienta la doctrina de que "contra la admisión de derechos reales modelados sobre el tipo de un derecho de preferencia militan gravísimas razones que imponen una interpretación restrictiva".

—Es personal el pacto convenido en una venta a retro de que, una vez puesta la nota de consumación, el adquirente venderá las fincas en

subasta por el precio de su valoración y con el importe del remate se pagará a la compradora el precio abonado, rentas que se le adeudasen, gastos y pagos legítimos, entregándose el exceso que resulte á los vendedores. (Res. 29-9-1927.)

—La prohibición de enajenar y gravar una finca mientras no se pague el precio aplazado al adquirirla debe ser excluída del Registro y estimarse sin trascendencia real. (Res. 14-4-1921.)

—La obligación impuesta a los compradores de destinar parte del edificio a usos industriales es de dudoso carácter real. (Resolución 23-11-1934.)

—Es personal el pacto inserto en escritura de venta con precio aplazado por el que, si transcurriese el plazo de un año sin que la deudora haga efectivo dicho precio, se entenderá prorrogado indefinidamente hasta que el acreedor requiera notarialmente a la deudora, en cuyo caso deberá concederla un plazo mínimo de tres meses, y transcurridos éstos, se entenderán adjudicadas en pago las fincas descritas. (Res. 13-4-1936.)

—Es de carácter obligacional el pacto contenido en una escritura de venta por el que, si los vendedores tuviesen que vender una determinada casa de su propiedad y el presunto o presuntos compradores exigieren la adquisición de la finca que se vende en la escritura antes aludida, el comprador de ésta viene obligado a cederla de nuevo a los vendedores o a sus herederos con un aumento en el precio, que no podrá exceder del 160 por 100. (Res. 27-3-1947.)

—El pacto por el que se faculta a una señora, dueña del predio dominante, para abrir en la pared que separa su parcela de un pasaje o corredor "huecos, ventanas, balcones y, en una palabra, establecer toda clase de servidumbre de luces y vistas de la forma y dimensiones que estime procedentes", se halla amparado por el artículo 594 del Código civil y puede hacerse constar en el Registro. (Res. 27-10-1947.)

El estudio de estas Resoluciones y el resultado de la experiencia diaria permiten clasificar los pactos, cláusulas y estipulaciones inherentes a los actos o contratos inscribibles en los siguientes grupos: 1.<sup>º</sup> Reservas. 2.<sup>º</sup> Modalidades. 3.<sup>º</sup> Limitaciones; y 4.<sup>º</sup> Obligaciones.

1.<sup>º</sup> *Reservas.*—Los derechos reservados a favor del transmitente del inmueble o constituyente del derecho real deben mencionarse en la inscripción. No hay en esto la menor duda. La transferencia no es total y hay que restar al adquirente lo que el transmitente se reser-

va, ya consista en facultades de goce o disfrute, como el usufructo o un derecho de habitación, ya que en una parte del valor de la cosa transmitida, como la reserva de una cantidad para testaferro frecuente en los heredamientos universales de Cataluña. Otra cosa sería si el derecho reservado fuera incompatible con el negocio jurídico convenido, como parece serlo el pacto de reserva de dominio en una compraventa de inmuebles.

2.<sup>º</sup> *Modalidades.*—Las condiciones que determinan la producción o extinción de los efectos del acto o contrato han de constar, pues a ellas se refiere el número segundo del artículo 9.<sup>º</sup> de la Ley y regla sexta del artículo 51 del Reglamento. Y el artículo 23 de la Ley y 56 del Reglamento expresan la manera de hacer constar en el Registro su cumplimiento. Si no obligaren a denegar la inscripción del título, debe, por lo menos, hacerse caso omiso de las condiciones ineficaces, como las imposibles, las potestativas del deudor, las contrarias a la Ley o a la moral, etc.

Al igual que las condiciones debe hacerse constar la existencia del término. En cuanto al modo, en la mayoría de los casos se resolverá en una obligación, perteneciendo, por lo tanto, a la esfera del derecho personal.

3.<sup>º</sup> *Limitaciones.*—Las que se refieren a la facultad dispositiva de los bienes o derechos se traducen en prohibiciones de disponer y, por consiguiente, les será aplicable lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria.

Los pactos que limiten los derechos del adquirente al goce y disfrute del inmueble dan lugar a las servidumbres reales o personales. Las reales no serán objeto de mención, sino de inscripción cuando se establezcan con los pertinentes requisitos de fondo y forma. En otro caso, se tratará de un pacto limitativo amparado por el criterio de libertad, sancionado por el artículo 594 del Código civil y que puede hacerse constar en la inscripción, como así lo decide la Resolución de 27 de octubre último.

Las estipulaciones que implican constitución de servidumbres personales a favor del transmitente o de otra persona individual o colectiva que se halle presente o representada en el acto del otorgamiento del negocio y acepte el derecho creado a su favor no hay duda que han de consignarse en la inscripción. En caso contrario, es decir, en el de imponerse al adquirente limitaciones en el disfrute del predio que be-

neficien a persona no presente ni representada en la celebración del contrato, debe hacerse caso omiso de la estipulación por constituir su constancia una mención, desprovista del beneficio de la fe pública registral a tenor de lo dispuesto en el artículo 29 de la ley Hipotecaria. Este es el caso de muchos pactos dirigidos a imponer a los compradores de solares edificaciones al estilo de ciudad jardín o de otros planes urbanísticos.

Hay limitaciones que, aparte su objetivo intrascendente, no conocen beneficiario determinado, como la prohibición de edificar hasta transcurrido determinado plazo, la de destinar el inmueble a ciertos usos que no envuelven perjuicios o molestias que justifiquen tal prohibición, etc. Parece que estas limitaciones habrían de tener el mismo trato que las prohibiciones de disponer.

Existen pactos que son el reverso de las limitaciones, facultades de simple tolerancia. Así, el dueño de un predio segregá y vende una porción del mismo, facultando al comprador para que pueda edificar a menor distancia de la legal y abrir huecos sobre el resto, que se describe para que se inscriba de nuevo a favor del vendedor y se consigne dicho pacto en la inscripción. Interesa esto porque, si el comprador edifica en estas condiciones, habría un signo aparente de servidumbre que podría desvalorizar el resto que queda del vendedor. Entendemos que tratándose de una facultad de simple tolerancia y no de un derecho, tal estipulación no debe constar ni en la inscripción del resto ni en la de la parcela vendida como una cualidad de la misma.

4.<sup>º</sup> *Obligaciones*.—Huelga decir que no nos referimos a aquellas obligaciones fundamentales que afectan a la causa del negocio jurídico, como, por ejemplo, la obligación de devolver la suma prestada en una escritura de préstamo hipotecario. En nuestro sistema, que sólo en contadísimos casos parece admitir el negocio de disposición, con abstracción de la causa obligacional, tales obligaciones han de figurar en la inscripción como parte integrante de la misma.

Aludimos solamente a aquellas obligaciones accesorias del acto o contrato, afecten o no a las facultades de disposición, goce o disfrute del inmueble o derecho real objeto del negocio jurídico. De unas y otras pueden citarse innumerables ejemplos: Impongo al legatario B. la obligación de pagar las 1.000 pesetas legadas a C.; el vendedor se obliga a facilitar al comprador para el riego de la parcela segregada tantos litros diarios de agua procedente de la mina del resto de la finca que

queda de dicho vendedor; el comprador se compromete a edificar sobre el terreno comprado, en el plazo máximo de dos años, una casa de tales o cuales características, de acuerdo con los planos de urbanización que rigen en las edificaciones de la zona a que corresponde el terreno que se transmite; el comprador se obliga a no vender todo o parte del terreno que compra en parcelas inferiores a los cien metros cuadrados.

Estas obligaciones deben eliminarse de la inscripción como comprendidas en el artículo 9.<sup>o</sup> del Reglamento hipotecario. Pero si se condiciona el incumplimiento de las mismas con la facultad de resolver el contrato, lo cual puede hacerse al amparo de la libertad de pactos, cláusulas y condiciones que permite el artículo 1.255 del Código civil, entonces tales obligaciones han de constar en la inscripción en acatamiento a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 9.<sup>o</sup> de la ley Hipotecaria y sexto del artículo 51 de su Reglamento, y estas obligaciones surtirán efecto contra tercero, según la primera de las excepciones al párrafo primero del artículo 37 de la ley. Es la misma fórmula del precio aplazado contenida en el artículo 11, que indudablemente puede utilizarse para asegurar contra tercero toda clase de obligaciones. Por suerte es poco frecuente en los contratos la reserva expresa de esta facultad, pero hemos de reconocer que es muy lamentable que, mediante este sencillo expediente de las condiciones resolutorias explícitas, la libre voluntad de los contratantes pueda ser suficiente para dar trascendencia real a todos los pactos o estipulaciones que se contengan en un negocio jurídico inscribible. Es una verdadera lástima que las últimas reformas hipotecarias no hayan puesto freno a esta omnímoda libertad en cuanto pudiera malograrse los nuevos preceptos dictados para que los derechos personales no tengan acceso al Registro.

JOSÉ SERVAT ADUÁ.  
Registrador de la Propiedad.