

# Apuntes sobre las anotaciones preventivas en el Derecho hipotecario español <sup>(1)</sup>

## 11

### LAS ANOTACIONES JUDICIALES

Las primeras figuras que dentro del artículo 42 de la ley Hipotecaria aparecen a los ojos del estudioso, son las llamadas anotaciones judiciales. Desde el punto de vista de la clasificación que antes expusimos (1), es indudable la existencia de un honda diversidad sustancial entre los casos que abarcan. Así, los números 1.º y 5.º de dicho precepto pertenecen al grupo de las anotaciones de pura publicidad, y los números 2.º, 3.º y 4.º, al de las que podríamos llamar constitutivas. No obstante esto, estas cinco anotaciones presentan en ciertos aspectos (especialmente en el procesal) tales analogías, que hacen en extremo conveniente (para salvar enojosas repeticiones) el que sean estudiadas al mismo tiempo y relacionándolas continuamente.

Aun cuando el campo de las anotaciones judiciales sea más extenso, nuestro estudio se limita solamente a las derivadas del proceso civil. La mayor importancia de éstas justifica en parte tal limitación. Y ello no impide, naturalmente, que aquellas de nuestras afirmaciones que saliendo del campo puramente procesal caen en el estrictamente hipotecario, deban ser extendidas a las demás anotaciones que generalmente se designan con el nombre que encabeza este trabajo.

\* \* \*

(1) Véase número 99 de esta misma Revista.

La anotación del número 1.º del artículo 42 de la ley Hipotecaria nos presenta una figura de medida cautelar que halla su explicación en ciertos efectos de la demanda y del proceso.

Desde que se presenta la demanda hasta la terminación del litigio ha de transcurrir forzosamente algún tiempo. Esta duración del proceso, siendo ciertamente una necesidad, se presenta también—con frase de Carnelutti—como un inconveniente. El actor ve demorada la realización de la pretensión llevada por él al juicio. Siendo la demanda el acto mediante el cual el actor hace patente su voluntad de invocar la actuación del órgano jurisdiccional del Estado para la obtención de un bien que la Ley le reconoce frente al demandado, con su sola presentación el demandante ha desarrollado ya por completo su voluntad de obtenerlo; y a este momento debe referirse el efecto de la posible sentencia que se lo reconozca. De lo contrario, de comenzar los efectos de la sentencia respecto a la prestación el día de la sentencia misma, se causaría al demandante un perjuicio inmotivado.

Este principio es de tan evidente justificación, que desde el Derecho romano llega hasta nuestros días, y en la doctrina lo encontramos expresado por civilistas y procesalistas. Así, Windscheid (1) dice: «El actor cuya pretensión es fundada, puede propiamente exigir que se le atienda en seguida en la obtención de lo suyo. Pero en razón del debate y de la apreciación del Juez, hechos necesarios por la contradicción del convenido, esto no es posible; exigen siempre un cierto tiempo, frecuentemente un largo tiempo. ¿Debe sufrir el actor el daño de esto? Parece inícuo y, por tanto, preséntase como justo que el demandado, si se llega a la condena, sea condenado respecto al actor a todo aquello que éste habría tenido si hubiese sido inmediatamente satisfecho en la época en que se inició el proceso.» Y así también Chiovenda, al hablar de la correspondencia entre la demanda judicial y la sentencia, formula el mismo principio con las siguientes palabras (2): «La sentencia que admite la demanda, debe actuar la Ley como si esto ocurriese en el momento de la demanda judicial;

(1) Pand. I, § 124.

(2) «Princ. de Der. proc. civ.», T. I, p. 163 de la trad. española.

la duración del proceso no debe obrar en detrimento del poder «del actor» (1).

Este principio, que justifica en el Derecho civil numerosos preceptos (p. ej., los artículos 451 y 1.945 del Código civil), determina en el campo procesal una serie de medidas que tienden a asegurar ya durante el juicio la ejecución de la posible sentencia en forma preventiva, inicial, a fin de evitar al actor posibles perjuicios derivados de la necesaria duración del proceso. Entre ellas está la anotación que estudiamos. Porque el reconocimiento del derecho real reclamado hecho en la sentencia aparece—por la naturaleza de la relación objeto del proceso—como insuficiente; tanto más si se le relaciona con la índole de los efectos que la Ley asigna a la publicidad registral. Si la Ley no concediese medios para hacer constar en el Registro el mero hecho de la presentación de la demanda, el juego del principio de publicidad negativa podría afectar a la posibilidad de la ejecución de la sentencia. La transmisión inscrita del inmueble o derecho real litigioso, con buena fe en el adquirente (2), determinaría en el sucesor a título particular la adquisición de la posición jurídica de tercero respecto a la relación debatida. Con ello, indudablemente, se facilitaría al demandado una absoluta e injusta posibilidad de anular prácticamente los efectos de la sentencia.

(1) Esto no es sino una consecuencia más de la concepción de la demanda como acto inicial del proceso y a la que deben referirse los efectos materiales del mismo. Es absurdo seguir manejando, por algunos de nuestros autores, el concepto de «litis contestatio» para explicar el comienzo del juicio, cuando hace ya muchos años que ha sido totalmente rechazado por la doctrina científica. El llamado cuasi contrato de «litis contestatio» es una peculiaridad del proceso romano clásico (que se empieza a abandonar excepcionalmente ya en los últimos tiempos del Derecho romano) y que carece de sentido en el proceso moderno. No hace falta, para que el proceso exista, que comparezca el demandado, ni precisa, por tanto, ficción alguna para explicar el proceso en rebeldía. La demanda es, de por sí, el acto inicial del procedimiento. V. Windscheid «Pand», t. I, § 126, trad. it. y notas de Fadda y Bensa al mismo; Chiovenda, ob. cit. § 41; Sans Sper, «Il processo civile nel sistema del diritto» (en «Studi di dir. proces. in onore di G. Chiovenda»), p. 818, s. s.; etc.

(2) Véase, para la justificación de este inciso, J. González: «Prohibiciones de disponer», en «Principios hipotecarios», p. 354 y siguientes. En general, sobre buena fe, el capítulo así intitulado de dicha obra; Le Pelley: «La notion de tiers dans la législation hipot. esp.», pág. 82 y siguientes.

A salvar este defecto viene el número 1.º del artículo 42 de la ley Hipotecaria (1), que se nos presenta como un medio de tutela jurídica preventiva provisional, determinante de una anticipación de efectos registrales a un derecho incierto, como una concesión anticipada de los beneficios de la publicidad a un derecho que, por su incertidumbre, no era susceptible de entrar en el Registro por la vía normal de la inscripción. O sea como una de las del grupo primero de la clasificación que aceptamos. Y, por otra parte, como una repercusión registral de lo que en Derecho procesal civil recibe el nombre de «medidas provisionales de seguridad» o «medidas cautelares», concepto este que más adelante tendremos ocasión de desarrollar.

De ciertas resoluciones de la Dirección general de los Registros que excluyen del ámbito de esta anotación el ejercicio de acciones personales, parece deducirse su limitación — que alguien llega a formular expresamente — al concepto de acciones de naturaleza real. No obstante esto, entre los casos mencionados en la legislación y los admitidos por la jurisprudencia encontramos un gran número de supuestos que en modo alguno pueden referirse a esta categoría. Así, por ejemplo, la rescisión por fraude de acreedores del número 3.º del artículo 1.291 del Código civil, la demanda de divorcio, etc.

Ante la existencia de estos casos de anotación que la jurisprudencia había certeramente referido al número 1.º del artículo 42 de la ley Hipotecaria, la doctrina se encontró con la necesidad de precisar el concepto. Sus resultados (aunque en general no sean muy criticables) adolecen, como otras muchas veces, de falta de precisión. Porque — dejando aparte una larga enumeración de casos ya decididos — apenas si queda otra cosa que afirmaciones como la siguiente: «Que no basta para pedir la anotación preventiva un derecho preliminar que conduzca a la propiedad de la cosa que se demanda, sino que es preciso tener ya la titularidad real

(1) «1.º El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real.» El artículo 102 del Reglamento comprende en ella las demandas a que se refiere el a. 24 L. H.; y el 182 del Reglamento, la sobreineficacia de una cancelación. Caen también aquí las de los artículos 1.437 y 649 C. c. y artículos 25 y 36 de la Ley del divorcio.

de esa propiedad, y que lo que persigue esa anotación es poner de acuerdo el Registro con la realidad» (1), donde no hay forma humana de incluir las acciones de impugnativa; por ejemplo, la de revocación de donaciones. O esta otra, de Morell (2), de que comprende «toda demanda por la que se reclama algún derecho que afecte directa y determinadamente a fincas o derechos reales inscritos», concepto poco comprensivo que deja fuera ciertos supuestos, como, por ejemplo, las acciones de divorcio y separación de bienes en que no se reclama ningún derecho ya existente, sino que se pide el cese de una determinada normación patrimonial y la constitución *ope judicis* de una regulación nueva (como consecuencia de los efectos sobre el matrimonio, pedidos en primera línea). Solamente basándose en un anticuado concepto de la acción como ejercicio de un derecho, como un derecho en estado de guerra (en frase de Unger), es posible aceptar la afirmación de Morell.

Los inconvenientes de esta imprecisión doctrinal son tan notorios, que no creemos precisa la menor insistencia. Tan sólo como una consecuencia patente mencionaremos el hecho de que Morell llega a pedir la admisión de la anotación de demanda para el cumplimiento de una promesa de venta. De cuanto hemos expuesto en este artículo y en el anterior se deduce nuestra opinión sobre el caso. El autor hubiera obrado más lógicamente refiriéndola al número 4.º del artículo 42 de la ley Hipotecaria.

Este estado doctrinal es el que nos obliga aquí, una vez más, a intentar precisar el contenido del número 1.º del artículo citado. Para ello precisa partir del concepto de los llamados derechos potestativos (3) y del de las sentencias constitutivas.

(1) Campuzano: «Der. Inmobiliario», p. 548. La aclaración que sigue de que «lo que tiene que ser real es el derecho base de la acción, aunque la acción en sí misma sea personal», es falsa; ej., separación de bienes en el matrimonio, acción rescisoria; así, en este último caso, equivaldría a decir que la base de la rescisión es la propiedad *que se tuvo*. Igualmente, la interpretación de «constituir» es bien imprecisa y oscura.

(2) «Com. a la Legisl. hipotecaria», tomo III, p. 37.

(3) No pretendemos con ello entrar en el debate sobre si son verdaderamente tales derechos o sólo meras facultades jurídicas. Partiendo del concepto del *deber* como eje fundamental de la ordenación jurídica, llegaríamos a negarles el carácter de derechos subjetivos. Pero emplearemos aquí el término

De derecho subjetivo, dice Windscheid (*Pan.*, § 37), puede hablarse en un doble sentido: 1), como derecho a una determinada conducta, acto u omisión de las personas que se encuentran frente al titular o de una sola persona; 2), cuando con ella se entiende que la voluntad del titular es decisiva para el nacimiento de derechos de la especie anterior o para la extinción o modificación de los ya nacidos. A esta segunda especie es a la que aquí nos referimos.

Categoría muy discutida, se configura como el poder del titular de producir por su voluntad sola un efecto jurídico que otro u otros están obligados a sufrir. En ella no puede hablarse de obligado u obligados antes de que la voluntad del titular se exteriorice. El adversario permanece tan sólo como un mero espectador, estando obligado a sufrir los efectos que la Ley refiere a aquella declaración de voluntad.

El derecho potestativo puede referirse: a), a la constitución de un efecto jurídico (retracto convencional, derecho a exigir una servidumbre de paso coactivo); b), a la modificación (elección en las obligaciones alternativas); c), a la extinción de una situación jurídica preexistente (división de la cosa común, rescisión). Tanto unos como otros pueden afectar ya a relaciones de naturaleza real, ya meramente obligatorias. Pero en el primer caso no debe suponerse que por tender a producir cierto efecto en orden a un derecho real, deba por ello el derecho potestativo gozar de eficacia absoluta, *erga omnes*. Porque si bien en algunos casos puede tenerla (ejemplo, facultad de pedir la división de la cosa común), no es requisito indispensable; antes bien, en gran número de supuestos su eficacia es solamente relativa. Así, por ejemplo, la acción de rescisión que tienda a dejar sin efecto una anterior transmisión de propiedad está limitada en su ejercicio a determinadas personas (artículos 1.295, 1.297 y 1.298 del Código civil; artículo 36 y sigs. de la ley Hipotecaria).

«derecho potestativo», por estimarlo menos propenso a confusiones que el de facultad. Véase sobre el concepto y la polémica Chiovenda: «L'azione nel sistema dei diritti», n. 11, p. 106 (en «Saggi di dir. proces. civ.», Ferrara: «Trat. di dir. civ. it.». Vol. I, p. 341 y siguientes. G. Messina: «Sui cosiddetti diritti potestativi» (en «Studi giur. in onore de C. Fadda».) Vol. VI, pág. 278 y siguientes. Chiovenda: «Princ. de Der. proc. civil». T. I, págs. 54 y siguientes y nota a la p. 56 (trad. española).

Ahora bien: la manifestación de voluntad del titular de un derecho potestativo no siempre es suficiente para producir por sí sola el efecto jurídico a que tiende. Esto, evidentemente, puede suceder en ciertos casos; así, por ejemplo, en el retracto convencional, en la elección entre las varias prestaciones en las obligaciones alternativas, etc. Pero en la mayoría de los casos, generalmente por llevar en su base el derecho potestativo una serie de supuestos (de hecho o de derecho) a que la Ley refiere su nacimiento, la producción del efecto jurídico querido es atribuida a un acto del órgano jurisdiccional del Estado. El Juez, después de probados los supuestos básicos del derecho que se ejercita, sentencia en el sentido del efecto querido. La constitución, modificación o extinción de la relación antes existente nace con la sentencia. De esta peculiaridad de efectos deriva su nombre de sentencias constitutivas. Con el mismo calificativo se designa también la acción que a ella tiende.

La exposición de estos conceptos era indispensable para nuestro estudio. Intentemos ahora delimitar con su ayuda el ámbito del número 1.º del artículo 42 de la ley Hipotecaria.

La interpretación literal del mismo nos da el primer grupo de procesos que pueden dar origen a esta anotación. Se trataría ya de aquellos en que se discute meramente la titularidad de una relación inscrita, ya de la existencia o eficacia del acto o negocio originario de una relación real sobre uná finca—contrato real (1)—. Es decir, a discusiones bien subjetivas (reivindicación, petición de herencia), bien objetivas (*actio confessoria*, anulabilidad del contrato generador de un usufructo, etc.), pero siempre referentes a relaciones ya nacidas, existentes con anterioridad al litigio. Y aquí parecen dejar la cuestión bastantes hipotecaristas españoles.

Esta interpretación es, sin embargo, insuficiente si no se la completa con los conceptos que antes se expusieron. De lo contrario, la reglamentación legal de los derechos potestativos encaminados a relaciones reales quedaría prácticamente anulada en los más de los casos, abriendo el principio de publicidad negativa una amplia vía al abuso y al fraude. Todos los derechos potestativos que tiendan a crear, modificar o extinguir una relación

(1) Como contrapuesto a contrato obligatorio.

inscribible hallan cabida en el número 1.º del artículo 42 de la ley Hipotecaria. Es decir, que son anotables no sólo las demandas antes referidas, sino también aquellas en que se ejerciten *acciones constitutivas* de relaciones reales. Esta es la interpretación que damos a la palabra «constitución» del texto legal que estudiamos. Y es la única que permite recoger sin artificios las acertadas aplicaciones que de esta anotación ha hecho la jurisprudencia.

Con ello resulta explicado el porqué hemos rechazado ciertas afirmaciones. Así la que restringe su esfera de actuación a las acciones reales; porque hay acciones constitutivas que, no obstante su naturaleza meramente relativa, tienden a producir un efecto real (cuando se den los supuestos legalmente determinados). Y la que exige que, al menos, sea real el derecho que origina la acción; porque no hay que atender al derecho o relación originadora, sino al efecto al que tiende el derecho potestativo (1).

En las páginas que siguen encontraremos algún otro concepto aplicable también a esta figura de anotación.

\* \* \*

Los números 2.º y 3.º del artículo 42 de la ley Hipotecaria suelen ser designados corrientemente con el nombre de «hipotecas judiciales». Aun cuando la exposición de motivos de la Ley extienda esta denominación a las anotaciones preventivas en general, el concepto—si quiere usarse—debe ser restringido a los números citados, ya que las restantes figuras de anotación judicial (2) en modo alguno pueden ser concebidas como un derecho al valor. Conviene, sin embargo, advertir que aun en los números antes referidos la equiparación al derecho de hipoteca que tal denominación implica es, en punto a efectos, algo inexacta. Más adelante desarrollaremos esta afirmación.

Estudiando conjuntamente dichas dos anotaciones encontramos, en primer lugar, una nota que es común a todas las anotaciones judiciales: la de precisar una resolución judicial que ex-

(1) Así, en la rescisión por fraude de acreedores, ¿dónde está el derecho real originador?

(2) Las no judiciales quedan exceptuadas implícitamente por la misma exposición de motivos.



presamente la decreta. Con ello tenemos una característica que las distingue de las llamadas «hipotecas judiciales» en los Derechos francés e italiano, en que la hipoteca nace *ipso iure* de ciertas sentencias y actos judiciales, aunque las partes no la soliciten ni el Juez la declare (1): garantía general, aunque no exenta de inscripción, acompaña aquellos actos por declaración de la Ley y funciona totalmente como cualquier otro derecho de hipoteca (2). Nuestro Derecho, en cambio, permanece más fiel a la trayectoria romana, debiendo referirse el origen de las medidas que estudiamos a este Derecho a través de la legislación de Partidas. El *pignus praetorium* y el *pignus ob executionem rei judicatae* deben figurar a la cabeza de la evolución que termina en los números 2.º y 3.º del artículo 42 de la ley Hipotecaria (3).

\* \* \*

Ambas figuras de anotación funcionan haciendo públicas en el Registro de la Propiedad ciertas resoluciones judiciales en que, en tutela del interés demandado, se concede un derecho de ga-

(1) Esta peculiar institución, aunque se haya pretendido relacionarla con el «*pignus in causa judicati captum*» (Planiol, t. II, n. 2.851), es, según parece, de origen típicamente francés. La «*actio judicati*» era, en Derecho romano, una acción personal, y el «*pignus*» aludido un procedimiento de ejecución dado ordinariamente en un juicio especial posterior al de condena y previa una decisión del magistrado. Estas características hacen que sea difícilmente derivable de él la hipoteca judicial francesa, a no mediar otras influencias. (Bianchi: «Dell'ipoteca», t. I, p. 109 n.; Chiesi: «Il sistema ipotecario illustrato», t. III, números 559 a 561 y 644-5). Mejor parece derivar la institución de la hipoteca general y tácita que en el antiguo Derecho francés llevaban consigo todas las obligaciones contraídas ante Notario. Era natural, dicen los autores, que este beneficio se extendiese a las Sentencias, que tenían más autoridad que los documentos notariales. Bianchi, loc. cit.; Baudry-Lacantinerie: «Précis», t. II, n. 1.553; íd. y De Loynes: «Du nantiss. des privill. et hypoth. ...» (en el «Traité»), t. II, números 1.218-21. El Der. italiano la cogió del Cód. Napoleón.

(2) Con lo que tenemos, según veremos más adelante, una segunda diferencia.

(3) Leyes 1.ª y 2.ª, tít. 3.º; tít. 9.º; Leyes 3.ª y 6.ª, tít. 27, Partida 3.ª; Ley 1.ª, tít. 13, Part. 5.ª; tít. 6.º Ord. de Alcalá; Leyes 63 y 64 de Toro; tít. 5.º; Leyes 1.ª, 3.ª y 4.ª, tít. 17; Leyes 1.ª, 3.ª, 4.ª y siguientes, tít. 28, libro XI, Nov. Rec. etc., etc.

rantía sobre bienes inmuebles concretos. Los bienes anotados quedan sujetos en su valor a una determinada responsabilidad que nace con la anotación misma, aunque en su origen suponga una resolución judicial expresa. He aquí por qué decíamos al clasificar las anotaciones preventivas que éstas publican, constituyendo: el crédito base de la acción no podría entrar en el Registro si la Ley, mediante uno de sus órganos, no le aunase un refuerzo de carácter real.

Ahora bien: ¿puede hablarse propiamente de tal naturaleza real en estas anotaciones? Es decir: ¿puede hablarse de su equiparación al derecho de hipoteca—dejando a salvo su naturaleza provisional—, y en tal sentido, de su protección por los llamados principios materiales del Registro? Aquí hay que proceder con cautela, ya que la cuestión es más compleja de lo que a primera vista pudiera parecer.

El artículo 44 de la ley Hipotecaria declara que «el acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 42, tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en los artículos 1.923 y siguientes del Código civil», o sea que, según el número 4.º del artículo invocado, gozará de preferencia sobre los bienes anotados sólo en cuanto a créditos posteriores. Aparece con ello en la naturaleza de estas anotaciones una limitación extraña, aunque muy justificada, que suele ser designada corrientemente como una limitación de su preferencia. Sin embargo, esta expresión debe ser totalmente rechazada por equívoca, ya que, según veremos, la preferencia (como nota característica de los derechos reales) funciona en ellas plenamente (1). Y su no eficacia respecto a los derechos reales anteriores no inscritos (limitación de la publicidad negativa) no encaja en el ámbito de los citados artículos 44 de la ley Hipote-

(1) Decimos *preferencia*, no *prioridad*. La preferencia es cualidad civil, lógica, de los derechos reales; la prioridad es la repercusión registral de la preferencia, *pero modificada por el principio de publicidad negativa*. Es decir, que si bien normalmente coinciden ambas, excepcionalmente pueden contradecirse en caso de desacuerdo entre realidad y registro. Por ello, al hablar arriba de *preferencia*, aludimos *necesariamente* a relaciones constituidas posteriormente. La prioridad sólo supone la inscripción posterior, aunque la relación se hubiese constituido antes.

caria y 1.923 del Código civil, que hablan solamente de créditos, siendo su explicación bien distinta, según veremos.

El artículo 1.923 del Código civil, al referirse a la hipótesis del concurso general, nos da la base de nuestro estudio. Según él, los créditos anteriores en fecha a la anotación conservan frente al crédito anotado la misma situación que antes tenían, preferente o no. Los posteriores, en cambio, deben sufrir la prelación que la anotación otorga. De lo que resulta que la anotación crea una garantía real solamente desde su fecha, sin alterar en nada la situación que el crédito garantizado tenía en el pasivo del deudor. Esto es, que la anotación opera solamente para el futuro sin crear, a diferencia de la hipoteca, un gravamen que afecte al presente de la masa acreedora. Por esto es equívoco hablar de limitación de su preferencia, porque aquí se habla solamente de créditos. Por la misma razón, tampoco puede extenderse aquí la afirmación de inexistencia de la publicidad negativa (que después desarrollaremos); porque ésta no tiene nada que ver con derechos de obligación. Se trata de una limitación a los efectos civiles del gravamen en relación a los créditos concurrentes. Hay garantía que funciona civilmente sólo para el futuro y cuya repercusión en el Registro implica consecuencias peculiares. Por lo cual—eludiendo la ambigua expresión de preferencia—prefiero hablar de derecho de garantía limitado por su fecha de origen y que funciona, por tanto, civil y registralmente sólo desde su fecha, esto es, respecto a relaciones posteriores.

\* \* \*

Para ver ahora cómo funciona aquí el «principio de prioridad» precisa estudiar, además de esta hipótesis del concurso general, otras varias. Así la de la transmisión de la finca o derecho anotados. En este caso no puede dudarse ni de que el gravamen sigue al inmueble mientras esté vigente (persecución, adherencia), ni de que actúa con prioridad respecto a las anotaciones e inscripciones realizadas bajo el nuevo dominio (1). Ahora bien, ¿cesará

(1) Para los derechos reales anteriores a la anotación y no inscritos, el adquirente estaría protegido por el principio de publicidad (posición jurídica de *tercero*), resultando—por reflejo—beneficiado también el anotante. Véase después lo escrito sobre el principio de publicidad negativa.

por ello la limitación de efectos que deriva del artículo 44 de la Ley? Evidentemente, no. Los acreedores del enajenante, con preferencia sobre la anotación, conservan sus derechos, *pero sólo respecto al valor anotado*, pudiendo actuar en tal sentido en cualquier supuesto de enajenación del inmueble para pago del crédito garantizado por la anotación.

Examinemos ahora la hipótesis de un concurso especial limitado a los acreedores del número 2.º del artículo 1.927 del Código civil: hipotecarios, refaccionarios y anotaciones citadas. Esta es la que con mayor claridad nos lleva al buen camino.

¿Habrá que atender para graduar el pago—por ejemplo, caso de tercera de mejor derecho—a la fecha de los respectivos asientos o a la del crédito? La segunda solución es, según se deduce de todo lo expuesto, la aceptable: el artículo 44 de la Ley actúa en todas las hipótesis posibles. Pero conviene explicar este supuesto, casi en plan de sutileza, para evitar una confusión corriente y que puede llevar a algunos extravíos.

La anotación realizada en el Registro acredita la existencia de una responsabilidad, de un gravamen impuesto judicialmente sobre la finca o derecho. Por el hecho de constar en el Registro la anotación, lleva consigo, respecto a las inscripciones posteriores, los beneficios de la publicidad *positiva*. Cualquier inscripción o anotación posterior queda en posición subordinada, pendiente de la posible subasta de la finca o derecho. Así, un usufructo (1) o hipoteca posteriores. Es decir, que, caso de producirse este supuesto de venta judicial, dichos derechos inmobiliarios, *en sí*, vienen a menos. La publicidad positiva y la prioridad actúan, por tanto, registralmente, *exactamente* igual en las anotaciones que en las inscripciones, respecto a los derechos constituidos posteriormente.

Este concepto requiere, sin embargo, alguna aclaración. Porque los efectos a que aludimos son solamente los registrales, es decir, los referentes a los derechos reales *constituidos* con posterioridad a la anotación. La afirmación debe reducirse a estos simples términos si no quiere ponerse en contradicción con lo antes

(1) Salvo expresamente aquí la especial consecuencia de la naturaleza de estas anotaciones, que obliga a respetar la situación jurídica real del inmueble, esté inscrita o no. El desarrollo de este concepto se hallará más adelante.

expuesto sobre los efectos de estas anotaciones, según el artículo 44 de la Ley. Nadie duda que un derecho real de goce constituido e inscrito con posterioridad a la anotación deberá cancelarse en virtud de la transmisión judicial del derecho gravado. La hipótesis es idéntica en el supuesto de una hipoteca en garantía de un crédito posterior en fecha. Hasta aquí los principios hipotecarios funcionan normalmente. Pues bien, nuestra afirmación se reduce a decir que en el supuesto de un *derecho de garantía real* a favor de un crédito anterior en fecha al anotado, la prioridad actúa también *respecto a la garantía real* (que desaparece con la subasta, quedando limitada a un derecho al remanente), si bien el crédito garantizado puede ser preferente en virtud del 1.923, número 4.º, del Código civil. Es decir, que en definitiva el crédito de la hipoteca o anotación posterior será preferente al de la anotación anterior en una tercería de mejor derecho; pero la anotación lo es, a su vez, respecto a aquellos asientos (derechos) (1). Por eso hablábamos de mera preferencia registral (prioridad). Y el concepto tiene su campo en materia de cancelaciones.

\* \* \*

De la consideración general de que las anotaciones preventivas aparecen reguladas por la ley Hipotecaria como una de las varias formas posibles de asientos, podría estimarse a primera vista que las prescripciones de la misma las protegen al igual que a las inscripciones, donde no constase una limitación expresa. Es decir, que donde ésta no existiera, los principios hipotecarios protegerían la anotación en forma rigurosa y formal.

Esta afirmación, cierta en principio, tiene una limitación concreta en determinadas anotaciones, limitación que aun no constando en la Ley, ha sido iniciada con acierto por la jurisprudencia. Se trata de las figuras de anotación que tienen como base un derecho de carácter meramente obligatorio, en relación a los efectos de la publicidad negativa. La doctrina se ha formado alrededor de los números 2.º y 3.º del artículo citado (2), pero tiene un alcance más

(1) En definitiva, por la naturaleza constitutiva de esta clase de asientos.

(2) Véanse sentencias 1-Feb.-1886; 12-Mayo-1886; 26-Oct.-1888; 14-Nov.-88; 13-Dic.-92; 7-Marzo-96; 12-Jul.-04; 21-Jun.-06; 20-Oct.-08; 26-Marzo-09; 23-Marzo-1910; 21-Febr.-1912; 20-Nov.-25; 20-Marzo-31; etc. La Jurisprudencia suele fundamentarla aplicando el cit. art. 44 de la ley; esta argumentación es, según se verá, equivocada.

general, debiendo ser extendida a los demás casos de anotación constitutiva, en principio.

La limitación responde totalmente a la naturaleza de estas anotaciones. Siendo la base de éstas un derecho de carácter meramente obligatorio, la entrada en el Registro es sólo posible cuando la Ley (directamente o mediante el arbitrio de uno de sus órganos) le aune el beneficio de un refuerzo de carácter real—obtenido por el medio técnico de la anotación—. La responsabilidad general del patrimonio del obligado se concreta con ello en un determinado bien inmueble, que queda afecto, en primer término (en naturaleza o en valor), al cumplimiento de la obligación pactada. El beneficio que la Ley añade al crédito consiste en la posibilidad de obtener una garantía especial sobre bienes inmuebles del deudor. De donde deriva primeramente que los bienes deben ser efectivamente del obligado, sin que sea suficiente que consten inscritos a su nombre; o sea que, por ejemplo, la anterior transmisión no inscrita perjudicará al anotante, por falta de uno de los supuestos legales de su derecho. Y segundo, que al afectar mediante la anotación un derecho cualquiera, debe respetar íntegramente la situación del mismo, cogiéndolo solamente tal como existe en el patrimonio de su titular; con lo que los gravámenes anteriores, aún no inscritos, surten sus efectos plenamente contra él.

Esta limitación de los efectos de la publicidad, que deriva, a nuestro entender, de la naturaleza misma de las anotaciones constitutivas—por ser uno de los supuestos legales de la concesión del derecho—, resulta aún más lógica, si cabe, en las de los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 42 de la Ley. Porque éstas, incluso con referencia a los derechos puramente obligatorios, funcionan solamente para el futuro—según el citado artículo 44 de la ley Hipotecaria—, respetando la anterior situación del patrimonio en relación a la masa acreedora. Pero conviene advertir que, así como esta última limitación de los efectos de prelación en el concurso de créditos es aplicable solamente a los citados números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 42—porque el artículo 44 de la Ley no permite ninguna interpretación extensiva—, la limitación a los efectos de la publicidad material (en relación, por tanto, a derechos reales) tiene mayor extensión por derivar de un supuesto común a todas las

anotaciones constitutivas (1): que se coja un bien del deudor tal como está actualmente en su patrimonio.

Tenemos con ello en estas anotaciones una restricción de los efectos de la publicidad al aspecto puramente positivo; no hay aquí, por tanto, función negativa de la publicidad material. Con ello, el concepto de tercero (como sujeto fundamental del Registro, como posición jurídica beneficiosa) queda notablemente alterado. Pero no acaba aquí la repercusión del concepto expuesto. Porque siendo el principio registral de prioridad el resultado de la conjunción de la cualidad civil de preferencia y del principio de publicidad material, resulta—por reflejo—modificado: al ser inscrita posteriormente una relación jurídica real constituida (2) anteriormente a la anotación, gozará del beneficio de prioridad, no obstante su ulterior fecha. El concepto deriva tan claramente de la exclusión de la publicidad negativa, que no creemos requiera mayor explicación. Y su importancia se manifiesta en punto a enajenación judicial.

EDUARDO CAPÓ BONNAFOUS,

Abogado.

(Continuará.)

ERRATAS.—En el número anterior de esta Revista, y en la primera parte de este artículo, se deslizaron las erratas siguientes: pág. 197, línea 23, dice *normal*, debiendo decir *anormal*; pág. 198, línea 27, idéntica errata, y página 201, línea nueve, dice y, *además*, y debe decir o, *además*.

(1) Esto no quiere decir que se aplique siempre a todas, sino solamente en principio. Así el art. 59, párr. 2.º de la ley, salva la de crédito refaccionario.

(2) Hay que excluir, por tanto, la hipoteca. El carácter constitutivo de su inscripción impide que se de jurídicamente en ella el caso arriba expuesto.