

## Inexistencia del tercero hipotecario <sup>(1)</sup>

VIII. El derecho inscrito, no obstante la inscripción, puede no existir, no haber nacido realmente. Igualmente pueden haberse dado en su nacimiento causas suficientes para estimarlo nulo. A través del derecho inscrito, oculto por él ante la humanidad, existe un derecho real justo a favor de otra persona, jurídicamente vivo, que se manifestará sin sombra alguna una vez declarada la inexistencia o nulidad del derecho inscrito.

IX. El derecho inscrito, cierto, exacto, puede, no obstante, rescindirse por causas que la ley señala. La existencia de esas causas, por sí solas, no sujeta la cosa a la voluntad de aquel a quien favorece la rescisión. Es preciso para ello romper, mediante el ejercicio de las acciones que tales causas confieren, el poder de dominación del titular anterior, perfecto y justamente ganado.

Mientras ello no acaece, el derecho real, la relación directa a la cosa no ha nacido, respecto al favorecido, por la rescisión efectuada. Llegado este caso, surge un titular nuevo en la posición universal de la cosa.

X. El derecho inscrito puede estar afecto a causas de resolución. En principio, resolución significa que se elimina la posición jurídica que envuelve para dar lugar a otra; y causas de resolución serán las que dan origen a tal resultado. En esta amplia acepción, causas de resolución serían las de nulidad y las de rescisión antes examinadas. No puede satisfacer esta conclusión, que no diferencia matices. Si queremos precisar estos matices tomando por

(1) Véanse los tres números anteriores.

base el derecho positivo, hemos de partir necesariamente de la creencia de que los legisladores tenían una concepción científica de la diferencia esencial de causas de rescisión y resolución, que reflejaron fielmente en el articulado. Parécenos más prudente suponer que carecían de una acabada concepción doctrinal—no lograda tampoco en la actualidad—, y que percibían, no obstante, una diferenciación de fondo que les hizo adoptar ambas denominaciones, empleándolas con inseguridad y confusión.

Entre la rescisión y la resolución hallamos una última diferencia práctica. Si bien el derecho se resuelve en ambos casos, en la rescisión ha surtido efectos totales hasta que ha tenido lugar. Siempre, hasta el momento de la rescisión, sólo un derecho real sobre la cosa, una posición de dominación, se ha mostrado a la humanidad. La causa de rescisión no existía como defensa de un derecho real, y, por lo mismo, no se da en perjuicio de la humanidad, ni revoca los derechos que cualquiera de sus miembros adquiriera del único titular visible para ella. Veámoslo en el Código civil. Su fundamento es: a) Razones de equidad en los artículos 1.291, 1.073, 644 y 648. b) Defensa de un derecho sobre la cosa que no ha llegado a ganar categoría real, de los que antes hemos llamado reales imperfectos, a los cuales la ley proporciona protección contra el mismo dueño—mediante concederle una acción rescisoria de su derecho—, sin llegar a imponer la misma protección ante la humanidad, dándole categoría real: artículos 1.469, 1.479, 1.483, 1.486. Si el derecho, en estos casos, tuviera para la ley categoría real, la acción sería resolutoria, como muestra de que no consideraba desligada la cosa totalmente del vendedor por la venta en tanto no se cumplieran los restantes requisitos que muestra su lectura. Y tendríamos así un derecho condicional.

Por el contrario, en la resolución el derecho que se elimina no deja rastro, como si nunca hubiera existido, en beneficio del que surge a la eliminación de aquél. Expresado en otros términos, el derecho que surge ha sido defendido ante la humanidad antes de surgir; ha existido en forma latente en todo momento, aun antes de la eliminación del derecho resuelto, puesto que, de otro modo, no gozaría de la ilesitud que le defiende de los derechos contradictorios que los miembros de la humanidad hubieran derivado del derecho resuelto antes de resolverse.

En una palabra, la causa de resolución ha actuado como un derecho real. La conclusión parece imponerse: la causa de resolución es un derecho real. Nada menos cierto que esta conclusión hecha en términos absolutos. La resolución puede fundarse: a) En la vida normal del derecho, que nace, vive y se extingue, verbigracia, artículos 513, 1.648, 1.653, 1.659, 1.660, etc. No puede afirmarse que las causas de resolución constituyan derechos reales, si llamamos así a un poder de dominación actuante sobre la cosa ante la humanidad. b) En los preceptos legales que señalan el ámbito del derecho en su regulación normal, verbigracia, los retractos, en sus diversas clases, tampoco constituyen un derecho real. Prueba de ello es que para que el favorecido sea puesto directamente en relación con la cosa ante la humanidad precisa utilizar previamente aquel precepto de ordenación general y adquirir la cosa someténdola a su dominación. c) Por último, vemos los casos en que la causa constituye un derecho real en todos los derechos condicionales y a plazo antes examinados—sustituciones, reservas, etc.—, en los que, si se resuelve el derecho, es debido a la condición o el plazo que en tal forma le afectaba, al paso que el derecho que surge actuaba siempre como real, porque desde su nacimiento, anterior al cumplimiento de la condición, implicaba un poder directo de sujeción de la cosa a su persona ante la humanidad.

Resume lo expuesto el siguiente cuadro:

1.º Dominio.	<div style="display: inline-block; vertical-align: middle;"> <div style="font-size: 3em; vertical-align: middle; margin-right: 5px;">}</div> <div>           Usufructo, uso y habitación.            Censos, foros, «rabassa morta», «revesejat», superficie.            Servidumbres personales voluntarias.            Hipoteca.            Anticresis.            Arrendamiento..            Opción.....         </div> </div> <div style="display: inline-block; vertical-align: middle; margin-left: 10px;"> <div style="font-size: 3em; vertical-align: middle; margin-right: 5px;">}</div> <div>En evolución.</div> </div>
2.º Derechos reales limitativos del dominio.	
3.º Normas legales que no son derechos reales, sino contenido de un derecho real.	<div style="display: inline-block; vertical-align: middle;"> <div style="font-size: 3em; vertical-align: middle; margin-right: 5px;">}</div> <div>           Tanteo y retractos legales.            Servidumbres legales.         </div> </div> <div style="display: inline-block; vertical-align: middle; margin-left: 10px;"> <div style="font-size: 3em; vertical-align: middle; margin-right: 5px;">}</div> <div>           Personales.            Prediales.            Obligaciones «propter rem».         </div> </div>
4.º Alteraciones voluntarias de normas legales, que no limitan el dominio directamente, sino a través de las normas nuevas .....	<div style="display: inline-block; vertical-align: middle;"> <div style="font-size: 3em; vertical-align: middle; margin-right: 5px;">}</div> <div>Servidumbres prediales voluntarias.</div> </div>

5.º Derechos reales imperfectos .....	{	Prohibiciones y limitaciones.
		Promesas de derechos reales.
		Opción, etc.
6.º Modalidades de los derechos en general .....	a) {	Titular único.
		Titulares conjuntos.
	b) {	Sustituciones fideicomisarias, etc.
		Reservas.
		Retracto convencional.
		Fideicomiso familiar.
		Condición en general.

Podemos ya repetir la pregunta hecha antes de esta digresión: ¿qué actos, derechos, vicios y causas de rescisión o resolución afectan al derecho inscrito?

Y responderemos sin vacilación: todos los expresados anteriormente. El derecho inscrito corre su suerte íntegramente, estén o no inscritas sus afecciones.

Mas tan pronto como exista un titular posterior que adquiere su derecho y lo inscribe, derivándolo del asiento anterior, fundándose en el anterior derecho inscrito, ¿afectarán a su derecho todas las afecciones del anterior, o, por el contrario, deberán tenerse por inexistentes si no constaban inscritas?

Ni lo uno ni lo otro. Sigamos paso a paso la exposición anterior para comprobarlo:

1.º Ambito normal del derecho. Su regulación, concreta por la ley, tanto en el dominio como en los derechos reales limitativos, se efectúa, según vimos, señalando facultades, límites, restricciones y obligaciones. En términos generales, las restricciones y limitaciones se pueden considerar afecciones, mas nunca derechos reales, aunque el retracto y las servidumbres legales acusen tan marcada analogía con éstos, que todos los tratadistas los consideran y estudian como tales.

En puridad no lo son: unas y otras son sencillamente elementos esenciales del contenido normal del dominio. Por eso, el retracto y las servidumbres se transmiten con el mismo dominio de la cosa, como expresión de su normal extensión, de su misma naturaleza. Y por la misma razón no pueden ser objeto de transmisión o comercio, separados del dominio, como pueden serlo los derechos reales limitativos. No son posiciones de sujeción de la cosa

al hombre, sino contenidos de la posición dominical en su normalidad.

No requieren inscripción para afectar al derecho derivado, ni sería posible practicarla sin reproducir la ley civil en el asiento.

2.º Alteración voluntaria de las normas reguladoras, imponiendo otras, o servidumbres prediales voluntarias. Si no están inscritas las normas nuevas, o sea las servidumbres prediales, la presunción es de inexistencia.

Para la humanidad, de la que forma parte el titular de la inscripción derivada, las normas legales no han sido alteradas, y en ellas se mueve el derecho y actuación del titular de quien deriva el suyo.

3.º Dominio y derechos reales limitativos del dominio. Precisan inscribirse para afectarle, dado el fin social del Registro.

4.º Derechos condicionales. Sólo aceptamos que lo sean los que muestran dos dominaciones sobre la cosa, sujetas a una sola condición, según observamos antes.

Y se muestran tales dominaciones mediante constar en la inscripción, siquiera lo sea actualmente en forma poco correcta, mediante la mera inscripción de la condición o de las reservas y sustituciones.

De otro modo no afectarán al titular derivado.

5.º Derechos reales imperfectos. No debieran inscribirse, ni —por lo tanto—afectar al negocio derivado. Si en su evolución han llegado a admitirse en el Registro, y con ello a manifestarse su conceptualización real, deben afectar, una vez inscritos, al titular derivado. Si, por el contrario, no tienen conceptualización real, en el proceso evolutivo presente, claro está que no se inscribirán. Mas si, pese a ello, se inscribieran, no por eso ganarían categoría real, produciéndose el fenómeno curioso de que los derechos inscritos, por ejemplo una prohibición de enajenar emitida mirando al extraño o una promesa de constituir un derecho, no producirán efecto real de afección respecto al negocio derivado, ni impedirán la realización e inscripción del negocio contradictorio.

6.º Inexistencia y nulidad. El derecho inscrito se manifiesta vivo, existente, válido, para quien deriva de él. En nada deben afectarle vicios de que no pudo tener conocimiento. Tales vicios son causas de nulidad. Se dice por la ley que si pudo tener cono-

cimiento de ellas, en algún caso, por otros asientos del Registro, no es justo que no le afecten en tal caso, puesto que no puede alegar su imposibilidad de conocerlas. Rechazamos la sugestión, porque el vicio de la inscripción anterior, mientras no sea declarado judicialmente, no destruye la presunción de certeza de la relación directa del hombre sobre la cosa, ante la humanidad, en un régimen de publicidad orientado al fin de certidumbre y seguridad social inmobiliaria.

7.º Causas de rescisión. No pueden afectarle las del derecho de que deriva, porque no están inscritas. Y no están inscritas porque no constituyen derechos reales hasta que, ejercitadas las acciones, rompen el derecho real anterior, originando otro nuevo.

8.º Causas de resolución. Distinguiremos: a) Las que se deben a la extinción del derecho en su evolución normal, verbigracia, el artículo 513. Le afectan, sin necesidad de inscripción, porque constituyen el ámbito ordinario del derecho de que deriva, que es públicamente impuesto por la ley que lo regula. b) Por la misma razón le afectan los retractos, en sus diversas clases, sin que para ello hayan de inscribirse. c) Las que nacen de derechos reales condicionales y a plazo, como las reservas, sustituciones, retracto convencional, etc. Para que éstas alcancen al titular derivado deben constar inscritas las causas que produzcan la resolución; estas causas no son otra cosa que los derechos reales, y esos derechos son los que han de ser inscritos. Su inscripción se efectúa haciendo constar la reserva o sustitución o condición directamente, no a través de deducciones que el titular derivado haga, teniendo presente la ley y la procedencia de los bienes, como se pretende erróneamente en las reservas.

Conocemos ahora exactamente hasta qué límites, en beneficio de la inscripción derivada, ha quedado purificada la inscripción anterior. Y vemos que la purificación alcanza a legitimar la falta de capacidad de que adolecerá el adquirente en aquella inscripción anterior—transmitente en la derivada—, puesto que se impone la preexistencia en su poder del derecho, aun cuando lo adquiriera sin capacidad y, por lo tanto, no lo adquiriera realmente.

Pero ese negocio derivado requiere a su vez, para que sea válido, la concurrencia de cuantos elementos de fondo y forma exige la ley, y entre ellos, capacidad en el transmitente y en el adqui-

rente, causa lícita, etc. La inscripción en que se fundó no le garantiza nada de ello. Puede presumir y dar por cierto que quien le transmite el derecho derivado que adquiere fué capaz para adquirirlo cuando lo adquirió; pero esa capacidad pudo perderla con posterioridad a aquella fecha y antes del negocio derivado. Lógicamente, por tanto, no puede presumir que es capaz; y como su derecho corre su suerte, en estos extremos, con independencia del de que deriva (como corre su suerte respecto de la falta de causa), sin que la ilestid pueda alcanzar a tal carencia de capacidad, puesto que la certeza de capacidad no se muestra en la inscripción de que deriva, no tienen razón de ser, hipotecariamente, las inscripciones de incapacidad ni el libro de incapacitados.

Vista la cuestión en esta forma, parece de gran sencillez. Sin embargo, nos enfrenta con el problema de las limitaciones de disponer, que lo complica profundamente.

Sin ánimo de resolverlo, más bien para solayarlo, hacemos las siguientes consideraciones: Cierta que la capacidad del transmitente, en el negocio derivado, debe, en principio, permanecer alejada del Registro, puesto que su carencia actúa plenamente sobre el mismo negocio, anulándolo. Pero no es menos cierto que la falta de capacidad puede provenir, en algún caso, de tener limitada la facultad de obrar, y a su vez nacer esta limitación de un derecho real, con lo que se producirá el efecto de que un derecho real no inscrito actúa sobre el derecho posterior inscrito, anulándolo. Se hace preciso, por lo tanto, fijar el alcance del término «falta de capacidad».

En un sentido amplio, impropio, es posible admitir que toda limitación de disponer implica una falta de capacidad. En el mismo término de generalidad, las limitaciones de disponer, y en idéntico sentido, toda afección real o personal del derecho inscrito, limitan la libre actuación dispositiva del titular, ya que ésta no puede ejercitarse contraviniéndolas. Así, un nudo propietario carecerá de capacidad para enajenar válidamente la plena propiedad de la cosa.

Si ahora afirmamos nuevamente que las cuestiones de capacidad en el transmitente del negocio derivado quedan excluidas de la purificación registral, que este negocio corre su suerte íntegramente en cuanto a ellas se deba, aquellas afecciones reales del pri-

mer negocio a las que exigimos antes inscripción especial para perjudicar al derivado, no la precisarán ya. Bastará, para lograr este resultado, que apliquemos el argumento anterior referente a la capacidad. Diremos: si la limitación que implica un usufructo significa que el dueño carece de capacidad para transmitir la plena propiedad de la cosa, el contrato transmisivo de esta plena propiedad podrá anularse aun cuando no conste inscrito el usufructo, puesto que alegamos la falta de capacidad al efectuarse el negocio derivado, y esta causa de nulidad no necesita inscripción, porque sólo la utilizamos refiriéndola al segundo contrato.

Se hace preciso, en consecuencia, que rechacemos aquella acepción amplia e impropia del término «falta de capacidad».

A mayor abundamiento, razonaríamos así: las afecciones a las que hemos exigido inscripción especial para que perjudiquen el negocio derivado, no toman la forma de limitaciones de disponer, en la mayoría de los casos; son, sencillamente, derechos reales, que, para defenderse, han de ser inscritos; y en aquellas que no requieren inscripción para perjudicarle, nos fundábamos, para darles tales efectos, en que no constituyen derechos reales, sino el contenido normal del derecho inscrito.

Veamos ahora las limitaciones y prohibiciones de disponer voluntarias. Tampoco constituyen materia de inscripción, en *tanto no sean manifestación de un derecho real ajeno*. Son, en realidad, formas rudimentarias de expresión del deseo de sujetar la cosa a la voluntad del extraño en cuyo beneficio se emiten. Lo vimos anteriormente. Y sólo cuando ese deseo de la voluntad haya sido elevado a categoría real por el derecho actuará eficazmente la limitación de disponer. Mas sólo por tal motivo, por ser un derecho real, no por envolver una limitación de disponer, hasta el punto de que, según vimos, si se inscribe un derecho personal adoptando la misma forma de limitación, implicando aparentemente una incapacidad de disponer publicada, será válido el negocio realizado contraviniéndola. Y ello, por no haber diferenciado el doble concepto, a saber: derecho personal que toma aquella forma, y necesidad de no dar efecto real a través de una limitación de disponer a un derecho, que, pese a su publicación, sigue siendo personal.

Podemos sacar la consecuencia siguiente: ni las limitaciones



de disponer que implican un derecho real ajeno, ni las nacidas de la normal regulación del derecho, ni las expresivas de un derecho personal, constituyen incapacidad del titular del derecho. Y si aquéllas precisan inscribirse, éstas no pueden ser inscritas.

Por último, examinemos las limitaciones y prohibiciones de disponer nacidas de anotaciones preventivas, con exclusión de las expresadas en el párrafo cuarto del artículo 2.º de la ley. Análogamente, no tienen más contenido de limitación o prohibición que el derecho a favor del extraño para cuya defensa adoptan aquella forma. Son derechos, de naturaleza real o personal, según los casos, que no han llegado a constituir un derecho real perfecto, una posición de dominación real de la cosa ante la humanidad.

Pueden, ejercitados, crear esa posición. Y ampara la ley la posible posición a crear mediante la anotación.

Esta, en sí, es ya una posición transitoria o provisional de tinte real o universal, sin más contenido concreto que la de figura de derecho real. Y por tener, en esencia, la limitación o prohibición una finalidad defensiva de un derecho, hemos de ver en ella no una incapacidad, sino un derecho, que para su defensa precisa publicarse.

Como resultado de las eliminaciones anteriores queda circunscrito el alcance de la frase «falta de capacidad» al juego del apartado cuarto del artículo 2.º de la ley Hipotecaria: ausencia, interdicción civil, locura, concurso, quiebra, prodigalidad, etc. La capacidad que exigiremos al transmitente en el negocio derivado, al realizarlo, será lo que se deduce del expresado artículo; la carencia de tal capacidad será la que origine la nulidad del negocio; la misma, la que no puede presumirse del examen de la inscripción anterior (a menos de crear un Registro de incapacidades).

Por el contrario, las limitaciones de disponer que hemos eliminado, que hemos rechazado en su pretendido concepto de incapacidades, pueden entrar en el juego registral explicado anteriormente, sin necesidad de que para ello se cree un Registro de incapacidades, puesto que al mismo tienen acceso como derechos inscribibles o anotables. Y en tal juego de derechos sobre inmuebles a medio del mecanismo registral tienen su campo de expresión y viabilidad natural.

Abordamos ahora el examen de tales incapacidades concretamente, situándonos para ello previamente, fuera del campo hipotecario, en el campo netamente civil.

La relación del hombre con la cosa, ante la humanidad, no exige, para existir, que el hombre reúna determinadas condiciones; basta que sea persona. Todo hombre tiene aptitud para ser titular de esa relación, cualquiera que sea su estado: menor de edad, loco, etc., como plenamente capaz.

En principio, la relación se refleja en un poder subjetivo, de dominación de la cosa, que se centra psicológicamente en la voluntad. Está, ante la humanidad, sujeta la cosa a la voluntad del titular. Toda determinación de esa voluntad debe ser respetada universalmente en el complejo social.

Mas esa actuación del querer requiere a su vez un primer estado de existencia de voluntad, que para adquirir categoría jurídica precisa sea consciente. Tal consciencia se determina en el campo legal—extraño a especulaciones filosóficas—defectuosamente, en forma negativa: carecen de capacidad los menores de edad, locos, sordomudos, embriagados, etc.

Tan pronto como la ley ordena que la voluntad ha de ser consciente para actuar con efectos jurídicos, interesa a la humanidad conocer la posible carencia de voluntad en el titular. A este fin será posible distinguir: a) Estados subjetivos de incapacidad que tienen carácter de permanencia, como la locura; y b) Aquellos que presenten carácter transitorio, como la embriaguez; fácilmente publicables los primeros e imposibles de declarar los últimos.

Por otra parte, la voluntad ha de determinarse libremente; de otro modo no será la voluntad del titular la actuante, sino la ajena que se impone mediante coacción o violencia (sin que pueda confundirse esto con la exigencia legal de obrar dentro de los límites de su derecho, verbigracia, con la falta de libertad para establecer censos irredimibles).

La humanidad conoce la extensión del derecho real de que es portador el titular, sabe quién es éste, sin prueba plena, si no consta en inscripción anterior; con plena prueba, si consta en ella. Necesita únicamente cerciorarse de la consciencia de su voluntad, y que así como el Registro Inmobiliario le ha mostrado un titular indudable, ese mismo Registro u otro le muestre su cons-

ciencia con carácter incontrovertible; y de la misma manera que existe un Registro de derechos inmobiliarios, haya un Registro de capacidades.

Todavía no será suficiente para su seguridad. La relación de la cosa con el hombre—derecho real—está relativada por el complejo social, que produce en aquella relación posiciones diversas en referencia al ordenamiento universal. Estas posiciones varían con los estados subjetivos del titular, menor edad, emancipación, matrimonio, divorcio, viudez, ausencia, sordomudos, prodigalidad, interdicción, concurso, quiebra, etc. Algunos de estos estados son reveladores de inconsciencia de la voluntad; otros, por el contrario, sólo señalan posiciones especiales del titular, sin implicar más incapacidad que la derivada de actuar, necesariamente en los términos y límites que exige el derecho a la posición universal que ocupa.

Producidos tales estados, provee el derecho a su regulación, modelando la actuación del titular, creando organismos tutelares, imponiendo órganos representativos y señalando las atribuciones de unos y otros.

Muéstrase ahora la conveniencia de un Registro de estados personales del titular del derecho real.

Ahora bien: en puros principios hipotecarios, nada de ello es necesario, puesto que partimos de la afirmación de que el negocio derivado corre su suerte íntegramente en estos extremos—capacidad—, y el negocio inscrito de que deriva, al devenir íntegro y eficaz por la inscripción derivada, queda a su vez purificado de las faltas de capacidad de que pudo adolecer.

JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI,

Notario.

«(Continuará.)»