

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

2.º *Fin propuesto*.—Su fin es el mismo que guía a los expositores de motivos: «Dar certidumbre al dominio y a los demás derechos en la cosa, poner límites a la mala fe y libertar al propietario del yugo de usureros despiadados.» «Adquirir, sin temor de perder lo adquirido y prestar sobre la propiedad raíz con la seguridad de que no será ineficaz la hipoteca.»

3.º *Bases de que parte*.—No puede mostrarse divorciado del sistema civil que trata de transformar, puesto que habrá de fundarse en él, alterándolo únicamente en cuanto sea incompatible con el fin propuesto.

El sistema civil anterior se basa en la teoría del título y el modo, de raigambre indudable y profunda en las leyes y en la doctrina. Tiene a su favor su honda racionalidad y sentido jurídico. Título, justa causa remota de adquisición, y modo, causa próxima, o tradición. No ofrece tampoco un gran interés práctico que la rechacemos; la teoría de Savigny, a este respecto, nos llevará, a lo sumo, a sustituir el justo título por la intención de transmitir, con independencia y aun prescindiendo de la causa, pero quedarán igualmente vivos todos los problemas, ya que al eliminar éste surge ocupando su lugar, la intención, también posiblemente afecta a ser contradicha, viciada o negada.

Por otra parte, la admisión de la teoría clásica del título y modo no nos impedirá llegar, si no lo rechazamos por otras causas, al contrato abstracto alemán, bastando, para ello, identificar la tradición y la inscripción, dando a ésta efectos inatacables independientes del título. Y con ella nos satisface observar que nos aproximamos al sentir de los tratadistas patrios. Así lo prueba la Exposición de motivos, en los párrafos antes reproducidos, la carta de D. Eduardo Pérez Pujol a D. Bienvenido Oliver, de 14

(1) Véanse los dos números anteriores.

de Mayo de 1893, inserta en un trabajo de D. Jerónimo González publicado en el número segundo de esta REVISTA CRÍTICA, en la que se condensa, según afirma, las doctrinas corrientes en nuestra patria a fines del pasado siglo sobre adquisición de la propiedad a título derivativo, y más patentemente aún, la discusión habida en la sesión de 2 de Noviembre de 1892, de las del Proyecto de Código civil. En ella, el Sr. Manresa leyó el artículo 978 del Código de 1851, que dice: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solamente al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso y a la ley.»

Se aprobó sin discusión.

Y el mismo Sr. Manresa leyó el 981 del Proyecto reformado, que decía: «La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad, la cual se entenderá sin perjuicio de tercero cuando el contrato sea de los que deben inscribirse en el Registro conforme a la ley Hipotecaria.» El Sr. Comas, con relación a esta materia, expresó su pensamiento con la diafanidad acostumbrada en él, en las siguientes consideraciones: «Debía plantearse, ante todo, la cuestión de si para la transmisión del dominio basta el consentimiento o es necesaria la tradición. Hasta ahora siempre se ha creído que, para ese efecto, no basta el título, sino que es además necesario el modo, porque no se trata aquí de derechos personales, sino de derechos reales. Por eso cree que debería respetarse lo establecido por el Derecho romano, al que vino a destruir el Código francés, cuyo derecho establecía la necesidad de alguna fórmula para la tradición.

No ha de espiritualizarse tanto el derecho que se prescinda de las señales exteriores y se quiera reducir todo al mero consentimiento, haciendo nacer de sólo él hasta los derechos reales.» Y añade: «las formalidades previstas en la ley Hipotecaria sustituyen hoy a la tradición». Manresa afirma que no cree necesaria la tradición de la cosa para que se transfiera el dominio. Y Alonso Martínez concluye que ve la opinión de la Comisión muy pronunciada a favor de que se considere necesaria la tradición para la transmisión del dominio.

Todo ello se plasma en el Código civil, en los artículos 1.095,

609, 1.445, 1.450, 1.462, 1.254, 438, 1.471, 1.156, etc., de los que resultan admitidos el título, la tradición y la inscripción, como términos diferentes.

4.º *Publicidad*.—Los expositores don Eduardo Pérez Pujol y el señor Comas perciben, en forma confusa, la publicidad, confundiéndola con la tradición o con las solemnidades de la tradición. Sin embargo, al admitir el Código civil una tradición diferente de la inscripción, quedan separados ambos conceptos, si quiera no sea nítidamente.

En la reconstrucción que intentamos, los distinguiremos netamente, valorándolos con separación.

Podemos ya encuadrar las ideas en la siguiente forma :

Para adquirir el dominio se precisan el título y la tradición : la existencia de uno y otro resulta todavía insuficiente para dar, al que contrata sobre inmuebles, la apetecida seguridad, a causa de la escasa publicidad con que la tradición se efectúa, que impide que el adquirente sepa ciertamente que existe el dominio en el transmitente íntegramente, ya que pudo desprenderse anteriormente de él o limitarlo y gravarlo. Otro tanto ocurre con el que presta con garantía inmobiliaria.

Podría justificarse así la orden legal de que todo acto relativo a inmuebles sea publicado mediante su inscripción en el Registro público, para su validez.

La exaltación de un requisito formal—inscripción—a la categoría de elemento esencial, repugna al sentir jurídico patrio, e impone la busca de un arbitrio legal que, partiendo de que la intención unida a la tradición, por sí solos fundamentan la adquisición del derecho real, defienda el interés social en los fines propuestos. Puesto que la inscripción, según se ve, es voluntaria, se da la posibilidad de una adquisición sin ella, y otra con ella, que pugnan entre sí. La primera requiere : título justo, consentimiento, capacidad, preexistencia del derecho en el transmitente, etc., etcétera ; si goza de ellos, la adquisición será universalmente eficaz, como será ineficaz, universalmente, si de ellos carece ; la segunda, es la misma adquisición, que precisa los mismos requisitos para su validez, produciendo su carencia análogas consecuencias. Se diferencia de aquélla únicamente en que se ha inscrito.

En esta forma, el interés social no se cumple si el que contrata

fundándose en el Registro puede ver desvanecido su derecho por un negocio válido no inscrito—oculto, por lo tanto—, que se le oponga.

El contenido del Registro debe, por lo tanto, ser firme, «e indudable para el que contrata fundado en él», parece que debe concluirse.

Antes de admitirlo en forma tan general, preferible es concretar su significado: dados sus términos, podría creerse que el negocio que no reúne las condiciones necesarias para su validez se purifica de los vicios que tenga al inscribirse. Todavía no hemos llegado a ese resultado; sólo hemos expuesto fundamentos para solicitar que en la lucha de un negocio inscrito, con otro no inscrito, sea preferido aquél desconociéndose éste. Es sólo un juego de publicaciones.

Ahora bien, el que contrata fundado en el Registro, no ignora que, con arreglo a lo expuesto, le bastará inscribir su contrato para que no pueda oponérsele un derecho no inscrito adquirido anteriormente.

Mas ello no es suficiente para su seguridad; el derecho de su transmitente, no obstante hallarse inscrito, puede adolecer de vicios que lo invaliden, v. gr.: que haya nacido de una causa ilícita, o fuere incapaz al adquirirlo.

De poco puede servirle que se haya publicado, y que no pueda ser desvirtuado por contrato no inscrito, si el negocio inscrito no quedó, por la inscripción, purificado de sus posibles vicios internos, que llevan universales consecuencias de ineficacia. Necesita que la inscripción sea cierta, que sea inatacable, que sea íntegra, y, por ello, que el derecho de que deriva su negocio preexista en el transmitente en los términos que se expresan en ella. Que se imponga legalmente esa preexistencia, aun cuando no sea cierta.

Si la idea se quiere expresar en la ley, tomará la siguiente forma: «El contenido de la inscripción será cierto e inatacable.» Es éste un efecto, no ya de publicaciones, sino de publicidad, respondiendo a una idea nueva, diferente de las puestas en juego al estudiar la publicación.

Su aceptación precipitada puede ser deplorable en sus consecuencias. Quien se ha fundado en el contenido del Registro, debe tener la garantía, si inscribe, de que aquel contenido es cierto, ín-

tegro ; pero el negocio que a su vez realiza con ese fundamento, debe estar sujeto a los vicios propios del mismo : falta de capacidad en el transmitente, pase a ser dueño, falta de capacidad en el adquirente, causa ilícita, dolo, etc., etc., y en tales casos no existe interés social alguno que obligue a declarar que el negocio que realiza queda, por su inscripción, purificado de vicios privativos del mismo, que no tuvieran su origen en el contenido del Registro. Podría, por el contrario, ser injusto e inmoral ; el Registro se transformaría en un arma de doble filo. Debe, pues, completarse la idea : «El contenido de la inscripción será cierto e inatacable, en cuanto en él se haya fundado una inscripción posterior.» Vemos, así, surgir nuevamente dos inscripciones frente a frente.

¿ Por qué exigimos una inscripción posterior ? Tanto se fundó en el Registro el que inscribió como el que no inscribió, se dirá. Cierto ; pero es que el amplio juego del mecanismo del Registro se impone como algo más que como elemento de prueba de un solo contrato aisladamente ; abarca el complejo de relaciones inmobiliarias de un sistema total y armónico ; es el gran órgano de publicación, de piezas innumerables, de acoplamientos y enlaces sutiles, que son otras tantas piezas de una gran máquina jurídica.

En ella, la inscripción de que se deriva un negocio acreditará su integridad, en enlace esa integridad con la inscripción del negocio derivado ; éste, a su vez, recoge a su favor aquella integridad y deja fuera de ella los vicios que directamente nacen, o pueden nacer, de su propio contenido, independiente, que corre su suerte. A su vez, de ese negocio incierto en tales extremos nacerá derivado directamente otro negocio, que, al inscribirse, lo purificará en esos mismos extremos. Por ello esa inscripción del negocio derivado ha requerido una calificación registral, precisamente en aquellos extremos que no se purifican con la inscripción inmediatamente, pero que han de elevarse a normas inatacables tan pronto como en ella se funde un derecho posterior que se inscriba. Y en esa cadena se van enlazando titulares, derechos, efectos, valoraciones y fines en un todo armónico y bello.

Docto mecánico del instrumento jurídico, el Registrador, mediante su calificación, conectará una inscripción con la anterior, surgiendo la chispa que instantáneamente vigoriza con fuerza indestructible el contenido de la primera inscripción y lo infunde

en la segunda, con la que formará, en adelante, una sola pieza, que a su vez no es todo el negocio jurídico nuevo, sino parte de él, en cuanto en éste existen elementos no contenidos en la inscripción anterior, como la capacidad del adquirente, la causa ilícita o lícita del nuevo negocio, etc., que al ser calificados favorablemente por el Registrador, para admitir su inscripción, contienen la energía y el temple precisos para recibir en su día, a su vez, la chispa que lo eleve totalmente a norma inatacable.

Es una idea finísima que condensa íntegramente la teoría que exponemos: los efectos de la inscripción se producen en la inscripción anterior de que se deriva, para reflejarse directamente en la derivada; son efectos de ésta y para ésta, impuestos, no obstante, en la primera. Ahora bien, al calificar el Registrador la segunda inscripción, estudia la validez de todos los elementos del negocio nuevo, que no proceden de la inscripción anterior, y si de momento no obtienen con ello la investidura o el sello de legitimidad, sí merecen ser tenidos por válidos con presunción *juris tantum*.

Prácticamente, se desenvuelve así: A vende a B, e inscribe; B vende a C, e inscribe; por este hecho queda firme e inatacable la venta de A a B, pero no así la venta de B a C, que es atacable, y corre su suerte en sus elementos, v. gr.: capacidad de C, licitud de la causa, etc., que sólo tendrán a su favor una presunción con prueba en contrario; C vende a D; queda firme totalmente la venta de B a C, en la que se funda, v. gr., para la preexistencia de la cosa en el dominio de C, mas no su propio negocio (C a D) en los restantes elementos; v. g., vicios del consentimiento. Y así sucesivamente, en una cadena sin fin.

Hemos visto que el contratante se ha fundado en la inscripción anterior para realizar el negocio jurídico, y que por esa causa debe vigorizarse aquélla. Mas ¿hasta qué punto ha podido fundarse en el contenido de la inscripción para formar una creencia que sirva de base a su derecho derivado?

Plantea esta pregunta una serie de problemas hondísimos que exceden del fin concreto de este trabajo, y si bien no podemos soslayarlos totalmente, porque harían incoherente nuestro esfuerzo, advertimos que la exposición que de ellos hacemos responde a una primera impresión puramente personal, precipitadamente concebi-

da, que rechazaríamos a no mediar una razonada depuración, si no la consideráramos accidental para el fin que perseguimos.

En primer término se observa que sólo ha podido presumir que no existen aquellos hechos, derechos y acciones que pudiendo modificar el derecho inscrito, son susceptibles de inscribirse y no se han inscrito; si no pueden inscribirse, carecerá de fundamento su suposición de que no existen.

Puede concluirse: el ideal jurídico es que cuanto pueda afectar al derecho inscrito, pueda ser inscrito.

En el juego de efectos de la inscripción que hemos expuesto anteriormente, la conclusión se concreta más: «Es preciso que cuanto pueda afectar al derecho inscrito, *en forma que origine un derecho ajeno*, pueda inscribirse, para evitar que este derecho no inscribible sea rechazado por los efectos de la inscripción posterior.»

Mas ¿cómo entenderemos la frase «cuanto pueda afectar al derecho inscrito, originando un derecho ajeno»?

Nos hallamos frente a los problemas de los derechos personales y reales, del *jus ad rem*, del título y modo otra vez, de las limitaciones de disponer, de las acciones de nulidad, rescisión, resolución, etc., que son otros tantos campos sin deslindar, poblados de fantasmas jurídicos, faltos de luz clara, inseguros a la písada de quien en ellos se adentre.

Como ideas previas, exponemos las siguientes:

I. La relación plena del hombre con la cosa o dominio significa la más amplia sujeción de ésta a su voluntad, que dispone de todos sus aprovechamientos, de la totalidad de sus servicios, excluyendo toda ingerencia extraña. Poder directo del hombre sobre la cosa o relación cuyos únicos términos son ésta y aquél, sin intervención de otros seres, que deben respetarla; en consideración al posible incumplimiento de este deber, la ley concede al dueño una acción universal contra todos. Aquel poder, jurídicamente investido de tal acción en su reconocimiento, es llamado derecho real.

La actuación dominical del hombre en la cosa se desenvuelve en el complejo de la vida social, integrado por múltiples dominios de otros hombres sobre otras cosas, por necesidades vitales, por limitaciones naturales, por últimas finalidades esenciales. La

cosa ocupa una posición de relación en el Universo en orden a la armonía social.

La ley ordena el complejo vital y fija el contenido normal del dominio dentro del mismo, en un fin de coordinación universal. La dominación del hombre sobre la cosa es una relación concreta, exacta, definida, dentro de una posición de la cosa en el orden universal. La órbita de la conjunción cosa y persona se desenvuelve a su vez en la órbita mayor del derecho universal, de la total armonía jurídica de la vida. Así, el ámbito normal del dominio, su contenido, la plenitud de su poder, está relativado en la convivencia social, en el complejo jurídico vital, del que forma parte. A tal punto, que tendrá caracteres de ilimitación, de dominación íntegra, en un medio social individualista que lo imponga con tal carácter, como al variar ese medio, haciéndose familiar, carecerá de poderes y facultades importantísimas, v. g., de enajenar. Se extenderá ahora al espacio, limitándose tal vez más tarde a la superficie, determinándose siempre, en su normalidad, en vista a la humanidad.

Su titular lo es de una relación normal de dominación de una posición jurídica universal referida a la cosa en el ámbito del derecho. La ley traza sus líneas determinantes: a), señalándole atribuciones, facultades, derechos, a saber: enajenar, gravar, limitar, transformar, retraer, destruir; b), fijando sus límites: artículos 4.º, 348, 1.255, 350, etc; c), imponiendo restricciones, responsabilidades y obligaciones: servidumbres legales, obligaciones *propter rem*, tanteo.

II. La alteración que de tales normas generales haga el titular, imponiendo otras en su lugar, da origen a una regulación con normas nuevas, que comparativamente a las anteriores, se traduce en ventaja o desventaja económica. Sólo admitimos en este sentido las servidumbres prediales voluntarias.

III. El titular del dominio sobre la cosa puede, dentro de las facultades que la ley asigna a tal relación, aportarla al comercio de la vida, para obtener, por ejemplo, contraprestaciones de los demás hombres. En un primer plano, aporta al comercio humano una utilización de la cosa: sus frutos, su uso. La voluntad del dueño se encamina a obtener una contraprestación; la voluntad del



extraño se dirige a obtener una utilización de la cosa directamente.

Ante la humanidad, el dueño goza de la total dominación de la cosa, con acción real.

Desea poner en relación al extraño con la cosa y necesariamente, al manifestarse la total dominación que de ella ostenta, íntegramente en la sujeción a su voluntad, es en esta voluntad en donde halla el único medio de enlace de la cosa y el extraño, como una limitación de su facultad en beneficio del extraño, traspasada a éste la facultad; surge así ante el derecho una limitación, una obligación: la de facilitar el aprovechamiento del servicio que pretende, la de respetar su ejercicio, el uso de esa facultad que traspasa.

Esta forma de relación del extraño a la cosa a través de la persona del dueño no satisface al derecho; es un derecho de obligación el que crea, a través del juego de acciones.

Efectivamente, el dueño lo es íntegramente para la humanidad, no obstante su vínculo obligacional con el extraño; y éste, ante la humanidad, carece de derecho sobre la cosa. Jurídicamente, no ha sido puesto universalmente en relación directa con la cosa; esa puesta en relación ante la humanidad con la cosa, directamente, sólo tiene un término hábil, la concesión de una acción real sobre ella, utilizable contra todos, la declaración legal de que existe un poder de sujeción directo de la cosa a la voluntad del extraño, que coexiste con el poder del dueño, que ha quedado establecida directamente la relación del hombre a la cosa. En tal instante, actúan ante la humanidad dos voluntades sobre la cosa, dos poderes referidos a la cosa. Ante aquélla, se ofrecen estas actuaciones con independencia una de otra, con valor sustantivo ambas.

Ahora bien: ha nacido ya un derecho real limitativo del dominio, y presenta tanta fuerza real el llamado derecho limitativo como el mismo dominio, hasta tal punto, que veremos en algún caso—censo enfiteútico—pasar a ser considerado como dueño quien en su origen se tuvo como titular del derecho limitativo.

La coexistencia de ambos poderes, integrantes del pleno dominio, ha de traducirse, entre el dueño y el titular del derecho limitativo, en un contenido de derechos y obligaciones personales recíprocas que determinen y señalen los contactos entre ellos en el

ejercicio de sus poderes en la cosa y los deberes y derechos que nacen de la posición de ésta en el complejo social, respecto de la vida total del derecho.

En este primer plano, el usufructo, uso, habitación, arrendamiento, superficie, censo enfiteútico, reservativo y servidumbres personales. En todas las figuras se aprecia: una cosa, en que actúan dos voluntades directamente, y una suma de derechos y obligaciones personales entre ambos titulares, con una sola finalidad: hacer posible el desenvolvimiento de la construcción en la vida total del derecho universal, del complejo jurídico y, para ello, determinar el contenido de la figura entre ellos, con fijación de relaciones, y en última referencia a los derechos de la humanidad, en cuya órbita se desenvuelven y que no sólo debe conocerlos, sino imponerlos como normas obligatorias, puesto que en ellas se funda a su vez para sus relaciones con las titulares. Así, si el artículo 497 es de interés particular, el 485 es norma que afecta a la humanidad entera.

IV. En un segundo plano, el dueño puede establecer una relación directa de la cosa con el extraño, haciéndole titular de un derecho limitativo de su dominio, en forma más sutil e ingeniosa, en garantía de una obligación; así, el censo consignativo, hipoteca, prenda, refacción, siendo aquí aplicable lo expuesto en el examen anterior.

V. En plano diferente, toda relación creada por el dueño entre su cosa y el extraño, a través de obligaciones o limitaciones de su poder dominical, puede ser protegida por la Ley dándole carácter real, o sea reconociendo la existencia de tal relación directa de la cosa al extraño, e imponiéndola en simultaneidad con la misma relación del dueño.

Ahora bien: siempre que el dueño limita su poder en la cosa, en vista a un extraño, para su utilidad, el fin que persigue es ponerlo en contacto con la cosa; es esencialmente el embrión de un derecho real. Bastará que la Ley ampare esa relación, asignando al derecho del extraño carácter real con su correspondiente acción real defensiva, para que se haya creado un derecho real limitativo del dominio. Se habrá declarado a la humanidad que la relación obligacional del dueño y el extraño les hace copartícipes en

la dominación de la cosa, que ésta queda directamente encadenada a la voluntad de uno y otro.

En el mismo orden de consideraciones, la promesa de vender, la prohibición de enajenar, la obligación, en general, de constituir un derecho real, orientadas en vista del extraño, no son más que manifestaciones del propósito de ponerle en relación con la cosa para el logro de un fin de dominación directo o indirecto sobre la misma, que adoptan estas formas rudimentarias. Exigen únicamente para ello la preexistencia de la cosa en su poder, o su creencia, como término necesario para que la voluntad se dirija a ella; si no preexistiera, no actuaría la voluntad sobre un poder de dominación. Podríamos llamarles derechos reales rudimentarios o en evolución.

En un criterio amplio, la ley dará categoría real a toda relación entre el dueño de la cosa y el extraño, que, constituyendo entre ambos una obligación, sea susceptible de concretarse en una cosa determinada; así, la promesa de venta de una cosa que preexiste en el dueño, pone al extraño a quien se dirige en contacto con la cosa, a través de la obligación contraída, la cual o nada significa para el fin último perseguido, o significa un derecho justo que debe ser protegido por la ley mediante la concesión de acciones reales. Pero en un criterio más restringido, estos derechos reales imperfectos o rudimentarios, necesitan para ser declarados derechos reales por la ley que adquieran, en interés social, un más perfecto grado de evolución, por las razones que seguidamente veremos.

VI. El derecho real limitativo del dominio evoluciona en la siguiente forma: ocupa la cosa un lugar o posición jurídica en el orden universal, y el titular o sujeto que ostenta sometida a su voluntad la misma cosa, con la plenitud de poder, es llamado dueño. Está fijado el alcance del dominio y las facultades que comprende.

Ahora bien: el dueño crea un derecho limitativo del dominio, verbigracia, un usufructo, y, naturalmente, se establecen las reglas a que ambos titulares han de sujetarse al ejercitar sus derechos sobre la cosa, en referencia al fin perseguido por uno y otro. Estas reglas, para que sean perfectas, han de determinar exactamente cuáles son las facultades que a uno y otro corresponden como titulares conjuntos de aquella posición jurídica universal de la cosa,

que antes tenía ante la humanidad el titular único del dominio o dueño. La humanidad tiene precisión de saber tales reglas, puesto que a ella ha de ajustarse la transformación que en la armonía social de que forma parte esencial, se ha producido al escindirse aquella titularidad única en dos. Si los titulares no han previsto y establecido concretamente sus posiciones respectivas, el derecho debe suplir las lagunas estableciéndolas en su defecto.

Entre tanto, la humanidad, para su garantía y estabilidad, no debe admitir la existencia de dos titulares, sino de uno sólo, el dueño, que asumirá ante ella la plenitud del poder, cualesquiera que sean las relaciones personales que contraiga con el titular del derecho limitativo. Sólo cuando la figura creada, usufructo, esté definitivamente formada, sea por el pacto, repetidamente estipulado en primer término, sea, en segundo término, por la jurisprudencia, supliendo aquellos pactos en cuanto sea preciso, o bien sea por la ley, podrá el derecho darle carácter real, declarando consagrada la titularidad ante la humanidad.

Con nomenclatura propia y figura definida, pasará entonces el derecho real limitativo del dominio a tener un ámbito concreto de vida legal. Bastará en adelante que los hombres pacten que el usufructo nace, o la ley lo imponga, para que, sin precisar más aclaraciones, se sobreentiendan creadas, para cada titular, las relaciones directas con la cosa, y nacidos los derechos y obligaciones que se derivan de tales posiciones particulares, en la posición universal de la cosa, en la que tiene interés la humanidad, por ser tal posición parte integrante de la misma.

No precisarán los titulares, para crear el derecho ante la humanidad, más que declarar nacida la figura real, v. gr., usufructo, quedando a cargo de la ley mostrar a la humanidad el contenido de tal figura, los respectivos derechos de los titulares, la posición de cada uno concretamente.

En la misma forma lo puede crear la ley. El ámbito del normal desenvolvimiento de la figura creada es conocido al ser señalado en la ley. Cualquier alteración lícita que del mismo hagan los interesados debe ser expresado a la humanidad.

Vemos ya el derecho real limitativo, con figura jurídica propia,

con contenido cierto y concreto, establecido en la ley bajo la rúbrica que lo regula.

En este último período evolutivo, ya formados, se nos muestran los derechos de usufructo, uso, habitación, etc., etc.

En punto de lograr la elevación de personal a real, por estar satisfechas las posibles exigencias de la humanidad, se manifiesta el arrendamiento, que dotado de total regulación legal, que concreta universalmente posiciones, sólo espera el soplo vital que lo consagre con carácter real, no a través del camino impropio actual de la inscripción (artículo 2.º de la Ley), sino en el campo del Derecho civil, que es el suyo.

En período inicial, apunta el derecho de opción, de fondo real, que ha de recorrer aquel camino que le conduzca a la determinación precisa, en garantía de la humanidad. Actualmente, en la mera promesa de venta, ignora ésta si la posición íntimamente real en su fin, del adquirente de la promesa, alcanzaría en su racional regulación a ser necesario su consentimiento para que el dueño imponga válidamente un gravamen, o si éste puede transformarla a su antojo, etc., etc., problemas todos de posición ante el derecho universal, que el pacto y la jurisprudencia o la Ley, si acomete la empresa, señalarán más adelante, adquiriendo así vitalidad para su transformación en real.

Y en un plano más lejano, aquellos derechos que hemos denominado reales imperfectos, en los que quedan difuminados los derechos y obligaciones de los titulares en referencia a la cosa, dentro de su posición en el orden universal, derechos a los que, por lo tanto, es posible dar legalmente categoría de derechos reales sin riesgo de estabilidad y certeza para la sociedad. Sin embargo, es tan manifiesto en algún caso su fondo real, que se impone con tal carácter en la vida social, aun antes de que la Ley concrete exactamente su extensión, aun a riesgo de provocar constante jurisprudencia como norma supletoria, con el correspondiente cortejo de indecisión y perjuicio del orden social. Así ocurre con el expresado derecho de opción, que en la práctica comienza a abrirse camino en el campo del derecho real.

VII. En las relaciones examinadas—dominio y derechos reales limitativos—hemos partido del hecho de considerar única la posi-

ción del hombre en relación a la cosa. Mas puede darse el caso de una conjunción de varias titulares, en la relación, modificando aquella posición sin alterar la relación dominical, a saber: condominio, comunidad de derechos, sociedad, etc., etc.

Inmediatamente, la Ley ha de salir al paso de tal posición, regulándola minuciosamente.

Por otra parte, tanto si el titular es único como si los titulares son varios, el dominio o derecho real puede mostrarse limitado en el tiempo, comparativamente al término natural o normal de su vigencia, originándose una nueva posición: derecho sujeto a plazo, de regulación especial. Así, la sustitución fideicomisaria.

Ahora bien: en todo derecho real sujeto a plazo surge un nuevo titular: aquel a quien ha de revertir al cumplirse el plazo. La relación de este titular con la cosa existe ya antes de la llegada del plazo. Existen, por lo tanto, dos titulares, dos derechos sobre la cosa, dos posiciones que deben ser protegidas por la Ley. Ante la Ley, ambos tienen derechos sobre la cosa: todo dueño o titular de un derecho sujeto a plazo presenta junto a sí, coexistiendo en la relación con la cosa, otro titular, aquel a quien revertirá al cumplirse el plazo. Y no hay razón para que tales derechos no entren en el comercio jurídico. Finalmente, el derecho real, sea de un titular, de varios conjuntos, o de uno u otros, sujeto a plazo, puede hallarse pendiente de una condición, condicionado a un suceso. Siempre, igualmente, actúan dos titulares de otras tantas posiciones: el dueño o titular del derecho real limitativo, cuya actuación utilitaria sobre la cosa pende de una condición, que, cumplida, resuelve su derecho, y otro titular, cuya actuación utilitaria sobre la cosa pende de la misma condición, que, cumplida, hace nacer su ejercicio. Y tampoco existe razón para que tales derechos no entren en el comercio jurídico.

El derecho real condicional es creado por el hombre mediante sujetar la cosa a dos dominaciones pendientes de una sola condición: suspensiva para una y resolutive respecto de la otra.

En forma análoga crea el derecho condicional de la Ley.

Es creación del hombre consentida por la Ley, en los artículos 469, 513, 790, etc., del Código civil. Es creación de la Ley en los artículos 811 y 968. Parece evidentemente imprescindible que el

derecho regule concretamente esta posición especial, como lo hizo al tratarse del condominio o de la titularidad única, sin lo cual el derecho condicional no mostrará una figura capaz de garantizar la seguridad social.

Sin embargo, esta posición condicional no está concebida claramente en el derecho. Todo es confusión en torno de ella; basta observar los conflictos nacidos de las reservas y los vacíos de la Ley al regularlas, y los derivados de las sustituciones fideicomisarias condicionales y familiares.

La Ley no ha prestado atención al derecho real que en toda condición se crea a favor del no titular directo; sólo ha atendido al derecho de éste, y ha encontrado sus normas en el efecto de la condición respecto a tal derecho, o sea en su resolución.

Son, por lo tanto, derechos reales perfectos, pero imperfectamente regulados por la Ley.

Dentro del tipo condicional se muestra el retracto convencional, de avanzada evolución, y a su lado, como derecho personal condicional, tendente a convertirse en real—similar a una reserva de dominio—el nacido de los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil, cuya evolución interesantísima en la ley Hipotecaria y en la jurisprudencia es tan fácil de seguir. El camino a seguir por la Ley es centrar las normas reguladoras de la posición condicional en el derecho real del sucesor tanto como en el del actuante.

Ofrece dificultades indudables, pero se hace preciso que las aborde y resuelva: la primera será la puramente doctrinal de la aparente imposibilidad de crear o reconocer un poder de dominación directa de la cosa a favor de personas no nacidas (reservas, sustituciones, etc.). Mas vencida, surgirá una exacta regulación de la posición condicional, su garantía social.

Por el contrario, si en la posición condicional atiende la Ley únicamente al titular actuante y configura la condición centrada en su efecto resolutorio de la actuación, como una resolución del derecho real a que afecta (derecho real que examina como si fuera único y no existiera el del titular no actuante), se expone a dar carácter de derecho condicional a todo derecho real que puede resolverse, cualquiera que sea la causa de resolución. Así vemos configurada por

algún autor la anulabilidad, y en este mismo criterio toda causa de resolución en ejercicio, toda acción de resolución que se ejercita produce un derecho real condicional (adoptando esta conclusión al mirar sólo la posible resolución del derecho real actuante, sin atender que no por ello se crea en todos los casos un derecho real independiente o posición concreta, definida, exacta, de otra persona, en referencia a la cosa, que la sujete directa e inmediatamente a su dominación).

En este punto observamos que la teoría anterior, que distingue dos órbitas o campos, la determinada por la posición jurídica de la cosa en el orden universal del derecho, y la relación del hombre a la cosa, como titular de un poder de sujeción de ésta a su voluntad, puede producir insospechadas derivaciones constructivas. Aflojará tal vez con ella al derecho un nuevo concepto de relatividad no tenido en cuenta anteriormente. Y se producirán acciones y reacciones entre los dos campos diferenciados.

Un ejemplo aclarará la insinuación anterior: a) Siendo una sola la relación del hombre a la cosa, v. g., el dominio, podrán ser dos las posiciones de la misma cosa en el campo universal. Tal ocurrirá si el dueño de una finca a título de herencia adquiere la colindante con carácter reservable y las agrupa para formar una sola; b) Siendo única la posición de la cosa en el orden universal, podrán ser dos o más las relaciones del hombre a la cosa, como en el caso de que la mitad indivisa de la finca haya sido adquirida por compra y la otra mitad por sustitución.

Centrando en el titular el término de unión de las dos órbitas, han de surgir inéditos ángulos de referencia y nuevos puntos de vista de derechos reales y personales. Y tal vez la construcción total que se ofrezca como consecuencia aclare los confusos problemas de la autocontratación, de los patrimonios diferenciados de las servidumbres prediales, y llegue a fijar un nuevo concepto de finca, con consecuencias trascendentales para el orden hipotecario.

De todas suertes, ha de ser conveniente volver sobre el tema en un estudio más reposado y directo.

JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI,

Notario.

(Continuará.)