

NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO

la Monarquía universal de España, nos estaba llamando a la puerta la hora de la decadencia y la derrota. Parece que la petulancia y la decadencia van unidas; pero lo mismo se unen también la conciencia de la imposibilidad con la inercia y la apatía. El éxito es también una función. Su fundamento es la fe crítica: «Si hacemos esto, obtendremos lo otro.» Éxito, esfuerzo y fe aparecen aquí en una relación funcional. Pero, en fin, ello sería tema bastante para otra conferencia.

Una idea quisiera que quedase en el espíritu de la juventud que me oye, una sola, como expresiva de la creencia más profunda de mi alma:

El mundo nuestro se asienta sobre columnas invisibles morales. Puede bambolearse a un lado y a otro; pero como abandone esas columnas, cae en el abismo. *Las columnas invisibles del mundo*

Algunas de las construcciones jurídicas que exige el desenvolvimiento técnico de nuestro sistema hipotecario y su mayor eficacia práctica

CONFERENCIAS DADAS EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA LOS DIAS 5 Y 7 DE MAYO DE 1924

POR EL DOCTOR DON RAFAEL ATARD Y GONZALEZ
OFICIAL DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS
Y DEL NOTARIADO

PRIMERA CONFERENCIA

ENSAYO DE CONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA DE LAS
TITULARIDADES «OB REM»

SEÑORES:

LA EXPOSICIÓN que sigue pertenece a la clase de las construcciones jurídicas inductivas. Si alguna vez se mezcla una deducción, será la de una generalización inducida. Creo que impone este sistema de trabajo la naturaleza histórica del Derecho. No acepto en la esfera del derecho privado un derecho natural, sino a condición de que *Introducción*

Formación del derecho sea formal y sin contenido, como el derecho justo de Stammler. No puedo, ciertamente, decir, como algunos juristas romanos y modernos—Merckel entre éstos—*dura lex sed lex*, ni afirmar como Stammler afirmara, que el derecho devenido técnicamente, según las reglas constitucionales de la formación del derecho en cada país, es derecho aún oponiéndose a la justicia; porque yo, que concibo el derecho y el Estado como algo orgánico—siguiendo a Schelling en esta concepción y creyendo que Dios se manifiesta en la historia y en la naturaleza, que son una sola y misma cosa y no dos, de las cuales la una esté fuera de la otra—, me mantengo firme en aquella posición de Savigny y de la Escuela histórica clásica, según la cual el derecho que deviene históricamente—el único legítimo—es el que conviene a cada tiempo y país. Las diferencias y los cambios en la vida jurídica de los pueblos son—como dice Lenel—no un juego de la casualidad o del arbitrio, sino el resultado de una íntima necesidad. Y añadido: o esta necesidad y vida se sorprende por el legislador y el jurista, o la impone el pueblo; pero ni el científico ni el legislador sacan la norma de su razón, como no sacan de ella las relaciones jurídicas ni, por tanto, las instituciones; ni la voluntad del legislador vale nada, como tal voluntad, en la formación de la regla. La crítica del derecho no da lugar a un nuevo derecho, sino cuando éste madura históricamente; si bien puede estimular la generación y nacimiento del derecho nuevo.

En suma: la razón no forma ni deduce el derecho, pero la razón—que no está fuera de la historia, como no está fuera de la naturaleza—ayuda a la reforma del derecho y a su enunciación en fórmulas generales y limpiadas. Historia y naturaleza son lo mismo. Fuera de ellas y sobre ellas no hay más que Dios, el cual, independiente y superior, promulga sus leyes, en el orden civil, mediante la naturaleza viva, *naturata y naturans*; que ha devenido y está deviniendo, según su voluntad y para sus fines. Por eso puede decirse que, en el orden civil, la voz de la raza es la voz de Dios.

Consideración filosófica del derecho

Esto que digo de la formación del derecho no significa, como es natural, que yo crea que no cabe una consideración filosófica del derecho, sino que no cabe una *invención* filosófica del derecho. La Escuela histórica no representa, en sí, sino la concepción histórica del derecho, y una concepción histórica es una consideración filosófica. Pero en esta consideración filosófica en que aparto el derecho civil del dualismo clásico de Aristóteles, Santo Tomás y Kant—por cuanto creo que las normas civiles no tienen otra legitimidad, ni aún otra existencia que la que les da Dios en la historia, ya que Dios está presente siempre en todas partes y no abandona a ningún pueblo, siendo como son suyos todos los pueblos—, me aparto también de la posición nacionalista de Savigny y aún de aquel sentido de Yhering, que aceptaba una formación internacional del Derecho nacional, y me atengo a la concepción etnológico-histórica del derecho que caracteriza, por ejemplo, la base filosófica de las doctrinas de Bruns y Lenel.

Dije que partía del concepto orgánico del derecho y del Estado de

NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO

Schelling. Tal vez hubiera que rectificar algo en el concepto organicista corriente, obedeciendo a las convicciones que hoy impulsan hacia la teoría energético-dinámica, según la que centros o vidas espirituales, emiten y plasman consigo y fuera de sí—y, por lo mismo, en dependencia de sí—los elementos de actuación que necesitan; pero esto no me hará rectificar el sentido de la misión del jurista y el legislador frente al derecho. Ellos toman el derecho plasmado ya en la vida de los pueblos por la idea que—para emplear un lenguaje parecido al de Hegel—fué en sí, devino fuera de sí, y, aunque en confuso, llegó a la consciación de sí misma en los *spiritus raciales*.

Quise exponer estos puntos de vista como explicación del sentido a que obedecen los intentos de construcción que van a seguir, y puedo ya entrar en la materia objeto de mi trabajo.

Divido éste en tres partes, a saber: I) Concepto de las titularidades *ob rem*. II) Clasificación de las titularidades *ob rem*. III) Construcciones que facilitan o permiten. *Plan general*

I

Son *titularidades ob rem* las que en la esfera de los derechos reales y, por excepción, en la de los derechos *ad rem* en su verdadero sentido técnico, se ostentan o imponen—facultad, libertad—y se sufren—obligación, necesidad—*por razón de las cosas*. *Concepto de las titularidades ob rem*

Esta es una generalización, *a posteriori*, resultado de una serie de inducciones; pero que, colocándome en una posición propia de la cátedra, debo anticipar.

La cosa se muestra en ellas o en la significación de elemento determinante de la actuación del sujeto personal, sin elevarse a la categoría de elemento subjetivo de la relación jurídica; o se eleva a la categoría de sujeto del derecho, activo o pasivo. En el primer caso, el sujeto personal es un titular de goce o de pasión *por razón de las cosas*. En el segundo caso, la persona es o un representante activo, o un defensor, o un titular de disposición. Su goce o su sufrimiento no nace de su titularidad—anterior o subordinada—, sino de la posesión de las cosas. O lo que es igual: que cuando la cosa deviene término subjetivo de la relación jurídica, el goce; o el sufrimiento, del que habla o calla, reclama o cumple, actúa u omite, se mueve o está quiescente, *por razón de la cosa*, no nace de que tenga un derecho sobre la misma en aquel respecto que determina su titularidad *ob rem*, sino de la relación material en que—sin duda por consecuencia de otra jurídica que tiene su titularidad específica, distinta de la que en aquellos respectos hace actuar al titular *ob rem*—se encuentra la persona con la cosa. *Significaciones que puede revestir la cosa en las titularidades ob rem*

La cosa como término subjetivo de la relación jurídica

Podría objetarse que en la segunda de las posiciones expresadas la cosa no se convierte siempre en término subjetivo de la relación jurídica, sino que unas veces, como en la *obligatio rei*, es el objeto inmediato de la relación, y otras, como en el *derecho subjetivamente real*, es un sujeto real. Esta distinción implicaría, por una parte, el temor de introducir sujetos pasivos individualmente determinados en algunas relaciones de derecho real —temor que no siento por cuanto admito tales sujetos pasivos, aun personales, en todos los derechos reales limitativos del dominio, y aun en el dominio mismo—y, por otra parte, supondría la creencia de que algunas relaciones de derecho real quedarían sin elemento objetivo—como si éste hubiera de ser por necesidad la cosa y no pudieran serlo las utilidades de la cosa—; pero por lo que he dicho en los incisos que preceden, creo que la objeción flaquea en su doble base. No: en las titularidades *ob rem*, en que la cosa es o la obligada o la facultada, el titular personal lo es de acción, omisión o disposición, pero *la cosa es el sujeto real de goce o de sufrimiento*. Por eso, las titularidades *ob rem* nacidas del derecho subjetivamente real o de la *obligatio rei* son, en el orden inmobiliario y en cuanto al sujeto personal, como luego veremos, meras titularidades de disposición.

Las titularidades *ob rem* en la esfera de los derechos *ad rem*

He dicho que estas titularidades *ob rem* se producen a veces en la esfera de los derechos *ad rem*. Estos, en su sentido técnico, histórico, tales como los vislumbró el derecho romano y los construyó el derecho canónico, son, como procuraré demostrar en mi segunda conferencia, un término de la clasificación, no bipartita sino tripartita de los derechos patrimoniales. Próximos al derecho real, al cual llaman o invocan, representan en ciertas figuras, *obligaciones por razón de la posesión de las cosas, o de los patrimonios, a que se aspira por otro término personal de la relación* de que en cada caso se trata. Cuando no tuviéramos entre tales situaciones más que las expectativas de derecho respecto de cosas determinadas y las que crea, por ej., el secuestro, resultaría ya bastante clara la titularidad *ob rem* del que posee las cosas, a que llama la expectativa, o la reclamación que motivó la providencia judicial.

Quiero acabar estas breves notas con que he intentado justificar o explicar un concepto que, sin ellas y puesto al principio de mi estudio, parecería demasiado dogmático, con una observación: Toda *obligatio rei* y todo *derecho subjetivamente real* son titularidades *ob rem*. Pero no toda titularidad *ob rem* es *obligatio rei* o *derecho subjetivamente real*. Por otra parte, aunque los derechos subjetivamente reales suelen implicar *obligationis rei*, hay derechos subjetivamente reales que no suponen una *obligatio rei* propiamente dicha. Ejemplo de ello: los derechos de un predio dominante que representan obligaciones *in faciendo* para el que posee el predio, obligado a la servidumbre de tal naturaleza.

NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO

II

Divido las titularidades *ob rem* en *activas o de facultad, pasivas o de obligación, e inactivas* que me permito llamar *de non nocendo o de non disponendo*. Clasificación de las titularidades *ob rem*

1).—TITULARIDADES *OB REM* ACTIVAS

Son, en la esfera del derecho inmobiliario, las que representan los derechos subjetivamente reales (*subjektiven dinglichen Rechten*) y las *entidades patrimoniales sin persona* o sea los que los alemanes llaman *Vermögensrechten*. Son derechos subjetivamente reales aquellos cuyo carácter real resulta no sólo del objeto—las cosas que se poseen o la utilidad de las que se poseen o no se poseen—sino del sujeto de la relación jurídica, que es un fundo y no la persona a quien el fundo pertenece *por otra* titularidad. Los tipos de los derechos subjetivamente reales están bien definidos en nuestras instituciones civiles. No son, como con evidente error afirmaron los autores de unos «Apuntes» destinados a la formación de futuros Registradores de la propiedad, aquellos derechos reales intransmisibles que, como el uso y la habitación, no viven sino para personas determinadas. Son los derechos *de* la cosa, que no se transmiten sin ella pero que con ella van a todos, porque de ella no se separan. Son aquellos en que el que posee la cosa con titularidad de dueño, se subordina sin embargo a la cosa, en el respecto que tales derechos implican, como su representante y servidor. Son aquellos en que el dueño de la cosa, no goza en el respecto jurídico de dueño, sino por efecto de la relación de posesión jurídica bien fundada, siendo el verdadero titular de goce la cosa misma. Son aquellos en que el titular de la cosa, por título de dominio, es el mero titular de disposición, si bien la disposición aquí no puede ser ni para una transmisión del derecho sin el fundo—que no cabe—ni para la destrucción del derecho, sino para resolver sobre la procedencia, forma o momento de su ejercicio en una relación concreta. Son, en una palabra: los derechos del predio dominante, en las servidumbres; los de los retractos legales de comuneros y colindantes; los del señorío útil en el censo enfiteútico, el de opción en el arrendamiento; y cuantos por obra de la ley, o de la voluntad, en el sistema de *numerus apertus*, propio de nuestro sistema inmobiliario, se establezcan en beneficio de un fundo cualquiera que sea su poseedor.

Son asimismo titularidades activas *ob rem*, las que representan las *entidades patrimoniales sin persona*. En nuestro derecho, tenemos tipos que podemos construir con cierto esfuerzo, siguiendo los trabajos de mi querido compañero D. Jerónimo González, cuyos nobles esfuerzos por dar Entidades patrimoniales sin persona

al sistema inmobiliario español la técnica que necesita, son notorios a todos. Pero estas titularidades que no lo son *ob qualitatem*—de éstas no me ocupo—aunque, *in specie*, lo sean *ob rem*, lo son *in genere*, por razón de un patrimonio relicto, o constituido *ad hoc*. Sin intentar construir de este modo las expectativas de derecho, creo pueden aceptarse como tales figuras, la herencia yacente, la sociedad legal de gananciales y la explotación en mancomún. Dos palabras sobre cada una de ellas:

Herencia yacente

En la herencia yacente, la titularidad *ob patrimonium*, activa y pasiva a un tiempo, lo es de mera disposición *stricto sensu* y muy transitoria. No existe un titular de goce, porque el causante dejó de serlo y sólo se le supone presente por una ficción—*hereditas jacens sustinet personam defuncti*—para disponer en su nombre. Los herederos no son aún titulares de las cosas, ni, antes de la aceptación, tienen siquiera el derecho hereditario. Es el patrimonio del causante el que se personaliza y para actuar como persona necesita de agentes personales. La titularidad de éstos lo es de disposición; pero, aquí, a la representación legal impuesta por la naturaleza de las cosas, se une un mandato que no puede entenderse otorgado en nombre de los herederos a venir. Examinando atentamente el artículo 20 de la Ley Hipotecaria en la excepción—aparente—relativa a los albaceas—solos o unidos a herederos suyos y necesarios, copropietarios en parte y en parte meros titulares de disposición—encontramos: la legitimidad de la herencia yacente en nuestro derecho; la significación de la herencia como un hecho; la existencia del derecho hereditario, y la aclaración de las dudas que sugiere nuestro Código civil sobre la posibilidad de que en nuestro derecho sea la herencia un modo de adquirir y rijan aquellos principios expresados en las máximas «*Dieu seul peut faire un heritier*» y «*Le mort saisit le vif*».

Sociedad de gananciales

La sociedad de gananciales—contra lo que permite suponer la lectura de varios artículos del Código civil—surge como tal en nuestro derecho, cuando la sociedad conyugal está en liquidación; cuando el titular de goce de la sociedad económica conyugal ha desaparecido; cuando, por tanto, los representantes de la sociedad de gananciales no obran ni como dueños de cosas, ni siquiera como condóminos, sino como titulares de disposición, representantes en cierto modo de una persona extinta que, para fines de disposición, se finge presente: la sociedad conyugal.

Explotaciones en mancomún

En cuanto a las explotaciones en mancomún, la titularidad *ob rem* resulta aún más clara. No nace una persona jurídica propiamente dicha: ni asociación, ni corporación, ni fundación; no se constituye una verdadera comunidad de bienes; no se crean exclusivamente relaciones de derecho real limitativo entre las cosas que al mancomún se aportan; no se trata de un arrendamiento, mejor una locación, como ha creído una parte de la jurisprudencia francesa. En estas explotaciones, frecuentes, por ejemplo, en la región minera de Cartagena, hay un patrimonio actuante para una finalidad económica, primariamente suya, sin propietarios perso-

NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO

nales propiamente dichos, que actúa hacia afuera por representantes suyos o cuasi mandatarios llamados a ejercer las actividades necesarias para la explotación, la contratación y la disposición.

Titularidades *ob rem* que, si pasivas en cuanto a cada una de las cosas puestas en común, son activas en cuanto al patrimonio actuante.

Para terminar este apartado, debo decir que, de propósito, he omitido en la consideración de las entidades patrimoniales sin persona determinantes de titularidades *ob rem* el mayorazgo y las vinculaciones, en parte por su carácter de persona jurídica y, en parte, porque, si pudiera prescindirse de la existencia de esta persona jurídica, lo que encontraríamos sería, no una entidad patrimonial sin persona, sino una pura limitación objetiva de la capacidad.

2).—TITULARIDADES PASIVAS OB REM

Es un grupo muy numeroso. Todos los derechos reales limitativos implican en el que los sufre una titularidad pasiva *ob rem*. Pero no todas las titularidades pasivas *ob rem* derivan de la parte pasiva de un derecho real. Dentro de las titularidades pasivas *ob rem*, podemos hacer tres subgrupos:

1.º El constituido por la parte pasiva de las relaciones de derecho real.

2.º El de las derivadas de titularidades activas de derecho real, cuando el titular activo posee para la vida de su derecho la cosa que sobre éste recae. Así en el usufructo, en el arrendamiento—para mí, verdadero de hecho real por su propia naturaleza—, en la prenda, en la anticresis.

3.º El de las titularidades *ob rem* de representación de un sujeto real pasivo, cuando existe, no una persona obligada por razón de una cosa, sino una cosa obligada, cuya *pasibilidad* se hace efectiva por medio de una persona. Estamos ya, en la *obligatio rei* de que en nuestro derecho —*de numerus clausus* en este orden—tenemos tres tipos bien definidos: la posición del predio sirviente en la servidumbre predial; las cargas reales de renta—censos—, y la hipoteca cuando, en el procedimiento judicial sumario, se separan las dos relaciones, la personal y la real, y queda un predio frente a su acreedor ejecutante.

3).—TITULARIDADES OB REM QUE PUDIÉRAMOS LLAMAR INACTIVAS O EXPECTANTES

Son las que derivan, por excepción, de los derechos reales de fin rescisorio, y normalmente, de derechos *ad rem*, en sentido estricto y técnico. El derecho *ad rem*, aún fuera de la cosa, pero en dirección hacia ella, positivo y a veces activo, supone en el titular de la cosa una limitación objetiva de la capacidad.

Las titularidades *ob rem* inactivas o expectantes, son aquellas limita-

ciones objetivas de la capacidad—para emplear, como mi compañero D. Jerónimo González, un tecnicismo alemán—, que no se esfuman en la entidad patrimonial sin persona, ni plasman en la *obligatio rei*. Son las que representan las espectativas de derecho—distintas de los derechos reales sujetos a condición suspensiva, suponiendo la legitimidad de esta última figura, negada para el Registro por el derecho inmobiliario alemán—; son las reservas; son las del dueño de los derechos con respecto a los cuales pueden ejercitarse acciones rescisorias o resolutorias.

III

Valor práctico de esta construcción

Y llego, ya, a la última parte de mi trabajo, que no puede ser, más que un programa ampliado de cuestiones.

Mi finalidad, ahora, es la de poner de relieve el valor que, en la enseñanza y en la práctica, tiene la construcción jurídica que precede. Un intento de construcción sistemática de las titularidades *ob rem*, tiene las siguientes consecuencias:

Caracterización del derecho real

a).—Permite rectificar aquel error de una técnica anticuada, según la cual en las relaciones de derecho real no había un sujeto pasivo determinado. Aunque nos atreviéramos a afirmar que en el dominio no lo hay, tendríamos que reconocer su existencia en la mayoría de las relaciones de derecho real, y, aún afirmar que a veces es la cosa misma quien deviene sujeto pasivo. Las notas características del derecho real están en las llamadas persecución y preferencia: trascendencia e impenetrabilidad, como dicen claros juristas españoles.

Distinción entre el titular de goce y el de disposición

b).—Precisa con rigor la distinción entre el titular de goce y el de disposición y con ello—en la vaguedad que en nuestro sistema inmobiliario representan: el *numerus apertus* de derechos reales según los artículos 2.º de la Ley Hipotecaria y 14 de su Reglamento; los criterios amplios de calificación; y la falta de terminología científica del artículo 20 de la Ley Hipotecaria—surge una luz y un guía seguro para la creación, ordenación y calificación del título inscribible.

La distinción entre el titular de goce y el de disposición que, en situaciones normales de derecho real corriente y aun tratándose de los derechos subjetivamente reales, tiene un legítimo interés, tiene extraordinaria, decisiva, importancia tratándose de las entidades patrimoniales sin persona y de las limitaciones objetivas de la capacidad.

El artículo 20 de la Ley Hipotecaria exige un titular de disposición porque él es la vida del principio del consentimiento registral. Previa inscripción y tracto sucesivo, son aspectos menos importantes de aquel principio primordial con el que se exige una coincidencia o concordancia, no en un contrato real, abstracto, de enagenación en el Registro, como en el

NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO

sistema alemán, sino entre el título concreto constituido fuera del Registro y la titularidad que éste proclama. Un claro concepto de la titularidad *ob rem* nos permite hallar el titular de disposición implícito; y, hallado, puede jugar con amplitud el artículo 20 de la Ley Hipotecaria en la herencia yacente, la sociedad de gananciales, la explotación en mancomún.

Y es la consideración de un titular de disposición expectante, o activo, pero en este último caso sin derecho real definido aún en el Registro, quien permite que los derechos *ad rem* y las limitaciones objetivas de la capacidad tengan vida en el Registro, por la publicidad de la anotación preventiva, la descripción de los derechos condicionales y *sub modo*, la eficacia de las acciones rescisorias y resolutorias y aun la mención. Es el reconocimiento de una titularidad de disposición—sin titularidad de goce, cuando se trata de derechos reales no existentes aún o sin valor actual para el Registro—lo que permitiría resolver afirmativamente la cuestión de si los derechos garantizados por la anotación son transmisibles en el Registro mediante anotaciones preventivas subordinadas en su eficacia a la anotación inicial. Es el pensamiento que existe una titularidad de disposición lo que tal vez permitiría dar vida registral a reservas de rango hipotecario, y traer la mención a vida más fecunda.

Es esa misma titularidad la que permite la vida registral, mediante la anotación, de la transmisión de las acciones rescisorias y resolutorias. Es, finalmente, la ausencia de un titular de disposición lo que impide la vida activa en el Registro, de la reserva y expectativas de derecho, mientras no son más que tales, es decir, *derechos inactivos ad rem*, y pasivamente limitaciones objetivas de la capacidad.

c).—La titularidad *ob rem*, poniendo la cosa frente a la persona, justifica la desarticulación en el Registro de la relación personal y real; y permite, por tanto, aprovechar la subsistencia de la vida registral de los derechos para la transmisión y gravamen de los mismos, contra el sentido y extensión tradicionales de los principios de la confusión y la consolidación. Con un paso más, podremos llegar, para evitar consecuencias que rechaza ya la conciencia jurídica del pueblo español, al reconocimiento de *derechos reales en cosa propia* por el cambio que se opera en las facultades del dominio cuando, una vez individualizadas en derechos reales, vuelven al propio patrimonio; a la actuación normal de la *obligatio rei*, con independencia de consideraciones de sujeto personal, de que tenemos un feliz atisbo en el artículo 541 del Código civil; y a la extensión del mismo concepto a las cargas reales de capital. En una palabra, a todos los desenvolvimientos a que, para los fines económicos de la propiedad inmueble y para que juegue la obligación natural evitando el enriquecimiento sin causa, se presta la *obligatio rei independiente*, los *jura in re propria* y una gran parte de la *contratación consigo mismo* en el orden inmobiliario.

*Desarticulación
en el Registro de
la relación perso-
nal y real*

SEGUNDA CONFERENCIA

LAS LLAMADAS «VOCACIONES AL DERECHO REAL» EN NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO

Concepto de los derechos ad rem

En mi conferencia anterior, manifesté que las titularidades *ob rem* se producen ordinariamente en la esfera de los derechos reales y, por excepción, en la de los derechos *ad rem*, en su sentido técnico-estricto.

Y, al decir esto, hacía presente que en mi segunda conferencia me ocuparía precisamente de la explicación del concepto *jus ad rem*, que figura de ordinario en la técnica, como equivalente a uno de los términos de una clasificación «bipartita» de los derechos patrimoniales.

En la doctrina clásica, los derechos patrimoniales se dividen en *personales* o *ad rem* y *reales* o *in re*. Esta clasificación representa una falta de técnica y una disconformidad con la historia.

Crítica de la clasificación bipartita de los derechos reales

Se considera como derechos *personales* o *ad rem*, aquellos en que se ejerce un señorío sobre la voluntad de los demás, y como derechos *reales* o *in re*, aquellos en que se ejerce un señorío sobre las cosas. Y se piensa que los primeros se dirigen hacia elementos patrimoniales del obligado, a través de una prestación que constituye el objeto inmediato de la relación jurídica, mientras que los reales o *in re*, se ejercen directamente sobre una cosa. Esta clasificación «bipartita» representa, como digo, un error de técnica y una falta de conformidad a los precedentes históricos en el empleo del término *ad rem*.

Los términos *ad rem*, aun para algunos autores que admiten una clasificación «bipartita», están mal empleados. Así lo piensa Bruns, por ejemplo.

Pero esto, que se refiere exclusivamente a la terminología, se acentúa atendiendo al contenido.

Los derechos *ad rem* representan un término intermedio entre el *jus obligationis* y el *jus in re*.

Así permite construirlos el derecho romano. Algunos autores—como Kohler—los han entroncado en el mismo derecho romano, partiendo de la llamada *acción pauliana*.

No es lo mismo el derecho que tiene un acreedor a ser satisfecho por un deudor—en una obligación de dar o hacer—con prestaciones que miran, desde luego, o para el caso de incumplimiento, a cosas patrimoniales genéricas, que el derecho que tiene el acreedor en una relación de las que miran a una cosa determinada—en que se va buscando una cosa individualizada—del patrimonio del deudor.

NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO

El derecho romano, en la llamada *acción pauliana*, establece un verdadero derecho *ad rem* en sentido estricto. El que enajena una cosa en perjuicio de una persona—en fraude de su acreedor—, si la enajena con la connivencia del adquirente en el fraude o por título gratuito, no puede sustraer la cosa contra las posibles reclamaciones del acreedor. El acreedor puede, por la *acción pauliana*, perseguir la cosa. Tenemos, por consiguiente, una acción que, transitoriamente, se hace real para servir a un *jus ad rem*. Pero, en el derecho romano, la *acción pauliana* no lleva el *jus ad rem*, implícito en ella, al tratado de los derechos reales. El *jus ad rem* queda en la esfera de la defensa contra las acciones ilícitas, como piensa Kohler.

Consideración
histórica
Derecho romano

En el derecho germano de la Edad Media, aun después de la «Recepción» del romano, la doctrina queda implícita; pero entra en la esfera del derecho inmobiliario y se normaliza en él. La doctrina del *jus ad rem* se hace conscia de sí misma en el derecho germano—donde antes de la investidura o *Aufflassing* no hay derechos reales, sino *ad rem*, que se convierten en reales por la investidura—, merced a la elaboración del derecho canónico.

Derecho germano

Es en éste donde encontramos definido el término *jus ad rem* como específico e intermedio entre el *jus obligationis* y el *jus in re*.

Derecho canónico

Sinibaldus Fliskus en el siglo XIII, según Stütz, es quien formula la doctrina con más técnica y generalidad.

Fijémonos en las distintas situaciones en que, dentro del derecho canónico, pudiera pensarse o debiera admitirse la existencia de un *jus ad rem*.

a) *Esponsales de futuro*.—Con arreglo a los mismos supuestos que tomaba en consideración la Escuela de París, podía preguntarse: La toma de posesión de los cuerpos después de celebrados los esponsales de futuro matrimonio, ¿crea este matrimonio? ¿Hay en los esponsales un *jus ad rem* que se convierte *in re*, por la unión carnal, equivalente al modo? El derecho canónico no llegó aquí a formular la existencia de un *jus ad rem* de un cónyuge respecto del otro, pero discutieron las escuelas alrededor de la materia, señalando caminos a la doctrina.

El *jus ad rem* en
los esponsales de
futuro

b) *Coadjutores del Obispo enfermo CUM SPE SUCCEDENDI*.—Donde la teoría del *jus ad rem* apareció con toda claridad fué en la provisión de aquellos obispados en que habiendo estado impedido el Obispo por la edad o por enfermedad se le nombraba un coadjutor *spe succedendi*. Este coadjutor—que era un Obispo consagrado—, si concurrían en él las condiciones que el Derecho Canónico exige, se convertía en Obispo titular por la muerte del Obispo auxiliado.

El *jus ad rem* en la provisión de
los Obispados

Decía la doctrina canónica: El derecho al Obispado que tiene este coadjutor nombrado por enfermedad o impedimento del Obispo, es un *jus ad rem* que se convierte en *jus in re* por la muerte del Obispo auxiliado.

c) *Ejercicio del derecho de elección de los Obispos*.—Este derecho es fre-

cuenta en algunos Estados medioevales, sobre todo en las regiones alemanas.

La elección capitular del Obispo, determina en éste un *jus ad rem* al obispado. Viene después un expediente en el cual existe lo que se llama *admissio, confirmatio, e inthronizatio*. En el último momento de la *inthronizatio* el Obispo de titular *ad rem* se convierte en titular *in re*. Tenemos, pues, antes de ello, un *jus ad rem* respecto del obispado.

d) Y esta doctrina que encontramos con motivo de la provisión del Obispado si el Obispo anterior tenía coadjutor *cum spe succedendi* y que encontramos en la provisión de los Obispados cuando se ha hecho el nombramiento del Obispo por elección capitular, lo encontramos también en la *provisión de determinados beneficios eclesiásticos* cuando se ha ejercido respecto de ellos el derecho del patronato y después de él falta solamente la *confirmatio*.

Esta es la doctrina del *jus ad rem* tal como existe en el Derecho Canónico, según el cual, cuando se dan titularidades—y llamo titularidad a la atribución de una cualidad jurídica a un sujeto personal o real—, que miran a una cosa determinada, no a elementos indeterminados del patrimonio de un deudor; el derecho del acreedor no es ni personal ni real sino *ad rem stricto sensu*.

Así lo estima Ulrich Stütz en su tratado de derecho eclesiástico.

Derecho alemán moderno Esta concepción del Derecho Canónico se pierde luego para la doctrina, temporalmente, y parece como si los términos derecho personal y derecho *ad rem* implicaran una sinónima. El mismo derecho alemán, aun dando vida especial a las titularidades *ad rem*, se olvida en la doctrina, durante bastante tiempo, de mantener este término independiente; y ha sido el derecho inmobiliario el que, mediante las *vocaciones al derecho real*, ha vuelto a hacer que en la doctrina alemana cobre vida y se imponga el *jus ad rem* como segunda clase de derechos patrimoniales con titularidad propia por su independencia substantiva.

Las VOCACIONES al derecho real Las «Vocaciones al derecho real» son los *jura ad rem* en sentido estricto y técnico. Son las titularidades que se atribuyen a los sujetos por virtud de la ley, el contrato, el testamento, la resolución judicial o la operación del Registro inmobiliario para obtener la posesión o la utilidad económica de una cosa determinada que aún no tienen: para *llamar* al derecho real, hacia el que caminan; para invocarlo, ampararse en su proximidad y asegurarlo ante la posibilidad o el temor de que el derecho real no llegue o se escape.

Clasificación de las VOCACIONES al derecho real Las vocaciones al derecho real en nuestro sistema inmobiliario pueden clasificarse desde tres puntos de vista: 1.º Atendiendo a su origen; 2.º Atendiendo a su proximidad mayor o menor al derecho real; y 3.º Atendiendo a la operación de Registro que producen.

Por su origen Según su origen, existen: *Vocaciones al derecho real que lo son por la propia naturaleza de la relación jurídica*, es decir, que implican desde su nacimiento el derecho a una cosa determinada del patrimonio del deudor;

NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO

Vocaciones al derecho real que nacen, excepcionalmente, de un acto de voluntad, y, normalmente, de una resolución judicial, en beneficio de quien no teniendo EX ORIGINE derecho a una cosa determinada del patrimonio del deudor, lo adquiere transitoriamente para fines de garantía; y Vocaciones creadas por una operación de Registro, subsiguiente a una resolución judicial, que, antes de entrar en el Registro, no miraban a una cosa determinada de un patrimonio, y cuya significación no fué in origine, ni de jus ad rem, ni siquiera de derecho de obligaciones. Ejemplo de lo primero lo tenemos: en la posición del comprador y del que en cualquier contrato adquiere el derecho a cosas determinadas del patrimonio ajeno, mientras no se entabla la relación real por la inscripción, el modo o la escritura; y en las reservas y, en general, en las expectativas de derecho respecto de cosas determinadas en que se da un jus ad rem sujeto a condición suspensiva más que un jus in re condicional. Ejemplo de lo segundo, lo tenemos: en la posición de los acreedores que, en juicio ejecutivo, procedimiento de ejecución de sentencia, o aún demandando el cumplimiento de una obligación, obtienen resolución judicial, ordenando el embargo o la anotación preventiva; y en la de los legatarios y acreedores de aquel cuyos bienes se adjudicaron para pago de deudas en herencia, concurso o quiebra. Ejemplo de la tercera, en las situaciones que crea la anotación preventiva de la demanda de incapacidad en cuanto beneficia, no a los posibles terceros adquirentes, ni aún al incapaz—puesto que si la anotación le beneficia, él es el dueño—, sino a los que pudieran tener un interés económico, propio, en impugnar, con respecto a las cosas determinadas, objeto de la anotación, los actos de disposición del demandado.

Ejemplos

Atendiendo a su proximidad al derecho real, las vocaciones pueden clasificarse en muy próximas, próximas y remotas. En las primeras, el derecho está en camino de inmediata vida registral. Existe civilmente, pero no para el Registro de la propiedad. En las segundas, el derecho real, aun cuando civilmente no existe, o no tiene aún demostrada su existencia, trata de constituirse o manifestarse. En las terceras, el derecho real ni existe civilmente, ni civilmente trata de constituirse: son los Tribunales y el Registro quienes dan una posible efectividad real para en su día a un jus obligationis que, en tal respecto, convierten en jus ad rem. Ejemplo de lo primero, lo tenemos en la anotación preventiva por defectos subsanables y en la obtenida, al amparo del número 1 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria en los supuestos del artículo 1.279 del Código civil. Ejemplo de lo segundo, lo tenemos en la situación que protege la anotación de demanda de propiedad y de constitución, de derechos reales en general. Ejemplo de lo tercero, son las vocaciones del segundo y tercer grupo de la clasificación según el origen. De propósito, omito la anotación a favor del cónyuge viudo y la del acreedor refaccionario. La primera implica una falta de técnica; y, en la segunda, se trata, no de un jus ad rem, sino de un verdadero derecho real en sí y para el Registro.

Por su proximidad al derecho real

Ejemplos

Una digresión Y para explicación de lo que precede, y como un inciso que no nos impedirá seguir la exposición de la doctrina, nos fijaremos, por una parte, en el artículo 1.279 del Código civil, y, por otra, en la distinción entre las inscripciones y las anotaciones preventivas, cuya nota común y diferencial está precisamente en amparar situaciones que, o en sí, o para el Registro, sólo son *Vocaciones al derecho real*.

Anotaciones preventivas

Todos sabemos que en nuestro sistema civil se ha seguido el principio espiritualista del Ordenamiento de Alcalá, con ciertas limitaciones. Así está expresado en el artículo 1.278 del Código civil. Y todos sabemos así mismo que el artículo 1.280 exige formas determinadas para que determinados actos logren una eficacia que sin estas formas no podrían obtenerse.

El artículo 1.279, puesto entre uno y otro, da la facultad a aquel que se encuentra favorecido por una titularidad constituida en forma independiente pero que, para tener toda su eficacia, necesita una forma estricta y solemne, para compeler a la otra parte, al otorgamiento de la escritura pública o a llenar la forma que el contrato requiera para su mayor eficacia.

Pues bien: entiendo que en el número 1.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, está comprendida, no sólo la demanda de propiedad y la de constitución, modificación o extinción de los derechos reales, sino también—acaso como contenida implícitamente en la demanda de constitución del derecho real—la demanda por efecto de la cual una parte compele a otra a *constituir el derecho con aptitud registral*, antes de lo que podrá ser derecho real civil pero no para el Registro.

Criterio de Díaz Moreno

«Todas las explicaciones que en la Exposición de motivos de la primitiva Ley Hipotecaria se dieron para señalar la naturaleza y efectos de las anotaciones preventivas, no son suficientes para lograr una noción exacta de los referidos asientos, por ser muy heterogéneas las situaciones jurídicas a que se refieren» (1). No obstante, la nota más culminante y clara de su valor para el Sr. Díaz Moreno, consiste en que las anotaciones preventivas corresponden siempre a derechos eventuales o transitorios que se realizan o no, sobre los bienes anotados, según lleguen o no a producirse y perfeccionarse los motivos que los provocan; fuera de lo cual no existe, para él, fundamento común que sirva, lícitamente, para comprender en una síntesis general el verdadero carácter de las anotaciones preventivas todas, comprendidas en el art. 42; artículo que, al establecer y pre-fijar los motivos de que puedan pedirse y practicarse aquéllas, nos da un *numerus clausum* de las mismas.

Característica general de las anotaciones preventivas

A pesar del criterio de dicho tratadista, creemos puede encontrarse otra nota, más relevante de su naturaleza, general a todas las Anotaciones del artículo 42, incluso la del número 9.º—que es la que más preocupa al

(1) Díaz Moreno, *Legislación hipotecaria*, tomo I, pág. 199.

NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO

Sr. Díaz Moreno en la apreciación de su carácter y la que le impide llegar a una unidad en el concepto—; y esa nota característica de todas las Anotaciones del citado artículo 42 de la Ley Hipotecaria, está en lo que con los alemanes hemos llamado *Beruf auf dingliches Recht* o sea la vocación—aspiración o llamada—al derecho real.

En realidad toda anotación lo que hace y tiene por fin es reservar eficacia registral a un derecho real de vida actual no demostrada, civil o registralmente, y eficacia futura a un derecho real *futuro*, así en su creación como en su eficacia. Por eso, podemos también decir, que la anotación en sí misma consagra una veces y crea otras un verdadero *jus ad rem* actual, que ascenderá a la categoría de *jus in re*, o se cancelará, según triunfe o no el derecho que defiende.

Atendiendo a los *puntos de partida*, resulta *que se inscriben*: A) Derechos reales perfectos de titulación perfecta; y B) Sentencias de incapacidad; y *que se anotan*: A) Derechos reales perfectos de titulación imperfecta. B) Derechos reales imperfectos. C) Derechos reales perfectos de titulación perfecta y de vida transitoria; y D) Derechos personales; creando la *Inscripción* derechos registrales de eficacia indefinida y la *Anotación* posibles garantías reales de eficacia transitoria.

Volviendo a nuestra exposición, diremos que *atendiendo a la operación de registro que producen*, podemos clasificar *las vocaciones al derecho real* en: Vocaciones amparadas por la anotación preventiva; Vocaciones amparadas por la mención, y Vocaciones amparadas por la hipoteca legal. En las primeras, salvo la eliminación de las del cónyuge viudo y del acreedor refaccionario, no hay dificultad. Las segundas exigen más atenta consideración.

El artículo 29 de la Ley Hipotecaria incurre, a mi juicio, en varias faltas de técnica.

En primer término, porque en el Registro de la Propiedad no sólo se mencionan el dominio y los derechos reales. Se mencionan otras cosas que no son ni el dominio ni los derechos reales. En segundo lugar, porque, cuando el dominio y los derechos reales se mencionan en el Registro de la Propiedad, no son todavía para el Registro de la Propiedad, ni el dominio ni los derechos reales; porque, si fueran el dominio y los derechos reales, así en el fondo como en la forma, aplicando con todo el rigor el principio del artículo 7.º de la Ley Hipotecaria, no se mencionarían: se inscribirían, dada la obligación pública *ex officio*, de hacerlo así. Se trata de uno de los pocos casos, en los cuales la inscripción es perfecta, absoluta y directamente obligatoria.

Luego si el derecho real o el dominio llegaran al Registro como dominio o derecho registrable, no deberían mencionarse, sino inscribirse, o mencionarse e inscribirse.

Cuando se mencionan únicamente, es porque al Registro no ha llegado, sino una indicación de que pueden civilmente existir, o porque afir-

Paralelo entre la inscripción y la anotación

Vocaciones al derecho real por la operación de Registro que producen

Menciones. Crítica del art. 29 de la Ley Hipotecaria

man, bajo su responsabilidad, los contratantes, que existe un dominio o derecho real. Es preciso promover, por un sistema o por otro, la inscripción de aquel dominio o derecho real. Si se mencionan, únicamente, es porque, para el Registro de la Propiedad, no son todavía ni el dominio, ni el derecho real. Son meras vocaciones al derecho real, de las que llamé en la clasificación anterior «vocaciones próximas al derecho real».

Pero, además, no es exacto tampoco el artículo 29 de la Ley Hipotecaria, cuando dice que se mencionan el dominio y los derechos reales, y no es exacta la Jurisprudencia que ha sacado de este artículo la conclusión de que no se mencione más que el dominio y los derechos reales. Cuando con arreglo al artículo 9.º de la Ley Hipotecaria se hace constar la naturaleza, extensión, condiciones y cargas del derecho que se inscribe, o del derecho sobre el cual recae o es objeto de la inscripción, realmente es cuando se da vida en el Registro a los motivos de rescisión y de resolución, que juegan un papel tan importante en la técnica del artículo 33 de la Ley Hipotecaria, completado por los artículos 34 y 36, 37 y 38.

¿Cómo podrá expresarse en el Registro la naturaleza del derecho con su extensión, condiciones y cargas, sino mencionando precisamente esos motivos de rescisión y resolución que tienen la eficacia que determina el artículo 34, la eficacia que por excepción le reconocen los artículos 37 e, indirectamente, el 38?

Por eso entiendo que lo que se menciona en el Registro de la Propiedad, es siempre la vocación al derecho real, porque *sólo por excepción se mencionan derechos reales cuando son registrables* y, entonces, éstos producen, al mismo tiempo que una mención, una inscripción.

La mención en el artículo 29 no tiene el efecto que dice el artículo 29.

Este supone que la mención del dominio y de los derechos reales surten el mismo efecto que la inscripción contra tercero, y eso no puede ser verdad, porque este efecto contra tercero que dice la ley no es ni la eficacia del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que no tiene posibilidad de ejercitarse, ni la eficacia del artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que representa la parte negativa del artículo 20 de la misma ley.

La mención como medio de lograr las finalidades de la reserva del rango

Por consiguiente, la posición de los derechos *ad rem*, garantizados por la mención, es una posición inactiva o de reserva; pero representa el medio que providencialmente, por un error de la legislación, existe en la Ley Hipotecaria, para que podamos conseguir todas las ventajas que la naturaleza económica del derecho reclama en la reserva de rangos hipotecarios preferentes. Esta es una exigencia económica, impuesta, además, por varias finalidades jurídicas: entre otras la de evitar el enriquecimiento sin causa y traer el triunfo de la obligación natural a la esfera hipotecaria. Además, es algo impuesto por la necesidad de que las cosas produzcan todo lo que deben producir y que el crédito de las cosas sea el que en cada momento deba ser: el necesario para que las cosas sirvan a las necesidades suyas y obtengan los elementos que necesiten.

NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO

Esto puede conseguirse normalmente en nuestro sistema, mencionando derechos, que no obligan a la exhibición de un título constituido ya, y que con la mención hacen un hueco en el Registro de la Propiedad, porque el título respectivo puede después presentarse y hacer eficaz la mención; pero no es esta la única posibilidad de reserva de rangos. Puede muy limitadamente obtenerse por otras figuras que no son la de la mención.

Pero la esfera de actuación de estas otras figuras es muy pequeña. Las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones futuras o por acto unilateral, y la enagenación del crédito adquirido por el deudor propietario de la finca, aprovechando la doble vida registral de la propiedad y la hipoteca no son más que excepciones. En cambio, el sistema de la mención permite lograr normalmente y con generalidad las finalidades de la reserva del rango.

Se dirá que esto implica por parte del titular una simulación, un engaño. Pero puede no existir esta simulación o engaño, porque puede estar constituido jurídicamente el derecho real y no anunciarse en el Registro de la Propiedad más que como *jus ad rem* en supuestos en que no se pueda o no se quiera llevar al Registro de la Propiedad el título que garantiza el derecho real.

En cuanto a las terceras vocaciones del último grupo, o sea las protegidas por la hipoteca legal, son las reservas y expectativas de derecho. Ellas implican en su aspecto pasivo limitaciones objetivas de la capacidad como las sustituciones, las mejoras en vida, y los anticipos de legítima y en su aspecto activo *jura ad rem*. Coinciden en sus efectos con las menciones, si bien no con todas las menciones.

Vocaciones amparadas por la hipoteca legal

Dije antes que la mención de las acciones rescisorias y resolutorias tenía *en parte* los mismos efectos que la llamada mención del dominio y de los derechos. Es, en parte tan sólo, porque mientras en la llamada mención de las acciones rescisorias y resolutorias la vida del *jus ad rem* puede ser activa en el Registro, en la mención del dominio y de los derechos reales la reserva de rango es inactiva, como lo es en las limitaciones objetivas de capacidad en que protege la Ley Hipotecaria el *jus ad rem* respectivo. Y en verdad que eso que se llama hipoteca legal, en el caso de reserva no es más que una mención, pero no tanto *pro conservando loco*, como *pro conservanda exceptione*. Así, pues, las expectativas y reservas coinciden con las menciones de derecho real en sus efectos negativos y con las acciones rescisorias y resolutorias en estar destinadas a conservar acciones y excepciones, ya en absoluto, ya en un lugar determinado.

De los derechos *ad rem* que el Registro protege, pueden ser activos los contenidos en la anotación y en la mención de las acciones rescisorias y resolutorias. Y con esto llego a los dos últimos puntos de mi trabajo.

¿Se pueden transmitir registralmente los derechos anotados? ¿Son transmisibles registralmente las acciones rescisorias y resolutorias? Para responder a ello, leeré unas notas que hice en otro tiempo.

El artículo 71 de la Ley Hipotecaria parece referirse (1), gramaticalmente considerado, a la enagenación o gravamen del derecho garantizado por la anotación, cuando en realidad se refiere, no al derecho anotado sino al derecho sobre el cual recae la anotación. Esto nos lleva a preguntar si los derechos que la anotación garantiza pueden transmitirse o gravarse con efectos hipotecarios y, por tanto, previamente, si la transmisión o gravamen de tales derechos puede hacerse constar en el Registro y en qué forma.

Transmisión de los derechos garantizados con anotación

El Sr. Díaz Moreno, al ocuparse incidentalmente de esta cuestión dice, de pasada, que le parece indudable que los derechos anotados deben tener en el Registro una vida igual, en general, a la de los derechos inscritos, con la diferencia, de que los asientos en que consten las transmisiones o gravámenes sean, no inscripciones, sino anotaciones. Este punto de vista—que no puede valer para todas las acciones que se anotan con arreglo al artículo 42—coincide, en cuanto a la posibilidad de transmisión y gravamen del derecho, no en cuanto a los efectos de la anotación derivada, con el que algunos tratadistas alemanes sostienen con respecto a la transmisión y gravamen de las acciones garantizadas con la *Vormerkung* o prenotación. Así, por ejemplo, Krestschmar (equiparando en esto la *Vormerkung*, la *Widerspruch* y las prohibiciones de enagenar) cree que el derecho, del favorecido por ellas, a que el titular inscrito se preste a que se convierta en derecho real presente el anotado sobre un fundo, puede cederse, someterse a finalidades de garantía real y aún ser embargado en el procedimiento de la ejecución forzosa.

Doctrina alemana

Si se cede la acción, el nuevo acreedor se convierte en el titular que puede formular la pretensión a que antes nos referíamos; y si se empeña o embarga, entonces el acreedor consigue un derecho de garantía real sobre aquel que es objeto de la anotación. Claro está que este derecho de garantía real no logra en el Registro una eficacia inmediata como derecho actual, sino como derecho sujeto a condición suspensiva, pues como dice Fuchs, la prenotación tiene la naturaleza jurídica de los gravámenes condicionales y es al propio tiempo, en el sentido del Código civil alemán, una disposición condicional. Esto último se refiere también a la enagenación o gravamen del derecho anotado y a su constancia o eficacia mediante Anotación. Y, por eso, esta sirve, legítimamente, a todo fin de asegurar acciones condicionales o sometidas a plazo para reclamar procedimientos de *aufflassung*.

Pudiéramos decir que, como en el sistema alemán no cabe *aufflassung* condicionada o sometida a plazo, garantizada por una inscripción que habría de suponerla, la Anotación sirve al fin de asegurar su eficacia en lo futuro, a situaciones que no se prestan a la *aufflassung* presente y por tanto a la inscripción. Y, en este sentido, no hay razón para distinguir

(1) En cuanto habla de derechos.

NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO

entre los derechos que motivan la *Vormerkung* o prenotación originaria y los que se derivan de aquél.

Importa conocer, según el Registro, el titular autorizado a reclamar dicha *aufflassung* el día en que la condición o el plazo se cumpla, y de aquí la legitimidad de la constancia en el Registro de las enagenaciones o gravámenes de los derechos anotados. Es este, pues, un efecto distinto de los que el sistema otorga a la inscripción; pero determina un titular de exigencia del consentimiento. Por lo demás, y en relación con el principio de la buena fe, los efectos de la anotación derivada de la transmisión o gravamen, no son ningunos.

En nuestro sistema, donde no existe la *aufflassung* y donde el consentimiento para inscribir va en general mezclado con el contrato concreto de enagenación o gravamen; donde no cabe pensar en más *Einigung* o acuerdo que en el contrato concreto; en nuestro sistema, repetimos, el problema de la posibilidad de transmisión con efectos hipotecarios, del derecho anotado, tiene que resolverse, atendiendo a otros puntos de vista y, a este fin, examinaremos brevemente las cuestiones que siguen: 1.ª Naturaleza del derecho anotado. 2.ª Interés económico-jurídico que protege. 3.ª Hasta qué punto aseguran las Anotaciones de transmisión o gravamen de derechos anotados, una preferencia real, y frente a quién. 4.ª Anotaciones admitidas por el artículo 42 de la ley, en que se dan supuestos formales de transmisión o gravamen, en que son admisibles tales posibilidades, si bien no como normales y frecuentes; y anotaciones, finalmente, en que no cabe pensar en tales posibilidades.

1.º La naturaleza del derecho anotado, cuando se anuncia directamente un derecho real, no le hace impropio para el juego de su vida en el Registro. Es un derecho que por efecto de la anotación aparece como posiblemente real y si lo pudiéramos construir como real, aunque sujeto a condición suspensiva, tendríamos el problema resuelto. La falta de técnica del artículo 16 de la Ley Hipotecaria permite hacerlo así. Y los derechos sujetos a condición suspensiva son—según el sentido que la Jurisprudencia atribuye al artículo 16 de la Ley Hipotecaria—derechos susceptibles de tener una vida en el Registro y lograr los efectos hipotecarios. Esta opinión no es la más conforme con el espíritu del sistema, pero sí la más adecuada a la letra del artículo 16 y la más extendida. Con tal base, no podemos excluir de la vida del Registro las transmisiones y gravámenes de los derechos anotados que se anuncien directamente como siendo civilmente reales, si atendemos únicamente a su naturaleza. El problema, desde este punto de vista, será el de dar unos u otros efectos a la inclusión en el Registro, pero no el de excluir tales transmisiones o gravámenes.

2.º Atendiendo al interés económico-jurídico, garantizado por las anotaciones derivadas, observamos que este es de la misma naturaleza que el garantizado por las anotaciones iniciales que anuncian directamente derechos reales y, además, por lo que se refiere a la relación de los dere-

Puntos de vista a que hay que atender para resolver el problema en nuestro sistema hipotecario

Naturaleza del derecho anotado

Interés económico-jurídico que protege

chos derivados de una misma anotación entre sí, dicho interés no nos aparece como distinto del que, mediante las inscripciones, trata de protegerse en las relaciones de unos y otros derechos derivados de la misma inscripción. La diferencia está en la inscripción y anotación originaria, pero no en la significación que un asiento del Registro puede y debe tener para la relación entre sí de los derechos que arrancan del mismo asiento. No debemos olvidar, que las transmisiones y gravámenes de los derechos anotados se hacen para el supuesto de que el derecho anotado se convierta en inscrito; ¿y qué inconveniente hay en reservar a los derechos derivados del que fué objeto de la anotación una eficacia segura, según preferencias determinadas por los medios del sistema de publicidad? Por otra parte, ¿existe una disparidad irreconciliable entre el supuesto material de las anotaciones a que nos referimos y, por ejemplo, el de la inscripción de una hipoteca para garantía de obligaciones futuras o sujetas a condición suspensiva? ¿Y acaso, no son transmisibles en el Registro, con efectos hipotecarios, los gravámenes constituidos en tal forma?

Así, pues, la naturaleza jurídico-económica del interés que habrían de proteger las anotaciones derivadas, no sólo no se opone a la práctica de éstas, sino que justifica el que las mismas, mientras se mantenga el problema en las relaciones entre sí de los derechos derivados de una misma anotación originaria, reserven para en su día los efectos de las inscripciones, si bien sólo en cuanto a la preferencia entre los derechos y mientras no se presenten cuestiones relacionadas con la nulidad de los actos.

*Preferencia real
que aseguran las
anotaciones*

La 3.^a cuestión viene ya resuelta con la anterior, por cuanto acabamos de decir, que los efectos hipotecarios tienen que estar subordinados al cumplimiento de la condición implícita (conversión de la anotación en inscripción definitiva), y no pueden apreciarse, sino entre los que deriven sus derechos del titular favorecido por la misma anotación. En este sentido, las transmisiones y gravámenes logran, para los terceros que deriven sus derechos de la misma anotación, efectos hipotecarios, los de los artículos 17 y 20 de la Ley Hipotecaria, pero no todos los de la inscripción, o sea los propios de los asientos definitivos y, por tanto, ni contra todos los ya dichos, ni nunca los del artículo 34 de la misma ley. El principio general de la Ley, respecto de los actos y contratos nulos, es el del artículo 33, sin que la excepción se justifique más allá de los términos en que la Ley la admite y sin que la Ley deba admitirla, haciendo violencia al Derecho Civil, sino allí donde el adquirente ha partido de la base de una esperanza, la más completa que el sistema puede dar. Se comprende, que la Ley se ponga en contraposición con el Derecho Civil en adquisiciones fundadas en las seguridades del sistema, no en las fundadas en meras probabilidades o incertidumbre.

*Anotaciones en
que sea admisible
la transmisión o
gravamen*

La 4.^a cuestión nos demuestra la realidad del supuesto de las transmisiones o gravámenes de los derechos anotados. Naturales y normales nos parecen estos negocios jurídicos en los casos de los números 1.^o y 9.^o

NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO

del artículo 42 y aun en el del juego a que pudieran prestarse los créditos refaccionarios (número 8.º), atendiendo a su naturaleza francamente hipotecaria. Menos normal, aunque posible, aparece la transmisión y gravamen en el caso del número 7.º del mismo artículo 42, cuando el legado sea de cosa específica inmueble, o de derecho real, o pensión que sobre ella recaiga. Pero en los demás casos nos aparece la transmisión o gravamen como algo ajeno por completo al sistema e inadecuada, por tanto, la protección de éste, y vengamos a la transmisión de las acciones rescisorias y resolutorias.

La resolución depende, ORDINARIAMENTE, de un hecho futuro con relación a un acto o contrato, la rescisión se deriva SIEMPRE de un hecho actual o simultáneo respecto de un contrato. La resolución se halla ordinariamente ligada a un acontecimiento incierto; la rescisión se funda en una causa cierta e indudable. La resolución tiene, ORDINARIAMENTE, su origen en la voluntad y sus efectos se producen o mediante el ejercicio voluntario de las acciones o ipso facto. La rescisión tiene SIEMPRE su origen en la ley y sus efectos se producen siempre por la voluntad del autorizado a pedirla.

Transmisión de las acciones rescisorias y resolutorias

Distinción entre la resolución y la rescisión

La resolución se refiere a actos o contratos; la rescisión a contratos, puesto que los actos perfectos válidos y no afectos a condición son, o pueden ser, revocables, no rescindibles. Esta última distinción entre la rescisión y resolución tiene escasa significación hipotecaria.

Hemos empleado el adverbio ordinariamente y para explicarlo debemos fijarnos en las fuentes de la rescisión.

La resolución tiene dos fuentes: a) La inexistencia o la imperfección del acto o contrato, es decir, una fuente legal; inexistencia propiamente dicha y nulidad, o anulabilidad en nuestro Código; b) la voluntad lícita de las partes en el establecimiento de las condiciones resolutorias. Esta última es la fuente más frecuente y ordinaria de resolución; la resolución por antonomasia. De aquí que al empezar nos hayamos fijado en ella; y de aquí, también, que por no ser única hayamos empleado el adverbio ordinariamente.

Fuentes de la resolución

La rescisión tiene siempre como fuente la ley; es decir, no hay rescisión sino en los supuestos que como motivos de ella admite expresamente la ley; pero como no se lleva a efecto sin la voluntad y como a veces esta voluntad es el único hecho determinante del ejercicio de la acción de rescisión, podemos decir que la rescisión que tiene siempre su razón de existir respecto de actos válidos, tiene a veces relación con actos en que ni siquiera en la intención de una de las partes, o en la manifestación de la voluntad, existe sombra de imperfección. Como dos motivos típicos y distantes entre sí, de rescisión, podemos poner: a) la lesión en los casos de venta por el tutor sin autorización del Consejo de familia, o las enagenaciones en fraude de acreedores; y b) la mera voluntad del autorizado a retraer.

Fuente única de la rescisión

Así, pues, las acciones resolutorias lo son: a) de inexistencia: en cuyo caso lo que se resuelve mediante su ejercicio son apariencias de acto o con-

trato (sabido es que no hay contrato, ni acto jurídico voluntario sin consentimiento, objeto y causa lícita); *b*) de nulidad o, mejor, de anulabilidad en el sentido del Código civil (manifestado principalmente con relación a testamentos y contratos); en cuyo caso, lo que se resuelve es un acto o contrato vicioso; y *c*) de resolución propiamente dicha; en cuyo caso, lo que se resuelve es un acto válido y perfecto pero afectado por condición resolutoria.

Las acciones rescisorias van siempre contra un contrato válido más o menos perfecto en sus antecedentes o motivación y, por tanto, más que contra el mismo contra efectos de él contrarios a la equidad.

Hay varias instituciones en que parecen interseccionarse ambas acciones. Nos referiremos, en primer término, a la *revocación de las donaciones por incumplimiento de condiciones impuestas*. ¿A qué esfera pertenece este fenómeno? Veámoslo, atendiendo al origen y a los efectos.

Naturaleza de la revocación de las donaciones por incumplimiento de condiciones

El origen de la resolución, en las condiciones resolutorias, está en el pacto o, en general, en la voluntad de los interesados. En este respecto, pues, no se distinguen la resolución por cumplimiento de condiciones resolutorias y la revocación de las donaciones por incumplimiento—que supone el cumplimiento o realización del supuesto contrario implícito—de condiciones pactadas. En tal sentido, insistimos, la revocación de las donaciones por incumplimiento de condiciones es una especie del género «*resolución por incumplimiento de condiciones resolutorias*». Atendiendo a los efectos debemos fijarnos en dos cosas: *a*) la situación en que queda el adquirente mientras no llega el supuesto de resolución; y *b*) por consecuencia de tal situación el valor de lo que durante ella haya podido hacerse con relación a lo adquirido. El adquirente habrá de ser considerado *a posteriori*, es decir, en el momento de ejercitarse la acción resolutoria y de obtenerse la resolución *como un interesado que durante el lapso en que poseyó con condición resolutoria, pactada o aceptada, ha estado en una situación parecida a la del que posee en precario*, pues tiene con éste dos notas comunes, a saber: que posee con una amenaza jurídica de perder lo poseído—no como en el precario propiamente dicho por la mera voluntad del dueño sino por el temor de que se cumpla la condición resolutoria expresada como tal, o de que el mismo incurra en el supuesto resolutorio implícito—; y que, por tanto, durante ese tiempo, si la resolución llega a darse, ha de considerarse que poseyó para el que le sustituya. Este es el verdadero sentido de la condición resolutoria—que, por ejemplo, estudia magistralmente Gabba en relación con el heredero sujeto a condición de tal clase—. Y en la revocación de las donaciones por incumplimiento de condiciones, ¿son distintos los efectos? No. Creemos, pues, que también en este respecto debe separarse de la doctrina de la rescisión para traerlo al de la resolución. El artículo 38 de la Ley Hipotecaria vendrá a darnos la razón.

Otros casos de intersección de ambas acciones

Hay otros casos de intersección: Así el de la enagenación en fraude de acreedores, cuando el adquirente lo es a título gratuito o participa en el

NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO

fraude. En este caso realmente no existe contrato sino apariencia de contrato, pues falta la causa lícita. En el caso de adquisición a título gratuito, hay un enriquecimiento indebido o sin causa, pues como el donante dispone para sustraerse a responsabilidades, no es la «mera liberalidad del bienhechor», como dice el Código, la causa del contrato. Si el adquirente participa en el fraude, falta la causa lícita para ambos, y se trata de un contrato inexistente con o sin simulación. El origen, aquí, es la falta de validez del acto; y en tal sentido el acto o su apariencia se resuelve no por un motivo de equidad reconocido en la ley, sino por un supuesto de resolución de los contemplados en primer lugar. El artículo 37 de la Ley Hipotecaria nos quita la razón en su letra, puesto que piensa «acciones rescisorias» al tratar de este supuesto; pero con su doctrina nos da la razón, ya que, en tal supuesto, da al tercero el mismo trato que en casos de resolución propiamente dicha. Otro caso de intersección pudiera representarlo el retracto convencional; pero creemos debe separarse hipotecariamente de ambas clases de acciones, porque aquí se da la creación de un verdadero derecho real.

Sentada la doctrina de la distinción entre acciones rescisoria y resolutoria, preguntamos: ¿Corresponden a la naturaleza de unas y otras iguales efectos hipotecarios? No, porque: 1.º La Ley Hipotecaria encuentra menos dificultad para saltar por las normas del derecho civil tradicional cuando se trata de amparar a la víctima de un acto no válido, que cuando se trata de amparar a la que lo es de un acto válido; y debe, por tanto, en sentido inverso, favorecer más al tercero que adquiere en el segundo supuesto, que al que adquiere en el primero. Es una como actuación del principio de buena fe, implícito en el sistema. 2.º En el caso de acciones resolutorias pactadas, nadie puede quejarse, porque, indudablemente, posee o *tiene* en cierto modo como en precario. Claro está, como hemos dicho antes, que aquí no es del dueño de quien pueda esperarse que quite la cosa, sino de las circunstancias; pero estas circunstancias se conocen cuáles pueden ser, y el que posee, aunque pueda esperar también que tales circunstancias no se cumplan, no ignora que pueden llegar, y esto hace que no pueda creer en absoluto, con valor de creencia jurídica objetiva, que posee con seguridad para sí. De aquí que la Ley Hipotecaria no deba amparar igual al que pueda ser perjudicado por el ejercicio de la acción resolutoria derivada de condición de tal clase, que al que pueda serlo por el ejercicio de una *verdaderamente rescisoria*, ya que, en las verdaderamente rescisorias, el tercero ha partido de un acto no afectado de supuesto de resolución, y que puede tener una convicción jurídica objetiva de que posee legítima y seguramente para sí. En la Ley Hipotecaria, la buena teoría respecto de las acciones resolutorias está francamente contenida en los artículos 33 y 34, sin más excepciones que las naturales del sistema, dado el concepto del tercero.

Pero toda esta buena teoría contenida en los artículos 33 y 34, sale,

*Efectos
hipotecarios*

por la involucración de la regla general, perjudicada en el artículo 36. El artículo 37 está redactado, en general, con poco acierto, y solamente es de alabar en lo que contiene relativo a los retractos, que son *verdaderos derechos reales*—no meras *vocaciones al derecho real*, como dicen los alemanes—y en lo relativo a los contratos en fraude de acreedores en los dos supuestos antes aludidos, aunque respecto de ellos no sea propio hablar de acciones rescisorias y tengamos siempre el peligro de amparar fraudes pasado un año. Nuestra crítica, sin embargo, va más bien contra el empleo de la frase «causas explícitas de rescisión», porque hay que tener en cuenta que la teoría no sólo ha de ser, sino que es en la Ley Hipotecaria distinta en los supuestos rescisorios de la aceptada en los resolutorios. Así lo prueba el artículo 38, *salvo en los números 2.º y 5.º*, donde el precepto está en armonía con el número primero del 37, pues *lo que dicho artículo ampara en contra de tercero cuando se trata de lo explícito*, son acciones resolutorias, derivadas de acciones resolutorias pactadas; y lo demás, o son meros efectos de publicidad sin verdaderos supuestos de rescisión o—si hay supuestos de rescisión—aunque lo legal se haya hecho explícito en la inscripción, no logra efectos hipotecarios contra tercero. Así, por ejemplo, aunque la inscripción a favor del donatario dijera que la donación quedaba sometida a los supuestos legales de revocación, y repitiera la expresión legal de éstos, el tercer adquirente no perdería lo adquirido llegado el supuesto legal y ejercitada la acción.

Ahora bien: ¿es inscribible la transmisión de las acciones resolutorias y rescisorias?

Inscripción de los motivos de resolución y rescisión, según supongan o no un derecho real

O lo que se llaman motivos de resolución y rescisión *suponen en el titular de la acción un verdadero derecho real a que la acción sirve, o no*. En el primer caso, o se trata de derechos de los llamados por Kretzschmar, y en general por los alemanes, *derechos subjetivamente reales*—en que *lo real* está no sólo en el objeto, sino también en el sujeto, ya que éste lo es no por sí, sino por el fundo que le da la cualidad de titular, tratándose, por tanto, de *titularidades ob rem*, que derivan del predio y no pueden transmitirse, sino con él, y con él necesariamente se transmiten; o se trata de derechos que no reclaman un sujeto *ob rem*, y que pueden normalmente transmitirse con independencia de fondos. La transmisión de los primeros va envuelta en la del fundo, que los da a su titular y, por tanto, no es susceptible de inscripción independiente ni aún necesita que la subordinada sea expresa. Así ocurre con los derechos de retracto legal. La transmisión de los segundos es susceptible de inscripción independiente y expresa, y la necesita, además, para lograr efectos hipotecarios. Así ocurre en la transmisión del derecho real de retracto creado convencionalmente, ya se trate de retracto convenido al vender—en cuyo caso sería un supuesto más resolutorio que rescisorio—, ya de un retracto convenido con independencia—figura que no regula, pero creemos no rechaza el Código civil como demostraríamos si fuera este el lugar adecuado.

NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO

Si las acciones rescisorias y resolutorias no implican un verdadero derecho real, sino lo que los alemanes llaman *Beruf nach dingliches Recht* (vocación o llamada, o apelación al derecho real), entonces no se concibe tenga la transmisión de la acción otro asiento independiente en el Registro que el que sería susceptible de lograr la acción individualizada en el momento de su ejercicio: una anotación preventiva. Pero esta anotación de la transmisión supone que haya llegado ya el momento de la individualización en el Registro de la acción rescisoria; y como la transmisión ha podido ser anterior al ejercicio, claro está que muchas veces lo que se anotaría sería no la transmisión misma, sino el ejercicio de la acción por el causahabiente del transmitente. Claro está, que si durante el ejercicio de una acción anotada se transmite, la transmisión misma, podrá ser objeto de anotación.

*Terminóse la impresión de este Cuaderno el
día 2 de Julio de 1924*