

El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular ¹

ANTONIO GORDILLO CAÑAS
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO: *Advertencia preliminar: propósito y límites de este trabajo.* I. *Delimitación del objeto principal de la publicidad registral: la situación jurídico-real de las fincas:* 1. La distinción entre los derechos reales y los derechos personales como línea demarcadora, necesaria pero incompleta, de dicho objeto. 2. Inclusión en él de las limitaciones y afecciones que, resultantes de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales, configuran la situación jurídico-real de la finca. II. *El numerus apertus de los derechos y limitaciones reales:* 1. Introducción y presupuesto. 2. El criterio del *numerus clausus*: significado y razones que lo sustentan. 3. Los recelos de nuestra doctrina contra el criterio del *numerus apertus* y la recomendación de éste ante la experiencia comparada del sistema contrario. 4. La consagración del *numerus apertus* en nuestro Derecho: a) En el régimen sustantivo de nuestro Derecho Patrimonial, de Contratos y de Cosas. b) En el Derecho organizador del Registro de la Propiedad. 5. Principales objeciones opuestas al sistema; su superación. 6. El señalamiento de los límites en que el criterio del *numerus apertus* debe moverse. III. *El acto o contrato de transcendencia real y algunas de sus principales manifestaciones:* 1. En general: *el acto o contrato de transcendencia real.* 2. Algunas de sus manifestaciones: a) La transmisión del dominio bajo condición resolutoria o suspensiva. b) Las prohibiciones voluntarias de disponer. c) Las preferencias adquisitivas: opción de compra, retracto y tanteo convencional. IV. *Títulos, derechos y fincas como objeto de la inscripción y de la publicidad registral:* 1. Planteamiento de la cuestión: su presupuesto e interés como aspecto manifestador de la peculiaridad de nuestro sistema de publicidad inmobiliaria. 2. Textos normativos que consideran al título como objeto de la inscripción. 3. Textos que consideran a los derechos como objeto de la inscripción. 4. Textos que consideran a la finca como objeto de la inscripción. Su explicación. 5. Textos que consideran objeto de la inscripción, concatenada y unitariamente, al título generador del derecho, al derecho nacido del título y a la finca sobre la que recae el derecho. 6. Título y derechos como objeto continuo de la inscripción y de la publi-

¹ Este trabajo, perteneciente a una serie dedicada al estudio de los grandes temas de nuestro Derecho Inmobiliario-Registral, se integra en la investigación emprendida en el Proyecto PB 94-1452, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (DGICYT). El autor expresa su agradecimiento por la aprobación del Proyecto y por la financiación del mismo.

dad registral en la doctrina de los primeros comentaristas de la Ley Hipotecaria. 7. La continuidad del objeto de la inscripción y de la publicidad como consecuencia de la conjugación del sistema de transmisión causal con la adopción de un Registro de desenvolvimiento técnico y eficacia máxima. V. *Primera ampliación del objeto de la publicidad: Las limitaciones dispositivas y de capacidad del titular registral*. 1. En general: La admisión de estas limitaciones a la publicidad del Registro: a) su justificación como complemento necesario de la función aseguradora del Registro de la Propiedad. Comprobación de tal justificación desde la actual experiencia europea. b) La subversión de la doctrina contra el criterio legal hasta llegar a su desactivación efectiva. c) Refutación de la crítica doctrinal e intento de recuperación del genuino valor de la inscripción de las limitaciones de capacidad y dispositivas. 2. Aplicación al problema hoy candente de los actos dispositivos del quebrado. VI. *Segunda ampliación del objeto de la publicidad: La inscripción de los arrendamientos y del derecho de retorno arrendaticio*. 1. Planteamiento y delimitación de los aspectos a estudiar. 2. Distinta ratio de la inscripción de los arrendamientos en función de la regulación sustantiva de la suerte de éstos en caso de venta de la finca arrendada. 3. Naturaleza del derecho del arrendatario y repercusión de la inscripción en tal derecho. 4. El efecto de la publicidad registral en su aplicación a los arrendamientos: a) En el régimen del CC y de la LH; b) En la LAU. 5. Inscripción del derecho de retorno arrendaticio.

En la misma perspectiva de nuestros anteriores trabajos sobre la publicidad registral inmobiliaria ², el que aquí comenzamos tratará de captar y exponer su materia atendiendo a la peculiaridad que la misma reviste en nuestro Derecho frente a los habituales modelos latino (francés) y germánico (alemán y suizo). Desde tal punto de vista, será un trabajo, aunque extenso, incompleto tanto en la selección de los temas tratados como en el tratamiento de los seleccionados; pero, sobre todo, será un trabajo de estructuración y sistemática difícil y discutible.

Incompleto: El enfoque adoptado nos llevará a centrarnos en los clásicos lugares comunes de la determinación del objeto de la publicidad registral. Supone ello descartar, de entrada, el estudio de aspectos o problemas relativos al tema, que, por ser de aparición más reciente, pugnan todavía por abrirse su propio hueco e instalarse por derecho propio en su tratamiento general, y que, por su novedad y complejidad, exigirían un tratamiento monográfico: es el caso de la publicidad registral de las situaciones urbanísticas. Pero supone también la limitación en el estudio de los temas que vamos a tratar: no podremos ni deberemos ocuparnos de ellos en sí mismos de modo íntegro o completo; nos ceñiremos a su consideración en cuanto resultan alcanzados por la publicidad registral inmobiliaria y contribuyen a la determinación de su objeto. De acuerdo con este plan trataremos: del concepto del derecho real, no tanto en sí y por sí, sino para situarlo como exponente incompleto de la relación jurídico-real, que, contemplada en la integridad de su contenido, exige llevar a ella no sólo

² *La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: La publicidad registral como apariencia jurídica*, ADC, 1994, pp. 21-81, y *Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema español*, ADC, 1995, pp. 527-694.

sus manifestaciones positivas –los derechos reales– sino también las afecciones o cargas que, sin constituir derecho real nuevo y distinto, disminuyen o recortan los ya constituidos y por ellas gravados; del problema del *numerus apertus* de los derechos y cargas reales, teniendo que superar la sensación de cansancio que su planteamiento produce hoy a la doctrina y debiendo centrar nuestra atención en sus aspectos más polémicos y de mayor incidencia en la delimitación del objeto en concreto de la publicidad registral; del *acto o contrato de transcendencia real*, en cuanto cauce negocial por donde discurre el número-aperturismo de nuestros derechos reales y objeto inmediato o materia de la toma de razón registral de acuerdo con lo que establecen, principalmente, los artículos 1 de la Ley y 7 del Reglamento Hipotecario; de la relación entre el objeto de la inscripción y el de la publicidad registral, naturalmente sin pretender el estudio completo y separado de una y otro, ni siquiera el del objeto de cada una de ellas, sino atendiendo únicamente a la indagación de su continuidad o transmutación: ¿publica el Registro lo que la inscripción recoge, o es distinto lo que en el Registro se inscribe y lo que desde él se publica?; de las resoluciones limitadoras de la capacidad de obrar y del poder dispositivo del titular registral, tampoco en la totalidad de sus aspectos, sino en cuanto contenido complementario del objeto de la publicidad registral en un sistema inmobiliario donde se pretende tapar desde el Registro de la Propiedad cualquier vía de penetración a la inseguridad de las adquisiciones de buena fe; de los arrendamientos inmobiliarios, en su consideración de generadores de derechos personales excepcionalmente admitidos a inscripción, y de la *ratio* y efectos de su publicidad.

Además de incompleto, decíamos, va a ser éste un trabajo de difícil estructuración y polémica sistemática. No puede sorprender que así tenga que ser. Discutible y problemática ha llegado a ser, y continúa siéndolo, en el Derecho moderno la misma definición de la figura del derecho real, y la adscripción a ella de determinados derechos de naturaleza discutida o considerada ambivalente; discutible resulta todavía a nuestra doctrina la consagración de su *numerus apertus* en nuestro Derecho y el reconocimiento de su amplio y general alcance; inexplorada está en ella todavía, prácticamente, la noción legal del acto o contrato de transcendencia real... Y todo ello, teniendo que convivir con un mecanismo de publicidad que, sin poder prescindir de la categoría y de la delimitación del derecho real, tiene que echarse a andar sin poder esperar a que en la doctrina se haga la paz en cada uno de los puntos implicados en su organización y funcionamiento. Se entiende así que desde las necesidades de la práctica y en torno a la seguridad del criterio decisorio de la ley, se haya derivado en estas materias hacia una actitud doctrinal pragmática que, agotada y batiéndose en retirada, busca en la distinción entre derechos inscribibles y no inscribibles el refugio donde instalarse una vez renunciada la imposible conquista de la noción del derecho real y de su neta diferenciación frente al derecho de crédito. Es, sin duda, explicable, pero nos condena a

tener que andar sin rumbo propio ni clave explicadora, y en tales condiciones la doctrina no puede aspirar a cumplir su cometido. Nosotros, aun a sabiendas de que la empresa nos excede, vamos a salir del refugio para intentar, en cuanto la materia lo padece, una reconstrucción dogmática del objeto de la publicidad registral y una ordenación sistemática de sus concretas determinaciones. En cuanto la materia lo padece, hemos dicho, porque no todo son consideraciones dogmáticas en la fijación del objeto de la publicidad; pero dogmática la reconstrucción, porque cuando esta fijación responde a razones de este orden, por ellas debe explicarse, y porque, al contrario, cuando responde a otro tipo de consideraciones, por ellas, sin enturbiar el *dogma juris*, habrá de justificarse. En estas circunstancias, nuestro intento será necesariamente difícil en su llevada a efecto, y su resultado no podrá sustraerse al campo de lo polémico. Lo emprendemos, de todas formas, en la convicción de su utilidad no sólo para el esclarecimiento de los fundamentos, en general, del Derecho de Cosas, sino para hacer justicia a la peculiaridad no siempre advertida del nuestro en su doble dimensión sustantiva y registral.

Desarrollemos algo este último punto antes de poner fin a nuestra advertencia preliminar. La base legal de nuestro trabajo van a ser los artículos 605 del Código Civil, 1 y 2 de la Ley Hipotecaria, y 7 de su Reglamento. Los dos primeros, al expresar globalmente el objeto de la publicidad apuntando a los derechos reales inmobiliarios, no directamente, sino a través de los *actos y contratos* relativos a ellos, resultan de extraordinario interés para la captación de la peculiaridad de nuestro sistema registral. Nada digamos del artículo 7 del Reglamento Hipotecario, en su formulación abierta del acto o contrato de trascendencia real. Entre unos y otro, el artículo 2 de la Ley, inalterado sustancialmente en su contenido desde 1861 hasta nuestros días ³, que, al desarrollar y describir expresa y detalladamente el objeto de la inscripción registral, fue

³ Decía así en la redacción de 1861: *Artículo 2.º En el registro expresado en el artículo anterior, se inscribirán:*

1.º Los títulos traslativos del dominio de los inmuebles ó de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

2.º Los títulos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen ó extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteúsis, hipotecas, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.

3.º Los actos ó contratos en cuya virtud se adjudiquen á alguno bienes inmuebles ó derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos á otro, ó de invertir su importe en objetos determinados.

4.º Las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar, ó la presunción de muerte de personas ausentes; se imponga la pena de interdicción ó cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto á la libre disposición de sus bienes.

5.º Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que exceda de seis años.

6.º Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles en que se hayan anticipado las rentas de tres o más años.

En la reforma de 1869 (21 de diciembre), los párrafos 5.º y 6.º, retocada su materia, se unifican (*Quinto. Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que exceda de seis años, ó los en que se hayan anticipado las rentas de tres ó más años, ó*

presentado por Gómez de la Serna, y situado en su panorámica comparada como uno de los más completos en su materia ⁴. La determinación del objeto de la publicidad registral, mediante la indicación de los títulos inscribibles, acerca este conjunto de preceptos a las Bases de nuestro Derecho de Cosas, y concentra en ellos la acción irradiadora de los principios de la publicidad registral inmobiliaria, sustantivos e instrumentales u organizadores.

En efecto, partiendo nuestro legislador de la idea, ya formulada por Luzuriaga, de que «ante todo es necesario que la propiedad misma ofrezca en su transmisión una completa seguridad al que trata de adquirirla» ⁵, y de que el Registro de la Propiedad es el instrumento llamado a conseguirlo, dando «certidumbre al dominio y a los demás derechos reales en la cosa, para poner límites a la mala fe» ⁶ e «inspirando en el adquirente la confianza firme de que su propiedad descansa en un título irrevocable» ⁷, los preceptos determinadores del objeto de la inscripción no podrán limitarse simplemente a enunciar los derechos o situaciones jurídicas inscribibles, sino que, para proceder a ello, exigirán previamente del legislador el haberse formado idea muy cabal del tipo de Registro reclamado por la finalidad aseguradora que al mismo se asigna (Registro de desenvolvimiento técnico y de eficacia máxima ⁸) y del modo de registración impuesto por las bases de nuestro tradicional Derecho de Cosas que los nuevos principios registrales de absoluta publicidad y rigurosa especialidad no deben venir a alterar. Suponen así estos preceptos, y se encuentran en su transfondo como presupuesto determinante o finalidad explicadora, en lo sustantivo –aparte, obviamente, la distinción entre bienes muebles e inmuebles y entre derechos personales o de crédito y derechos reales–, el causalismo del sistema transmisivo

cuando sin tener ninguna de estas condiciones hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban), añadiéndose nuevo párrafo: *Sexto. Los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que poseen ó administran el Estado ó las Corporaciones civiles ó eclesiásticas con sujeción á lo establecido en las leyes ó reglamentos.* En 1909 se añade en el párrafo primero la referencia a los títulos declarativos: *Los títulos traslativos ó declarativos del dominio de los inmuebles ó de los derechos reales impuestos sobre los mismos.* La Ley 8/1984, de 31 de marzo, que suprimió la interdicción, retoca la redacción del párrafo 4.^º y, finalmente, la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos (Disposición adicional segunda), reforma el párrafo 5.^º: *Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos.*

⁴ GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro: *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, I, Madrid, 1862, p. 320: «En vista de todo, nos parece que bien merece en este punto nuestra ley ser considerada como una de las más completas en la materia que es objeto de su artículo 2».

⁵ LUZURIAGA, en las *Concordancias, motivos y comentarios ...* de GARCÍA GOYENA al Proyecto de Código Civil de 1851, ed. Zaragoza, 1974, p. 943.

⁶ Exposición de Motivos de 1861, p. 223. Citamos por su edición en *Leyes Hipotecarias y registrales de España, Fuentes y evolución*, I, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1974.

⁷ LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 927.

⁸ De publicidad «verdaderamente positiva» hablaba ya OLIVER, Bienvenido: *Derecho Inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*, Madrid, 1892, p. 67, refiriéndose al Registro proyectado en el Código Civil en 1851.

del título y el modo, el respeto a la libertad de configuración de los derechos reales (*numerus apertus*), y el carácter no constitutivo ni obligatorio de la inscripción registral; y, en lo adjetivo u organizador, la previsión de un Registro llevado por fincas o de folio real ⁹, donde la toma de razón, supuesta la titulación auténtica ¹⁰ y la calificación registral ¹¹, se produce mediante inscripción ¹². Éste es el marco desde el que pasamos a estudiar el objeto de la publicidad registral inmobiliaria en nuestro Derecho.

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO PRINCIPAL DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL: LA SITUACIÓN JURÍDICO-REAL DE LAS FINCAS

1. LA DISTINCIÓN ENTRE LOS DERECHOS REALES Y LOS DERECHOS PERSONALES COMO LÍNEA DEMARCADORA, NECESARIA PERO INCOMPLETA, DE DICHO OBJETO

Así abierto el camino y mostrada la perspectiva, entramos en la determinación de lo que constituye el objeto central de la publicidad y, por ende, de la inscripción registral: los títulos (actos y contratos) relativos al dominio y a los demás derechos reales. Una primera observación podemos ya adelantar en este momento: el raquitismo y posible efecto desorientador que la fórmula legal empleada en los artículos 605 del Código Civil y 1 de la Ley Hipotecaria, puede provocar, cuando en su lectura se atiende sólo al objeto final que en ellos se indica —el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles— y se pasa por alto la enunciación de lo que en ellos se presenta como el objeto inmediato de la inscripción registral —los actos y contratos relativos a tales dominio y derechos reales— . Raquitismo, desde luego, porque —aunque lo sean principalmente— no sólo los derechos reales son objeto de la inscripción registral; pero, además, posible efecto desorientador, porque la fórmula empleada en estos preceptos, leída al modo expresado, sugiere la idea de unos derechos reales de contenido siempre igual *ad intra* y perfectamente separados *ad extra* de cualquier contaminación jurídico-personal, que, en el perfecto aislamiento de su existencia y en la pureza de su entidad real, vendrían a constituir el objeto neto de la inscripción y de la publicidad registral. Las cosas no son así. Como la ley de la gravedad atrae los cuer-

⁹ Así ya previsto en el Proyecto de 1851 (art. 1819) y posteriormente consagrado en el artículo 228 de la LH de 1861 y 243 de la actualmente en vigor.

¹⁰ Artículo 1821 del Proyecto de 1851 y, posteriormente, artículo 3 de la LH, originaria y actual.

¹¹ Artículo 1883 del Proyecto de 1851 y, posteriormente, artículo 18 de la LH, originaria y actual.

¹² Artículo 1845 ss. del Proyecto de 1851 y, posteriormente, artículo 9 LH, originaria y actual.

pos a la tierra, desde que la Ley Hipotecaria instauró el Registro de la Propiedad, la predisposición de la publicidad atrae a la propiedad territorial la efectividad de numerosos casos de derechos no reales que sobre ella se proyectan como gravámenes o afecciones con eficacia *erga omnes*. La situación jurídico-real de las fincas, amén de los arrendamientos y las limitaciones de capacidad y dispositivas del titular registral, constituyen el más íntegro y adecuado objeto de la inscripción en el Registro y de la publicidad registral ¹³.

Ello advertido, nuestra atención debería centrarse en este primer momento en el doble dato delimitador del objeto de la inscripción y de la publicidad registral: la naturaleza real del derecho inscribible, y su dimensión inmobiliaria ¹⁴. Con todo, la economía de este trabajo recomienda prescindir en esta sede del estudio del segundo. Baste aquí indicar que, desde el punto de vista de la organización del Registro —distinto al adoptado en el artículo 334 CC para la enumeración de los bienes inmuebles ¹⁵— el soporte inmobiliario de los derechos inscribibles lo constituye la finca registral (arts. 8 LH y 44-50 RH). Nos limitaremos,

¹³ Bastante más amplia que el actual estereotipo legal era la expresión utilizada por LUZURIAGA: *op. cit.*, pp. 945-946, para indicar el objeto de la inscripción: «En este capítulo se han reunido todos los títulos que, afectando a la propiedad territorial, deben ser conocidos por las personas que tratan con los propietarios para no ser inducidos a error ... No es bastante hacer patentes la traslación y las obligaciones de la propiedad; conviene también poner de manifiesto los hechos que vienen a impedir al propietario la facultad de disponer de sus bienes; por eso se ha establecido en el artículo 1.829 la obligación de inscribir los actos que puedan inducir aquella capacidad».

¹⁴ Véase sobre ella, en la doctrina italiana, PUGLIATTI, S.: *La trascrizione*, Tratt. CICUMESSINEO, XIV, II, 1989, Milano, pp. 36-41. No nos resistimos a reproducir el siguiente texto (pp. 40-41): «[...] la pubblicità immobiliare ha un suo fulcro bene individuato: la terra, l'unica cosa veramente immobile e della cui fondamentale importanza si rese conto l'uomo appena vi fece la sua apparizione, la terra madre e nutrice anche per l'uomo delle caverne, per non dire degli animali e delle piante, la terra che i primi economisti considerarono, col lavoro, uno dei fattori fondamentale dell'economia (e il capitale derivò dalla terra e del lavoro; e il lavoro, non come semplice attività per nutrirsi e sopravvivere, ma come attività organizzata, anche rudimentalmente, presuppone già un certo grado di sviluppo della creatura umana). Più preziosa por l'uomo che si stanza in un luogo determinato, che osserva le vicende delle stagioni, che incomincia a coltivare; e i gruppi umani che sperimentano la fertilità delle terre di pianura rispetto a quelle di montagna, di quelle irrigate, rispetto a quelle aride e desértiche; la terra valorizzata dalla fatica e dal sudore del'uomo, base del benessere e causa di discordie e lotte e guerre, fundamento del potere dei capi e serbatoio delle ricchezze dei plutocrati. Alla terra si incorpora l'albero, che in essa si immobilizza; sulla terra s'impianta la casa, il palazzo regio, il tempio, la fortaleza: beni immobilizzati, per il loro peso, que la terra sostiene; vi si collegano l'aratro e la noria, e le bestie que ayudan l'uomo nel lavoro dei campi, poi gli animali da ingrasso e le machine e gli attrezzi agricoli ...».

¹⁵ De ahí que nada se haya perdido por la desaparición, en la reforma de 1944-46, de lo que fue, en su redacción de 1909, el artículo 4 LH: «Se reputan inmuebles los enumerados en el artículo 334 del Código Civil, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley sobre los requisitos y formas de la inscripción y de lo establecido exclusivamente para las hipotecas en el artículo 110 de la misma». El mismo artículo 4, en la redacción originaria de 1861 establecía: «No se consideran bienes inmuebles para los efectos de esta Ley, los oficios públicos enajenados por la Corona, las inscripciones de la Deuda pública, ni las acciones de bancos y compañías mercantiles, aunque sean nominativas». En la Instrucción de 1768, y para los oficios de hipotecas, se decía que *por bienes raíces, además de casas, heredades y otros de esta calidad inherentes al suelo, se entienden también los censos, oficios y otros derechos perpetuos, que puedan admitir gravámenes ó constituir hipotecas*.

por tanto, y no es pequeña tarea, a la indicación de la naturaleza real como dato discriminador de los derechos que han de tener acceso al Registro.

Desde luego, queda fuera de toda posible duda, a la vista del dato legal suministrado por los artículos 605 del Código Civil y 1 y 2 de la Ley Hipotecaria, que, con carácter general, son el dominio y los demás derechos reales los derechos que el Registro está llamado a publicar. Justamente, el artículo 2 de la Ley Hipotecaria es el precepto que se encarga de concretar y desarrollar este criterio; lo que lleva a cabo circunscribiendo el acceso de los derechos reales al Registro como objeto principal y natural del mismo, y añadiendo la posibilidad complementaria y excepcional de que ingresen también en él, además de las resoluciones judiciales en materia de capacidad y poder dispositivo del titular registral, los arrendamientos concertados sobre bienes inmuebles. El artículo 2 de la Ley, de una parte, al concretar el llamamiento genérico del dominio y demás derechos reales al Registro, y, de otra, los artículos 98 de la Ley y 9 y 51, 6^a *i. f.* y 7^a, del Reglamento Hipotecario, al excluir de él los derechos puramente crediticios o personales, constituyen la base legal firme sobre la cual asentar la afirmación de que los derechos reales son el objeto natural de la inscripción, y de que sólo excepcionalmente pueden acceder al Registro los derechos de naturaleza personal que la Ley admite a publicidad registral ¹⁶.

Así indicado el criterio legal, su justificación se advierte con claridad e inmediatamente. Nace el Registro de la Propiedad como el instrumento llamado a proporcionar al tráfico inmobiliario la seguridad que tan clamorosamente exigían las circunstancias socio-económicas del siglo XIX y que sin él se comprobaba insuperablemente inalcanzable ¹⁷. Desde tal

¹⁶ Cfr. LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1984, p. 94: «Que la toma de razón de los derechos personales es excepcional resulta de los artículos 2 LH, a contrario, y 9 RH. Fuera de los casos previstos, no deben figurar en los libros: así lo ordena el artículo 51, 6.º RH».

¹⁷ Refiriéndose al estado de cosas previo a la instauración del Registro de la Propiedad, basten las siguientes palabras de LUZURIAGA, en las *Concordancias...*, cit., p. 930: «[...] en tal situación, lo que hay que admirar no es el aniquilamiento del crédito territorial y agrícola, sino la temeridad de los que compran bienes inmuebles o prestan sobre ellos, porque temerario es dar su dinero por fincas o sobre fincas cuyo valor líquido es imposible conocer. Aunque se prescinda del peligro de que sobrevenga un comprador desconocido que se anticipó a tomar la posesión, o que por lo menos sea acreedor del todo o parte del precio, es imposible estar seguro de que no se presentará un censalista que reclame un capital más o menos grande con sus veinte y nueve anualidades de intereses. Algo dice si no lo que está pasando en muchas de nuestras provincias, por no decir en todas». O las de la Exposición de Motivos de 1861 (p. 223): «[...] nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales. En esta situación añadía el Gobierno que la reforma era urgente e indispensable [...] Nada añade la Comisión por su parte; bástale decir que en sentir del Gobierno está definitivamente juzgada nuestra actual legislación hipotecaria, y que exige reformas radicales para que pueda satisfacer las condiciones que echa de menos en ella la sociedad activa de nuestros días».

punto de vista, lo que a adquirentes e imponentes interesaba era el conocimiento de la situación jurídica –titularidad y límites o gravámenes– de los inmuebles sobre los cuales se proponían contratar. A la altura de 1861¹⁸, la referencia del artículo 2 LH al dominio y demás derechos reales –como categoría, ésta, clásica¹⁹ y clara²⁰– podía considerarse como

¹⁸ Es muy claro el contraste entre la fórmula general y sistemática que en la Ley Hipotecaria circunscribe el objeto de la publicidad, y la forma de hacer referencia a éste que se encuentra en las fuentes pre-modernas de nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria. En la Real Pragmática de 1768, el contenido inscribible en los Oficios de hipotecas se designa mediante expresiones como «censos y tributos» o «censos e hipotecas», «contratos de censos, compras, ventas y otras semejantes», «registrar ahora todos los censos y escrituras de ventas», «instrumentos de censos y tributos, rentas de bienes raíces, y generalmente todos aquellos que contengan especial hipoteca o gravamen de tales bienes», «se tome razón de todos los Instrumentos de imposiciones, ventas y redenciones de censos o tributos, ventas de bienes raíces o tomados por tales, que constare estar gravados con alguna carga, fianzas en que se hipotecaren especialmente tales bienes, Escrituras de mayorazgo ú Obra pía, y generalmente todos los que tengan general y expresa hipoteca o gravamen, con expresión de ellos o de su liberación o redención». En el Proyecto de Código Civil de 1836 el objeto del *Registro u oficio público de hipotecas* se determina en el artículo 1.779: «En este *registro* se tomará razón de todos los actos, ya sean de última voluntad o de contrato entre vivos, por los cuales se constituya sobre bienes inmuebles el gravamen de hipoteca». Las Bases 50, 51 y 52 del Proyecto de Código Civil, aprobadas por la Comisión General de Códigos en 1843, se refieren como objeto del Registro a la «acción hipotecaria» (Base 50), a las «cargas que limiten o modifiquen la propiedad» (Base 51), y a los «títulos constitutivos y traslativos del dominio, tanto universales como particulares». La indicación, bastante prolija y asistemática del objeto de la inscripción registral en el Anteproyecto de Luzuriaga y en el Proyecto de Código Civil de 1851 puede verse en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*, I, cit. pp., respectivamente, 85 y 98-100. Aunque en el Proyecto se utiliza ya la expresión sistemática y general *derechos reales sobre inmuebles* para hacer referencia global al objeto de la publicidad registral (art. 1819: «En cada uno de los distritos señalados en los reglamentos, habrá un oficio de *registro público* de los derechos reales sobre los bienes inmuebles, situados dentro de la demarcación»), los artículos 1826, 1827, 1828, 1829, 1830, y 1831 son excesivamente casuísticos y asistemáticos en la concreción de los actos y títulos inscribibles. La finalidad de simplificación generalizante en la enunciación de la Ley Hipotecaria en 1861 es destacada por GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, V, Madrid, 1869, p. 439: «La Ley hipotecaria ha sustituido a esta enumeración fórmulas genéricas que abracen todas las traslaciones, imposiciones y modificaciones de que es susceptible la propiedad». Sobre los precedentes históricos del artículo 2 LH, vid. NAVARRO AZPEITIA, Fausto: *Títulos e inscripciones*, AAMN, 1965, pp. 509 ss.

¹⁹ Cfr. HEINECIO: *Instituta*, § 331 y 332: «Quod circa res versatur jus, aut *in re* aut *ad rem* esse dicitur. Vocabula jus canonicum suppeditat [...]. Distinctionem ipsam jus civile non ignorat [...]. *Jus in re*, recte cum Grotio definiente B. Hubero, est *facultas homini in rem competens, sine respectu ad certam personam. Jus ad rem facultas, competens personae in personam, ut haec aliquid dare vel facere teneatur*».

²⁰ En el mismo HEINECIO, § 333, puede verse la claridad con que se contraponen en sus mutuas características los derechos reales y los personales: «*Ex priore definitioe fluit, I. jus in re non esse momentaneum, nec re licet surrepta vel deperdita, expirare, sed II. producere actiones in rem adversus quemcumque possidentem*». Con más detalle aparece la claridad de la distinción en GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 282-283: «La división de los derechos *reales* y *personales*, por su grande y transcendental importancia, ha sido y es considerada como fundamental en el derecho. Los juriscónsultos romanos no la formularon, pero implícitamente la establecieron, de modo que puede decirse que ha sido una consecuencia lógica de sus doctrinas, y añadirse sin temor de errar, que está aceptada por todos los pueblos [...] No puede concebirse la existencia de un derecho, sin que haya una persona a quien corresponda y una cosa que sea su objeto: pero a las veces existe además otra persona obligada individualmente a prestar la cosa o el hecho que tenemos derecho a exigir. De aquí parte la teoría de los

la mejor fórmula para circunscribir e indicar la materia que, según la finalidad del Registro, debería constituir el objeto de la inscripción registral. Hoy, sin embargo, podemos comprobar que, por distintas razones, dicha fórmula no ha servido en la medida de lo esperado a la finalidad pretendida. En primer lugar, porque, apenas centrada la atención en la delimitación esencial del derecho real, la concepción de éste va a entrar en crisis tal ²¹, que, de sus resultados, la distinción entre los derechos reales y los personales o de crédito va a considerarse tarea sumamente difícil ²² o del todo improcedente ²³, llegándose a veces a propugnar su sustitución por

derechos *reales*, o en la cosa (*in re*): y *personales* o a la cosa (*ad rem*), que también se ha denominado *in personam*. Cuando no existe esta última obligada individualmente, tenemos un *derecho real*, y por el contrario, es *personal* cuando existe. Por esto podemos decir que el *derecho real* nos corresponde sin relación alguna a otra persona, y por el contrario, el *personal* solo con relación a otro que está obligado a dar o hacer alguna cosa. Esta diferencia, hija de la naturaleza misma de las cosas, y que por lo tanto se encuentra en todos los países, conduce a efectos diametralmente opuestos que pasamos a exponer. El *derecho real*, considerado en sí mismo, es un derecho absoluto; en él no hay ninguna clase de relación entre dos personas, y sí solo entre una persona y una cosa [...] En los *derechos personales*, por el contrario, siempre existe relación entre dos personas, una que es el sujeto activo y otra el sujeto pasivo de la obligación. El que lo tiene, no lo ejerce directa e inmediatamente sobre la cosa, que es objeto de su derecho, sino que lo reclama de aquel que está ligado a la ejecución. De lo dicho se infiere, que el *derecho real* sujeta directa e inmediatamente la cosa a la persona sin que requiera el cumplimiento de un hecho o la entrega de una cosa por parte de otro [...] No sucede lo mismo con el *derecho personal*. Éste se limita a la facultad de exigir la prestación de una cosa o de un hecho a persona o personas determinadas, pero no nos da un poder directo e inmediato sobre lo que se nos debe, sino que tenemos necesariamente que reclamar de la persona que nos está obligada individualmente, para que lleve a efecto y a su consumación la obligación contraída ...». De todos modos, no debe ocultarse que, con anterioridad a la polémica sobre la concepción clásica y la moderna u obligacionista del derecho real, cuyos ecos, aunque ya notablemente mitigados, llegan a nuestros días, ya en el siglo XVII existen testimonios sobre el modo de entender y definir ambas clases de derechos: *ad rem*, FADDA y BENSÁ: en las anotaciones a WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, IV, Torino, 1926, pp. 72-73: «UNGER (*Sist.* I, p. 511) osserva, che per lo innanzi dominava una gran disparità di opinioni sul concetto del diritto reale, e cita le parole del FELTMANN (*Tractatus de jure in re et ad rem*, 1666, p. 21): *in definiendo utroque jure mire variant nostrae disciplinae auctores*».

²¹ Basten en este punto las siguientes palabras de ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 648: «Por consiguiente, nuestra Ley Hipotecaria vigente, siguiendo el mismo criterio de la Ley Hipotecaria de 1861, y con expresión de un máximo radicalismo en orden a su inscripción, parte de la secular distinción entre los derechos reales y los derechos personales, credituales u obligacionales. Esta distinción ha sido modernamente muy discutida, tanto acerca de sus características diferenciales, como en lo que respecta a su propia existencia; pero en estos últimos años ha sido directamente torpedeada».

²² Cfr. COSSIO: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., Barcelona, 1956 (hay ed. revisada y puesta al día por COSSIO y MARTÍNEZ, Manuel de, Madrid, 1986), p. 88; AMORÓS: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, VII, 2.ª, Madrid, 1978, p. 277; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986, p. 100. En general, sobre la relativización y crisis de la distinción entre el derecho real y el derecho de crédito, vid. Guarneri, *Attilio: Diritti reali e diritti di credito. Valore attuale di una distinzione*, Padova, 1979, pp. 6-14.

²³ La posición más extremosa en nuestra doctrina acerca de la improcedencia de la distinción entre los derechos reales y personales, así como de la fundamentación en ella de la delimitación de los derechos inscribibles, es la mantenida por VALLET DE GOYTISOLO: *Determinación de las relaciones jurídicas relativas a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a tercero*, en «Estudios de Derechos de Cosas y Garantías Reales», Madrid, 1962, pp. 94-183, posteriormente, en *AAMN*, 1965, pp. 292-396.

otra más asequible y operativa ²⁴. En segundo lugar, porque la expresión «derechos reales» no llega a agotar la totalidad de las situaciones jurídico-reales cuya noticia interesa a los terceros y debe proporcionar el Registro de la Propiedad ²⁵.

Por lo que hace a la primera de las razones indicadas, no creemos sea éste el momento ni el lugar para entrar *in extenso* en el problema de la delimitación conceptual del derecho real. Puede bastarnos con recordar la desafortunada reacción de las teorías obligacionistas o personalistas contra la concepción clásica que lo definió como un poder inmediato y directo en la cosa, y el absurdo del resultado de aquellas al concebirlo como puro vacío en sí mismo y simple relación de exclusión o deber general de respeto en relación con la generalidad ²⁶. Lo que aquí puede resultar de mayor interés es señalar que la coincidencia temporal de la crisis de la concepción clásica del derecho real con la instauración de la publicidad registral, al darse acceso al Registro a ciertos derechos no reales, va a contribuir al desdibujamiento de la fundamental categoría que, por su propio concepto, deberá cobijar a los derechos que, por recaer directamente en las cosas y por ser eficaces *erga omnes* en razón de su adherencia a ella, deberán ser objeto de publicidad registral cuando recaigan sobre bienes inmuebles. No obstante la fidelidad de Gómez de la Serna a la concepción clásica del derecho real, algo de esto puede verse en sus palabras al dar razón en la Exposición de Motivos de 1861 –brillante pieza, como se sabe, salida de sus manos– de la posibilidad de inscripción de ciertos arrendamientos en el Registro de la Propiedad: *La Comisión no debe ocultarlo: en ellos ha establecido*

²⁴ Así, AMORÓS: *op. el loc. ant. cit.*: «Por eso entiendo que quizá resulte más útil la dicotomía “derechos oponibles - no oponibles”, considerando como oponibles aquellos que producen efectos frente a terceros y están dotados de publicidad en base a una previa determinación legal [...] También aquí la diferencia última entre derechos oponibles y no oponibles está en la precisa tipificación de un derecho como tal, en el reconocimiento legal de esa eficacia *erga omnes*, sea cualquiera su presunta naturaleza real o personal».

²⁵ Cfr. sobre ello, VALLET DE GOYTISOLO: *Determinación ...*, «Estudios...», *cit.*, pp. esp., 107-112, bajo el interrogante: «¿Todo derecho inscrito es real?»; ROCA SASTRE: *op. cit.*, I, p. 174; *id.*: II, pp. 680-681. Para una referencia en la doctrina alemana a la dificultad de la separación, *in concreto*, entre el contenido jurídico-real y jurídico-personal de las situaciones jurídicas (die in das Sachenrecht verpflanzten Schuldverhältnisse), cfr. STAUDINGER-ERTL: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 12., neubearbeitete Auflage, Drittes Buch, Sachenrecht, 1989. Vorbem. zu §§ 873-902, núms. 42-44; en el núm. 43 literalmente se afirma: «Die Vorstellung, alles was im Grundbuch steht, sei «dinglich» und könne nur durch Einigung und Eintragung wirksam entstehen, beruht ebenso auf einem Irrtum wie die Meinung, Schuldverhältnisse seien schwächer als dingliche Rechte».

²⁶ En general, para la polémica doctrinal sobre la concepción del derecho real, vid. DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, 1, 4.^a ed., Madrid, 1993, pp. 58 ss.; HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de Obligaciones*, 2.^a ed., Madrid, 1976, pp. 17-56; ROCA SASTRE: *op. cit.*, II, pp. 645-668. En particular, en la doctrina extranjera: RIGAUD, Luis: *El derecho real*, Trad. de J.R. Xirau, Madrid, 1928; GUARNERI: *Diritti reali e diritti di credito*, *cit.*; GINOSSAR: *Droit réel, propriété et créance*, Paris, 1960; BARASSI: *Diritti reali e possesso*, Milan, 1952; GIORGIANNI: *Los derechos reales*, RCDI, 1967, pp. 9 ss.; COMPORTI: *Diritti reali, in generale* (Tattato Cicu-MESSINEO), Milan, 1980. En nuestra doctrina: GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Evolución y alcance de la división de los derechos en reales y*

implícitamente un verdadero derecho real ²⁷. ¿Puede el hecho de la inscripción convertir en real un derecho que sin ella se consideraría personal? La respuesta afirmativa supone aceptar un concepto del derecho real vacío en sí mismo y *ad intra* ²⁸, y consistente exclusivamente en su oponibilidad *erga omnes* ²⁹; una oponibilidad que a veces va a llegar a considerarse pura obra y gracia de la publicidad registral ³⁰. Curioso resultado, el que llevaría a responder a la pregunta

personales, RCDI, 1931, pp. 749 ss.; ÁLVAREZ SUÁREZ: *Esquema sobre la distinción entre derechos reales y personales*, «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», 1943, pp. 25 ss.; FAIRÉN MARTÍNEZ: *Derechos reales y de crédito*, RDN, 1959, pp. 139 ss.; ESPINAR LAFUENTE: *Sobre la distinción entre derechos reales y derechos obligacionales*, RGLJ, 1962, pp. 611 ss. DÍEZ PASTOR: *En torno a la definición formal de los derechos reales*, AAMN, 1965, pp. 261 ss. VALLET DE GOYTISOLO: *Notas críticas a la pretensión de encasillar todos los derechos patrimoniales en las categorías de derechos reales y de crédito; La distinción entre derechos reales y derechos de crédito; El problema de los denominados derechos sobre derechos. Notas críticas sobre la pretendida naturaleza personal del derecho del arrendatario*, en «Estudios sobre Derechos de Cosas», I, 2.ª ed., Madrid, 1985.

²⁷ Exp. Mot., p. 244. Insiste SERNA en esta idea al comentar —*op. cit.*—, p. 302— el artículo 2.º de la Ley: «La Comisión ha dicho con sobrada razón que por la inscripción se ha convertido en estos casos el derecho personal implícitamente en derecho real; también, en DE LA SERNA y MONTALBÁN: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, I, 14.ª ed., Madrid, 1886, pp. 568-569: «A estas clases de derechos en la cosa ha añadido la *Ley Hipotecaria* otra nueva. Ésta es la que nace de la inscripción en el registro, de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles que se celebren por un período de más de seis años [...]».

²⁸ Puede verse ello en WINDSCHEID, B.: *Diritto delle Pandette*, (Note e riferimenti al Diritto civile italiano iniziate dai Professori CARLO FADDA e EMILIO BENSA, e continuate da PIETRO BONFANTE), Torino, vol. 1, 1925; vol. IV, 1926, p. 111: «[...] Ma il contenuto del potere volitivo che costituisce il diritto reale, è negativo»; p. 112, nota 3: «Il diritto reale contiene solo divieti [...] Ma se la facoltà del titolare del diritto reale non è una facoltà rispetto alla cosa [...] deve essere una facoltà rispetto alle altre persone, ossia appunto un precepto giuridico, concesso al titolare contro gli altri, di non essere impedito». En las anotaciones a este lugar —IV, pp. 98-101— puede verse el desacuerdo de FADDA y BENSA: «resta sempre vero, che la sostanza del diritto è appunto nell'elemento positivo, ossia nel lato interno» (p. 100).

²⁹ La oponibilidad *erga omnes* es característica tan esencial al derecho real, que su negación mereció a FUNAIOLI (*La c.d. proprietà relativa*, Riv. Dir. Civ. 1950, I, pp. 287-300) la severa reconvención de CARNELUTTI (*Occhio ai concetti*, Riv. Dir. Civ. 1950, pp. 450-452): «Dove si vede quanto gioverebbe anche ai civilisti [...] una cura riconsituente di teoria generale». Lo que varía es su interpretación en cada una de las fundamentales teorías que se proponen explicarlo. Cfr. NATTUCCI, Alessandro: *La tipicità dei diritti reali*, 2.ª ed., Padova, 1988, p. 9: «Quanto poi al carattere dell'opponibilità ai terzi, che riteniamo fondamentale per il concetto di diritto reale e rispetto al quale in ogni caso consideriamo le varie teorie, vè da dire che, a nostro avviso, tanto la teoria classica che quella personalistica concordano in definitiva nel riconoscimento di essa come carattere tipico del diritto reale. Per la teoria classica l'opponibilità è vista come conseguenza del poterre immediato sulla cosa, mentre per la teoria personalistica l'opponibilità, l'efficacia *erga omnes*, è il connotato essenziale del diritto reale come diritto assoluto, che impone ai terzi un obbligo di astensione e che ha come conseguenza la facoltà di sfruttamento, il potere sulla cosa».

³⁰ Aparece ello, durante la etapa de gestación de la Ley Hipotecaria, en el siguiente texto de CÁRDENAS: *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación*, Madrid, 1871, p. 149: «[...] pero la Ley Hipotecaria no tiene por principal objeto declarar derechos, sino determinar la forma en que deben hacerse constar los que existan o se constituyan sobre bienes raíces, para que adquieran el carácter de reales. Y como de la observancia de estas formas dependa la existencia de tales derechos en cuanto al tercero [...]» (sub. nuestro). Alguna manifestación posterior: VILLARES PICÓ: «La inscripción en nuestro

sobre cuáles son los derechos inscribibles diciendo, tautológicamente, que pueden tener acceso al Registro los que, por ser positivamente admitidos al mismo, obtienen de él oponibilidad *erga omnes*³¹. La genérica y abierta vocación legal de los derechos reales al Registro de la Propiedad, y la exclusión, en principio, de los derechos personales respecto al mismo, obligan, de acuerdo con la naturaleza de las cosas y con el fundamento y razón de ser de la publicidad registral, a distin-

sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero», *RCDI*, 1949, p. 290: «Parecido ocurre con los derechos de arrendamiento y opción, que son derechos generalmente considerados como personales, pero que, por excepción, la ley, al reunir determinados requisitos o cuando las partes en el título los configuran viables para ingresar en el Registro, la inscripción hace que devengan reales. Al fin y al cabo, los derechos son reales, más que por su naturaleza (¿cuál es?) porque la ley les concede tal carácter, confiriendo a sus titulares una acción *erga omnes*»; DE CASSO, Ignacio de: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.ª ed., revisada, ampliada y actualizada. Madrid, 1951, p. 290: «Ya dijimos [...] que la clasificación de los derechos en personales y reales nos parece arbitraria; porque la “acción” real no nace nunca con el “derecho”, del contrato o del negocio jurídico que lo origina, sino de otro elemento: de la tradición, de la insinuación, del otorgamiento de escritura, de la inscripción “publicitaria”, etc. Por eso, es científico, y además sumamente práctico —como fuente de ventajas, sin ningún serio peligro—, que tratándose de derechos “registrables” —sobre inmuebles o muebles—, se exija *en todo caso* la inscripción, para que nazcan las “acciones” reales; porque, en realidad, ella las origina, y antes de su registro no puede decirse que exista el *derecho real* protegido por el artículo 41, que se funda en la propia inscripción *legitimadora*». En contra de esta idea, FADDA y BENZA: *op. cit.*, p. 118: «Da quanto siamo venuti dicendo risulta, che per noi un diritto non acquista carattere reale solo perchè sia stato trascritto. La trascrizione dà una protezione assoluta, ma non può toccare l'essenza del diritto stesso, che è quella a stregua del quale la natura del diritto ha da essere determinata»; NATUCCI: *La tipicità dei diritti reali*, cit., pp. 138-142: «[...] L'opponibilità va quindi ricollegata immediatamente al diritto acquistato, (sia pure anche a traverso la pubblicità del titolo), non alla trascrizione del titolo d'acquisto. [...] La trascrizione non serve dunque ad attribuire l'opponibilità ai diritti reali, che è loro caratteristica intrinseca [...]».

³¹ Algo de esto ocurre, nos parece, en la exposición de AMORÓS: *op. cit.*, p. 266: «En los textos legales, los títulos inscribibles en sentido material aparecen descritos en forma abierta o genérica. Son los títulos en que se constituyan, reconozcan, declaren, modifiquen o extingan el dominio, o los derechos reales, o los derechos que sin serlo son oponibles o susceptibles de publicidad registral, así como las resoluciones judiciales de incapacidad»; *id.*, p. 288: «En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que tanto en el artículo 605 CC como en la LH, los actos susceptibles de inscripción son aquellos «relativos» a derechos reales inscribibles; es decir, normalmente derechos reales inmobiliarios, pero también otros derechos o situaciones oponibles, que despliegan eficacia *erga omnes* a través de la publicidad»; *id.*: p. 277: «Fuera de los casos típicos de derechos reales, legalmente consagrados y tradicionalmente admitidos como tales por la doctrina sin discusión, en otros muchos supuestos dudosos, la distinción [entre derechos reales y personales] no es eficaz para determinar si esas situaciones concretas son o no inscribibles en base a su carácter de derecho real, no claramente perceptible. Por eso entiendo que quizá resulte más útil la dicotomía «derechos oponibles - no oponibles», considerando como oponibles aquellos que producen efectos frente a terceros y están dotados de publicidad en base a una previa determinación legal». En la jurisprudencia reciente, puede verse la STS de 3-III-95: «Hay que tener presente que la categoría del derecho real no se produce por el simple acceso al Registro de la Propiedad sino que deviene por su íntima naturaleza jurídica que le invade de una eficacia *erga omnes*, y constituye por lo tanto una petición de principio hacer uso y aplicación del precepto hipotecario que se invoca en el motivo, dando por supuesto que se está en presencia de un derecho real en la convención de unos derechos de tanteo y retracto recíproco entre los donatarios para el caso de enajenación de su cuota o finca adjudicada».

guir entre la oponibilidad *natural* del derecho real, derivación y consecuencia de su inherencia a la cosa ³², y la oponibilidad *prestada* que de la publicidad pueden obtener extrínsecamente ciertos derechos personales ³³. No es una oponibilidad de cualquier origen la que distingue al derecho real, sino la que naturalmente deriva de la inmediatividad del poder que éste supone en la cosa. El Registro de la Propiedad no tiene respecto de ella ninguna virtud creadora; se limita, de suyo, simplemente a vehicularla en interés de la seguridad de los terceros que, sin la publicidad registral, podrían desconocerla. Afirmarlo así supone rei-

³² Un testimonio de esta fundamentación natural de la oponibilidad *erga omnes*, propia del derecho real, en la inmediatividad del poder que confiere en la cosa, puede verse, antes de la moderna polémica en torno a la distinción entre el derecho real y el derecho personal, en la *Institutiones romano-hispanicae* de nuestro Juan SALA, 4.^a ed., Madrid 1824, II, p. 366: «In actione in rem utrumque contrario modo se habet; nam cum ea no ex alia causa nascatur quam ex dominio, aut simili in rem jure: hoc autem jus a domino una cum re ipsa totum ac directum in alium transferri queat; unde necessario evenit, ut non semper eidem, sed ei semper qui novissime rei, de qua quaeritur, dominium nactus est, in rem actio, & quidem directa detur. Simile modo cum res quam hac actione persequimur, ad alium possessorem transire, atque ut Jason *hic* loquitur, per mille manus ambulare possit, accidit quoque, ut actio in rem non semper adversum eundem locum habeat, sed adversus quemcumque, qui quo tempore agitur, rem possidet, d. l. 25». En la doctrina moderna, en FADDA y BENSA: *op. cit.*, p. 117: «Dalle definizioni surriferite de' nostri scrittori appare, che per essi il rapporto immediato colla cosa è la sostanziale proprietà del diritto reale; l'assolutezza invece non ne sarebbe se non la conseguenza. E questo concetto è perfettamente esatto ed è del resto accolto da romanisti e civilisti anche di fuori»; NATUCCI, Alessandro: *La tipicità dei diritti reali*, cit., p. 136: «A noi sembra che subordinare l'efficacia assoluta dei diritti reali all'attuazione della trascrizione, o al mancato verificarsi della fattispecie di cui all'articolo 1.153, non sia rispondere alla funzione di tali istituti [...]»; 138: «L'efficacia assoluta e l'opponibilità dei diritti reali non deriva dunque dalla trascrizione, ma è intrinseca all'esistenza di tali diritti»; 146: «[...] è perciò esatto, a nostro modo di vedere, il collegamento che si fa tradizionalmente, tra ineranza, intesa nel senso di potere immediato sulla cosa, e opponibilità».

³³ Cfr., en cuanto a la inscripción de los arrendamientos, el Rapport a la Ley Francesa de Transcripción, de 1885, en TROPLONG: *Commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la Transcription en matière hypothécaire*, 2.^a ed., Paris, 1864, pp. 29-30: «Pour lui faire atteindre complètement son but, qui est de révéler d'une manière utile et pratique l'état véral de la propriété, il faut même aller plus loin et assujettir à la transcription tous les actes qui, sans constituer des droits réels, imposent cependant à la propriété des charges qui sont de nature à en altérer sensiblement la valeur. [...] Nous ne nous sommes pas dissimulé que la publicité donnée aux baux et aux quittances de loyer était une invasion faite dans le domaine des droits personnels, une dérogation au principe de la liberté et du secret des conventions privées; mais elle nous a paru justifiée et absolument nécessaire; nous l'avons donc acceptée comme une condition indispensable du but que la loi se propose». Sobre el mismo tema, en la doctrina italiana: NATUCCI: *op. cit.*, pp. 148: «Deriva, invece [la oponibilidad], unicamente dalla trascrizione nel caso di locazione immobiliare ultrarannale; ed in ciò differisce da un diritto reale, (di godimento) il quale, nei limiti della sua validità è altresì efficace verso i terzi (salve le norme sulla trascrizione)». En nuestra doctrina, y para el derecho de opción: TORRES LANA, José Ángel: *Contrato y derecho de opción*, Madrid, 1987, pp. 201-202: «Pienso, no obstante, que el hecho de la inscripción no implica una modificación sustancial de cuanto acaba de decirse. Ciertamente que el derecho inscrito es oponible a terceros, por lo que, en el caso de la opción, han de entenderse variados los efectos normales que se hubieran producido de no existir la inscripción ...», y 202: «Entiendo que el derecho de opción es siempre de carácter personal, lo que no impide su inscripción, por expresa concesión positiva, como, por ejemplo, ocurre también con el arrendamiento. La inscripción potencia los efectos del derecho, pero no afecta a su naturaleza [...]».

vindicar el concepto clásico del derecho real, tal como en la explicación de la Ley Hipotecaria y en el comentario a su artículo 2 la proponía Gómez de la Serna³⁴, para hacer de él, con nuestro legislador de 1861³⁵ y de 1946³⁶, el criterio-clave, básico y principal, en orden a la delimitación de los derechos que deben tener acceso al Registro y los que deben quedar fuera del mismo.

³⁴ SERNA: *op. cit.*, pp. 282-283: «No puede concebirse la existencia de un derecho, sin que haya una persona a quien corresponda y una cosa que sea su objeto: pero a las veces existe además otra persona obligada individualmente a prestar la cosa o el hecho que tenemos derecho de exigir: de aquí parte la teoría de los derechos *reales*, o *en la cosa (in re)*: y *personales* o *a la cosa (ad rem)*, a que también se ha denominado *in personam*. Cuando no existe esta última obligada individualmente, tenemos un *derecho real*, y por el contrario, es *personal* cuando no existe. Por esto podemos decir que el *derecho real* nos corresponde sin relación alguna a otra persona, y por el contrario, el *personal* sólo con relación a otro que está obligado a dar o hacer alguna cosa. Esta diferencia, hija de la naturaleza misma de las cosas, y que por lo tanto se encuentra en todos los países, conduce a efectos diametralmente opuestos que pasamos a exponer. El *derecho real*, considerado en sí mismo, es un derecho absoluto; en él no hay ninguna clase de relación entre dos personas, y sí sólo entre una persona y una cosa: el que tiene el dominio, por ejemplo, ejerce directamente los actos de señor, y dispone libremente de su propiedad: pero si esta pasa en poder de otro que injustamente la detenta, y requerido no quiere entregársela, entonces el dueño tiene una acción contra el detentador, pero sólo en consideración a que al menos materialmente posee: ninguno, pues, está obligado activa e individualmente, si bien todos tienen el deber de no disturbar al que tiene el derecho. En los *derechos personales*, por el contrario, siempre existe relación entre dos personas, una que es el sujeto activo y otra el sujeto pasivo de la obligación. El que lo tiene, no lo ejerce directa e inmediatamente sobre la cosa, que es objeto de su derecho, sino que lo reclama de aquel que está obligado a la ejecución. De lo dicho se infiere, que el *derecho real* sujeta directa e inmediatamente la cosa a la persona sin que requiera el cumplimiento de un hecho, o la entrega de una cosa por parte de otro. El que lo tiene, dice solamente: *tal finca me pertenece: soy usufructuario de ese predio*: pero nunca se refiere a la obligación activa que tenga otro; puede ejercitar su derecho contra todos y con relación a todos; lo conserva aunque se halle accidentalmente en manos de otro, y la cosa se adhiere a él como la sombra al cuerpo, o por valernos de la expresión de los antiguos, como la lepra a la piel, *ut lepra cuti*: tiene por lo tanto facultad para reclamar contra el que sea detentador de la cosa y contra toda persona que de cualquier modo impide el ejercicio de su derecho. No sucede lo mismo con el *derecho personal*. Éste se limita a la facultad de exigir la prestación de una cosa o de un derecho a persona o personas determinadas, pero no nos da un poder directo e inmediato sobre lo que se nos debe, sino que tenemos necesariamente que reclamar de la persona que nos está obligada individualmente, para que lleve a efecto y a su consumación la obligación contraída. Para que podamos, pues, decir que lo que se nos debe pasa a ser nuestro, es indispensable que haya por parte del deudor un acto por el cual se nos transmita el dominio de lo debido». En ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 667-668, puede verse una vuelta, tras el revuelo de las teorías modernas, a la «añeja distinción» entre los derechos reales y los de crédito. Lo mismo puede decirse de la obra de DOMÍNGUEZ PLATAS, Jesús: *Obligación y derecho real de goce*, Valencia, 1994, pp. 86-89.

³⁵ Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 282: «Sin comprenderla [la distinción entre los derechos reales y los personales] exactamente no podría entenderse bien la Ley Hipotecaria».

³⁶ Cfr. *Exposición* que precede al Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción de la Ley Hipotecaria: «La reducción al mínimo de los requisitos formales de todos los asientos [...] unida a la supresión de las menciones de derechos que pueden y deben ser objeto de inscripción especial, así como la *eliminación de los derechos de naturaleza netamente personal u obligacional del ámbito inmutante del Registro* (sub. n.), han de contribuir poderosamente a la claridad de éste y a facilitar su publicidad, haciéndolo más asequible al directo conocimiento de los interesados».

2. INCLUSIÓN EN ÉL DE LAS LIMITACIONES Y AFECCIONES QUE, RESULTANTES DE LOS ACTOS Y CONTRATOS RELATIVOS AL DOMINIO Y DEMÁS DERECHOS REALES, CONFIGURAN LA SITUACIÓN JURÍDICO-REAL DE LA FINCA

Ahora bien, retomada la configuración y distinción del derecho real según su concepción clásica, esto es: como poder inmediato y directo en la cosa, oponible, por ello, *erga omnes*, decíamos antes que su mera indicación, *sic et simpliciter*, como objeto propio de la inscripción registral, no da idea completa de lo que efectivamente puede y debe tener acceso al Registro y encontrar en él el adecuado instrumento de su cognoscibilidad legal y general. No nos mueve a afirmarlo así la posibilidad, legalmente admitida en forma expresa en el mismo artículo 2 de la Ley Hipotecaria, de que algunos derechos personales –los arrendamientos inmobiliarios (art. 2, 5^º)– puedan ser objeto de inscripción en idéntica forma a como lo son los derechos reales³⁷. Tampoco, el dato, frecuentemente reconocido y admitido, de que a través de la anotación preventiva obtienen publicidad registral determinadas situaciones jurídicas de naturaleza distinta a la del derecho real y consistentes, en ocasiones, en derechos de carácter personal³⁸. Cuando decíamos con anterioridad, y repetimos ahora, que la expresión legal «dominio y demás derechos reales» no refleja completa y exactamente el objeto de la inscripción y de la publicidad registral, pensamos, sobre todo, en esa constelación de figuras llamadas por la común doctrina «intermedias» o de naturaleza a mitad de camino entre el derecho real y el personal, que, –como la obligación real o *propter rem*³⁹, la

³⁷ Vid., por todos, ROCA SASTRE: *op. cit.*, II, p. 698. Hemos de referirnos a ello con algún detalle más adelante (VI). De todos modos, y a reserva de las oportunas observaciones, remitimos ya para este punto a PAU PEDRÓN: *La protección del Arrendamiento Urbano*, Madrid, 1995.

³⁸ Cfr. ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 699; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, Madrid, 1955, p. 363; COSSÍO: *op. cit.*, p. 97; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 94. Sobre la función de la anotación preventiva en el Derecho suizo como instrumento publicador de derechos de naturaleza personal, vid., en nuestra doctrina, SERRANO y SERRANO, I.: *El Registro de la Propiedad en el Código Civil Suizo*, Anales de la Universidad de Valladolid, 1933-34, núm. 16, p. 14; en la doctrina suiza: DESCHENAUX, Henri: *Le Registre Foncier*, Fribourg, Suisse, 1983, p. 533: «L'obligation ainsi rattachée à un immeuble ne perd pas de ce fait son caractère; elle ne s'assimile pas à un droit réel, mais participe de sa nature uniquement en ce sens que l'obligation (de faire) est dirigée, par exemple, contre toute personne qui se trouve être propriétaire d'un immeuble à un moment donné (der jeweilige Eigentümer)».

³⁹ Sobre ella, en nuestra doctrina, HERNÁNDEZ GIL, F.: *Concepto y naturaleza jurídica de las «obligaciones propter rem»*, RDP, 1952, pp. 850 ss., y, más recientemente, Díez-PICAZO: *Fundamentos ... cit.*, pp. 83-89; en la italiana, con diferente criterio en cuanto a su amplitud y a la posibilidad de su sometimiento a la transcripción para obtener oponibilidad respecto a terceros, NATUCCI: *op. cit.*, pp. 295 ss., y BIGLIAZZI GERI, Lina: *Oneri reali e obbligazioni propter rem*. «Trattato Cicu-Messineo», XI, t. 3, Milano 1984, pp. 60 ss. Contrarios a la figura de la obligación *propter rem*, en cuanto subsumible en la más general del derecho real in faciendo, FADDA y BENZA: *op. cit.*, pp. 116-117. En nuestra jurisprudencia han tratado como obligación *propter rem* la del propietario

carga real⁴⁰, el derecho real *in faciendo*⁴¹, o, en general, los gravámenes⁴² o afecciones que con tanta facilidad permiten las bases de nuestro Derecho de Cosas (*numerus apertus* de los derechos reales)—obtienen en nuestra Ley Hipotecaria generoso cauce de aparición a través de las «condiciones»⁴³ y límites con que a los particulares se permite modalizar el contenido de los derechos reales inscribibles (art. 9, 2.ª LH)⁴⁴ en los actos y contratos relativos a ellos.

sujeto al derecho de retorno arrendaticio las SS de 19 de mayo de 1979 y 29 de febrero de 1992.

⁴⁰ No es fácil establecer claramente la distinción de la figura de las cargas reales frente a la de las obligaciones *propter rem* o a otras formas de gravámenes en las cosas. En nuestra doctrina hipotecarista, CAMPUZANO Y HORMA, Fernando: *Elementos de Derecho Hipotecario*, I, 2.ª ed., Madrid, 1931, p. 258, concluía al respecto con las siguientes palabras: «Acaso la carga real pudiera encontrar su molde jurídico en las servidumbres personales, y más comúnmente en las *in faciendo* (las positivas de nuestro Código, artículo 533), o en las que algunos autores modernos denominan obligaciones *propter rem*». Por su parte, FLORES DE QUINONES Y TOMÉ, Vicente: «La extinción de cargas y la nueva Ley Hipotecaria», *AAMN*, III, 1946, pp. 121-194, tras un extenso estudio sobre las cargas, terminaba proponiendo el siguiente concepto de las mismas: Cargas «serán tan sólo los derechos reales en cosa ajena —limitativos del dominio, de garantía o de adquisición—, las causas expresas de resolución o de rescisión y las prohibiciones de disponer, que consten directamente inscritas en el Registro de la propiedad bajo el mismo número de la finca a cuyo dominio afectan». En la doctrina más reciente puede verse Díez-PICAZO: *Fundamentos ...*, cit., pp. 81-82, y CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: voz «Cargas reales», en la «Enciclopedia Jurídica básica», I, ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 934-935. En la doctrina italiana abordan también la distinción entre obligaciones *propter rem* y cargas reales BIGLIAZZI GERI y NATUCCI, en los lugares citados en la nota anterior; en la nuestra lo hace Díez-PICAZO: *op. cit.*, pp. 89-91.

⁴¹ A pesar del enérgico lenguaje de las fuentes romanas en contra de la posibilidad del derecho real *in faciendo* (D. 8, 15, 1 [Pomponius XXXIII ad Sabinum] *Servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat*), para FADDA y BENSA: *op. cit.*, pp. 116-117: «[...] non ripugna al sistema nostro legislativo il concetto di un diritto reale *in faciendo* [...] non esitiamo ad affermare, che, [...] siano da ammettere i diritti reali *in faciendo*», hasta el punto de hacer inútil y dejar vacío el de la obligación o la carga real (pp. 102-106 y 116-117).

⁴² Vid. sobre su concepto, DOMÍNGUEZ PLATAS, Jesús: voz «Gravamen», en la Enciclopedia Jurídica Básica, cit. II, p. 3269.

⁴³ A la necesidad de inscribir las «condiciones» del derecho que se lleva al Registro se refiere el artículo 9 LH Así explicaba SERNA: *op. cit.*, pp. 465-466, el significado aquí atribuido a la expresión: «Viene por lo tanto a significar aquí la palabra *condiciones*, todas las cláusulas limitativas del dominio o del derecho real que se traspara. En este sentido la vemos usada continuamente en los contratos [...]; basta que el adquirente tenga limitada su acción en la cosa o derecho adquirido, o que el enajenante esté sujeto a una condición más gravosa que las ordinarias del contrato para que deba hacerse en el Registro la inscripción de esta circunstancia». En la actual doctrina, Díez-PICAZO: *op. cit.*, p. 351: «La legislación hipotecaria considera las condiciones como circunstancias de configuración del derecho que se inscribe [...]».

⁴⁴ Cfr. COSSIO: *op. cit.*, p. 96: «Ello no obstante, y a pesar de tal criterio, la propia Ley y el Reglamento admiten la posibilidad de que las mismas partes atribuyan efectos reales a ciertas figuras jurídicas que en otro caso habrían de ser reputadas como meramente obligatorias, y así, podemos señalar: [...] Aparte estos casos excepcionales, cabe el acceso al Registro de la propiedad de los derechos personales, mediante uno de estos procedimientos: [...] c') Mediante una condición o causa rescisoria, resolutoria o de nulidad que conste explícita y claramente en el Registro, o sea por medio de lo que se ha venido denominando «reserva autenticada» registralmente»; ROCA SASTRE: *op. cit.*, I, p. 305: «[...] Pero para completar la función de la publicidad registral procede no olvidarla en cuanto despliega un

Interesaría parar la atención un momento en este punto, porque a través de él puede observarse con suficiente claridad cómo el derecho real que en nuestro Ordenamiento el Registro acoge y publica no es, pudiéramos decir, el derecho real en estado puro o perfectamente aislado respecto de todo lo que no sea él mismo, sino que a su sustancia adhiere un componente jurídico-personal capaz de interferir en su propia vida y eficacia, y susceptible de hacerlos con eficacia *erga omnes* al dar noticia de él la publicidad registral⁴⁵. Sería imposible intentar aquí un esbozo de sistematización de la variadísima gama de supuestos en que se produce el fenómeno ahora indicado⁴⁶. Baste decir que, salvo en los casos en que la conexión de lo personal a lo jurídico-real deriva en figuras de naturaleza comúnmente considerada real (hipoteca, crédito refaccionario anotado o inscrito), en muchos otros casos se limita a producir una *sujeción*⁴⁷ o *afección*⁴⁸ de la cosa incidida a la efectividad de un derecho que, por no atribuir poder positivo inmediato en aquélla, no puede ser considerado como auténtico derecho real en la misma⁴⁹. El derecho personal no es ahora objeto de inscripción especial y separada, y su constancia registral no se limita tampoco al solo objeto de darle cognoscibilidad y oponibili-

cometido de *afección*, de tipo, por tanto, negativo, de todo cuanto consta inscrito [...] En este modo de producirse lo inscrito adquieren especial relieve algunos casos de cargas o gravámenes inscritos [...] Además de estos dos casos, cabe señalar [...] los modos causalizados [...].»

⁴⁵ Cfr. VALLET DE GOYTISOLO: *Determinación de las relaciones jurídicas respecto a inmuebles susceptible de transcendencia respecto a tercero*, en «Estudios de Derecho de Cosas y Garantías Reales», Madrid, 1962, p. 183: «En las relaciones que se inscriben, no nos parece posible separar lo real y lo puramente obligatorio si forman un todo conjunto unitario apreciado según un criterio fundado en la idea de lo justo conforme a la naturaleza de las cosas y a lo realmente querido por los contratantes. Sólo en caso de dar lugar a relaciones proyectadas en el futuro como diferentes e independientes –juzgadas con el mismo criterio–, entendemos que, únicamente, deberá inscribirse la que sea inherente al inmueble y rechazarse la inscripción de la que suponga una prestación puramente personal del obligado desvinculada cara al futuro de la relación que queda inscrita.»

⁴⁶ Vid. para ello, VALLET DE GOYTISOLO: *Determinación ...*, cit., pp. 177-178; también, para una relación de cargas o gravámenes reales inscribibles aunque no constitutivas, positivamente, de derecho real, vid. ROCA SASTRE: *op. cit.*, II, pp. 680-689.

⁴⁷ Así, VALLET DE GOYTISOLO: *Determinación ...*, cit., pp. 176-177: «Tenemos una serie de situaciones, jurídicamente protegidas, *sin inmediato goce o disfrute de la cosa*, pero que pueden dar lugar a una *sujeción* con mayor o menor inherencia en la cosa. Situaciones de *sujeción* a las que puede corresponder, en el lado activo: un poder jurídico dirigido a la perfección de un acto adquisitivo, o simplemente a una mera expectativa protegida de dicha *sujeción*».

⁴⁸ Cfr. ROCA SASTRE: *op. cit.*: «Se ha explicado antes el principio de publicidad registral como instrumento de protección de terceros adquirentes, según los dos principales sistemas de transcripción y de exactitud del Registro. Pero para completar la función de la publicidad registral procede no olvidarla en cuanto despliega un cometido de *afección*, de tipo, por tanto, negativo, de todo cuanto consta inscrito [...] lo inscrito afecta o perjudica a tercero, en la medida que no sirva de apoyo al tercer adquirente sino en cuanto le perjudica.»

⁴⁹ Cfr., en la doctrina italiana, BIGLIAZZI GERI: *op. cit.*, pp. 72-77. En la nuestra, ROCA SASTRE: *op. cit.*, II, pp. 680-681, acusando la *insuficiencia normativa* del artículo 2 LH, en cuanto omite «los actos susceptibles de ser registrados por medio de asiento de inscripción (sea exclusivo, sea compartido con otro principal), que implique *carga, gravamen, afección de carácter real u otra limitación o restricción de la misma índole, sin empero atribuir derecho real alguno* a la persona favorecida, sino tan sólo una expectativa, un dere-

dad *erga omnes*. Su existencia se produce aquí incrustada en la del derecho real, y así la publica el Registro en función aseguradora y a modo de limitación o gravamen de aquel⁵⁰. Constituye esta hipótesis una posibilidad abierta⁵¹, de reiteradísima aparición en el Código Civil y en nuestra

cho potestativo o derecho personal u obligatorio, y, a veces, como en la prohibición de disponer, ni eso».

⁵⁰ Al respecto, ROCA SASTRE: *op. cit.*, II, pp. 698-699: «Fuera de estos supuestos específicos de acceso registral de derechos personales [arrendamientos y opción de compra, a través de sus correspondientes asientos de inscripción], cabe señalar otros en que indirectamente derechos de tal naturaleza acceden al Registro. Dejando aparte las que hemos llamado reservas autenticadas y determinaciones o reglas de los estatutos de un edificio en régimen de propiedad horizontal, estos supuestos son los siguientes: [...] b) *Los derechos personales emanados de cargas, gravámenes o afecciones de carácter real inmobiliario*. Ya hemos hablado anteriormente de estas cargas, gravámenes y afecciones que sin atribuir derecho real alguno al favorecido con ellas le invisten de un derecho personal. Pues bien, éste es otro supuesto en que en el Registro viene a constar este derecho personal, como, por ejemplo, el derecho de percibir las pensiones periódicas en los censos no enfiteúticos, entre otros, pero a pesar de ello no es este derecho personal u otros accesorios el que se halla inscrito en el Registro, sino tan sólo de un modo indirecto, ya que lo que propiamente está inscrito es el gravamen, carga o afección inmobiliaria».

⁵¹ Tal carácter abierto aparecía expresamente y con absoluta claridad en el artículo 1831 del Proyecto de Código de 1851:

«También deben inscribirse los títulos en que se imponen sobre bienes inmuebles algunos de los derechos siguientes:

- 1.º Usufructo, uso o habitación.
- 2.º Censos consignativos o reservativos.
- 3.º Servidumbres.
- 4.º Concesiones de minas, canteras u otros aprovechamientos semejantes.
- 5.º Los arrendamientos por seis años o más, y las anticipaciones de alquileres o rentas por más de un año.
- 6.º Las cargas de restitución o reversión.
- 7.º Cualquiera reserva o condición que lleve consigo la revocación, resolución, reducción o suspensión de la libre facultad de disponer de la propiedad.
- 8.º *Cualquiera otro gravamen u obligación real*» (el sub. es nuestro).

Para el Derecho vigente deben tenerse en cuenta las palabras de ROCA SASTRE: *op. cit.*, II, p. 690, acerca de la expresión utilizada por el artículo 7 RH: «Lo que ocurre con dicho artículo 7 del Reglamento Hipotecario es que quiere expresar más bien la idea de *carga, gravamen o afección real inmobiliaria* que no originen derecho real alguno en provecho del favorecido, pero sin encontrar las palabras adecuadas para ello, que, sobre todo las que carecen de un nombre específico clásico, no son fáciles de puntualizar debido a su *nominalidad, por no estar previstos por la ley ni por la doctrina jurisprudencial, con su puño propio o estatuto específico resultante de su regulación legal*». Previamente, en las pp. 681-689, ensaya el mismo ROCA una exposición con cierto orden y detalle de las cargas, gravámenes, afecciones, limitaciones o restricciones de transcendencia real inmobiliaria que, constituyendo capítulo abandonado por el artículo 2 LH, han sido previstas en otros preceptos de la misma Ley o de su Reglamento. Favorable, en cambio al límite de la tipicidad, aun cuando admitiendo excepciones causalmente justificadas, en nuestra doctrina, Díez-PICAZO: *Elementos ...*, III, cit., pp. 134-135: «El excepcional carácter que tanto las obligaciones *propter rem* como las titularidades *ob rem* presentan y lo excepcional de las consecuencias que perfilan su régimen jurídico, en cuanto desviaciones del normal régimen jurídico de las obligaciones, inclinan a pensar en una rigurosa aplicación del principio de legalidad. De acuerdo con esta tesis no hay más obligaciones *propter rem* que aquellas que la ley reconoce como tales, ni más posibilidades de vinculaciones *ob rem* entre derechos reales que aquellas que aparecen expresamente admitidas. Probablemente ésta sea, hay que confesarlo, la posición más segura. Frente a ella, la reacción se produce únicamente en aras de un posible encuazamiento de intereses prácticos que parecen atendibles y que no encuentran otro camino instrumental que éste. [...] A nuestro juicio, una vez más, el problema es un problema causal. Podrán constituirse, pues, derechos reales

Ley Hipotecaria ⁵², y cuya omisión en el artículo 2 de ésta ha valido al mismo la reiterada crítica de Roca Sastre ⁵³: no todo lo que, por ser contenido o relación jurídico-real, debe tener acceso al Registro de la Propiedad es –positivamente– derecho real ⁵⁴. La situación jurídica de la finca, incluso atendiendo ahora *in complexu* a la jurídico-real, no queda descrita sólo por el dominio y los derechos reales constituidos sobre ella, sino también, y en decisiva medida, por las cargas, límites y afecciones que los modalizan o recortan ⁵⁵. En la Exposición de Motivos de 1861 se decía que el

atípicos y atípicas obligaciones *propter rem* o atípicas vinculaciones *ob rem*, siempre que exista una causa bastante. Por causa bastante entendemos no sólo la estrictamente recogida como tal por la ley, sino también aquellas otras finalidades o funciones económico-sociales dignas de tutela, que sean cuando menos similares o análogas a las que la ley recoge». En la doctrina de la DGRN, e.c., la R. de 26 de mayo de 1997: la demanda en la que se solicita que determinadas fincas queden afectas al pago de la comisión del mandatario que medió en su adquisición no es anotable en el Registro: «El Registrador, aunque tiene muy limitada su potestad de calificación cuando se trata de documentos judiciales, tiene, sin embargo, la facultad y el deber de decidir si existen para el asiento judicialmente ordenado “obstáculos que surjan del Registro”» (cfr. art. 100 del Reglamento Hipotecario), lo que le obliga a rechazar dicho asiento si con él se vulneran las exigencias (transcendencia real inmobiliaria, determinación, número cerrado de las anotaciones preventivas, número cerrado de las afecciones reales) del sistema registral español (cfr. Resolución de 12 de mayo de 1992) [...] Las anteriores consideraciones determinan que cuando se trata de practicar una anotación de demanda de la prevista en el artículo 42-1 de la Ley Hipotecaria, el Registrador [...] si deberá comprobar que la acción ejercitada tiene efectivamente transcendencia real y que ésta queda suficientemente precisada en su alcance y, en el caso debatido, tal apreciación no es posible por cuanto la afección cuyo reconocimiento judicial se pretende ni es de las específicamente previstas en la Ley (advirtase que ningún precepto legal establece la afección real de bienes inmuebles específicos en garantía de los pagos debidos al mandatario), ni aparece mínimamente definida en su contenido y efectos [...]». En la doctrina italiana se muestra favorable al *numerus apertus* de las obligaciones *propter rem* BIGLIAZZI GERI: *op. cit.*, pp. 62 ss.; contrarios, FERRI, Luigi: *Tutela dei diritti. Trascrizione immobiliare*. Com. SCIALOJA-BRANCA, Libro Sesto. Bologna-Roma 1960, p. 163; NATUCCI: *op. cit.*, pp. 321 ss.

⁵² La enumeración de preceptos que sigue, ni es completa, seguramente, ni, sobre todo en algunos casos, dejaría de exigir algún tipo de explicación que en esta sede resulta imposible acometer; puede bastar, con todo, para dar idea de lo que en el texto se afirma. En cuanto al Código Civil. Vid. artículos 780; 788; 813, II; 818; 824; 866; 891; 1.021; 1.023; 1.086; 1.534; 1.802; 1.882. En la Ley Hipotecaria, arts. 2, 3.^º; 13; 15, II y V; 23; 45; 46; 47; 48; 50; 51; 52; 53; 54; 61; 62; 71; 88; 90; 91; 93; 98; 131, 4.^º; 2; 131, 5.^º; II; 131, 8.^º; 131, 10.^º; 131, 13.^º; 133, II; 184; Disp. Trans. I, B). En el Reglamento Hipotecario: artículos 32; 80, 2; 82; 84; 85; 86; 88; 89; 95, 4.^º; 206, 9.^º; 225; 252; 353, 2.^º; 484; 603; 604.

⁵³ ROCA-SASTRE, en los lugares ya citados: I, pp. 174-175, y II, pp. 680-689.

⁵⁴ Así, ROCA-SASTRE: *op. cit.*, II, p. 665: «El concepto de *carga o gravamen real*, tiene un ámbito no siempre coincidente con el propio del *derecho real*, y, por ello, no consideramos acertado involucrarlo cuando se trata de la cuestión planteada por la distinción añeja entre derechos reales y derechos obligacionales. No hay que olvidar que *todo derecho real implica una carga o gravamen*, mas *no toda carga o gravamen envuelve un derecho real*» (sub. del a.); íd.: p. 692: «[...] ha de sostenerse que no pueden inscribirse en el Registro los derechos que no tengan carácter real inmobiliario, salvo los que por excepción permite la ley que tengan acceso al Registro, como en los casos siguientes: [...] 2. Los derechos que sin tener carácter real deriven o emanen de carga, gravamen o afección real inmobiliaria a favor de la persona favorecida».

⁵⁵ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 89-90: «El acto (o título en sentido material) presentado al Registro, de ordinario no se limita a denunciar la atribución del derecho a su titular y dar cuenta de su causa, sino que contiene especificaciones que configuran e individualizan el derecho inscrito. Estas especificaciones no son, en sí y necesariamente, derecho real, pero desde el momento en que, según la voluntad de las partes, hayan de tener efica-

Registro debe hacer patente a todo interesado el «estado»⁵⁶ de la finca; Luzuriaga hablaba de las «obligaciones» de la propiedad⁵⁷; en la actualidad, tras la expansión de la Propiedad Horizontal, es muy claro que lo que el Registro publica respecto a ella es, en toda su complejidad, el estatuto concreto de dicha forma de propiedad, con su inevitable y circunstanciado cortejo de limitaciones, obligaciones *propter rem*, afecciones y cargas⁵⁸. Con carácter general y para cualquier forma de situación jurídico-real inmobiliaria lo expresa el artículo 13 de la Ley Hipotecaria: cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surta efectos contra terceros, debe figurar inscrita en el Registro.

Concluyendo ya en este punto: Bueno es que, siguiendo la literalidad del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, retengamos, como indicadora del contenido propio y principal de la inscripción y de la publicidad registral, la expresión «dominio y demás derechos reales»; pero, al hacerlo, si no queremos obtener o transmitir una imagen simplificada y deformante, añadamos que el dominio —expresión la más completa del derecho recayente en las fincas y base sobre la cual descansan los demás derechos reales que el Registro publica— no puede entenderse como un derecho necesariamente atendido a la pureza de su consideración abstracta y al arquetipo de su existencia ideal y separa-

cia *erga omnes* (y supuesto que, por su naturaleza, puedan tenerla), se incorporan a la situación jurídica inscrita, constituyendo parte de su sustancia. El Registro no está concebido para recibir simplemente el nacimiento de nuevos derechos reales o la transmisión de los existentes, sino para describir, con sus caracteres particulares, la situación jurídica de cada inmueble inmatriculado, y así, para manifestar cuándo es ésta claudicante o cuando el complejo de facultades atribuidos a un titular es distinto del que comporta la configuración típica de su derecho»; DIEZ-PICAZO: *op. cit.*, pp. 489-490: «Es necesario apartarse de las fórmulas clásicas para las cuales el Registro de la Propiedad publica los actos y contratos relativos al dominio y a los demás derechos reales sobre bienes inmuebles [...] Esto es verdad. Pero no es suficiente [...] Además el Registro anuncia todas aquellas vicisitudes o situaciones jurídicas que tienen una repercusión práctica en torno al inmueble. Por esto, para definir el Registro de la Propiedad nosotros preferimos decir que es una institución administrativa destinada a contener la publicidad oficial de la situación jurídica de los bienes inmuebles. De aquí que al Registro lleguen situaciones inmobiliarias o situaciones de proyección inmobiliaria aunque nada tengan que ver con el derecho real (el arrendamiento; la opción de compra; la prohibición de disponer; la incapacitación, que supone una merma del poder de disposición, pero no un derecho real, etc.)». La misma idea, en cuanto al Registro suizo, en DESCHENAUX: *op. cit.*, p. 3: «Dans une acception plus étroite, le registre foncier est l'ensemble des documents tenus par les agents de ce service. Les opérations qui y sont faites sont destinées à représenter la situation juridique de l'immeuble, en renseignant sur la personne de son propriétaire, sur les droits réels qui grèvent l'article, sur certains droits personnels en rapport avec lui, sans parler des restrictions du droit d'aliéner qui peuvent le frapper ou d'autres rapports juridiques qui le concernent. C'est ce que veut exprimer l'article 942 al. 1: "Le registre foncier donne l'état des droits sur les immeubles" (F. GUISSAN)».

⁵⁶ P., e.c., 228: «el estado de la propiedad y sus gravámenes»; 261-262: «Una anotación preventiva pondrá a todos al corriente del verdadero estado de la finca».

⁵⁷ LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 946: «No es bastante hacer patentes la traslación y las obligaciones de la propiedad [...]».

⁵⁸ Al respecto, don JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Propiedad sobre pisos y habitaciones*, en «Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil, II», Madrid 1948, pp. 347 ss.; ROCA-SASTRE: *op. cit.*, II, pp. 692-693; LÁCRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 92; DIEZ-PICAZO: *op. cit.*, p. 343.

da, sino en la concreta forma y con los precisos límites que resultan de su particular título constitutivo. Se puede afirmar como cierto que no tienen acceso al Registro los títulos cuyo contenido principal sea la constitución de un derecho personal o el establecimiento de una relación puramente obligacional. No sería exacto, en cambio, sostener que sólo puede acceder al Registro el título relativo al derecho real, y, concreta y exclusivamente, en lo que respecto de él contiene de estrictamente constitutivo o de determinante de las vicisitudes de su transmisión o extinción. Los derechos personales, que con tanta frecuencia se mueven en torno a la propiedad y demás derechos reales sobre las fincas, no son objeto directo ni autónomo de publicidad registral, pero pueden serlo indirecta y subordinadamente a través de sus múltiples formas de incidencia externamente limitadora o conformadora –modalizadora– de los derechos reales inscritos. Así lo ha entendido la Dirección General de los Registros al admitir a inscripción la que denomina «cláusula penal» por la que se autoriza al vendedor por precio aplazado a retener parte de lo recibido en tal concepto como indemnización por los daños derivados de la resolución de la venta por falta de pago en el tiempo convenido ⁵⁹. La Resolución de 4 de mayo de 1992 ⁶⁰ lo razona afirmando que «la plasmación registral del negocio no puede realizarse exclusivamente en función de la naturaleza básica, real u obligacional, de cada una de sus estipulaciones, sino que junto a este criterio ha de procurarse la no desnaturalización de la autonormación de los intereses particulares efectuada por los otorgantes dentro de los límites legales (arts. 1.255 CC, 2 y 9 de la Ley Hipotecaria y 7 y 51 del Reglamento Hipotecario)» ⁶¹. De ahí, que «habida cuenta de las exigencias de claridad y precisión de los pronunciamientos registrales y de la necesaria expresión en los asientos de todos los pormenores del título que definan la extensión del derechos inscritos (arts. 9. 2.º de la Ley Hipotecaria y 51. 6.º del Reglamento Hipotecario), debe mante-

⁵⁹ Sobre esta llamada «cláusula penal» observa DELGADO ECHEVERRÍA, en el comentario a la R. de 16 de septiembre de 1987 (CCJC, 15, pp. 5012-5013): «Aunque suelen considerarse “cláusula penal” [los pactos por los que el vendedor retendrá y hará suya la totalidad o parte de las cantidades pagadas por el comprador hasta el momento de la resolución], el hecho es que no consisten en la obligación accesoria de pagar una cantidad en concepto de indemnización dispensando de la prueba de los daños, sino en la apropiación de cantidades que el vendedor recibió –como precio– en monto imprevisible para ambas partes cuando contrataron la compraventa [...] me parece que, más que de pena convencional –obligación (sub. del a.) accesoria para cuando se incumpla la principal– cabe hablar de constitución de arras penales (así, parece, en el Derecho romano: D. 18, 3, 8), con la peculiaridad de que estas arras se van constituyendo sucesivamente, conforme el comprador va pagando los plazos del precio, y adquieren este carácter al producirse la resolución».

⁶⁰ Comentada por JORDANO FRAGA en los CCJC, 29, pp. 549-560.

⁶¹ Se inserta tal afirmación en el núm. 3 de sus FD, cuyo texto es como sigue: «El otro tema debatido hace referencia a la inscribibilidad de la cláusula penal prevista para el caso de resolución, la que es negada por el Registrador por tratarse de estipulaciones personales carentes de transcendencia real. La cuestión, sin embargo, dista de ser sencilla; dada la unidad negocial configurada en concordancia con la finalidad práctica perseguida, la supeditación del efecto restitutorio real al simultáneo cumplimiento de cierto contenido

nerse la consignación registral de las cláusulas penales que acompañan a las previsiones resolutorias explícitas»⁶².

II. EL NUMERUS APERTUS DE LOS DERECHOS Y LIMITACIONES REALES

1. INTRODUCCIÓN Y PRESUPUESTO

Todo lo dicho en el número anterior implica ya, por sí solo, el sentido de la respuesta a la cuestión, algo manida⁶³, sobre el criterio seguido en nuestro Ordenamiento acerca de la libertad de los particulares en orden a la configuración de los derechos reales. Parece evidente, en efecto, que el amplio cortejo de añadidos modalizadores permitidos por nuestro Derecho en la creación y modificación de las diferentes formas de poder en las cosas, supone una neta y decidida decantación en favor del criterio del *numerus apertus*⁶⁴. Es ésta, con todo, una cuestión que debemos plantearnos expresamente e *in recto* al hilo de la expresión utilizada en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria: *y otros [derechos] cualesquiera reales*, que, a su vez, desarrolla y explicita el artículo 7 del Reglamento al hablar

obligacional, así como la posible actuación extrajudicial del supuesto y la hipotética aparición de terceros interesados, se produce una íntima conexión entre las varias estipulaciones integrantes, de modo que la eficacia plena de cada una de ellas no puede determinarse aisladamente, sino en conjunción con las restantes; por ello, la plasmación registral del negocio no puede realizarse exclusivamente ...», *sigue ut supra in texto*.

⁶² La misma doctrina, y en formulación similar, puede verse en RR. de 14 de octubre de 1991 y 29 de junio, 10 y 13 de julio de 1992. En la citada en el texto, de 4 de mayo de 1992, la expresión ahora reproducida se contiene en el FD 5: «Ciertamente, como a efectos registrales es suficiente con la consignación global para la reinscripción a favor del vendedor y ésta no quedará afectada por el resultado de la decisión judicial sobre el porcentaje de lo devuelto que corresponda legítimamente al comprador o a sus sucesores en la titularidad del bien rescatado, podría invocarse la no necesidad de constatación tabular de la cláusula penal estipulada. Mas no puede ignorarse que tal omisión produciría una innegable ambigüedad sobre el alcance del mecanismo subrogatorio implícito en la resolución, respecto de los posibles adquirentes posteriores del dominio o de un derecho real sobre el bien resoluble; éstos desconocerán si ese silencio registral implica la definitiva extensión de sus expectativas subrogatorias a todas las cantidades abonadas por el comprador o si, por el contrario, habrán de atenerse en cuanto a dicho extremo al concreto contenido contractual estipulado. Por ello, y habida cuenta de las exigencias de claridad [...]], *sigue, ut supra in texto*.

⁶³ Cfr. GARCÍA CANTERO, en nota a CASTAN: *Derecho Civil español, común y foral*, II, 1.º, 13.ª ed., Madrid, 1987: «La discusión *numerus clausus - numerus apertus* lleva camino de convertirse en una de las más estériles de la dogmática de los derechos reales [...]»; ROMÁN GARCÍA, A.: *La tipicidad en los derechos reales*, Madrid, 1994, p. 181: «A nuestro juicio, la discusión dogmática sobre si el sistema es de *numerus clausus* o *numerus apertus* resulta inútil».

⁶⁴ Al criterio del *numerus apertus*, como Base de nuestro Derecho de Cosas, de necesaria proyección en la determinación de nuestros Principios Hipotecarios, nos hemos referido en el trabajo: *Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema español*, ADC 1995, pp. 527 ss., esp., pp. 549-555.

de cualesquiera otros [títulos] relativos a derechos de la misma naturaleza [que el dominio o los derechos reales], así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a los derechos reales⁶⁵.

La alternativa entre los contrapuestos modelos del *numerus apertus* o del *numerus clausus* de los derechos reales, al menos en los términos en que actualmente se la plantea, es problema peculiar de los tiempos modernos. Supone, en efecto, la concurrencia de un conjunto de datos cuya acumulación no va a producirse hasta el siglo pasado. En lo político-económico exige la desvinculación y liberalización de la propiedad inmobiliaria y su masiva entrada en el mercado. En lo más estrictamente jurídico requiere, de una parte y en lo sustantivo, la superación de la tiranía del tipismo legal y, consiguientemente, la instauración del principio de la autonomía de la voluntad; de otra, y en lo instrumental, la creación del Registro de la Propiedad como instrumento de cognoscibilidad legal de las situaciones jurídicas inmobiliarias⁶⁶. Es en esta coyuntura cuando al legislador se va a suscitar el problema de política jurídica: ¿qué es más ventajoso en Derecho: limitar el número de los derechos reales y uniformarlos rígidamente para su más fácil y cierta identificación, o permitir a los particulares crearlos libremente y adaptarlos a sus concretos intereses, autorizando que, así libremente configurados, puedan entrar en el tráfico? En Alemania, Suiza, y Portugal, entre otras naciones, se optó por la primera posibilidad (*numerus clausus*); en Francia y España, por la segunda (*numerus apertus*)⁶⁷. Antes de entrar en la fundamentación de lo dicho en cuanto a nuestro sistema y en el estudio del mismo, conviene dejar sen-

⁶⁵ La lapidaria expresión del actual artículo 7. del Reglamento Hipotecario, 14 a partir de la reforma de 6 de agosto de 1915, procede ya de 1861, figurando entonces en el artículo 1 del texto reglamentario: «Conforme a lo dispuesto en los párrafos 1.º, 2.º y 3.º del artículo 2 de la Ley, no solo deberán inscribirse los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan el dominio o los derechos reales, que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma índole, como adquisiciones de fincas pertenecientes a la mitad reservable de los mayorazgos, concesiones definitivas de minas, caminos de hierro, aguas, pastos y otros semejantes, o bien cualquier acto o contrato legítimo que, sin tener nombre propio en derecho, modifique desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o derechos reales».

⁶⁶ Lo afirmamos así porque desde el punto de vista indicado, y en nuestra opinión, la frecuente referencia al Derecho Romano como modelo de Ordenamiento atenido al criterio del *numerus clausus* pierde mucho de su significado e interés. De todos modos, y sobre el pretendido precedente romano, vid., en nuestra más reciente doctrina, ROMÁN GARCÍA: *op. cit.*, pp. 21-33.

⁶⁷ Para una exposición completa y detallada del Derecho comparado en la materia, vid. ROMÁN GARCÍA: *op. cit.*, pp. 89-128. Con anterioridad, DíEZ-PICAZO: *Autonomía privada y derechos reales*, RCDI, 1976, pp. 273-277. Por otra parte, como es sabido, la adscripción de nuestro Derecho al sistema de *numerus apertus* es muy discutida en nuestra doctrina. La reconocen, sin reservas ni reticencias, aunque reconociéndole sus límites naturales: ALBADALEJO, M.: *Derecho Civil*, III, 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1976, pp. 28-33; MONTÉS, V.: *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*,

tado con mayor detalle qué es lo que pretende el contrario, cómo se le justifica, y en qué forma se desenvuelve su funcionamiento.

2. EL CRITERIO DEL *NUMERUS CLAUSUS*: SIGNIFICADO Y RAZONES QUE LO SUSTENTAN

Parte el criterio favorable al *numerus clausus* —al que en el colmo de un fervor que nos parece indiscreto se ha querido buscar apoyo constitucional por parte de algún autor italiano⁶⁸— de la idea de la mayor proyección social de los derechos reales: mientras la relación puramente obligacional limita su eficacia —por ello calificada de relativa— a la estricta relación *inter partes*, el derecho real, adornado de la nota de su oponibilidad *erga omnes* —por ella calificado como derecho absoluto—, a todos puede imponerse y todos, por tanto —constituyentes o terceros—, deberán estar a su existencia y contenido⁶⁹. Si a este dato se añade, de

Madrid, 1980, p. 219; ROMÁN GARCÍA: *op. cit.*, *passim*. Una muy breve defensa, pero excelentemente razonada, de la vigencia del *numerus apertus* en nuestro Derecho, en NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, RCDI, 1949, pp. 145-147.

⁶⁸ NATUCCI: *op. cit.*, pp. 171-174: «L'art. 1372 CC può essere considerato [...] la base positiva del principio di tipicità. Ma altre norme possono richiamarsi. Essenzialmente, l'art. 42, Cost., secondo il quale è alla legge affidato il compito di determinare «i modi di acquisto, di godimento e i limiti della proprietà»; ma anche, sulla stessa linea dell'art. 42, Cost., l'art. 832 CC, il quale, nel determinare il contenuto della proprietà, richiama i «limiti» e gli «obblighi» stabiliti dall'ordinamento giuridico. Scopo primo della norma dell'art. 42, Cost. è certamente una garanzia di carattere liberale alla proprietà privata contro le limitazioni (e le varie determinazioni) del suo contenuto provenienti dall'Autorità amministrativa. In sostanza, la posizione di una «riserva di legge» in materia di proprietà privata. Ma egualmente, e forse a maggior ragione, può vedersi nell'art. 42, Cost. lo scopo di non permettere ai privati limitazioni del diritto di proprietà con effetti verso terzi (in particolare verso i terzi acquirenti). [...] Ai privati è vietato, in altre parole, stabilire la *conformazione* oggettiva del diritto di proprietà, essendo invece tal funzione riservata al legislatore» (p. 171); «La tutela sostanziale della proprietà privata predisposta dalla Costituzione (come proprietà libera, non dissociata tendenzialmente nei suoi poteri di godimento e di disposizione) non è quindi rilevante ai fini del principio di tipicità. Lo è invece la tutela «formale» di cui all'art. 42, Cost., ossia la riserva di legge stabilita riguardo alle limitazioni e al contenuto della proprietà privata» (p. 174).

⁶⁹ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *Derecho Inmobiliario y Derecho hipotecario*, en «Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil», I, Madrid, 1948, pp. 19-20: «La diferencia más importante que separa al *derecho de cosas* del de obligaciones, es la de referirse aquél directamente a un señorío sobre la cosa y éste a una dominación de la voluntad ajena, [...] Derivase de esta distinta naturaleza el diferente valor que la ley y la voluntad adquieren en ambos ordenamientos [...] cabe afirmar que el derecho de obligaciones recibe preferentemente su vigor de la voluntad, mientras el de cosas se halla estereotipado en los cuerpos legales; en aquél la voluntad modifica y suple a la ley, en éste sólo debiera admitirse su poder arbitrario en términos sumamente restringidos; en el uno entran en primera línea los intereses de acreedor y deudor, el negocio se desenvuelve *inter partes*; en el otro la sociedad entera se halla directamente interesada, el derecho absoluto se ejercita *erga omnes*»; COSSÍO: *op. cit.*, p. 91: «Precisamente el carácter absoluto y permanente de las relaciones jurídicas reales; el amplio círculo de intereses que por ellas son afectados, hace que la autonomía de la voluntad deba, en ellas, ser objeto de una mayor limitación que en las relaciones obligatorias»; DíEZ-PICAZO: *op. cit.*, p. 273: «Se funda esta línea [la defensora del *numerus clausus*] en la idea de que la

una parte, el peculiar interés de las distintas figuras de los derechos reales, en cuanto determinantes de las formas de poder en las cosas que el Ordenamiento autoriza y tutela ⁷⁰; y, de otra, la más connatural vocación del derecho real a su ingreso y circulación en el tráfico ⁷¹, ya se comprende el surgimiento y la afirmación de toda una línea de política jurídica tendente a la determinación rigurosa y precisa de los diferentes tipos de los derechos reales. La imagen, por muy expresiva, viene enseguida a la imaginación: al igual que la moneda, para existir como tal y cumplir su función en el tráfico, necesita del cuño, el derecho real, para poder pasar siendo el mismo de mano en mano, requiere mantenerse en los contornos que lo identifican en la identidad de su propio tipo y, en razón del mismo, en la invariable peculiaridad de su contenido ⁷². *Typenfixierung*, o fijación de los tipos, y *Typenzwang*, u obligatoriedad de atenimiento al contenido del tipo correspondiente, son las expresiones que, con el rigor

constitución de derechos reales no es materia que presente un exclusivo interés privado y que, por consiguiente, pueda dejarse a merced del arbitrio de los particulares. Afecta a los intereses de los terceros (posibles adquirentes, personas de cualquier modo relacionadas con los bienes, etc.) y, por ello, al tráfico en general y en esa medida al orden público».

⁷⁰ Aluden a esta idea las RR., e.c., de 23 y 26 de octubre de 1987: «En la configuración de los derechos de obligación predomina el principio de autonomía de la voluntad y son excepcionales los límites que impone el orden público. En la configuración de los derechos reales predominan, en cambio, los criterios de orden público, sin negar totalmente el juego de la autonomía de la voluntad; ello es consecuencia de la propia naturaleza del dominio y de los derechos reales, pues tienen transcendencia «*erga omnes*» y afectan directamente al estatuto jurídico del aprovechamiento y circulación de los bienes y, por tanto, a la economía de la nación». En la doctrina, cfr. COSSIO: *op. cit.*: «Descansa el sistema del número tasado de los derechos reales en el doble número de consideraciones: 1.º En el deseo de proteger solamente mediante derechos de eficacia real, aquellos intereses tradicionalmente reconocidos, y mantener alejados de la vida jurídica aquellos tipos de derecho real que no responden a necesidades comprobadas». LACRUZ BERDEJO: *Derechos Reales*, «Elementos III, 1.º, 1.ª parte, Barcelona, 1988, p. 23: «En favor de la adopción de un sistema semejante se alega, además, que conceder a un conjunto de facultades la condición de derecho real tiene efectos demasiado graves para los terceros, para la economía y para la riqueza nacional, como para que el estado lo deje en manos de los particulares».

⁷¹ ALBADALEJO, M.: *op. cit.*, p. 31: «[...] desde el punto de vista del Derecho constituyente la tesis del *clausus* goza de cierta extendida opinión favorable, que se apoya en argumentos unas veces de algunos vuelos (como cuando se dice que la constitución de los derechos reales presenta un interés no limitado, como la de los créditos, a los intervinientes, sino general o colectivo, ya que los bienes luego circulan en el tráfico jurídico y pasan a manos de otras personas con aquellos derechos sobre sí [...]); PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, p. 22, alegando las razones en favor del *numerus clausus*: «De otro modo podrían quedar perturbados la explotación y tráfico de los bienes».

⁷² DON JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Principios Hipotecarios*, Madrid, 1931, p. 366: «Los derechos reales son, en cierto modo, moneda acuñada, cuyo peso no debe dejarse al arbitrio de los contratantes»; NÚÑEZ LAGOS: *op. cit.*, p. 146: «En una palabra, los derechos reales están *acuñados* (sub. del a.) en el mismo Código civil alemán, tienen "perfiles monetarios". Si las monedas eran bienes, ¿por qué no convertir los bienes en moneda?»; LACRUZ: *op. cit.*, p. 23: «El sistema de *numerus clausus*, que hace de los derechos reales moneda acuñada circulando en el tráfico con un valor fijo y determinado, presta gran seguridad a los adquirentes y a los terceros [...]».

y exactitud de la terminología alemana, retratan el sistema del *numerus clausus*⁷³. De acuerdo con él, las distintas figuras de los derechos reales no podrán alterarse ni modalizarse por voluntad de los particulares; su eficacia no podrá someterse a condición ni a término⁷⁴. Gana en ello la seguridad del tráfico y, no en menor medida según la intención de sus autores, la sencillez y la claridad del Registro Inmobiliario nacido para instrumentarla⁷⁵, el cual, mediante la técnica del encasillado, puede cumplir su función de dar noticia de la existencia y contenido del derecho real simplemente indicando el *nomen* que lo identifica en Derecho como peculiar tipo entre los que la ley consagra admitiendo su existencia y conformando su contenido. Cualquier reserva de las partes respecto de tal conformación necesaria tendrá carácter meramente obligacional y, por ende, eficacia exclusivamente relativa⁷⁶. En el plano de lo jurídico-

⁷³ STAUDINGER-ERTL: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 12., neubearbeitete Auflage. Drittes Buch, Sachenrecht, 1989, Vorbem zu §§ 873-902, Rz 32: «b) Der Grundsatz der Geschlossenheit dinglicher Rechte (*numerus clausus-Prinzip*) zwingt die Beteiligten, sich zur Regelung dinglicher Rechtsverhältnisse im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit bestimmter Arten dinglicher Rechte (Typenzwang) mit einem mindestens in den Umrissen zwingend festgelegten Inhalt (Typenfixierung) zu bedienen».

⁷⁴ Cfr. para el Derecho alemán, WOLFF-RAISER: «Derecho de Cosas», I, *Tratado de Derecho Civil*, ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, 3.ª ed., Barcelona, 1971, p. 227: «El contrato previsto en el § 873 puede concluirse bajo condición o a término. Se exceptúan las transmisiones de fincas y la de un derecho de superficie ya existente o de los derechos inmobiliarios equiparables a este último (§§ 925 ap. 2, 1.017 ap. 2 CC; § 11 Regl. d.ª sup.)». Es de interés transcribir aquí el 2.º párrafo del citado § 925: «Eine Auflassung, die unter eine Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam». En el Derecho suizo, cfr. DESCHENAUX: *op. cit.*, p. 86: «La propriété à inscrire ne peut comme telle être modalisée ni par une condition, ni par une clause de fiducie, ni par une clause d'inaliénabilité totale ou partielle». La peculiaridad de nuestro Derecho frente a estos modelos es resaltada por ROCA SASTRE: *op. cit.*, II, p. 745 y SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, Madrid, 1955, p. 367.

⁷⁵ Cfr. STAUDINGER-SEILER: *op. cit.* Einl zu §§ 854 ff Rz 38: «[...] und so wird das *numerus clausus-Prinzip* in der heutigen Dogmatik für notwendig gehalten [...] und mit dem Bedürfnis nach Sicherheit, Klarheit und Vereinfachung (man denke nur an die grundbuchrechtlichen Schwierigkeiten) gerechtfertigt». En nuestra doctrina, SERRANO SERRANO: *op. cit.*, (AUV, 1934, n. 18-19) p. 5: «Se dirá: ¿entonces, qué ventaja tiene la adopción del sistema de *numerus clausus* si sigue la misma diversidad de derechos reales? Tiene la ventaja de uniformar toda la gama de derechos sobre las cosas en unas categorías perfectamente definidas y con caracteres bien determinados [...] facilita la labor del Registrador, en cuanto a su deber de calificación; [...] se facilita en alto grado la gestión del Registro [...]»; COSSÍO: *op. cit.*, p. 90: «Descansa el sistema del número tasado de los derechos reales, en un doble número de consideraciones: [...] 2.º En el deseo de simplificar el sistema de los derechos, facilitando el orden y claridad de los asientos registrales, que pueden, de esta forma, adaptarse al cómodo sistema del encasillado». Nosotros estamos de acuerdo con ALBADALEJO: *op. cit.*, p. 31, cuando califica de «un tanto practicones» estos argumentos en favor del *numerus clausus*.

⁷⁶ Aparece ello con claridad en el § 137 del BGB, dedicado a la esencialidad real del poder dispositivo como contenido de la propiedad, sin perjuicio de la limitación puramente obligacional de su ejercicio: «Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt». Con carácter general se consagra la distinción en el párrafo 1.º del artículo 1306 del Código Civil portugués: «Não é permitida a constituição, com

real, de eficacia absoluta, es sólo la ley la que cuenta; nada puede de la voluntad privada ⁷⁷.

3. LOS RECELOS DE NUESTRA DOCTRINA CONTRA EL CRITERIO DEL *NUMERUS APERTUS* Y LA RECOMENDACIÓN DE ÉSTE ANTE LA EXPERIENCIA COMPARADA DEL SISTEMA CONTRARIO

Resultaba de interés adelantar la presentación que precede del sistema del *numerus clausus*, porque, a su vista, y para cualquier conocedor de nuestro régimen en esa materia, aparece *primo intuitu* cuán lejos de él estamos en nuestro Derecho. No es, obviamente, que nuestro Ordenamiento no cuide, tanto como cualquier otro, de la seguridad del tráfico y de la claridad en torno a las situaciones jurídico-reales. Lo que en todo esto llama la atención es la distonía o desencuentro que inmediatamente se advierte entre nuestro sistema legal y el juicio de

carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional». Doctrinalmente, mantiene este criterio para el Derecho italiano NATUCCI: *op. cit.*, pp., esp., 179-181 y 199.

⁷⁷ Idea ésta muy del gusto de NATUCCI, en cuyo pensamiento constituye pieza básica y central (cfr. *op. cit.*, pp., e.c., 195-197), pero que también se la encuentra a veces formulada en nuestra doctrina y para nuestro Derecho. Así: CAMPUZANO: *op. cit.*, p. 253: «Aunque nuestro Código civil no sigue este sistema, tampoco parece que pueda dejarse a los contratantes en libertad para dar transcendencia *erga omnes* a las estipulaciones de los contratos, quedando al libre arbitrio de cada uno la creación de los derechos reales»; DíEZ-PICAZO: *Fundamentos* III, cit., p. 109: «Entre las relaciones jurídicas obligatorias –puros intereses individuales– y las jurídicas reales –en que está presente el interés general o de terceros que en los derechos reales aparece siempre– existe una notable diferencia, que determina el que, así como en materia de relaciones obligatorias el instante o el momento constitutivo del efecto jurídico es siempre la voluntad individual por sí sola, quien lo señala [...] en materia de relaciones jurídico-reales la voluntad individual, que es idónea por sí sola para crear los vínculos obligatorios, es discutible que lo sea para alcanzar o constituir una situación que vincule a terceros. Ello obliga a preguntarse si en materia de derechos reales funciona el negocio jurídico –cauce institucional de la autonomía privada– y puede hablarse en rigor de un negocio jurídico-real o si, por el contrario, el efecto jurídico-real es un efecto *ex lege* derivado de un conjunto de trámites o de actos que se superponen y yuxtaponen al inicial negocio jurídico»; también, invocando la autoridad de DíEZ-PICAZO, AMORÓS GUARDIOLA: *op. cit.*, p. 275: «Como ha dicho algún autor, la voluntad, ligada con una causa, es fuente suficiente de obligaciones, pero no lo es, en cambio, por sí sola, para la creación de derechos reales»; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: «Curso de Derechos Reales», I. *Propiedad y Posesión*, Madrid, 1986, pp. 19-23: «Como presupuesto necesario del sistema de protección de la apariencia, el tratado de los derechos reales se funda en un sistema de tipicidad de los derechos reales; es decir, *numerus clausus* de derechos reales. Sólo existen los derechos reales que la ley determina, la autonomía de la voluntad no puede configurar nuevos tipos de derechos reales distintos de los ya preestablecidos por la ley [...] La libertad de crear nuevos tipos de derechos reales atenta contra la tutela del crédito y acrecienta la crisis de la propiedad como objeto de crédito». A pesar de lo dicho en las citas aquí reproducidas, debe advertirse que, en el planteamiento más general y común, la afirmación referida en el texto suele limitarse a la libertad de configuración de las figuras jurídico reales, no tanto a la iniciativa de su constitución o puesta en ser. Así, en nues-

quienes lo comentan o interpretan. No cabe duda de que nuestra doctrina, teniendo que pasar –al parecer de muy mala gana– por el reconocimiento de que en nuestro Ordenamiento se admite el *numerus apertus*⁷⁸, y lamentando tal admisión por privarnos –según se entiende– de las ventajas del criterio contrario⁷⁹, se produce en su tra-

tra doctrina, el mismo Díez-PICAZO: *op. cit.*, p. 108: «Para esquematizar este juego [el de la ley y la autonomía de la voluntad en materia de derechos reales] convendría separar los planos que acaban de ser distinguidos: el de la constitución, modificación o extinción de las relaciones jurídicas y el del establecimiento de su estatuto o conjunto de preceptos reguladores o, lo que es lo mismo, la determinación de su contenido. En el primer plano –el constitutivo de las relaciones jurídicas– la autonomía privada continúa siendo, en tema de derechos reales, el principio general»; en la alemana, SATAUDINGER-SEILER: *op. cit.*, Rz 39: «Wahrt das numerus clausus-Prinzip damit die Einheitlichkeit der absoluten Rechte, so tritt es auf der anderen Seite in Widerspruch zu dem in dem anderen Teil des Vermögensrechts, dem Schuldrecht, herrschenden Prinzip der *Vertragsfreiheit*. Der Konflikt ist allerdings nicht so zu verstehen, daß es im Sachenrecht keine Vertragsfreiheit gibt [...], sondern folgendermaßen zu beschreiben. Nicht betroffen ist die sog *Abschlußfreiheit* im Sinne einer Entscheidung über das “Ob” der Rechtsbegründung; die Bestellung eines dinglichen Rechts oder die Verfügung über ein solches Recht steht den Parteien frei. Betroffen ist allein die sog *Inhalts- oder Gestaltungsfreiheit* im Sinne einer freien Entscheidung über den Inhalt des zu begründenden Rechts».

⁷⁸ Cfr. CAMPUZANO: *op. cit.*, p. 124: «A su vez, el Código civil debía haber adoptado el criterio del *numerus clausus*, haciendo una enumeración tasada de los derechos reales»; *id.*: pp. 252-253: «Lo más acertado sería que la legislación estableciera el principio del *numerus clausus* [...] Aunque nuestro Código civil no sigue este sistema, [...]»; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones II*, cit. p. 349: «Nuestro Derecho sigue, en efecto, el sistema de libre creación de los derechos reales por los particulares»; GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Derecho Inmobiliario... «Estudios...»*, I, cit., p. 20: «Desgraciadamente, en España no ha penetrado esta verdad [que el derecho real debe quedar sustraído a la libertad privada] ni en las leyes, ni en las academias ni en el foro»; DE CASSO: *op. cit.*, p. 286: «El artículo 2.º debiera haber enunciado los derechos reales inscribibles con carácter *cerrado (numerus clausus)*, para evitar las actuales *vacilaciones de los Registradores*, que califican con criterio dispar [...] (subs. del a.)»; COSSÍO: *op. cit.*, p. 92: «Sólo el artículo 7 RH ofrece una base sólida para defender la liberalidad de constitución de nuevos tipos de derechos reales en nuestro derecho [...]»; ACEDO, Jesús: *Derechos reales innominados*, RCDI, 1959, p. 505: «La incógnita del problema sigue, por tanto, sin descifrar. Su solución será la aceptación, en una futura reforma legislativa, del sistema del “*numerus clausus*”»; ROCA SASTRE: *op. cit.*, II, p. 670: «Por otro lado, a pesar de que oficialmente nuestro sistema lo es de *numerus apertus*, [...]»; Díez-PICAZO: *Autonomía privada y derechos reales*, cit., p. 296 (posteriormente, en *Fundamentos*, III, cit., p. 128): «Que en nuestro Derecho positivo son admisibles los derechos reales atípicos y que por consiguiente rige el principio del *numerus apertus*, es algo que no se puede dudar».

⁷⁹ CAMPUZANO: *op. cit.*, p. 124: «Para que su sistema tuviera un desenvolvimiento verdaderamente técnico, la ley Hipotecaria y el Reglamento debían haber comenzado por determinar los bienes inmuebles susceptibles de inmatricularse [...] A su vez, el Código Civil debía haber adoptado el criterio del *numerus clausus*, haciendo una enumeración tasada de los derechos reales. De esta manera se sabría con exactitud cuáles eran inscribibles y cuáles no, y no sucedería lo que en la actualidad, en que hay ciertos derechos de naturaleza no bien definida [...]»; *id.*, pp. 252-253: «Lo más acertado sería que la legislación estableciera el principio del *numerus clausus*, determinando por medio de una lista, los derechos que tenían la consideración de reales y las facultades y obligaciones que la construcción jurídica de cada uno de ellos implicaba. En esta forma bastaría con referirse al derecho real consignado en la ley para que se conociera con toda exactitud su naturaleza»; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español, común y foral*, II, 1.º 13.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, Madrid, 1987, p. 83: «¿Sería conveniente modificar la orientación de nuestro Derecho, aceptando el principio del *numerus clausus*? Indudablemente, sí. El sistema limitativo es el más conforme con la naturaleza del derecho real y los intereses de los terceros»; DE CASSO: *op. cit.*, p. 287: «Aun cuando la doc-

tamiento en un tono reticente, dubitativo y minimalista⁸⁰, donde las reservas, no todas de igual calibre, terminan por dejar la sensación de que ni la adopción del *numerus apertus* tiene significado alguno de interés, ni los preceptos que lo consagran valor decisivo suficiente y claro. Todo lo que contra el sistema podría decirse se ha dicho: Que en materia de derechos reales no puede jugar el principio de autonomía de la voluntad como en el Derecho de Obligaciones⁸¹; que nuestro legisla-

trina, la jurisprudencia y las Resoluciones de la Dirección van limitando mucho esas nuevas figuras [las “nuevas figuras ideadas por la práctica”, que provocando las “vacilaciones de los Registradores”, son calificadas por éstos con criterio dispar], sin embargo, es preferible un sistema “cerrado”, enunciado en la Ley. En cambio, el nuevo RH parece propender a fomentarlas (arts. 7 y 8)»; COSSÍO: *Proyecto de Bases en que podría inspirarse una reforma de la actual legislación inmobiliaria*, Anales de la Universidad Hispalense, Sevilla, 1945, p. 132 : «No se nos ocultan, ciertamente, las ventajas que ofrece, en cuanto a la configuración de los derechos reales, el llamado sistema del *numerus clausus*, al dar mayor fijeza de contornos, y una más intensa seguridad al tráfico de aquellos, simplificando extraordinariamente las operaciones registrales y facilitando el examen de los libros [...]»; ACEDO: *op. cit.*, pp. 503-504: «En el sistema del «numerus apertus» hay un acentuado acatamiento del legislador a la autonomía de la voluntad. Este respeto a la libertad de formas contractuales produce, como contrapartida, el problema de la investigación de cuáles sean los derechos de naturaleza intrínsecamente real, aunque sin tener nombre propio en Derecho y aquellos otros a los cuales las partes han tenido intención de dotar de efectos reales, o al menos, de energía respecto de los sucesivos adquirentes, pero que, no obstante la voluntad de los contratantes, sólo son negocios obligacionales por no reunir las circunstancias constitutivas de los derechos reales. Por ello, y porque las numerosas combinaciones de esos elementos de naturaleza real han producido una lista de derechos modelados por la ley, y analizados por el Derecho científico y la Jurisprudencia de tanta extensión que dificulta mucho la invención de otros nuevos derechos reales, se observa hoy una cierta tendencia a reconocer las ventajas y la superioridad técnica del sistema del “numerus clausus”»; DÍEZ-PICAZO: *Autonomía privada ...*, cit., p. 294: «[...] se observará también que entran en juego razonamientos y argumentaciones que son de política general, de política jurídica y de política económica. La tesis del *numerus clausus* parece fundada en el principio de libertad fundiaria y de libertad del comercio de la tierra, que trata de impedir la amortización de la propiedad, de evitar la multiplicación de cargas y gravámenes y de facilitar el comercio de las propiedades y los cálculos de los adquirentes, esto es, un interés social general, frente a los intereses concretos en que pueden fundarse la constitución del derecho real, todo ello, naturalmente, dando por supuesto que la libertad de comercio constituye un *desideratum*»; Particularmente encendida la defensa del sistema de *numerus clausus*, en ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ: *op. cit.*, pp. 19-23.

⁸⁰ Vid. SERVAT ADUÁ, José: *Derechos reales y pactos de transcendencia real*, RCDI, 1948, p. 754: «Nosotros creemos en un sistema de *numerus clausus* como regla, pero quedando un portillo abierto para admitir excepcionalmente derechos reales de los no catalogados, reteniendo el Centro directivo la facultad de sancionar jurisprudencialmente su admisión, ínterin y mientras una reforma legislativa no los consagre y configure de modo definitivo»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 89: «Marco [el diseñado por la ley para la creación y conformación de derechos reales] que, por lo demás, es bastante amplio, ya porque la ley presenta conceptos tan abiertos y maleables –dentro de su particular ámbito, desde luego– como el de *servidumbre predial*, ya porque es lícito aquí el empleo de la analogía. Pero el *numerus clausus* impide ir más allá, y por tanto niega la eficacia *erga omnes* a cualquier combinación que no pueda incluirse en el catálogo legal, así como a cualquier intento de privar de alguno de sus caracteres esenciales a un derecho real. Hay, pues, un número *relativamente limitado* [sub. de los aa.] de derechos reales sobre las cosas (inmuebles, en nuestro caso)».

⁸¹ Dado el carácter tópico de esta afirmación, basten –entre tantos como serían posibles– algunos testimonios: GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Derecho Inmobiliario y Derecho Hipotecario*, «Estudios», cit. I, p. 19: «La diferencia más importante que separa al *derecho de cosas* del de obligaciones, es la de referirse aquí directamente a un señorío sobre

dor no se ha planteado el problema del *numerus clausus* o *apertus*⁸²; que es dudoso que el sistema establecido sea efectivamente el de *numerus apertus*⁸³; que no hay argumentos válidos que puedan sostener la respuesta afirmativa⁸⁴; que, aun admitido su establecimiento, habría de entenderse limitadamente, ceñido sólo a la posibilidad de modificar los tipos legales⁸⁵, pero impidiendo, en todo caso, la libre

la cosa y éste a una dominación de la voluntad ajena [...] Derivase de esta distinta naturaleza el diferente valor que la ley y la voluntad adquieren en ambos ordenamientos»; *id.*: *Fuentes del Derecho Hipotecario español*, *ibíd.*, p. 205: «En el desarrollo de nuestro Derecho Hipotecario, el Código, si no significa un paso atrás, tampoco ha salvado ningún obstáculo de los que se oponían al planteamiento del sistema. Por de pronto, no separa con energía los derechos reales de los personales, ni tiene cabal idea del distinto papel que la voluntad juega en la constitución de los mismos»; *id.*: *Prohibiciones de disponer*, *ibíd.*, p. 498: «En el campo de los derechos reales, el papel de la voluntad es menos importante de lo que piensan los profanos»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 88-89: «[...] así como el artículo 1.255 permite dar al derecho de crédito creado por contrato cualquier contenido, al arbitrio de los contratantes, en cambio, las posibilidades de creación de *jura in re aliena* o de conformación del dominio han de contenerse dentro del marco diseñado por la ley». Últimamente, MIQUEL: *voz* Derecho real, «Enciclopedia Jurídica Básica», II. ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 2368. En general, sobre el tema y en la doctrina italiana, *cfr.* NATUCCI: *op. cit.*, pp. 162 ss.

⁸² COSSÍO: *op. cit.*, pp. 90-91: «La gran reforma agraria que se manifestó a finales del siglo XVIII, y que tendía a liberar la propiedad inmueble de la multitud de gravámenes que la vinculaban, hizo que se limitase en alto grado la autonomía de la voluntad en la creación de nuevos tipos de derechos reales, hasta establecerse, implícitamente, en el Código civil alemán la determinación definitiva de su número, no admitiéndose otras figuras que las típicas reguladas por la ley. El sistema, que tenía ciertos precedentes en el derecho romano, fue luego acogido por la legislación de Suiza, Holanda, Austria, Hungría, Suecia, Finlandia, Portugal, el Japón y Argentina. El derecho francés, en cambio, permaneció fiel al sistema de libre creación de derechos reales (*numerus apertus*). [...] En el sistema español, el legislador no se ha planteado específicamente el problema». Una referencia al planteamiento de los presupuestos del sistema del Derecho de Cosas en nuestra codificación, en ROMÁN GARCÍA: *op. cit.*, pp. 55-62.

⁸³ SERVAT ADUÁ, José: *op. cit.*, p. 751: «Es inútil buscar un texto categórico que aleje toda duda sobre el sistema adoptado por nuestro Derecho positivo. Sólo el artículo 7 del Reglamento Hipotecario permite conjeturar que el sistema preferido es el del *numerus apertus* [...]»; DIEZ-PICAZO: *Autonomía ...*, *cit.*, p. 284: «Tras la dicción literal de los artículos 2 LH y 7 RH, parece evidente que hay que admitir en nuestro Derecho positivo la doctrina del *numerus apertus*. Sin embargo, tal vez cupiera objetar que los preceptos hipotecarios que analizamos no tienen como finalidad propia decidir si el sistema legal de derechos reales es abierto o cerrado, sino declarar únicamente cuáles se inscriben en el Registro. Lo que en rigor dicen la Ley Hipotecaria y el Reglamento Hipotecario es que se inscriben en el Registro los derechos reales, pero el señalar cuáles son éstos parece que es algo que no corresponde a la Ley del Registro, sino al Código Civil, por donde la cuestión queda sin resolver».

⁸⁴ MIQUEL GONZÁLEZ: *op. cit.*: «Es muy discutido si en nuestro Derecho rige o no el principio de *numerus clausus* de derechos reales. Aunque parece preferible el sistema que no permite a los particulares la creación de nuevas figuras de derechos reales por virtud de la autonomía de la voluntad (*numerus clausus*), la mayoría de la doctrina, la jurisprudencia y la Dirección General de los Registros y del Notariado consideran que existe un número abierto de derechos reales. En rigor no existen argumentos válidos para esta opinión, pero algunos textos dan la impresión de apoyarla (arts. 2. 2.º LH y 7 RH)».

⁸⁵ SANCHO REBULLIDA: *El sistema de los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra*, ADC, 1974, p. 67: «[...] acaso quepa hablar de un sistema de *numerus clausus* con disponibilidad del contenido normal de cada tipo»; *id.*, p. 72: «A la vista de los términos en que se halla planteada la polémica [...] acaso pudiera concluirse que el Código Civil sigue el sistema de tipicidad con disponibilidad del contenido normal de los tipos legales. Sistema de *numerus clausus* en cuanto a la imposibilidad de crear nuevos tipos, figuras

creación de derechos reales que no sean los legalmente admitidos ⁸⁶; que, así visto, su admisión carece de transcendencia práctica ⁸⁷; hasta

estructuralmente distintas a las reguladas en la ley; y sistema de *numerus apertus* en cuanto a la posibilidad de modificar negocialmente el contenido normal u ordinario de cada una de las figuras legales». Una tan magra concepción del *numerus apertus*, termina minimizando de tal modo su alcance –cfr. el mismo SANCHO: *op. cit.*, p. 74– que los más empeñados negadores del sistema no tienen inconveniente en admitirla, por considerarla compatible con el sistema del *numerus clausus*. Es el caso de NATUCCI: *op. cit.*, pp. 239-240: «Esso [el principio de tipicidad] è limitato al contenuto “essenziale” dei diritti reali, agli aspetti che non possono essere derogati senza che sia alterata l’identità del tipo [...] Gli aspetti “marginali” (derogabili con effetto reale), non individuano il tipo. Ma la libertà dei privati vale in questi casi solo in quanto autorizzata ad esprimersi relativamente a punti specifici, già disciplinati dal legislatore con norme dispositive (tipiche solo nel senso contrattuale). Si ha quindi un’ autonomia « *secundum legem* », non quell’ autonomia « *praeter legem* », che è la caratteristica essenziale dell’ autonomia privata, e in particolare nei rapporti obbligatori».

⁸⁶ Así, HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de Obligaciones*, I, Madrid, 1976, pp. 48-49: «Por lo tanto, aun cuando no rija propiamente el sistema de «*numerus apertus*», los perfiles configuradores de los derechos reales son poco nítidos, habida cuenta del influjo que puede ejercer en ellos la autonomía privada, a la cual, si no le es dado crear tipos de derechos reales, le está permitido modificar ampliamente el contenido de los existentes». Como línea de tendencia, AMORÓS: *op. cit.*, p. 274: «De ambas manifestaciones posibles [libertad de creación de nuevos tipos y libertad de modificación de los legalmente previstos] creo que debe tener un cauce de aplicación más amplio la segunda que la primera. Las consideraciones recogidas apuntan más bien a la no fácil creación de nuevos derechos reales».

⁸⁷ Era la conclusión de SANCHO REBULLIDA [*op. cit.*, p. 74: «Nótese que esta última observación no sólo relativiza la amplitud del sistema *numerus apertus*, sino que mantiene dentro de él la función útil de la tipicidad»] quien ya la veía como exponente de un «cierto agnosticismo» [*op. cit.*, p. 72] en la exposición de ROCA SASTRE. Dice, en efecto, el ilustre hipotecarista –*op. cit.*, II, pp. 669-670– : «Aparentemente el contraste entre el sistema de *lista abierta* de derechos reales inmobiliarios, que por el solo hecho de ser tales tendrán abiertas las puertas del Registro, y el sistema de *lista cerrada*, es notable, pero en el fondo la diferencia entre ambas reglas es puramente *formal*. Por un lado, los ordenamientos legales que dicen adoptar el sistema limitado de derechos reales [...] admiten algunos tipos de derecho real que por su amplitud constituyen un molde generoso que permite catalogar en él una variedad de figuras que corresponden a otros tantos derechos reales admitidos en nuestro Derecho [...] Por otro lado, a pesar de que oficialmente nuestro sistema lo es de *numerus apertus*, esto no supone la libérrima posibilidad de crear nuevos derechos reales además de los expresamente reconocidos por la ley [...]». No es ocioso señalar que la relativización de las diferencias entre los contrapuestos sistemas se ha formulado tanto desde este frente: nada significaría en la práctica el *numerus apertus* ya que, sobre él, perviven los obstáculos a la creación de nuevos derechos reales; como desde el contrario: de nada vale atrincherarse en el *numerus clausus*, cuando es la misma ley la que permite la libre modificación de los tipos. Este segundo es el caso de ALBADALEJO: *op. cit.*, p. 33: «[...] ¿para qué sirve prácticamente el *numerus clausus*, si casi todos los derechos reales pensables cabe establecerlos, no como nuevos, sino como uno de los subtipos o variedades de los elásticos tipos de derechos reales *oficiales* que acogería la ley? Y éste es realmente uno de los más eficaces razonamientos, no ya contra la tesis del *numerus clausus*, sino contra la discusión *apertus-clausus*, discusión que casi hay que suprimir por inoperante en la práctica. Y es que, en todo caso, no se comprende cómo ciertos defensores del *numerus clausus* no vean la casi inutilidad de su tesis por la razón dicha, ni vean tampoco la incoherencia de defenderla sin, a la vez, pedir la supresión de la autonomía (proclamada en el Código) de la voluntad en la modificación de los prototipos de los derechos reales que la ley acoge». Nosotros estamos de acuerdo con este planteamiento y con esta apreciación. No la comparte, en cambio, Díez-PICAZO: *Autonomía ...*, cit., p. 279: «Las ventajas de la tipificación, aunque dentro de ella se admitan elásticas variantes, parecen evidentes. La tipificación favorece la claridad, facilita y hace eficaz el sistema de registro,

llegar a afirmarse que nuestro sistema no difiere, en el fondo, del de *numerus clausus*⁸⁸.

En nuestra opinión, hay que romper decididamente con esta línea si se quiere hacer justicia a la realidad de nuestro Ordenamiento y al buen sentido que guía su tratamiento de la cuestión aquí planteada. A la realidad de nuestro Ordenamiento, porque nada hay en él —según trataremos de razonar a continuación— que permita la duda sobre el sistema establecido: nítidamente el del *numerus apertus*. A su buen sentido, porque, políticamente recomendado en Derecho tal *numerus apertus* tras una razonable y realista ponderación de los enfrentados modelos —según también hemos de ver—, el añorado sistema contrario —el del *numerus clausus*—, como, en general, todo lo que sea someter a rigidez lo que puede ser adaptable y flexible, no sólo no es ningún *desideratum*, sino que en la práctica termina comprobándose como algo imposible. La experiencia comparada debería aquí abrirnos los ojos. La plasmación del *numerus clausus* en su instrumento registral —el encasillado— fuerza en Alemania a que al tercero interesado en el conocimiento de la realidad de las situaciones jurídico-inmobiliarias no le baste, en su consulta al Registro, con el dato informador suministrado por el folio relativo a la finca, sino que tenga que recurrir a la consulta complementaria del *Eintragungsvormerks* (§ 874 BGB)⁸⁹; y obliga en Suiza a un desbordamiento de las «anotaciones atípicas», que, en expresión de

da certidumbre a la propiedad y a los gravámenes que sobre ella puedan existir y, no cabe duda, asegura mejor el interés de los adquirentes». En la misma línea, con anterioridad, SERRANO SERRANO: *op. cit.* (AUV n. 18-19), p. 5: «Se dirá: ¿entonces, qué ventaja tiene la adopción del sistema de *numerus clausus* si se sigue la misma diversidad de derechos reales? Tiene la ventaja de uniformar toda la gama de derechos sobre las cosas en unas categorías perfectamente definidas y con caracteres bien determinados. De esta manera se evita esa riquísima floración de derechos reales, algunos sin nombre conocido en Derecho; se facilita la labor del Registrador, en cuanto a su deber de calificación; se adquieren unos moldes fijos en que colocar las nuevas construcciones jurídicas; se facilita en alto grado la gestión del Registro, y se deja expedito el camino de los derechos personales, para la satisfacción de las nuevas exigencias jurídicas».

⁸⁸ ROCA SASTRE: *op. cit.*, II, p. 670: «Por consiguiente, puede afirmarse que también en nuestro Derecho positivo viene a regir prácticamente la regla de *numerus clausus*, aunque formalmente se diga que impera la regla del *numerus apertus*. En el fondo, un juego de palabras»; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 350: «Estas limitaciones, unidas a la circunstancia de que las diversas utilidades o servicios que de las fincas pueden obtenerse a título de derecho real en cosa ajena, están conseguidas con los derechos reales tradicionalmente admitidos en sus diversas formas, reducen de tal modo la libre determinación de los particulares que se ha podido decir por algún autor que de hecho y en el fondo nuestro Derecho positivo sigue la doctrina del *numerus clausus*».

⁸⁹ § 874 BGB: [Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung] Bei der Eintragung einer Rechtes, mit dem ein Grundstück belastet wird, kann zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechtes auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Para su comentario, cfr. STAUDINGER-ERTL: ad § 874, Rz 11. MELÓN INFANTE, en las anotaciones a la traducción del BGB, Apéndice al ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, Barcelona, 1955, p. 183, comenta: «En lugar de describirse detalladamente el contenido del gravamen en el Registro, se pone una nota de referencia remitiendo a la autorización de inscripción (“Eintragungsbewilligung”) por si se quiere conocer en todos sus detalles el contenido del derecho en cuestión».

Deschenaux, se han venido a convertir en los últimos años en el recurso del legislador para hacer oponibles a terceros las modificaciones introducidas por los particulares en el régimen de los derechos reales⁹⁰. Dijimos ya en otra ocasión⁹¹, y lo repetimos ahora: ¡Curioso resultado el de la alianza del *numerus clausus* con el encasillado registral: las determinaciones voluntarias terminan abriéndose hueco dentro del sistema y, o la insuficiencia del folio obliga a la consulta de documentos complementarios, o la del asiento de inscripción provoca el desbordamiento de las anotaciones preventivas⁹²!

4. LA CONSAGRACIÓN DEL *NUMERUS APERTUS* EN NUESTRO DERECHO

Atendiendo al doble aspecto ahora indicado, comencemos por la justificación de que es el sistema del *numerus apertus* el que clara e indubitadamente –en nuestra opinión– adopta nuestro Ordenamiento. La forma de proceder en esta justificación permitirá, simultáneamente, comprobar cómo su adopción no entraña la amenaza a la claridad y fluidez del tráfico que tanto temen los partidarios del *numerus clausus*. Es que, en efecto, no hay, a nuestro juicio, forma mejor de captar y comprobar la consagración del *numerus apertus* en nuestro Derecho, que atender, primero, a su establecimiento en el régimen sustantivo de nuestro Derecho Patrimonial, tanto contractual como de Cosas, para proceder, a continuación, a la verificación del cauce para su puesta en práctica en el régimen organizativo del Registro de la Propiedad. Es en este segundo momento cuando resplandecerá la compatibilidad del *numerus apertus* con la transparencia y seguridad del tráfico inmobiliario. En ambos órdenes el sistema legal es tan claro e inequívoco que la cita de los correspondientes preceptos del Código Civil o de la Ley o el Reglamento Hipotecario excusará cualquier explicación o profundización ulterior.

⁹⁰ DESCHENAUX: *op. cit.*, p. 559: «Le législateur, surtout ces dernières années, s'est servi du moyen de l'annotation pour rendre opposable aux tiers acquéreurs une modification apporté au régime des droits et obligations résultant d'un rapport de droit réel». Más en general, sobre la emersión de la libertad configuradora de los derechos reales en el sistema suizo a través de la *anotación*, vid. el mismo DESCHENAUX: *op. cit.*, pp. 278-279 y 519-523, y antes, en nuestra doctrina, SERRANO SERRANO: *op. cit.* (AUV núm. 16), pp. 14-18.

⁹¹ *Bases del Derecho de Cosas ...*, cit., p. 554.

⁹² Ya había sido observado en nuestra doctrina por J. GONZÁLEZ: *Principio de publicidad*, «Estudios...», I, cit., p. 389: «Nuestro sistema no admite las referencias a documentos con la amplitud de los Códigos alemán y suizo. En ambos el encasillado de los libros exige la extensión de brevísimos asientos o esquemáticas indicaciones, cuyo desen-

a) En el régimen sustantivo de nuestro Derecho patrimonial, de Contratos y de Cosas

Entrando en la fundamentación sustantiva del *numerus apertus* vamos a distinguir tres planos diferentes. El primero y más general consiste en la instauración del principio de la autonomía de la voluntad contractual (art. 1255 CC). Sabemos que inmediatamente se nos objetará que el artículo 1255 es norma rectora de la contratación; propia, por tanto, del Derecho de Obligaciones y ajena al Derecho de Cosas, donde, según se postula, la voluntad privada no puede jugar en igual medida que en aquél⁹³. *¡Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat!* El

volvimiento ha de buscarse en los documentos archivados»; y por SERRANO SERRANO: *op. cit.* (AUV, núm. 17), p. 70: «(D) Documentos justificativos (Belege). Son, dentro de la organización del Registro, de una grandísima importancia. Sirven a tres finalidades diferentes: como justificación a la petición de inscripción [...]; sirven como justificante de la inscripción en el libro Mayor, en el caso de que sea atacada [...], y sirven, en fin, como complemento de los datos contenidos en la inscripción, dentro de los límites marcados por ésta y en cuanto no la contradigan. Esta última finalidad se hace necesaria para despojar al libro Mayor de una serie de detalles que perjudicarían su claridad».

⁹³ Así, e.c., y omitiendo la repetición de citas anteriores, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en las anotaciones a ENNECERUS-KIP-WOLFF, III, 1, 3.^a ed., Barcelona, 1971, p. 24: «En el CC no hay textos atinentes al problema del *numerus clausus* de los derechos reales. Se alude a “los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de los derechos reales ...” (cfr. art. 1280, núm. 1) con lo cual se declara que la voluntad de los particulares (la autonomía privada) puede engendrar, modificar o extinguir tales derechos, pero no se prejuzga la libertad de configuración, es decir la facultad de producir tipos de derechos reales no regulados especialmente por la ley. Falta en el orden de los derechos reales un precepto como el del artículo 1255 (libertad de configuración del contenido) con relación a los contratos o como los de los artículos 668 ap. 1 y 764 con referencia a los testamentos»; Idéntica argumentación, en COSSÍO: *op. cit.*, pp. 91-92. A ella responde SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 349: «Sin embargo, el amplio sistema de libertad que domina en el Código Civil; la sistemática del mismo al regular, dentro de las obligaciones y contratos, algunos derechos reales; la relación que necesariamente hay que establecer entre los artículos 609, 1255 y los preceptos reguladores de los contratos de censo, hipoteca y anticresis, y la falta de una prohibición o limitación de la libertad particular, llevan claramente a la solución liberal del *numerus apertus*, y de amplia libertad no sólo en la creación, sino también en la configuración y contenido de los derechos reales». Desde otro punto de vista, contrario a la extensión del artículo 1255 a los derechos reales, DíEZ-PICAZO: *Autonomía ...*, cit., pp. 281-282: «En primer lugar, se ha dicho que la autonomía de la voluntad se encuentra recogida con el carácter de un principio general en el artículo 1255 del Código Civil y que no se ve razón alguna para entenderla excluida en el caso que nos ocupa [...] El argumento, sin embargo, no es decisivo [...] El artículo 1255 está casi inmediatamente seguido por otro texto en virtud del cual los contratos sólo surten efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos. La atribución del contenido real a un pacto, cláusula o contrato significa precisamente todo lo contrario, esto es, hacer obligatoria respecto de terceros la regla o el estatuto contenido en el negocio»; también, LACRUZ: *Elementos*, cit., p. 27: «[...] a) al argumento de analogía con el artículo 1255 cabe oponer, con mayor razón dada la distancia entre el crédito exigible frente a un obligado y el derecho real oponible *erga omnes*, el argumento *a contrario* [...] También el argumento *ex artículo 1255* queda en cuestión si se repara en que tal precepto, cuando establece la libertad de crear *obligaciones* lo hace dentro de un esquema rígido de lo que es la *obligación* o el crédito, y además con eficacia *inter partes*. [...] Mientras que ese esquema legal de «el derecho sobre la cosa», el de la categoría superior a (y una síntesis de) «la propiedad y los demás derechos sobre las cosas», falta en nuestro ordenamiento. Éste no define “el derecho real”». En la doctrina italiana, NATUCCI: *op. cit.*, p. 203: «È vero che nel nostro diritto il contratto è fonte non solo di diritti obbligatori, ma anche di diritti reali. L'art. 1322 CC,

contrato confiado a la libertad configuradora de los particulares es también aquel cuyo objeto sea la «creación, transmisión, *modificación* o extinción de derechos reales» (art. 1280, 1.º CC); y que la ley permite a la voluntad privada moverse en materia jurídico-real dentro de límites tan amplios como los genéricos de la contratación, es algo que resulta de la misma literalidad del artículo 594 CC. Roto el viejo esquema romano de la tipicidad de las *servitutes*, en nuestro actual Derecho, y según reza el precepto, «todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público»⁹⁴. En los albores de nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria, así entendió Gómez de la Serna⁹⁵ el fundamento del sistema de *numerus apertus* que, a su vez, había de acoger la Ley Hipotecaria, y tan natural para nuestro Derecho de Cosas y Registral es este sistema, que lo que exigiría explicación sería que en él se hubiera adoptado el contrario: el sistema del título y el modo —decía Núñez Lagos⁹⁶— «haciendo dormir el derecho real en su cuna de obligaciones», permite la irradiación del principio de la autonomía de la voluntad a la configuración del derecho real.

Descendiendo en el planteamiento un primer escalón para situarnos en el específico Derecho de Cosas, el siguiente y más concreto argumento en favor del *numerus apertus* nos lo proporciona el Código Civil al describir las distintas figuras de los derechos reales. Un dato vendrá siempre a quedar claro: que su descripción legal no es tan rígida que impida a los particulares la adaptación de su contenido a sus concretos intereses. Comunidad (art. 392, 2.º), usufructo (arts. 467 y 470), uso y habitación

che sancisce il principio dell'autonomia contrattuale, non si riferisce solo agli uni, ma anche agli altri. Ma il significato pratico di tale norma, in quanto sanziona l'*atipicità* di diritti nascenti da contratto, è limitato solo ai rapporti obbligatori (o interni)».

⁹⁴ Cfr., para una aplicación del precepto, R. 14-5-84: «Que la posibilidad de «numerus apertus» dentro del campo de los derechos reales —de la que existe abundante jurisprudencia de este Centro— es más palpable en materia de servidumbres siempre que no contravengan la Ley ni el orden público en los artículos 536 y 594 CC, que sobre la base del principio de autonomía de la voluntad recogido en el artículo 1.255 del mismo cuerpo legal, autoriza la constitución de servidumbres siempre que no contravengan la ley ni el orden público, lo que no sucede en este caso, en el que la servidumbre constituida es una exigencia de las relaciones socio-urbanísticas que la realidad genera, y en la que razones de necesidad, utilidad y servicio imponen que un edificio expanda su garaje a parte del subterráneo de un suelo colindante no edificable».

⁹⁵ GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 454: «[...] no todos los derechos, actos y contratos que pueden llevarse al Registro, tienen denominación en las leyes: no carecen de él sin duda los más usuales, pero al lado de ellos hay una regla que permite la libre contratación en todo lo que ni el derecho ni la moral se ofenden, y dentro de estos anchos límites caben muchas combinaciones que en vano procuraría agotar el legislador, por casuísticas que hiciera las leyes [...]».

⁹⁶ NÚÑEZ LAGOS: *op. cit.*, p. 146: «*Numerus clausus*. - Los seres independientes tienen su personalidad aislada, fija y determinada. No hay más derechos reales que los exhaustivamente señalados en el Código. Son plazas limitadas. La autonomía de la voluntad no puede crear nuevos derechos reales y, aunque muy difícilmente los puede yuxtaponer, desde luego no los puede mezclar y confundir. Las legislaciones latinas, y

(art. 523⁹⁷), y servidumbres voluntarias (art. 594) son regulados *dispositivamente* por la ley; a dicho régimen puede siempre anteponerse la voluntad privada concretada, plasmada y articulada en el título de su constitución. Claro está que sabemos que para buena parte de la doctrina no es éste argumento decisivo. Concretamente para aquellos autores que, no pudiendo esquivar la evidencia del dato legal ahora invocado, afirman que el nuestro es un sistema intermedio: de tipos tasados, pero de contenido disponible⁹⁸. Mas, ¿no se advierte que la sola disponibilidad del tipo, rompiendo la acuñación de las distintas figuras de los derechos reales, nos introduce de lleno y sin más en el puro y duro sistema del *numerus apertus*? Es aquí donde cobra sentido la advertencia de Albadalejo observando que la disponibilidad de los tipos equivale al *numerus apertus* hasta hacer estéril, admitida aquella, la discusión sobre la calificación del sistema⁹⁹; o la indicación de aquellos autores alemanes que sostienen que la fijación de los tipos (*Typenfixierung*), constitutiva del *numerus*

también la española, haciendo dormir al derecho real en su cuna de obligaciones, mantiene el sistema liberal contrario: el *numerus apertus*. La voluntad puede crear y configurar derechos reales». La misma idea, más recientemente, en ROMÁN GARCÍA: *op. cit.*, p. 195.

⁹⁷ Conocido es el problema de la compatibilidad, en el régimen de estos derechos, de los artículos 523, anteponiendo el título constitutivo a la regulación legal, y 525, excluyendo la posibilidad de que se puedan arrendar o traspasar a otro por ninguna clase de título. Al respecto nos manifestamos ya en nuestro trabajo: *Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)*, Asociación de Profesores de Derecho Civil: «Centenario del Código Civil», I, Madrid, 1990, p. 970: «Lo que sería conceptualmente contradictorio como derecho de uso o de habitación puede ser perfectamente posible y legal como usufructo limitado (arts. 467, 469, 523): el artículo 525 no es una norma *prohibitiva*; es una norma configuradora de los elementos *lógicamente necesarios* de un tipo legal libremente elegible o desechable». Así, *ad substantiam*, lo entiende MONTÉS: *op. cit.*, p. 221: «[...] en ocasiones la propia ley determina a través de normas imperativas los límites de la autonomía privada en la «composición» del derecho real. Así [...] ni puede concebirse un derecho de uso o de habitación enajenable (art. 525 del Código Civil). Ello no siempre conduce a la nulidad del negocio, sino que en ocasiones hace pensar en una distinta calificación de ese negocio, que acaso puede valer como creador de otro tipo de derecho real, pero no del que las partes han manifestado crear [...]» (sub. del a.).

⁹⁸ A esta línea doctrinal, ya antes aludida, se une Díez-Picazo: *Autonomía ...*, cit. p. 283: «Frente a todo lo anterior se puede replicar y se replica que una cosa es la introducción de variantes o de modificaciones en el contenido o en el régimen jurídico de los derechos reales típicos y otra cosa distinta es la creación de derechos completamente atípicos. Para lo primero, la ley presta un marco, que ciertamente es lo suficiente amplio y flexible. Para lo segundo, en cambio, falta por completo el marco legal. Se puede añadir también que una cosa es introducir variantes en un derecho real típico, que presupone ya una calificación, un ajuste del supuesto de hecho con el tipo y una valoración del ordenamiento sobre la conveniencia jurídico-política de la protección real y otra distinta es la constitución de un derecho real atípico donde aquellas circunstancias faltan. Del hecho de que la ley otorgue poder a los particulares para modificar los tipos legales, no se puede seguir necesariamente la libertad de creación de figuras atípicas».

⁹⁹ ALBADALEJO: *op. cit.*, p. 31: «[...] no se comprende cómo ciertos defensores del *numerus clausus* no vean la casi inutilidad de su tesis por la razón dicha [la elasticidad de los tipos oficiales (sub. del a.) de los derechos reales], ni vean tampoco la incoherencia de defenderla sin, a la vez, pedir la supresión de la autonomía (proclamada en el Código) de la voluntad en la modificación de los prototipos de los derechos reales que la ley acoge».

clausus, implica por sí sola, hasta hacerla ya redundante, la indisponibilidad de los mismos (*Typenzwang*)¹⁰⁰.

Todavía en lo sustantivo, y llegando al último plano en la argumentación, topamos con los artículos 2.º de la Ley y 7.º del Reglamento Hipotecario. En lo sustantivo continuamos porque, aun siendo los preceptos indicados normas referidas al régimen del Registro de la Propiedad, su objeto, más que adjetivo u organizador, sigue perteneciendo al núcleo del Derecho de Cosas a cuyo servicio se pone el Registro de la Propiedad. Y llegamos al último plano porque es en estos preceptos donde más derechamente enfila la ley el problema que nos ocupa, y donde, en plena coherencia y armonía con lo que hasta aquí hemos visto en los planos precedentes, le da solución en la forma más directa, general y completa¹⁰¹. También basta aquí al argumento la fiel reproducción del texto, bien conocido, de la ley. En los Registros se inscribirán, además de los títulos traslativos o declarativos del dominio, aquellos «en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen [de nuevo la posibilidad de modificación ya encontrada en el art. 1280, 1.º CC] o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteúsis, hipoteca, censos, servidumbres y *otros cualesquiera reales*». Quedando tan claramente abierta la lista de los posibles derechos reales, el testimonio legal no va a resultar bastante a quienes lo interpretan más como expresión inagotada de los derechos que la ley consagra y tipifica, que como manifestación de la admisión legal de la posibilidad de toda una gama de derechos reales inexpresables en forma completa y concreta por la indefinida variabilidad de sus diferentes configuraciones resultantes del criterio del *numerus apertus*¹⁰². Queda, para quienes ahí tropiecen, el artículo 7 del Reglamento Hipotecario. En el Registro deberán inscribirse no sólo los títulos concernientes a los derechos reales que en el artículo 2 de la Ley se mencionan, «sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como

¹⁰⁰ Cfr. STAUDINGER-SEILER: Einl 1 zu § 854 Rz 38: «[...] Wollen die Parteien ihre Rechtsverhältnisse mit dinglicher Wirkung ausstatten, müssen sie sich demnach der im Sachenrecht zugelassenen Typen bedienen, daher Typenzwang (daneben noch eine besondere "Typenfixierung" im Sinne einer inhaltlichen Festlegung des Typs zu unterscheiden –so etwa BAUR § 1 II 2 b; M WOLF Rz 23–, erschein entbehlich. Der Typ wird bereits und nur durch den Inhalt bestimmt)».

¹⁰¹ No lo entiende así DIEZ-PICAZO: *Autonomía* ..., cit., pp. 285-286, quien, después de admitir –p. 286– que «tras la dicción literal de los artículos 2 LH y 7 RH, parece evidente que hay que admitir en nuestro Derecho positivo la doctrina del *numerus apertus*», termina conjeturando que: «Sin embargo, tal vez cupiera objetar que los preceptos hipotecarios que analizamos no tienen como finalidad propia decidir si el sistema legal de derechos reales es abierto o cerrado, sino declarar únicamente cuáles se inscriben en el Registro. Lo que en rigor dicen la Ley Hipotecaria y el Reglamento es que se inscriben en el Registro los derechos reales, pero el señalar cuáles son éstos parece que es algo que no corresponde a la Ley del Registro, sino al Código Civil, por donde la cuestión queda sin resolver».

¹⁰² Cfr. LACRUZ: *Derechos reales*, «Elementos ...», III, 1.º, 1.ª, cit., p. 27: «(b) el artículo 2 LH puede muy bien referirse a cualesquiera derechos reales típicos distintos de los nombrados en él (foros, superficie, anticresis, tanteo y retracto)».

cualquier acto o contrato de transcendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a los derechos reales». *Clarius aqua*. Tanto, que es este artículo 7 RH el único que finalmente termina por vencer la resistencia de algunos autores a reconocer la consagración legal del *numerus apertus* en nuestro Derecho ¹⁰³. Habrá, no obstante, quienes tampoco ahora se aquieten: por negar valor decisorio en tema sustantivo a un precepto reglamentario, y por entender que lo que admite este artículo es la posibilidad de pactos o contratos innominados, mas no la de derechos reales atípicos ¹⁰⁴. En nuestra opinión ambas reservas son inconsistentes. La primera, porque el precepto reglamentario en nada se opone, antes al contrario, fielmente desarrolla, especifica y concreta lo que al respecto dispone la ley. La segunda, porque teniendo «transcendencia real» el acto o contrato sin nombre en derecho a que se refiere el artículo 7 del Reglamento, su resultado no puede ser otro —el mismo precepto lo indica— que configurar un derecho real atípico; esto es: modificar el contenido (facultades inherentes) del dominio o de los derechos reales.

b) En el Derecho organizador del Registro de la Propiedad

Si clara es la consagración del *numerus apertus* en el régimen sustantivo o material del Derecho de Cosas, no lo es menos su reflejo en la regulación de los aspectos adjetivos, instrumentales u organizadores de nuestro Registro de la Propiedad. Examinado ya el primero, sólo queda atender ahora al segundo de estos órdenes. No serán en él las cosas menos claras que en el primero. Yendo muy breve y directamente a la sustancia, con gran exactitud y acierto, podría dejarse aquí cumplido nuestro cometido reproduciendo las siguientes palabras de Lacruz-Sancho, que, por venir de autores no sospechosos de numeroaperturismo, cobran particular valor probatorio: «El Registro —dicen ¹⁰⁵— no está concebido para recibir simplemente el nacimiento de nuevos derechos reales o la transmisión de los existentes, sino para describir con sus caracteres particulares la situación jurídica de cada inmueble inmatriculado, y así, para manifestar cuándo es claudicante o cuándo el complejo de facultades atribuidas a un

¹⁰³ Para CASTAN: *op. cit.*, p. 82, el artículo 7 RH manifestaría el sistema de *numerus apertus* «más claramente» que el 2.º de la Ley. Para PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *op. cit.*, p. 24: «En cambio [por contraposición al art. 2 LH], parece sancionar el sistema del *numerus apertus* el artículo 7 del Reglamento hipotecario al decir: [...]». Más convencidos, COSSÍO: *op. cit.*, p. 92: «Sólo el artículo 7 del RH ofrece una base sólida para defender la liberalidad de constitución de nuevos tipos de derechos reales en nuestro derecho»; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 349: «El Reglamento Hipotecario admite de una manera clara y definitiva el sistema de libertad en los artículos 7 y 8 [...]».

¹⁰⁴ LACRUZ: *op. cit.*, p. 27.

¹⁰⁵ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 89-90.

titular es distinto del que comporta la configuración típica de su derecho».

El texto no puede ser más expresivo. Los derechos reales pueden articularse y conformarse en manera distinta a la que correspondería a su tipo, y nuestro Registro está concebido para recibirlos y publicarlos así libremente configurados.

¿Dónde aparece esa predisposición del Registro a ponerse al servicio de un sistema abierto de derechos reales? Nosotros distinguiríamos en la respuesta: Aparece, en primer lugar y con carácter más general, en la elección, muy lúcida y razonadamente efectuada por quienes lo concibieron, del sistema de inscripción, frente al modelo francés de la transcripción, como forma de toma de razón de lo que va a llevarse al Registro; y vuelve a aparecer, en segundo lugar y ya más concretamente, en el modo elegido para la práctica de la inscripción, particularmente en lo atinente a la identificación del derecho inscrito y a la indicación de su contenido y extensión.

De la adopción de la inscripción como forma de toma de razón nos hemos ocupado en otra ocasión viendo en ella uno de los principios adjetivos u organizadores de nuestro sistema registral ¹⁰⁶. Decíamos entonces que la inscripción, conjugando con la brevedad la exigencia de su contenido necesario (art. 9 LH), es el punto donde en el mecanismo de nuestra publicidad registral inmobiliaria confluyen la especialidad y determinación de la noticia registral con el causalismo transmisivo y el principio del *numerus apertus*, rectores ambos de nuestro Derecho de Cosas ¹⁰⁷. Tanto la Exposición de Motivos de 1861, como Gómez de la Serna en el comentario a la Ley, habían dejado las cosas muy claras en este punto. Los autores de nuestra Ley Hipotecaria, en trance de elegir, tuvieron dos modelos a la vista: la transcripción y la inscripción, y tras la ponderación de uno y otro ¹⁰⁸, decidieron en favor de la segunda: «La Comisión ha creído que la inscripción minuciosa que propone, las fórmulas completas y comprensivas de todas las circunstancias que se han de hacer constar en los Registros [...] satisfacen cumplidamente las ven-

¹⁰⁶ Cfr. nuestro: «*Bases del Derecho de Cosas ...*», cit., pp. 653-657.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, pp. 656-657.

¹⁰⁸ E. M., p. 248: «¿Deberá trasladarse al Registro copia literal de las escrituras de todos los actos traslativos de la propiedad y de los que la modifican, o solamente se pondrá en él un extracto de la escritura? En otros términos: ¿deberá adoptarse el principio de la transcripción, o el de la inscripción? [...] Las legislaciones modernas no están acordes respecto a este punto: unas transcriben, otras inscriben. La transcripción tiene las ventajas de representar con toda fidelidad el documento, de constituir dobles archivos que mutuamente se fiscalicen, de evitar los errores a que puede dar lugar un extracto mal hecho, y de necesitar menos capacidad en los registradores. Al lado de estas ventajas tiene grandes inconvenientes, nacidos de la complicación y abultado volumen de las titulaciones, de la poca sencillez y precisión de los formularios de las escrituras, que, aun dado caso que se reformaran desde luego, no podría remediarse el mal respecto a los títulos anteriores, y sobre todo el de que las enajenaciones y constitución de los derechos reales de poco valor difícilmente compensaría los gastos que requiere».

tajas de la transcripción, salvando sus inconvenientes»¹⁰⁹. ¿Cuál es esa forma minuciosa de inscripción que se propone? La que, en palabras de de la Serna, «concilie la claridad con la brevedad, pero sin sacrificar la una a la otra y por tanto sin omitir nada de lo necesario ni poner lo superfluo»¹¹⁰. Nuestra inscripción consistirá, pues, según el mismo de la Serna, en un «extracto breve, aunque bastante expresivo»¹¹¹, un «resumen brevísimo que debe tener todas las condiciones necesarias para que aparezca la situación verdadera de cada finca»¹¹². La angostura del posterior sistema del encasillado no habría permitido a nuestro Registro publicar los derechos reales en la rica variedad de formas y contenido autorizados por el sistema del *numerus apertus*; pero la constancia registral de éstas tampoco exigía el modelo tosco y primitivo de la transcripción. La inscripción, en la amplitud que le da nuestro Derecho, es el sistema adecuado para recoger y publicar lo que Lacruz y Sancho llaman «el derecho y su circunstancia»¹¹³. Así se entendió en 1861 y así se volvió a afirmar en 1944, en la Exposición de Motivos de la Ley de 30 de diciembre, sobre reforma de la Ley Hipotecaria: «La mención en el Registro de aquellas circunstancias que constituyen especiales modalidades de la relación que se trata de inscribir es un requisito indispensable en un sistema que, como el nuestro, no acepta la teoría del *numerus clausus* y en que las características de los derechos reales no están predeterminadas por la legislación civil».

Y adoptado el sistema de toma de razón mediante inscripción, ¿cómo expresa ésta la naturaleza y contenido del derecho inscrito? Baste, como criterio general de respuesta, con remitir a los artículos 9, 2.º de la Ley y 51, reglas 5.ª y 6.ª del Reglamento. Según el primero, la inscripción expresará «la naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba». En primer lugar, su naturaleza, de la que dirá la regla 5.ª del artículo 51 del Reglamento que «se expresará con el nombre que se le dé en el título, y si no se le diere ninguno, no se designará tampoco en la inscripción». Es verdad que el solo dato de que el título no dé nombre al derecho llevado a inscribir, no implica necesariamente que no lo tenga; pero también es cierto que tal dato puede producirse porque el derecho inscribible carezca de él. Así lo advertía de la Serna: «Aquí [en la disposición que impide al Registrador poner nombre al derecho que las partes dejaron sin él] habría además [...] que no todos los derechos, actos y contratos que pueden llevarse al Registro, tienen denominación en las leyes: no carecen de él, sin duda, los más usuales, pero al lado de ellos hay una regla que permite la libre con-

¹⁰⁹ *Op. cit.*, ibíd.

¹¹⁰ GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 492.

¹¹¹ Íd., p. 227.

¹¹² Íd., p. 228.

¹¹³ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 89, constituyendo el epígrafe del n.º 49.

tratación en todo lo que ni el derecho ni la moral se ofenden, y dentro de estos anchos límites caben muchas combinaciones que en vano procuraría agotar el legislador [...]»¹¹⁴.

El *numerus apertus* aparece aquí previsto en su modalidad, más extrema e infrecuente –dada la continuidad de los tipos legales–, de sistema que permite la creación de formas de derechos no encuadrables en ninguno de los moldes nominados en la ley. Pero, ¿y en su modalidad más usual, como simple posibilidad de modificar los tipos legalmente previstos para adaptarlos al concreto interés de quienes de ellos se sirven? Es el problema del contenido y extensión del derecho inscrito, que, según la regla 6.ª del artículo 51 RH se dará a conocer haciendo «expresión circunstanciada de todo lo que, según título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas o resolutorias, o de otro orden, establecidas en aquél». No es ahora el momento de entrar en el estudio minucioso de estas condiciones y de cada una de sus posibles modalidades¹¹⁵. Basta a nuestro propósito tomar de Gómez de la Serna la afirmación de que por «condición» deben aquí entenderse «todas las cláusulas limitativas del dominio o del derecho real que se traspasa»¹¹⁶. Son, sin duda, el reflejo del acto o contrato de transcendencia real de que hablaba el artículo 7 del Reglamento: el que, sin tener nombre propio en Derecho, modifica alguna de las facultades del dominio o de cualquier otro derecho real.

Nos parece que a la vista de estos datos no puede quedar duda de que, también en lo organizativo, nuestro Registro responde a un sistema abierto de derechos reales. No está concebido, según se advertía en Lacruz-Sancho, para el simple reflejo de la existencia o traspaso de los derechos reales, entendidos éstos como necesitados de encaje en los moldes típicos que la ley pudiera proporcionar, sino para dar publicidad a los que los particulares puedan libremente constituir en la forma que mejor cuadre a sus propios intereses.

¹¹⁴ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 454. En la actual doctrina, Díez-PICAZO: *Fundamentos*, III, cit., p. 350: «Al inscribirse en el Registro el título en virtud del cual un derecho se constituye, resulta publicado este derecho. La publicidad registral del derecho debe mostrarlo con una determinada configuración. Esta configuración se lleva a cabo ante todo mediante la indicación de su "naturaleza", lo que significa la asignación de un *nomen juris*, que habrá de corresponder a la terminología legal y doctrinalmente acuñada para los derechos reales típicos o contener las indicaciones que se precisen cuando el derecho real sea atípico». Un caso relativamente reciente, R. 28-10-88: «Tratándose, el inscrito, de un derecho atípico, no puede pretenderse que en la escritura reciba una exacta denominación –que no tiene– y lo importante es que del conjunto de la escritura sea indudable que las partes se refieren al derecho inscrito. Y así ocurre si: a) En la escritura se denomina "derecho de uso, con carácter transmisible y perpetuo sobre una zona de subsuelo de 480 metros cuadrados aproximadamente, para ser destinada a garaje o almacén de negocio", sobre finca perfectamente identificada y que, según otra parte de la escritura, se trata del "derecho de construir garaje o almacén en esos 480 metros cuadrados" [...].»

¹¹⁵ Vid. para ello, en la primitiva doctrina hipotecaria, DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 513-520.

¹¹⁶ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 465.

5. PRINCIPALES OBJECIONES OPUESTAS AL SISTEMA; SU SUPERACIÓN

Hasta aquí llegaría la comprobación en positivo de que nuestro Derecho consagra sin ambages el sistema de número abierto de derechos reales. Con todo, bueno será no dar por terminado el tratamiento de este punto sin prestar expresa atención a la dificultad que con mayor frecuencia se opone a la posibilidad de un tal sistema. Consiste dicha dificultad en la radical inadecuación –según se piensa– entre el origen convencional (llamado, por tanto, a tener eficacia relativa) del pacto creador del derecho real radicalmente atípico, o modificador del típico, y la oponibilidad de su resultado a terceros (eficacia, por tanto, absoluta), derivada de la transcendencia real de aquella convención¹¹⁷. Tan fundamental y de fondo se considera la objeción, que, frente a ella, ha llegado a afirmar en la doctrina italiana Natucci que la tipicidad de los derechos reales no es un principio político o contingente, sino una necesidad lógica conectada esencialmente a la oponibilidad, entendida ésta como nota característica de tales derechos¹¹⁸. No es el *numerus clausus* lo que estaría necesitado

¹¹⁷ Vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Derecho Inmobiliario* ..., cit., p. 20: «[...] cabe afirmar que el derecho de obligaciones recibe preferentemente su vigor de la voluntad, mientras el de cosas se halla estereotipado en los cuerpos legales; en aquél la voluntad modifica y suple a la ley, en éste sólo debiera admitirse su poder arbitrario en términos sumamente restringidos; en el uno entran en primera línea los intereses de acreedor y deudor, el negocio se desenvuelve *inter partes*; en el otro la sociedad entera se halla directamente interesada, el derecho absoluto se ejercita *erga omnes*»; DIEZ-PICAZO: *Autonomía* ..., cit., p. 279: «Cuando se habla de la libertad de cada uno para imponer sobre sus bienes los derechos que apetezca», se está haciendo una afirmación que suscita a su vez nuevas preguntas y nuevas cuestiones. En primer lugar, ¿qué libertad es ésta y dónde se encuentra jurídicamente consagrada dicha libertad? ¿Es la libertad de contratación del artículo 1255 del Código civil con los límites de dicho artículo y el efecto relativo que por lo general asigna [a] los contratos [d]el artículo 1257, o se trata de otra libertad diferente, y en este caso, cuál?»; *id.*, p. 282: «El artículo 1255 está casi inmediatamente seguido por otro texto en virtud del cual los contratos sólo surten efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos. La atribución de contenido real a un pacto, cláusula o contrato significa precisamente lo contrario, esto es, hacer obligatoria respecto de terceros la regla o el estatuto contenido en el negocio»; *id.*: *Fundamentos*, III, cit., p. 198: «Como quiera que, según su misma significación, la autonomía entraña la posibilidad de dictarse a sí mismo una regla jurídica, las relaciones obligatorias son el campo natural de acción de la autonomía. No ocurre lo mismo en materia de relaciones jurídico-reales. En ellas, la regla nacida de la autonomía privada tiende a constituir un estatuto jurídico de la cosa objetivamente considerada, que acompañe a ésta durante toda su existencia o por lo menos durante un largo período de tiempo. Por esto, el acto individual, en cuanto se impone a los posibles terceros interesados que tengan algún contacto con la cosa, deja en rigor de ser un acto de autonomía, para convertirse en alguna medida en heterónimo»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 89: «Pero el *numerus clausus* impide ir más allá, y por tanto niega la eficacia *erga omnes* a cualquier combinación que no pueda incluirse en el catálogo legal, así como a cualquier intento de privar de algunos de sus caracteres esenciales a un derecho real». En la doctrina italiana sobresaale NATUCCI: *op. cit.*, *passim*, por indicar un lugar, p. 204: «I contratti (e perciò y rapporti) atipici riconosciuti all'autonomia delle parti hanno pur sempre «forza di legge tra le parti» e non producono «effetto rispetto ai terzi» (art. 1322 CC)».

¹¹⁸ NATUCCI: *op. cit.*, p. 3: «A questo proposito, noi riteniamo che tale principio sia collegato strettamente, e dipenda, dalla caratteristica dell'opponibilità. E riteniamo altresì

de prueba; lo que requeriría demostración sería la anómala posibilidad de que —contra la sentencia universal de que cada cual puede mandar en su casa, pero no en la ajena— la voluntad privada pudiera regular intereses de terceros ¹¹⁹. Esto, dice Natucci, excede los límites de la autonomía privada y es competencia exclusiva del legislador ¹²⁰.

La objeción es inconsistente. Valdría, sin duda, para el contrato de eficacia puramente obligacional: para aquel que se limita a vincular personalmente a los contratantes; no, en cambio, para el contrato o pacto de transcendencia real. Éste, según hemos de ver, configura una situación jurídica directamente referida a la situación de poder creada sobre la cosa e inherente a la misma ¹²¹, y es, justamente, de dicha inherencia de donde deriva, como natural consecuencia, su oponibilidad *erga omnes*. Es muy significativo que los mismos autores que en el planteamiento general y abstracto niegan al pacto o contrato virtualidad configuradora jurídico-real y oponible a terceros, tengan después que contar —impuesta tal necesidad por la ley— con esa virtualidad y, consiguientemente, con la extensión de sus efectos a terceros, supuesta —naturalmente— su publicidad registral ¹²². La ley,

che il principio di tipicità, in quanto dipendente da una caratteristica essenziale e strutturale dei diritti reali, non sia un principio contingente, collegato a determinate ideologie politiche o a particolari sistemi economici, ma sia invece un principio di carattere logico-giuridico». *id.*, p. 157: «E poiché l'opponibilità caratterizza essenzialmente i diritti reali limitati, ciò è quanto dire che il principio di tipicità riguarda essenzialmente questi ultimi».

¹¹⁹ NATUCCI: *op. cit.*, pp. 202-203: «Non è tanto il numero chiuso dei diritti reali a richiedere una giustificazione adeguata, quanto invece una «libertà» delle parti così estesa da includere anche il potere di regolare interessi estranei [...] Ciascuno infatti è libero di «comandare in casa propria», non in casa d'altri». Para el Derecho alemán, cfr. STAUDINGER SEILER: *cit.*, Einl 1 zu § 854, Rz 38: «Das numerus clausus-Prinzip wird im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, liegt aber den maßgeblichen Vorschriften zugrunde [...] und war im übrigen für die Gesetzgeber vor allem im Hinblick auf die Zugehörigkeit der dinglichen Rechte zu den absoluten Rechten so selbstverständlich, daß es einer besonderen Rechtfertigung nicht bedurfte».

¹²⁰ *Op. cit.*, p. 201: «Tocare la sfera giuridica dei terzi, dare norma agli interessi altrui non spetta alle parti, ma al legislatore».

¹²¹ Una muy feliz referencia al pacto con transcendencia real, no obstante la opinión de estos autores respecto al sistema del *numerus apertus*, en LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 89: «El acto (o título en sentido material) presentado al Registro, de ordinario no se limita a denunciar la atribución del derecho, sino que contiene especificaciones que configuran e individualizan el derecho inscrito. Esas especificaciones no son, en sí y necesariamente, derecho real, pero desde el momento en que, según la voluntad de las partes, hayan de tener eficacia erga omnes (y supuesto que, por su naturaleza, puedan tenerla), se incorporan a la situación jurídica inscrita, constituyendo parte de su sustancia».

¹²² Así, Díez-PICAZO: *Fundamentos ...*, *cit.*, pp. 351-352: «La legislación hipotecaria considera las condiciones como circunstancias de configuración del derecho que se inscribe, aunque más bien son circunstancias a las que está sometida la eficacia de los negocios dispositivos [...] Sin embargo, aunque de una manera directa lo afectado por la condición es el negocio, no hay ningún inconveniente en convenir que indirectamente queda también sometido a ella el derecho derivado de tal negocio. Si el derecho se inscribe como condicional, ello significará que toda la eficacia registral se producirá respecto de un derecho de tal carácter. Los terceros adquirentes adquirirán un derecho condicional [...]. Si el evento condicionante se hubiera producido en la realidad jurídica extrarregistral, el derecho habría dejado de ser ya un derecho sujeto a condición. Sin embargo, desde el punto de vista del Registro, aunque la relación jurídica no dependa ya de un hecho futuro e incierto o de un hecho pasado cuya existencia se ignora oficialmente (vid. RDGR de 7 de noviembre de 1929), respecto de terceros habrá de considerarse que continúa

efectivamente, es aquí meridianamente clara y cierta. No pensemos de nuevo en la atención que concede en los artículos 9 LH y 51 RH a las condiciones y límites que las partes puedan adjuntar convencionalmente a los derechos reales sobre los cuales contratan; limitémonos a recordar algunos de los supuestos en que, concretamente, la legislación hipotecaria atiende a determinados pactos cuyos efectos alcanzarán a terceros. Sin tener que rebuscar mucho en la memoria, en seguida caeremos en la cuenta de que es eso lo que ocurre cuando, e.c., se eleva a condición resolutoria explícita el íntegro pago del precio (art. 11 LH), o cuando se impone en acto alguno gratuito —si es de génesis bilateral— una prohibición de disponer (art. 26, 3.ª LH), o se pacta acerca del alcance de la hipoteca en cuanto a su extensión objetiva (art. 111 LH) o en cuanto a la cobertura de la obligación garantizada (art. 114 LH), o sobre la distribución del crédito hipotecario ...

De pasada hemos visto ya que los efectos del pacto de trascendencia real son proyectables o eficaces contra tercero, supuesta su publicidad registral. A estas alturas, basta una simple apostilla: no porque de ella extraigan tal eficacia u oponibilidad, que es, repetimos, secuela natural de aquella trascendencia, sino porque a través de su supeditación a la publicidad se consigue el fin asegurador del tráfico pretendido por el legislador con el Registro de la Propiedad.

Obsérvese que de esta forma se supera el mayor de los inconvenientes —prácticamente el único de cierto peso— que de ordinario se achacan al sistema del *numerus apertus*: el de su peligrosidad para la claridad y seguridad del tráfico. Supuesto un sistema de toma de razón como el que hemos visto establecido en nuestro Derecho, la libertad de configuración de los derechos reales no supone ninguna amenaza a dicha claridad. La seguridad del tráfico, aunque postule estar al principio de protección de la apariencia jurídica, no exige la tipicidad de los derechos reales ¹²³; le basta con los

siendo un derecho condicionado»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, (ed. 1968) pp. 101-104: «Por eso, el acto pasa del título a los libros, no sólo con todos sus elementos típicos, sino con los accidentes y circunstancias particulares que lo individualizan, accidentes y circunstancias que están igualmente amparadas por la publicidad. [...] Ahora bien, ha de tratarse de circunstancias que tengan eficacia *erga omnes* y que se convengan u ordenen en el título inscribible o consten ya en el Registro. [...] Conservan, desde luego, al amparo de los artículos 9 LH y 51 RH trascendencia real, no sólo las condiciones resolutorias, sino cualesquiera causas de nulidad o rescisión que publique el Registro: todas aquellas circunstancias, en suma, que se deducen de la inscripción y pueden, por sí solas o puestas en movimiento por una voluntad, provocar, en perjuicio de cualesquiera titulares, un cambio en la situación jurídica publicada por el Registro. [...] Como circunstancias con eficacia real son igualmente inscribibles las prohibiciones de disponer en el caso del artículo 26-3.ª LH, y anotables las del ap. 2.ª, sin que, fuera de esos supuestos, puedan constar en el Registro. Puesto que en la inscripción cabe manifestar cuantas circunstancias pueden dar lugar a un cambio real, también cabrá inscribir posteriormente su desaparición [...]».

¹²³ En sentido contrario, ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ: *op. cit.*, p. 19: «Como presupuesto necesario del sistema de protección de la apariencia, el tratado de los derechos reales se funda en un sistema de tipicidad de los derechos reales; es decir, *numerus clausus* de derechos reales. [...] Siendo el sistema de los derechos reales un sistema de protección de la apariencia, su ejercicio está sometido a un régimen de publicidad (posesión y registro) que exige la preexistencia típica del derecho (*nomen juris*) y la determinación sustancial de su contenido. La eficacia

principios de publicidad y especialidad o determinación, y esta última –tampoco la primera–, obviamente, no está reñida con el *numerus apertus*.

Dejaríamos aquí este punto de no ser porque doctrinalmente se ha negado que, ni siquiera a través de la publicidad, pueda lograrse que la voluntad privada alcance a romper los moldes típicos de los derechos reales con eficacia respecto a terceros. Es el esfuerzo a la desesperada de Natucci en su defensa del *numerus clausus*. Los derechos reales –dice– se diferencian de los personales en que aquellos pueden ser opuestos a terceros con independencia de su conocimiento o aceptación ¹²⁴; la publicidad podrá dar razón de su conocimiento, pero no de su aceptación ¹²⁵. Aun publicado el derecho atípico, su eficacia respecto a terceros supondría dejar a éstos sin tutela frente a la imposición de límites establecidos sin el concurso de su voluntad ¹²⁶. Lo artificioso y forzado del argumento salta a la vista. Menos mal que el mismo autor reconoce que las cosas no serían al modo por él pretendido si la ley autorizara expresamente la posibilidad de hacer oponibles a terceros derechos reales atípicos ¹²⁷. Es, felizmente, lo que de modo palmario ocurre en nuestro Derecho. A su vista sólo nos queda notar que, al admitirlo así el mismo Natucci, queda desmentida y sin fundamento su anterior afirmación de que el *numerus clausus*, más que un principio contingente, es una consecuencia impuesta necesariamente como derivación lógica de la esencial oponibilidad de los derechos reales.

6. EL SEÑALAMIENTO DE LOS LÍMITES EN QUE EL CRITERIO DEL *NUMERUS APERTUS* DEBE MOVERSE

Comprobado, pues, que en cuanto al número y contenido de los derechos reales impera en nuestro Derecho el criterio del *numerus apertus*,

cia *erga omnes* de un derecho (real) ha de ser considerada como especial (típica), sin que se pueda en virtud de acuerdos privados constituir relaciones con trascendencia universal».

¹²⁴ NATUCCI: *op. cit.*, p. 161: «Ma bisogna tener presente che i diritti reali si caratterizzano rispetto ai diritti di credito per poter essere opposti indipendentemente dalla loro accettazione, e anzi dalla loro conoscenza. [...] Se richiedessimo per l'opponibilità ai terzi acquirenti l'accettazione del vincolo costituito dal diritto reale, tanto varrebbe cancellare la categoria dei diritti reali, che non si distinguerebbe più da quella dei diritti di credito».

¹²⁵ NATUCCI: *op. cit.*, p. 161: «Ma nemmeno l'effettiva conoscenza può sostituirsi (in difetto di una norma espressa) alla volontà di chi viene «obbligato»».

¹²⁶ NATUCCI: *op. cit.*, pp. 159-162: «Sarebbe sufficiente alla tutela del terzo acquirente l'attuazione della trascrizione, o eventualmente di altro mezzo di pubblicità? [...] A nostro avviso la semplice conoscenza o meglio la semplice conoscibilità che deriva dalla pubblicità non è però sufficiente a tutelare adeguadamente il terzo acquirente. [...] riteniamo che la trascrizione di un eventuale diritto atípico, oltre a non essere efficace dal punto di vista del diritto positivo, non sarebbe idonea alla tutela dei terzi. I quali sarebbero costretti a subire determinate limitazioni o determinate prestazioni senza il concorso della propria volontà e al di fuori di una previsione legislativa».

¹²⁷ NATUCCI: *op. cit.*, p. 162: «Diversa sarebbe invece la soluzione, se la legge prevedesse espressamente la possibilità di rendere reale (opponibile) un diritto atípico in base all'attuazione di un mezzo di pubblicità».

sólo queda como último aspecto de necesaria consideración en su tratamiento el de la determinación de sus límites. La materia puede tener un cierto interés, porque, a propósito de ella, no es infrecuente que el atractivo –para muchos– del *numerus clausus*, se haga presente en esta materia, alzando al sistema establecido en la ley obstáculos que en el mismo carecen, en nuestra opinión, de fundamento. El resultado de este modo de proceder es claro: afirmada, por imperativo legal, la vigencia del *numerus apertus*, se pretende la reducción efectiva de su alcance, por entenderlo sometido a límites que la ley no le impone. Algo de esto se ve venir cuando, en el tratamiento de la materia, y tras reconocerse la vigencia del sistema, se termina advirtiendo sobre el interés de establecer cuidadosamente sus límites ¹²⁸. No es que nosotros pensemos que la libertad en materia de creación y configuración de derechos reales carezca de ellos; lo que sí queremos es precavernos contra la introducción de recortes injustificados a su ejercicio, so capa de supuestos límites que espuriamente terminen por recortar la amplitud del sistema legal. Veamos, en concreto, qué es lo que al respecto se dice, y tratemos, en cada caso, de contrastarlo con el dato legal que resulte de aplicación.

Una primera afirmación, ésta indudablemente amparada en la ley, es la que sostiene que la libertad privada no puede en materia de derechos reales traspasar los límites impuestos a la autonomía de la voluntad por el artículo 1255 del Código Civil ¹²⁹. Tuvimos ya ocasión de comprobar cómo, globalmente, esos mismos límites son los que impone el artículo 594 del mismo Código a la libre constitución de servidumbres. También debe reconocerse como cierto que, de entre los límites del artículo 1255, el orden público impone exigencias específicas en materia de derechos reales. La no amortización de la propiedad (arts. 641; 781; 785, 2.º), y la imposibilidad de su desmembración con carácter perpetuo e irredimible (arts. 513, 546, 1608, 1655 CC), son algunas de ellas ¹³⁰. También, la de no imponer la indivisión de la comunidad ordinaria más allá de diez años (art. 400).

¹²⁸ Díez-PICAZO: *Autonomía* ..., cit., pp. 280: «Abandonando, pues, el viejo camino del enfrentamiento entre *numerus clausus* y *numerus apertus*, lo que hay que tratar de investigar son los límites de la autonomía privada en la creación de derechos reales, incluyendo en este punto tanto los derechos reales típicos como atípicos»; íd., pp. 293 y 296. Le sigue, AMORÓS: *op. cit.*, p. 273.

¹²⁹ CAMY: *op. cit.*, p. 433; Díez-PICAZO: *op. cit.*, p. 297.

¹³⁰ Díez-PICAZO: *op. cit.*, pp. 293 y 297. En cuanto a la no desmembración perpetua, cfr. R. de 6-11-1996 acerca de un derecho de vuelo sin determinación temporal: «[...] se trataría, pues, de un derecho a hacer propia, si surgiera, una facultad que en otro caso habría que integrar en el derecho dominical que hoy se ostenta y que se prevé transmitir (algo así como un derecho perpetuo a los tesoros ocultos de una finca o a las futuras accesiones naturales en los casos de los arts. 368 y siguientes del Código Civil) lo cual en modo alguno puede considerarse como verdadero derecho real (ni, por tanto, ser susceptible de inscripción, conforme al artículo 1 y 2 de la Ley Hipotecaria) pese a la libertad de creación de tales derechos reales que rige en nuestro ordenamiento jurídico (vid. artículo 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), pues se conculcan los límites y exigencias estructurales del estatuto jurídico de los bienes (dada su significación económico-

Se dice igualmente, y también con toda exactitud, que el *numerus apertus* no puede entenderse como una excepción a la general exigencia en Derecho de la causa ¹³¹. Lo que ya nos parece mucho más problemático es tomar como criterio inspirador en este punto la máxima romana sobre la *perpetua causa servitutis* ¹³². Respondía ésta, en efecto, a un sistema donde las «servitutes», en el sentido estricto que hoy atribuimos a tal palabra, se encontraban sometidas al principio de la tipicidad, y limitadas, como tales, a los diversos supuestos identificados como *servitutes urbanorum prediorum et rusticorum*. Hoy, como sabemos, las cosas son distintas: la servidumbre constituye un molde general en el que caben tanto las reales (art. 530 CC) como las personales (art. 531), y las que, por necesarias, impone la ley, como las que por su propia voluntad, sin razón de necesidad alguna, pueden, libremente y en la forma en que lo deseen, constituir los particulares (arts. 536 y 594 CC). En esta situación, la *perpetua causa servitutis* podrá seguir constituyendo requisito necesario en la servidumbre predial de carácter legal: su exigibilidad durará tanto como la necesidad que de ella tenga el predio dominante (art. 568 CC). En las de origen voluntario, sean prediales o personales, por definición, la voluntad de constituir las es bastante. El requisito causal en ellas quedará cubierto siempre que sirvan a un interés serio y legítimo ¹³³.

Se ha propuesto también a veces para la consideración como plenamente real de alguna figura atípica el sometimiento de su acto creador a los requisitos de forma y publicidad que hacen expedito el camino a la oponibilidad *erga omnes* caracterizadora de los derechos reales ¹³⁴. Creemos que no se puede convenir en la necesidad de estos requisitos. Es cierto que cuando el derecho se constituye en escritura pública, el otorgamiento de ésta, si de

política y su transcendencia *erga omnes*) que excluyen la constitución de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible (vid. arts. 513, 526, 546, 1608, 1655 del Código Civil), si no responden a una justa causa que justifique esa perpetuidad».

¹³¹ Díez-PICAZO: *op. cit.*, pp. 300-301; AMORÓS: *op. cit.*, p. 274.

¹³² Díez-PICAZO: *op. cit.*, pp. 301-303.

¹³³ Es la fórmula utilizada por Díez-PICAZO: *op. cit.*, p. 294: «e) para constituir un derecho real es menester que se dé en ello un interés serio y legítimo».

¹³⁴ Díez-PICAZO: *op. cit.*, pp. 293: «c) la manifestación o declaración de voluntad debe llenar los requisitos de fondo y forma que imponen la especial naturaleza de tales derechos y las características externas que han de trascender a los terceros»; 299-300: «d) *Los requisitos de forma y publicidad.* [...] parece bastante claro que un contrato o negocio jurídico que no se haya documentado mediante escritura pública sólo produce efectos entre las partes o efectos de carácter simplemente obligatorio, en el orden de los derechos reales inmobiliarios. [...] En materia de derechos reales inmobiliarios puede decirse que un negocio constitutivo de un derecho real, al que no se le haya dotado de la necesaria publicidad, y en particular de la inscripción en el Registro, en relación con los terceros de buena fe, no alcanza plena efectividad y, por consiguiente, en alguna medida no llega a ser un auténtico derecho real [...] Todo lo anterior, que es evidente, quiere decir que, si bien la autonomía privada es capaz de crear derechos reales atípicos, no basta para ello la simple voluntad, la mera libertad o la pura apatencia, sino que es menester que sobre ellas se sobrepongan otros factores que cabría calificar de control social, como son la plena determinación del objeto, la forma y la publicidad».

ella no resulta lo contrario, cumple las veces de la tradición. Pero, supuesto que la entrega puede llevarse a cabo real y efectivamente, y que el contrato de constitución no exige su documentación pública para existir como título válido, parece difícil poder concluir que el derecho nacido, si por su propio contenido tiene carácter o transcendencia real, no pueda considerarse tal por el solo hecho de no haber revestido forma solemne en el momento de su nacimiento. Otra cosa es que sin dicho requisito no pueda encontrar decisivo tropiezo su oponibilidad a terceros que real y efectivamente lo desconozcan. Lo mismo vale repetir –aparte del círculo vicioso que supondría exigir el carácter real para poder inscribir el pacto y el derecho de él resultante y elevar después su inscripción a requisito para calificarlo como real cuando su naturaleza es discutible– lo mismo vale repetir, decíamos, de la exigencia de inscripción registral: el derecho, o el pacto que lo configura, no adviene real por la inscripción sino que se inscribe por ser real. Es doctrina muy aceptada y común la que sostiene que no es la publicidad la que hace oponible al derecho real. Simplemente, la omisión de la inscripción alza a la natural oponibilidad del derecho real el obstáculo que le impone la protección de los terceros de buena fe. En materia de requisitos formales del derecho real, y desde el punto de vista en que aquí se aborda, puede ser orientador el artículo 540 del Código Civil: La falta de título constitutivo (en sentido formal) puede ser suplida por escritura de reconocimiento o sentencia judicial firme. No creemos obstáculo alguno para generalizar su contenido que la norma se encuentre en el régimen de las servidumbres, ni pensamos que puedan excluirse de su ámbito las constituidas libremente al amparo del artículo 594 CC.

Pero, sin duda, el límite de mayor interés o, por mejor decir, el extremo en cuya apreciación más cuidadosamente ha de emplearse la atención en la problemática calificadora suscitada por el *numerus apertus*, es el del carácter verdaderamente real de la figura nacida del libre acuerdo de los particulares. Supuestos los requisitos anteriormente indicados en lo que cada uno de ellos tiene de exigencia de validez de la actuación humana negocial, lo que decisiva y definitivamente importa para que una creación convencional logre acogerse al régimen y funcionamiento de los derechos reales, es que responda en su contenido a la figura institucional del derecho real¹³⁵. Ocurrirá ello en la doble hipótesis abarcada por el criterio del *numerus apertus*: cuando aquella creación constituya un derecho real radicalmente atípico, o cuando se limite a alterar los contornos o el contenido típico de alguno de los derechos reales que gozan de nombre y régimen propio en Derecho.

¹³⁵ AMORÓS: *op. cit.*, p. 275: «Existe entonces un grado de interés social, de repercusión en el tráfico y de vinculación para los terceros, que condicionan la misma naturaleza institucional del derecho real, que afectan al orden jurídico todo, y no pueden hacerse depender en cada caso del capricho o de la voluntad individuales».

La necesidad de que la figura libremente creada o conformada responda a las notas del derecho real, con su exigencia, por tanto, de constituir un poder inmediato y directo en la cosa y de atenerse a la especialidad que el Derecho moderno le impone ¹³⁶, no requiere explicación ni justificación alguna. Vale aquí el dicho de la jurisprudencia en materia de calificación: las cosas son lo que son y no lo que las partes quieran llamarle. Lo que sí cabe, en cambio, a la luz de esta máxima es formular algún reparo a la afirmación a veces propuesta de que un mismo resultado empírico puede igualmente lograrse a través de un derecho real o de un derecho personal ¹³⁷. Admitimos gustosamente que la introducción del calificativo «empírico» puede salvar, al menos en gran parte, la ortodoxia en Derecho de la afirmación comentada, y, en esa misma medida, destituir de fundamento nuestro reparo o acercarlo al terreno de lo quisquilloso. Aun así, debemos proponerlo. En nuestra opinión, algo de descuido se produce cuando se identifican los resultados empíricos obtenibles indistintamente a través de un derecho personal o de un derecho real. Cierto es que el disfrute de una cosa ajena puede obtenerse tanto a través de un arrendamiento como por medio de un usufructo; pero, esto admitido, tampoco debe ponerse en duda que la forma y características de tal disfrute son sensiblemente diferentes según el cauce jurídico que lo gobierne. El arrendamiento deja íntegra la propiedad del dueño, que se limita a proporcionar al arrendatario, mediante obligación personal, su propio *jus utendi et fruendi*; el usufructo, por el contrario, supone una forma de desmembración del dominio, cuyo componente de uso y disfrute pasa, como derecho real autónomo, al usufructuario, quien, en razón de ello, y como tal derecho propio, puede oponerlo a cualquiera y puede llegar, *data occasione*, a adquirirlo por usucapión. Lo mismo podría decirse de esas otras utilidades singulares que, sobre fundo ajeno, podrían obtenerse tanto mediante derecho personal como por medio de un derecho real. Un derecho a la obtención de leña o de pastos, concedido a través de un derecho personal durará tanto como la propiedad del otorgante sobre la finca que

¹³⁶ Cfr. CAMY: *op. cit.*, p. 434: «5.º Necesidad de configurar con claridad el derecho real innominado.- Si los derechos reales regulados por nuestra legislación pueden eximir a los contratantes de precisar su contenido, puesto que sus omisiones u oscuridad se suplen o se desvirtúan por la ley que los regula, no estamos en el mismo caso cuando se trate de un derecho real innominado, puesto que la omisión o la oscuridad han de implicar el que no pueda ser apreciado como tal derecho real, pues al tener una eficacia *erga omnes*, los terceros han de conocer con claridad lo que tienen que respetar»; DIEZ-PICAZO: *op. cit.*, pp. 298-299.

¹³⁷ DIEZ-PICAZO: *op. cit.*, p. 281: «Por último hay que señalar que una de las causas que dificulta la solución de nuestro problema consiste en que las mismas funciones económicas y los mismos intentos empíricos que pueden lograrse a través de los derechos reales, pueden conseguirse por medio de relaciones jurídico obligatorias. Ello es especialmente claro en materia de servidumbres y lo es igualmente en lo que se refiere a los demás derechos de uso y disfrute»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 89: «En ciertos casos, el derecho a (o sobre) la cosa puede tener, indistintamente, eficacia real o personal, siendo entonces decisiva la intención de las partes para determinar su condición».

los produce; constituido como servidumbre, gravará a tal finca con independencia de quién sea su titular. Nada digamos del polémico tema –regulado en la Ley Hipotecaria tan en distonía con el espíritu general que la informa– de las prohibiciones de disponer: concebidas éstas como obligaciones negativas o de no hacer, carecen de valor absoluto y no impiden la eficacia transmisiva del acto por el que se las incumple; por el contrario, entendidas como constitutivas de pacto con transcendencia real, limitan las facultades dispositivas del dueño e impiden la eficacia de su pretendido ejercicio. A la vista de diferencias como las indicadas, pensamos que sólo hablando muy *grosso modo* puede decirse que el resultado obtenido de un derecho real o personal recayente en una misma materia es empíricamente el mismo. Puede serlo sensiblemente distinto según la naturaleza del derecho elegido para conseguirlo. Y si ello se admite, en seguida se advertirá la importancia que cobra la tarea de interpretar la voluntad de los constituyentes cuando no se manifiesta expresa y técnicamente en esta materia. Mantener que en la duda debe optarse por el carácter obligacional de la figura creada¹³⁸ puede ser la manifestación o consecuencia de un cierto disfavor de fondo hacia el sistema de *numerus apertus*. En concreto, en materia de prohibiciones de disponer, el criterio interpretativo favorable a la eficacia de lo pactado (art. 1284 CC) inclina más bien a pensar en su configuración como pacto limitador de las facultades del dueño, o, en la expresión del artículo 7 RH, como pacto «con transcendencia real»¹³⁹.

Retomando el hilo, tras esta referencia a la interpretación de los supuestos dudosos, tendríamos ahora que detenernos un momento en el segundo supuesto antes indicado como constitutivo de derecho real atípico: aquel –decíamos– en que el acto constitutivo limita o altera los contornos o el contenido típico de alguno de los derechos que gozan de nombre legal propio. A veces se indica esta posibilidad como un límite al sistema del *numerus apertus*, no en el sentido de que tal alteración de los tipos se considere imposible en Derecho, sino porque se entiende que, mientras de ello sólo se trate, no salimos del sistema –en tal caso, flexi-

¹³⁸ Díez-PICAZO: *op. cit.*, p. 281: «Ello significa, a nuestro juicio, que un negocio jurídico concreto deberá interpretarse como creador de un derecho real, cuando el intento empírico de las partes coincida con la función objetiva de un derecho real típico [...] En cambio, si se trata de una figura atípica, parece que el criterio hermenéutico debe ser cabalmente el contrario. Por regla general, la figura atípica deberá considerarse como meramente obligacional y sólo si se dan los requisitos necesarios para ello podrá entenderse que constituye un derecho real»; AMORÓS: *op. cit.*, p. 273: «La doctrina más reciente ha subrayado, a mi juicio con certeza, que la cuestión fundamental a investigar es la de los límites de la autonomía privada en la creación de derechos reales, tanto típicos como atípicos. Se señalan así [...] de otra [parte] la forma expresa o no en que se manifiesta esa voluntad creadora, y la línea de interpretación restrictiva en la admisión de efectos reales».

¹³⁹ Así, AMORÓS: *op. cit.*, p. 274: «Recuérdese, como ejemplo, que un derecho de adquisición preferente o una prohibición de disponer que afecta a un derecho inscribible, deben producir efecto frente a terceros para que cumplan su finalidad [...]». Sobre ello, *fusus, infra*, III, 2, b).

ble— del *numerus clausus* ¹⁴⁰. No siendo cuestión de insistir en lo ya dicho, nos limitamos a advertir cómo se echa aquí en falta lo que en el planteamiento general del problema acerca del número abierto o cerrado de los derechos reales hubiera sido una exacta fijación de los términos (las «notiones» en la vieja usanza escolástica): Basta al *numerus apertus* la flexibilidad de los tipos legales, la anteposición de la voluntad privada a la ley en la determinación de su contenido y en las condiciones de su ejercicio. No es necesaria la falta absoluta de patrón legal al que reconducir la sustancia del derecho libremente configurado.

Claro está que, así entendido el problema no puede tampoco compararse la afirmación, bastante extendida, de que el *numerus apertus* no puede afectar al dominio ¹⁴¹; idea ésta a la que se ha ensayado conectar con la reserva de ley impuesta en materia de propiedad por el artículo 33 de la Constitución ¹⁴². En nuestra opinión, este precepto, referido a la garantía de los particulares frente a eventuales actuaciones abusivas del Poder público, en nada prejuzga los arreglos a los que tales particulares, y en aquella misma materia, puedan llegar libre y razonablemente entre sí ¹⁴³. Y que éstos arreglos puedan consistir en pactos que recorten los contornos típicos del dominio sometiéndolo a las más variadas, y a veces intensas (cfr., e.c., art. 639 CC), formas de límites, condiciones y cargas, es algo que la ley proclama una y mil veces en las más diversas ocasiones. Baste, por recordar dos normas hipotecarias de carácter muy general, con citar el artículo 2, 3.º o el artículo 13 de la Ley Hipotecaria. En el primero se admite una propiedad en la que al dueño se impone la obligación

¹⁴⁰ ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 670: «[...] a pesar de que oficialmente nuestro sistema lo es de *numerus apertus*, esto no supone la libérrima posibilidad de crear nuevos derechos reales además de los expresamente reconocidos por la ley, de suerte que no es nada fácil, dado lo prolijo de nuestro sistema en cuanto al número de los derechos reales nominativamente admitido, que los particulares puedan adoptar nuevos tipos de los mismos, pues, aparte de que más que inventar sería descubrir, ni la ley establece aquí precepto alguno semejante del artículo 1255 y otros del Código civil, ni pueden ser considerados derechos reales ciertos pactos que a lo más sólo alcanzan a tener la transcendencia en perjuicio de tercero como carga o gravamen real, pero sin que por ello lleguen a atribuir al favorecido ningún derecho subjetivo de carácter verdaderamente real».

¹⁴¹ CAMY: *op. cit.*, p. 435; Díez-PICAZO: *op. cit.*, p. 304; AMORÓS: *op. cit.*, pp. 273-274; MONTÉS: *op. cit.*, pp. 224-225; ROMÁN GARCÍA: *op. cit.*, pp. 181-182; PAU PEDRÓN, Antonio: *Manual de Derecho Registral Inmobiliario*, Madrid, 1996, p. 47.

¹⁴² MONTÉS: *op. cit.*: «Y si nos fijamos, podríamos, además, encontrar que esta conclusión es congruente con la reserva de Ley que ahora establece claramente el artículo 33 de la Constitución. La creación de modelos o formas «especiales» de propiedad estaría así reservada a la ley ordinaria, y ni siquiera la Administración pública podría crear estas figuras atípicas. A la ley, añadimos, que debe tener en cuenta fundamentalmente el criterio de la función social».

¹⁴³ Así, aun cuando sin hacer referencia expresa al precepto constitucional, LACRUZ: *Elementos III*, 1.º 1.ª, cit., p. 28: «La definición general de la propiedad como derecho pleno, «sin más limitaciones que las establecidas por las leyes», no se dirige a prohibir las restricciones y modalidades aportadas a ella por la voluntad privada, sino a describir el *tipo* primario».

de transmitirla a otro o de invertir su importe en un objeto determinado; en el segundo se cuenta con la posibilidad de que el dominio pueda ser limitado con cualquier clase de carga o limitación distinta a los derechos limitados de goce y de garantía ¹⁴⁴. Y nada digamos si de la propiedad pasamos a la copropiedad y a la amplitud de formas de organizarla ¹⁴⁵. Cuando para extraer el dominio del alcance del *numerus apertus* se razona que el límite que voluntariamente se le impusiera lo dejaría inalterado en sí mismo, y que el acto de voluntad se traduciría en la creación de un derecho real limitado atípico, se olvida que —como advierte Roca Sastre ¹⁴⁶— no todo límite impuesto al dominio tiene que constituir —positivamente considerado— derecho real autónomo en favor de quien de él se beneficia.

Finalmente, y la cuestión es ardua, nos queda por recoger la afirmación de que el *numerus apertus* no juega en materia de derechos reales de garantía, por exigencia de la rigurosa tipicidad, de los privilegios crediticios y de la básica regla de la *par conditio creditorum* ¹⁴⁷. La afirmación parece imponerse con la fuerza casi de un dogma legal, y cualquier intento de ponerla en duda tendría que pertrecharse de muy sólidos argumentos. Nosotros no vamos a acometer ese intento, pero tampoco creemos que nada tengan que decir en esta materia la variedad de salidas jurídicas, a veces convertidas en caminos abiertos de traza legal, para lograr fines de garantía a través de pactos atinentes a la estabilidad del dominio transmitido. Entran aquí la condición resolutoria, el pacto de retro, la venta en garantía, la reserva de dominio... La complejidad de algunas de

¹⁴⁴ Sobre ésta la base legal, y en lo que dicen respecto al dominio, convenimos con LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 89, en que: «Hay, pues, un número *relativamente limitado* de derechos sobre las cosas (inmuebles, en nuestro caso). Ante todo, el dominio, cuya constancia es un requisito del folio registral, que se inicia con ella (art. 7 LH). Dotado el dominio de gran *elasticidad*, puede ser gravado y limitado por todos los *iura in re aliena*, condiciones y prohibiciones que no atenten a su esencia legal».

¹⁴⁵ En cuanto a la copropiedad ordinaria son de tener en cuenta la R. de 1-4-1981 y la STS de 20-5-92, sobre la transcendencia real de los pactos acerca del modo de división de cosa común. Para la Propiedad Horizontal, baste la cita del artículo 8, 4.º, II, LH: «Se incluirán, además [en la inscripción], aquellas reglas contenidas en el título y en los Estatutos que configuren el contenido y ejercicio de esta propiedad». Para la multipropiedad, cfr. R. de 4-3-1993: «No se duda de que en España se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2. 2.º LH y 7 RH) y, en concreto, de que se permite alterar por pacto el contenido típico de la copropiedad (cfr. art. 392-II CC)».

¹⁴⁶ Aunque, en su minimalismo reductor, opone al alcance del *numerus apertus* —*op. cit.*, pp. 670-671— que «[...] ni pueden ser considerados derechos reales ciertos pactos que a lo más sólo alcanzan a tener la transcendencia en perjuicio de terceros como carga o gravamen real, pero sin que por ello lleguen a atribuir al favorecido ningún derecho subjetivo de carácter verdaderamente real», añade que: «Otra cosa es cuando se trata de pactos, convenciones o relaciones jurídicas que implican carga o gravamen, que a pesar de no atribuir al favorecido ningún derecho real, pueden tener entrada como tales cargas o gravámenes de transcendencia real contra terceros adquirentes».

¹⁴⁷ Vid. DÍEZ-PICAZO: *Autonomía*, cit., pp. 304-305; AMORÓS: *op. cit.*, p. 273; ÁLVAREZ CAPEROCHIP: *op. cit.*, p. 22.

estas figuras y la variedad de su tratamiento en la jurisprudencia y en la doctrina de la DGRN nos impiden entrar ahora en su problemática. Baste su indicación como pura referencia por lo que pudiera suponer de sordina a la afirmación de la rigurosa tipicidad de las garantías reales ¹⁴⁸.

La extensión que hasta aquí ya han cobrado estas páginas recomienda ponerles definitivamente fin sin entrar a estudiar el criterio mantenido por la Dirección General de los Registros acerca del *numerus* de los derechos reales a través de sus muchas resoluciones al respecto ¹⁴⁹. El defecto no es grave. Con su habitual maestría hizo tal estudio Díez-Picazo en 1976, en su trabajo *Autonomía privada y derechos reales*, y la investigación allí llevada a cabo ha sido escrupulosamente actualizada en 1995, en la cuarta edición de los *Fundamentos*. Nosotros nos vamos a limitar a formular una impresión general: Si inicialmente, sobre todo en los momentos de un más marcado «germanismo» hipotecario, la Dirección General propendió a estrechar el juego del *numerus apertus* ¹⁵⁰, hoy se muestra abiertamente más generosa en su admisión ¹⁵¹. Más allá, incluso, la misma polémica

¹⁴⁸ Entre la bibliografía más específica cabría destacar, en general sobre esta problemática, y aunque referido a las garantías mobiliarias, ROJO AJURIA: *Las garantías mobiliarias (Fundamentos del Derecho de Garantías Mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América)*, ADC, 1989, III, pp. 717 ss. En cuanto al pacto de reserva de dominio, el clásico estudio de CANDIL: *Pactum reservati domini*, Madrid, 1915, y la más reciente aportación de RIVERA FERNÁNDEZ: *La posición del comprador en la venta a plazo con pacto de reserva de dominio*, Valencia, 1994, donde –p. 134– se deja planteada la siguiente pregunta: «[...] ¿por qué no admitir, en el ámbito de los bienes muebles no sometidos a la Ley de Ventas a Plazos, la reserva de dominio como una garantía real impuesta por el uso, por la costumbre comercial?, ¿por qué sobreponer el principio del *numerus clausus* en los derechos de garantía, como señalaba Díez-Picazo, a una práctica que, como hemos comprobado, protege a todas las partes en conflicto?». Sobre la opción en garantía: FELIU REY, Manuel Ignacio: *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, 1995. Sobre la venta en garantía, y en la doctrina más reciente, VIDAL MARTÍNEZ: *La venta en garantía en el Derecho civil común español. Estudio jurisprudencial y ensayo de construcción doctrinal*, Madrid, 1990.

¹⁴⁹ No sólo a través de sus Resoluciones viene proclamando la Dirección General de los Registros y del Notariado la vigencia en nuestro Derecho del criterio del *numerus apertus*. En el Preámbulo de la reciente Instrucción de 29 de octubre de 1996, sobre medios técnicos en materia de comunicaciones entre Registradores y ordenación de sus Archivos (BOE 9-11-96) encontramos al respecto el siguiente testimonio: «Más aún, debe concretarse dicho contenido [el del Índice de Fincas y Derechos a que se refiere el artículo 398-c del RH], si se tiene en cuenta el sistema de «numerus apertus» por el que se rige nuestro Derecho, civil y registral, causa de la amplitud y eficacia de la protección jurídica extrajudicial que los principios de legitimación, fe pública e inoponibilidad prestan a los derechos y pactos inscritos y a sus titulares».

¹⁵⁰ Valgan las siguientes palabras de SERVAT: *op. cit.*, p. 753: «Sin duda alguna, todos estos temores [los que con tanta frecuencia suscita a la doctrina el *numerus apertus*] determinaron a nuestra Dirección General a *oscurecer* el sentido del *numerus apertus*, reconociendo, sí, que está sancionado por el Reglamento hipotecario, pero condicionando o limitando de tal modo su admisión que el artículo del Reglamento ha quedado reducido poco menos que a una declaración especulativa» (sub. del a.).

¹⁵¹ Un síntoma de ello puede observarse el la distinta calificación que, en relación a su admisión en el Registro, se da a un mismo supuesto –pacto concediendo el uso de subsuelo ajeno– en las RR. de 14 de mayo de 1984 y 10 de noviembre de 1988: mientras en la primera constituye una figura enmarcable en el tipo de la servidumbre voluntaria, tan generosamente entregado a la libertad creadora de los particulares, en la segunda se le

sobre su consagración y vigencia en nuestro Derecho parece considerarse ya como algo perteneciente al pasado: el *numerus apertus* de los derechos reales es hoy para el Centro Directivo algo definitivamente resuelto. Así se desprende de la Resolución de 4 de marzo de 1993: «No se duda –son sus palabras– de que en España se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2, 2.º LH y 7 RH) y, en concreto, de que se permite alterar por pacto el contenido típico de la copropiedad».

III. EL ACTO O CONTRATO DE TRANSCENDENCIA REAL Y ALGUNAS DE SUS PRINCIPALES MANIFESTACIONES

1. EN GENERAL: EL ACTO O CONTRATO DE TRANSCENDENCIA REAL

Acaso, y más que por declarar lo que de por sí ya es claro, para destacarlo al lugar que por su importancia le corresponde, sacándolo de donde el general olvido lo tiene abandonado¹⁵², convendrá ahora, después de haber estudiado el significado y alcance del *numerus apertus* y su consagración en nuestro Derecho, dirigir nuestra atención al contrato de transcendencia real, –o más simplemente, al contrato de efectos reales– y a sus principales supuestos. Es muy cierto que el carácter obligatorio que en nuestro Ordenamiento tienen los contratos de finalidad traslativa, impide aplicar a éstos el calificativo de contratos reales (*quoad effectum*). Pero ello no implica que en nuestro sistema jurídico esté vedada al pacto o contrato toda eficacia jurídico-real inmediata.

admite como derecho atípico, en el que, por ser tal, no hay que hacer cuestión de *nomen* concreto. Así, en efecto, mientras en la de 1984 se afirma: «[...] lo que no sucede en este caso [que la servidumbre voluntariamente constituida contravenga la Ley ni el orden público], en el que la servidumbre constituida es una exigencia de las relaciones socio-urbanísticas que la realidad genera, y en la que razones de necesidad, utilidad y servicio imponen el que un edificio expanda su garaje a parte del subterráneo de un suelo colindante no edificable», en la de 1988, excluyendo todo problema de calificación del tipo, se dice que: «Tratándose, el inscrito, de un derecho atípico, no puede pretenderse que en la escritura reciba una exacta denominación –que no tiene– y lo importante es que del conjunto de la escritura sea indudable que las partes se refieren al derecho inscrito».

¹⁵² A modo de muestreo puede observarse que la distinción entre el contrato obligatorio y el real aparece, al tratarse la clasificación de los contratos, sólo aludida en nota en CASTÁN: *Derecho Civil* ..., III, 15.ª ed., Madrid, 1988, p. 487; indicada brevemente en texto, en ESPÍN: *Manual* III, 6.ª ed., 1983, pp. 367-368, Díez-PICAZO y GUILLÓN: *Sistema*, II, 6.ª ed., 3.ª reimp. Madrid 1993, p. 34; confusamente tratada en LACRUZ: *Elementos*, II, 1.ª, 3.ª ed., 1994, p. 505; del todo omitida, en PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, II, 1954, pp. 395-399, LÓPEZ LÓPEZ, en VALPUESTA (Coord.) *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 1994, pp. 325-327, LASARTE: *Principios*, III, 3.ª ed., 1995, pp. 9-11. La destaca, en cambio, ALBADALEJO: *Derecho Civil*, II, 1, 3.ª ed., 1975, pp. 348-349, haciendo alguna referencia a su aplicación a nuestro Derecho.

Exponente privilegiado de lo que acabamos de decir es el artículo 7 del Reglamento Hipotecario en su referencia al «acto o contrato de trascendencia real». ¿Qué acto o contrato es éste, y en qué se cifra esa su trascendencia real? El mismo tenor del precepto lo indica, excluyendo la posibilidad de toda duda: es el acto o contrato cuyo resultado consista en la conformación del derecho real. Por ser ésa su virtualidad, y no, como comúnmente ocurre, la de hacer nacer vínculo de obligación personal (art. 1254 CC), de tal acto o contrato puede decirse que tiene trascendencia real. Hasta aquí, todo –más, incluso, que claro– parece perogrullesco. La duda, sin embargo, puede salirnos al paso: ¿No estaremos por esta vía dando entrada en nuestro Derecho a una forma de contrato que creíamos excluida del mismo?

Pensamos, obviamente, en el contrato real *quoad effectum, dinglicher Vertrag* en la terminología alemana, para distinguirlo del contrato real *quoad constitutionem* o *Real-Vertrag*. Justamente es ésa la peculiaridad que, así entendido el adjetivo «real», caracteriza al contrato: que su resultado no es producir una relación obligacional, sino desencadenar una situación jurídico-real. Es lo propio de nuestro *acto o contrato de trascendencia real*, al que –por tal razón, y de estar más extendida la atención al mismo como categoría habitual y de incidencia práctica tan frecuente como la del contrato real alemán o como la que efectivamente juega en su peculiar forma y en la realidad de nuestro Derecho– terminaríamos también nosotros por llamarle, más breve y simplemente pero con igual fidelidad a la particularidad de su resultado, contrato real.

Ahora bien, cumpliendo en nuestro Derecho los contratos la simple función de título (Base 20 y art. 609 CC), y necesitándose la entrega –acto de cumplimiento sin entidad negocial propia ni autónoma– para que la mutación jurídico-real se produzca, ¿cómo podemos pretender entronizar en él el contrato real, aunque sólo sea por la vía y a través de la expresión inequívoca del artículo 7 del Reglamento Hipotecario? En la mecánica del proceso transmisivo, como es bien sabido, nuestro Ordenamiento no permite la distinción y el corte entre el contrato obligacional preparatorio y el acto de ejecución (nuevo negocio real y abstracto en el BGB). El efecto jurídico real conecta inmediatamente con la *traditio* o entrega, y el contrato agota su eficacia en prepararla, constituyendo la obligación de llevarla a cabo. Pero el caso es que tampoco al modo en que cabría el contrato real en los sistemas de transmisión *solo consensu* puede hablarse en nuestro Derecho de un contrato real. En Francia, Italia y Portugal, la compraventa puede ser llamada contrato real, puesto que el puro consentimiento que la constituye (*merus consensus*) proporciona directamente al comprador la propiedad (*parit proprietatem*) que el vendedor le transmite. Entre nosotros, la compraventa obliga a entregar la cosa (arts. 1445 y 1450 CC), pero no la transmite ni, por tanto, tiene inmediata transcen-

dencia real. Se entiende entonces bien que, desde este punto de vista, en nuestra doctrina y para nuestro Derecho, la referencia al contrato real quede reducida, cuando se la hace, a la indicación de una de las modalidades posibles en una clasificación recomendada más por el valor pedagógico del estudio comparado del Derecho que por la efectividad de su incidencia en nuestro Ordenamiento.

Pero ocurre que las cosas no son del todo así o, quizá mejor, no son sólo así. Claro está que en nuestro Derecho, y desde el punto de vista de la transmisión del dominio y demás derechos reales, los contratos son mero título, creador de la obligación de transmitir. Pero, esto reconocido y admitido de grado, lo que no puede negarse es que, además de esa función principal, el contrato, en tanto que acuerdo de voluntades y sin salir del Derecho de Cosas, puede en ciertos casos provocar otros efectos. Por limitarnos al caso más familiar y más claro, pensemos en el contrato de constitución de hipoteca. Cifrándose ésta enteramente en ser un gravamen que inmediatamente recae en la cosa (arts. 1876 CC y 104 LH), y no siendo necesaria la entrega de la misma —al quedar, tras la hipoteca, en manos del constituyente (*pignum conventum*)— el efecto del contrato constitutivo es inmediatamente real. Sin necesidad de entrega —ni, por tanto, obligación de ella—, la propiedad de la cosa queda inmediatamente gravada. Es aquí donde, desde Roma, se hablaba de una *obligatio rei*, cuyo origen se situaba directamente en el contrato. Nuestro Proyecto de 1851 destacaba el juego de este tipo de «obligaciones» contraponiéndolas a las personales (art. 1205, I) y dedicando a cada una de ellas un precepto específico. El referido a la real (art. 1207) decía que «es real la obligación que afecta a la cosa y obra contra cualquier poseedor de ella». Por su valor sólo metafórico, la expresión «obligación real», sustituida en los casos donde aparecía específicamente regulada (arts. 1966 y 1967, actuales 1962 y 1963) por la de «acción real», no llega a entrar en el Código, donde parece hacerse perdido todo rastro de ella.

Es muy cierto que poco se habrá perdido con esta desaparición; pero también lo es que en supuestos como el indicado de la constitución de la hipoteca, y en muchos otros con posibilidad de muy variados contenidos, el contrato puede provocar efectos inmediatamente situados en el orden de lo jurídico-real: en general, siempre que sobre el derecho recayente en la cosa se imponga algún tipo de límite o gravamen que, por no implicar *positivamente* derecho real para el favorecido¹⁵³, no pueda ser sometido a entrega ni, por tanto, desdoblada su génesis en el antecedente del título obligacional preparatorio y el posterior acto traditorio que le dé existencia actual.

¹⁵³ Piénsese, de nuevo, en esa gran categoría de gravámenes y afecciones cuya omisión en el artículo 2 LH tanto crítica ROCA SASTRE: *op. cit.*, I, pp. 174-175, y II, pp. 680-689.

Pues bien, dicho todo esto, es hora de volver al artículo 7 del Reglamento Hipotecario para situar en él –y desde él en su lugar apropiado– el acto o contrato que, sin tener nombre en Derecho, modifica las facultades del dominio o demás derechos reales; y para dejar perfilado el ámbito y sustancia de su transcendencia real. Nos parece que puede afirmarse con seguridad que el esfuerzo anteriormente realizado para encontrarle su lugar al contrato real *quoad effectum* en nuestro Derecho, no es estrictamente necesario para la explicación del artículo 7 en la generalidad de su contenido. Basta para justificarlo tener en cuenta que aborda éste, al igual que el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, la tarea de determinar los títulos inscribibles en el Registro de la Propiedad. Se produce en esta materia otra de las peculiaridades de nuestro sistema de la publicidad inmobiliaria que aparece a través de estos preceptos y de la que también habremos de ocuparnos más adelante (*infra* IV): que nuestro Registro publica derechos reales, o situaciones jurídicas inmobiliarias, a través del título que las constituye: de «títulos relativos» a derechos reales habla el precepto reglamentario. ¿Qué títulos pueden ser éstos si lo que a través de ellos nuestro Registro publica es el derecho real constituido o la situación jurídico-real creada? También lo responde el precepto: 1.^o) los relativos al dominio y a los demás derechos reales mencionados como típicos en el art. 2 de la Ley Hipotecaria; 2.^o) los relativos a cualesquiera otros derechos de igual naturaleza a los anteriores, esto es: a derechos reales atípicos; y 3.^o) los que, también sin nombre propio en Derecho, consistan en acto o contrato que, más como pacto añadido que como título principal y autónomo, modifiquen alguna de las facultades típicas del dominio o inherentes a los derechos reales limitados. Es significativo que para esta tercera clase se hable de «acto o contrato» y no de título, y que en este sentido de *pacto* añadido y modalizador –«estipulaciones, cláusulas o pactos»– aparezca, *a contrario*, el acto o contrato de transcendencia real en el artículo 51, 6.^a RH¹⁵⁴.

He aquí, pues, cómo la atipicidad de los derechos reales aparece en dos lugares distintos en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario: a través del título creador de un derecho real enteramente atípico, o –lo que a la atipicidad es ya bastante– a través del pacto modalizador y limitador del derecho real inscrito. En este pacto estábamos, y respecto de él queda todavía una cuestión pendiente: ¿En qué consiste, y por qué se la considera así, su «transcendencia real»? Consiste, según el texto del Reglamento

¹⁵⁴ «Para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas, resolutorias, o de otro orden, establecidas en aquél. No se expresarán, en ningún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de transcendencia real». Lo mismo puede observarse en el artículo 8 LH, 4.^o, III: «Se incluirán, además, aquellas reglas contenidas en el título y en los estatutos que configuren el contenido y ejercicio de esta propiedad».

en «modificar» (art. 7) o «limitar» (art. 51, 6.ª) alguna de las facultades integrantes del contenido típico de los derechos reales. Si estas expresiones se contraponen a la prohibición de inscribir la *obligación* de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o cualquier otro derecho real, o de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos que pudieran producir tales efectos, ni en general, ninguna otra obligación o derecho personal sobre inmuebles (art. 9 RH), ya se obtiene claramente que la transcendencia real que permite el acceso del acto o contrato al Registro es la que, *actu* y directa e inmediatamente, modifique «desde luego» o incluso «en lo futuro» –pero también en este caso, directamente y *actu*, insistimos¹⁵⁵– el contenido típico del derecho real inscribible. Son estos pactos los que, por no constituir título autónomo ni necesitar, por ello mismo, acto separado de entrega, producen por sí solos eficacia real al modalizar el derecho constituido en el título donde ellos se insertan alterando o modificando su contenido ordinario o típico.

De acuerdo con ello, podríamos destacar ya algunas observaciones:

La primera, que el acto o contrato de transcendencia real a que alude el artículo 7 del Reglamento Hipotecario no es propiamente una categoría alternativa al dominio y demás derechos reales típicos o atípicos¹⁵⁶. Acto o contrato –título en definitiva– y derecho resultante son entidades heterogéneas que, en nuestra opinión, no padecen esta forma de comparación o relación. Más bien, el acto o contrato de transcendencia real es una concreta cláusula de conformación o configuración del derecho real constituido, que, como integrante del título que lo crea, tiene –en él– acceso al Registro en nuestro sistema de publicidad inmobiliaria.

Como segunda observación debe señalarse que la «transcendencia real» del «acto o contrato» que nos ocupa, aunque es verdad que con frecuencia se formula en la ley mediante expresiones como «perjudicar a terceros» o «surtir efectos en perjuicio de tercero», no queda del todo cabalmente indicada en esas formulaciones. Es muy evidente que no sólo los derechos o las situaciones jurídicas de carácter real perjudican o pueden perjudicar a terceros (cfr. art. 1280, 2.º y 5.º; 1526; 1734..., CC). La «transcendencia real» significa, de suyo, tanto como repercusión configuradora de la situación jurídico-real; y es este significado el que, al ser

¹⁵⁵ Cfr., para una explicación y concreción del supuesto, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 92: «d) *Derechos futuros*. El juego de la condición permite atribuir derechos para el futuro, a consolidarse cuando aquella exista, y a su vez el artificio de los derechos *propter rem* dispensa de atribuir tales derechos, inmediatamente, a un sujeto determinado, bastando que sea determinable en su momento. La combinación de ambos recursos facilita la constancia registral, desde ahora, de las previsiones, estatutos y servidumbres recíprocas que conllevan las urbanizaciones».

¹⁵⁶ Así, en cambio, lo presenta Díez-Picazo: *Fundamentos*, III, cit., p. 72: «Utilizando esta terminología, el artículo 7 RH, parece deslindar tres categorías: a) el dominio y los derechos reales típicos, que son los mencionados expresamente en el artículo 2 de la Ley; b) otros derechos de la misma naturaleza, es decir, de naturaleza real; c) actos o contratos de transcendencia real».

inherente a la cosa dicha situación, justifica y da peculiar razón en este caso de la oponibilidad de tal situación a terceros o, lo que es lo mismo, de que el acto o contrato que la configura pueda perjudicarles ¹⁵⁷.

Finalmente, debe observarse que esta manifestación –tímida, quizá, y colateral, aunque muy operativa– del contrato real en nuestro Derecho, es –como no podría ser de otra forma en razón de su sistema transmisivo– enteramente peculiar y distinta a la que el contrato real *quoad effectum* obtiene en los Ordenamientos comparados. Ni es el vehículo autónomo de la transmisión de la propiedad (ni en condición de contrato consensual directamente transmisivo, como en el *Code*, ni, mucho menos, como acuerdo real y abstracto, como en el BGB), ni, como señaladamente ocurre en Alemania, actúa sometido al criterio del *numerus clausus* ¹⁵⁸. En su más modesto lugar, el acto o contrato de transcendencia real es, justamente, en nuestro Derecho el instrumento ordinario para la conformación y adaptación de los derechos reales típicos a los concretos intereses de quienes los constituyen. Y a partir de esta indicación, otra: Así como en los sistemas de *numerus clausus* se hace necesario incrementar la segregación, como puras obligaciones personales, de todo lo que el pacto pueda adjuntar a la constitución o transmisión de los derechos reales, en el nuestro nada impide reconocer la «transcendencia real» de que habla el artículo 7 del Reglamento Hipotecario a los pactos por los que se modifican o limitan las facultades inherentes al dominio y demás derechos reales en su contextura típica. La cuestión muchas veces suscitada en nuestra doctrina acerca del valor simplemente obligacional o real de ciertos pactos adjuntos a la transmisión y constitución de los derechos reales ¹⁵⁹, no debería resolverse entre nosotros con criterios inspirados en Ordenamientos que en este punto parten de presupuestos diametralmente opuestos a los que informan nuestro Derecho. El problema sobre el alcance –obligacional o real– de las prohibiciones de disponer sería aquí un caso arquetípico, en cuyo estudio no debemos entrar todavía. Procede pasar antes, del plano general en que hasta ahora nos hemos venido moviendo, al de las principales aplicaciones o supuestos del pacto con transcendencia real.

¹⁵⁷ Al respecto, Díez-PICAZO, *op. cit.*, *ibíd.*: «La expresión “efecto real” no es de frecuente utilización en nuestros textos legales, que parecen preferir la idea de efectos contra terceros o efectos en perjuicio de terceros [...] La idea parece ser la de que la situación vigente como estatuto jurídico de un determinado bien, mueble o inmueble, se traslada a los sucesivos adquirentes del dominio o derechos reales, de manera que estos últimos quedan o bien obligados o bien sometidos a tal situación».

¹⁵⁸ Cfr. LARENZ: *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3. Aufl. München, 1975, p. 267: «Während schuldrechtliche Verträge grundsätzlich beliebigen Inhalts geschlossen werden können, gilt im Sachenrecht der sog. “Typenzwang”, d.h. es können nur solche Sachenrechte begründet werden, die einem vom Gesetz zugelassenen Rechtstypus entsprechen».

¹⁵⁹ Vid., e.c., Díez-PICAZO: *Autonomía*, *cit.*, pp. 295-296; MONTÉS: *op. cit.*, pp. 220-221. 222.

Justamente, el número-aperturismo de nuestro sistema de derechos reales, lógica derivación del principio causalista que inspira el régimen de constitución y transmisión de los mismos, abre un abanico indefinido de posibilidades de contenido concreto al acto o contrato de trascendencia real, alguna de ellas destacada ya en mismo artículo segundo de la Ley Hipotecaria ¹⁶⁰. Imposible, obviamente, intentar una exposición detallada y singularizada de tales posibilidades. Baste, pues, una referencia global a las más importantes.

Globalmente, el juego del acto o contrato de trascendencia real y su reflejo en el Registro de la Propiedad aparecía previsto en la Ley Hipotecaria de 1861 cuando su artículo 9 ordenaba que en toda inscripción se expresaran «la extensión, condiciones y cargas de cualquier especie del derecho que se inscriba» (núm. 2), o «la extensión, condiciones y cargas del derecho sobre el cual se constituya el que sea objeto de inscripción» (núm. 3). El artículo 25 del Reglamento lo concretaba en su núm. 7 disponiendo que «para dar a conocer la extensión, condiciones y cargas del derecho que deba inscribirse, se hará mención circunstanciada y literal de todo lo que, según título, limite el mismo derecho y las facultades del adquirente, ya sea persona cierta, o ya indeterminada, así como los plazos en que venzan las obligaciones contraídas, si fueren de esta especie las inscritas». La palabra «condiciones» –testigo Gómez de la Serna– se empleaba en estos preceptos en sentido muy amplio, comprensivo no sólo de lo que en la técnica jurídica denominamos y consideramos como tales, sino de «todas las restricciones que más o menos intensamente afectan al derecho que ha de inscribirse»; de «todas las cláusulas limitativas del dominio o derecho real que se traspassa» ¹⁶¹. Son las «circunstancias» que se indicaban en Lacruz-Sancho al hablar de la predisposición adoptada por nuestro Registro de la Propiedad para acoger y publicar los derechos reales: no los derechos reales en su denominación general y aislados de cualquier determinación particularizadora, sino «el derecho y su circunstancia» ¹⁶². Hoy, con mayor rigor terminológico, el contenido del pacto real vendrá generalmente indicado en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria a través de su referencia a «la extensión y condiciones suspensivas o resolutorias» del derecho que se ha de inscribir; y en 51 del Reglamento, mediante la indicación de la «expresión»

¹⁶⁰ Nos referimos, evidentemente, a su número 3.º Sobre su justificación y explicación, GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 288-289.

¹⁶¹ DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 465-466. Otros autores hablarán, e.c., de «condiciones que directa o indirectamente afecten a los derechos inscritos» (GALINDO y ESCOSURA: *op. cit.*, p. 99), de «obligación personal [a la que] se la da trascendencia real, atribuyéndola efectos de condición resolutoria respecto de un acto o contrato» (CAMPUZANO: *op. cit.*, p. 406), de «condiciones [...] establecidas en los actos inscribibles y que afecten directamente al dominio o derecho real limitado inmobiliario» (ROCA SASTRE: *op. cit.*, II, p. 745).

¹⁶² LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 101.

sión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente».

Desde luego, es imposible pararse ante expresiones como las que acabamos de transcribir y no percibir lo que implican de peculiarmente diferenciadoras de nuestro Derecho de Cosas y Registral. Frente a la posibilidad tan abierta y claramente proclamada en ellas de modalizar, directamente y en sí mismo, el contenido de los derechos reales, y de publicarlos en la configuración que, por razón de las circunstancias, mejor cuadra al interés de quienes de ellos pretenden servirse, el número-clausismo germánico, en su natural alianza con el encasillamiento de los derechos reales en el Registro de la Propiedad, llevará en Alemania a la absoluta prohibición de someter a condición o a plazo la transmisión del dominio ¹⁶³, y al descoyuntamiento de lo que en sí debería ser la situación jurídico-real en su concreta complejidad, obligando —en Alemania y en Suiza— a tener que cortar dentro de ella para separar del núcleo constitutivo del tipo del derecho real, objeto exclusivo, mondo y lirondo, de la inscripción registral, las pretensiones adheridas a ellos que, por no constituir derecho real autónomo, sólo podrán acceder al Registro, en su caso, a través de la anotación preventiva ¹⁶⁴. Desde otro punto de vista, y mirando ahora al sistema francés de la Ley de Transcripción: mientras, con el énfasis y la claridad antes vistas, nuestra Ley Hipotecaria de 1861 admitía el reflejo registral de las determinaciones voluntarias concretamente configuradoras de los derechos inscribibles, en Francia hubo que esperar hasta la reforma de 1955 para que legalmente se admitiera la inscripción de la venta sometida a condición, tanto resolutoria como suspensiva ¹⁶⁵, y, más generalmente, a la de los derechos eventuales o some-

¹⁶³ BGB, § 925, (2): *Eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam.*

¹⁶⁴ Para el Derecho alemán, aparte las referencias al mismo de ROCA SASTRE: *op. cit.*, II, p. 745 y SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, II, p. 367, cfr. e.c., BAUR: *Lehrbuch des Sachenrechts*, München, 1985, p. 196: «Die Auflassung kann *nicht bedingt* oder *befristet* erklärt werden; damit soll ein bedingtes oder befristetes Grundeigentum ausgeschlossen werden (§ 925 Abs. 2). Verkauf eines Grundstücks unter Eigentumsvorbehalt (§ 455) ist also unmöglich. Jedoch hat die Praxis —um dem Sicherungsstreben entgegenzukommen— folgende Möglichkeiten entwickelt: [...] b) Möglich ist es ferner, das Verpflichtungsgeschäft (den Kauf) zu bedingen (z.B. dadurch, daß der Erwerber entgegen einer vertraglichen Vereinbarung weiterveräußert) oder zu befristen und den bedingten Anspruch auf Auflassung (Rückauflassung) durch Vormerkung zu sichern [...]». Para el Derecho suizo, cfr. artículo 217 del Código de Obligaciones: *Ist ein Grundstückkauf bedingt abgeschlossen worden, so erfolgt die Eintragung in das Grundbuch erst, wenn die Bedingung erfüllt ist. Die Eintragung eines Eigentumsvorbehaltes ist ausgeschlossen.* En la doctrina suiza, DESCHENAUX: *op. cit.*, p. 86: «La colonne de la propriété comprend quatre sections: [...] La propriété à inscrire ne peut comme telle être modalisée ni par une condition, ni par une clause de fiducie, ni par une clause d'inaliénabilité totale ou partielle»; *id.*, pp. 519-523, para el enmarque de las pretensiones personales en torno a la propiedad inscrita en el contenido de la anotación preventiva.

¹⁶⁵ MAZEAUD: *op. cit.*, pp. 534-535: «Avant 1955, on admettait la publication de l'acquisition d'un droit —on raisonnera sur la vente— *sous condition résolutoire*, parce que l'acheteur sous condition résolutoire devient immédiatement propriétaire. Mais on refusait

tidos a revocación o resolución ¹⁶⁶. Es lástima que nuestra doctrina no siempre haya captado el auténtico calado de nuestro particular Derecho en este punto, y que prescindiendo, al parecer, del espíritu que lo anima—tan diametralmente opuesto al inspirador de los modelos germánicos—, haya pretendido introducir en él las soluciones impuestas en éstos ¹⁶⁷.

2. ALGUNAS DE SUS MANIFESTACIONES

Pues bien, tomada nota de la amplitud con que nuestro Derecho de Cosas admite la posibilidad de conformar el dominio y los derechos reales, y de la apertura de nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria a recibir y publicar las «condiciones» que determinan su circunstanciada existencia, sólo nos queda prestar alguna atención a los principales supuestos en que la indicada amplitud puede concretarse. Nosotros vamos a incluir en ellos el caso de la transmisión condicional del dominio, el de las prohibiciones de disponer y, finalmente, el de las preferencias adquisitivas. Respecto de esta agrupación de supuestos conviene,

la publication de l'acquisition d'un droit *sous condition suspensive*, car l'acheteur sous condition suspensive ne devient propriétaire que si la condition se réalise, encore que, dans cette éventualité il le devienne rétroactivement.

Il est certain que les tiers ont intérêt à connaître aussi bien les ventes sous condition suspensive que les ventes sous condition résolutoire, et que l'acheteur sous condition suspensive, comme l'acheteur sous condition résolutoire, a besoin de pouvoir publier son droit pour être à même de l'opposer à des acquéreurs postérieurs. A la différence du bénéficiaire d'une promesse de vente, qui, sauf fraude, doit s'incliner devant un tiers acquéreur, il risque, en effet, de se trouver en conflit avec un tiers auquel son vendeur a vendu le même bien. Sans doute, son droit rétroagit; mais pouvait-on décider que la publication faite au jour de l'arrivée de la condition, rétroagit ella aussi? C'eût été impossible, sous peine de ruiner la sécurité que l'on est en droit d'attendre d'un système de publicité: une publication opérant rétroactivement, aun moins sur une longue période, seriat inadmissible. Il fallait donc organiser la *publication immédiate de l'acquisition des droits conditionnels, qu'il s'agisse de condition suspensive ou résolutoire*. C'est bien ce qu'ont réalisé les rédacteurs du décret de 1955. *La publication des droits conditionnels est soumise aux mêmes règles que celle des droits purs et simples*. Cette publication est donc en principe *obligatoire* (art. 28: «Sont obligatoirement publiés ... : 1º Tous actes, même assortis d'une condition suspensive, ... portant ou constatant entre vifs: ...»). *Toutes les sanctions joueront, inclus l'inoposabilité*» (subs. del a.).

¹⁶⁶ MAZEAUD: *op. cit.*, pp. 532-534 y 535-536.

¹⁶⁷ Llamativa nos resulta la posición de SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones...*, cit., II, pp. 368-373, quien, captando perfectamente la peculiaridad de nuestro Derecho, sustantivo y registral, frente a Derecho alemán, termina propugnado para el nuestro soluciones propias de este último. En efecto, mientras en pp. 370-371 destaca: «La primera solución [llevar la condición a una anotación preventiva] aparece apoyada en Alemania por el carácter abstracto del Registro. En cambio, en nuestro sistema, el enérgico carácter causal de los asientos y la importancia que en ellos tiene el título—acto o contrato— exige que la inscripción recoja el título con todas sus modalidades y lleva necesariamente a la solución legal de hacer constar la condición en la inscripción misma del acto condicional», más adelante, pp. 372-373, para excluir la inscripción de los actos sometidos a condición suspensiva, razona del siguiente modo: «Los títulos modificativos inscribibles, conforme al artículo 2 de la Ley, son aquellos que modifican actual e inmediatamente el derecho inscrito; pero no aquellos que pueden producir en el futuro la transmisión o gravamen del derecho, aunque

antes de entrar en el examen separado de cada uno de ellos, hacer dos observaciones generales. La primera: que mientras la traída de las transmisiones *sub conditione* y de las prohibiciones de disponer a este lugar sistemático no es inhabitual en nuestra doctrina ¹⁶⁸, puede llamar la atención la inclusión de las preferencias adquisitivas en el mismo. Nuestra doctrina no procede de este modo. O bien trata de la inscripción de la opción de compra como exponente de derecho personal excepcionalmente admitido a inscripción, y separadamente se ocupa de la de los tanteos y retractos en tanto que derechos de naturaleza –posible o discutiblemente– real ¹⁶⁹; o bien arracima la opción de compra y el retracto convencional en una relación de derechos inscribibles que más parece simplemente enumerativa que propiamente sistematizadora ¹⁷⁰. La cuestión, desde luego, no es sencilla, y su mismo planteamiento es indicio por sí solo elocuente de la inmadurez que en la actualidad aqueja a su tratamiento. De todas formas, la proximidad del retracto convencional a la transmisión condicional resulta evidente; al igual que es clara la de toda forma de preferencia adquisitiva a una suerte de modalización que aboca al dominio transmitido a la interinidad, hasta tanto no se pronuncie y decida el titular de la preferencia. De hecho, a este lugar se trae en la sistemática francesa de la publicidad registral el supuesto de la opción de compra ¹⁷¹, y, en general, en la sistemática suiza, las preferencias reales de adquisición se engloban en su tratamiento, incluidas en el objeto de la anotación preventiva ¹⁷². Por las razones más arriba indicadas, en nuestro Derecho, más que como derechos personales preventivamente anotables, merecen ser tratadas –nos parece– como resultantes inmediatamente derivadas de la concreta conformación del dominio y registralmente publicables por la circunstanciada inscripción de su *condición y extensión* o alcance. Y todavía, la segunda advertencia: que, aun cuando en la perspectiva adoptada –el acto o contrato de transcendencia real– nuestra aten-

tal efecto se produzca con efecto retroactivo. Prueba de ello es que los actos condicionales no son inscribibles como títulos modificativos, sino como actos de transmisión o gravamen. Por otra parte, la expectativa que crea la condición suspensiva, aunque sea tratada como un derecho real, no quiere decir que efectivamente lo sea ni que sea un derecho inscribible. En el Registro se deben inscribir sólo los derechos reales, sin que a este efecto puedan entrar en tal categoría las meras expectativas de derechos [...] En rigor, los actos sujetos a condición suspensiva, no inscribibles por su propia naturaleza, sólo deberían tener acceso al Registro por medio de anotación preventiva».

¹⁶⁸ Cfr. LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 90-93; en p. 91: «b) *Condiciones*. [...]»; p. 93: «e) *Prohibiciones de enajenar*. [...]»; CHICO y ORTIZ: *op. cit.*, pp. 475-505.

¹⁶⁹ Así, ROCA SASTRE: *op. cit.*, II, pp. 678-679 y 698-699; *id.*, III, pp. 546-570 y 585-620.

¹⁷⁰ Cfr. SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, II, pp. 360-361; Díez-PICAZO: *Fundamentos*, III, cit., p. 346, aunque en p. 342 enumera a la opción de compra como uno de los derechos personales excepcionalmente admitidos a inscripción. Completa la relación: tanteo, retracto y opción, en DE CASSO: *op. cit.*, pp. 426-435.

¹⁷¹ Vid. MAZEAUD: *op. cit.*, pp. 533-534.

¹⁷² Cfr. DESCHENAUX: *op. cit.*, pp. 98 y 535-536.

ción deba ceñirse a la concreta conformación del dominio por obra de la voluntad privada y a las figuras jurídicas nacidas al amparo de su eficacia, alguna alusión habremos de hacer en su lugar oportuno a la incidencia legal en esa misma conformación cuando ésta discurra a través de figuras similares a la anteriores y unificadas unas y otras por su común resultado, no obstante el distinto origen –voluntario o legal– de que puedan proceder.

a) **La transmisión del dominio bajo condición resolutoria o suspensiva**

Comenzando, de acuerdo con el orden indicado, por la transmisión condicional del dominio, el primer dato que salta a la vista es la amplitud con que la ley admite su juego ¹⁷³, y la connaturalidad que le atribuye, tanto al enumerar la condición como uno de los capítulos ordinarios entre los que deben incluirse en el objeto circunstanciado y concreto de la inscripción, como al dedicar un precepto a la forma de hacer constar en el Registro su cumplimiento. A la vista de los artículos 9, 2.º y 23 de la Ley Hipotecaria y 51, 6.ª del Reglamento, nadie podrá decir que para nuestro sistema legal, la transmisión condicional del dominio sea un fenómeno extraño o de difícil encaje en la armonía del conjunto. Esta idea bastaría a nuestro propósito de destacar los supuestos principales del acto o contrato de transcendencia real. De todas formas, sobre la transmisión condicional del dominio, prescindiendo de toda cuestión de detalle, quisiéramos hacer, al hilo de nuestro discurso, una indicación común y otra más específica sobre el supuesto del sometimiento de la transmisión a condición, según ésta sea resolutoria o suspensiva (*adjectio appositae vel subintellectae in dispositione, suspendens vel resolvens dispositionem*).

La indicación común, tendente a la residenciación del supuesto que nos ocupa en terrenos del pacto con transcendencia real, sólo puede ser apuntada en este lugar, y consiste en señalar la diferencia que media entre la compraventa *sub conditione* y la transmisión condicional del dominio. La distinción, que no es fácil de establecer con nitidez y a cuyo desdibujamiento contribuye la superposición en sus contornos de una pluralidad de figuras no pacíficamente delimitadas por la doctrina (compraventa bajo condición suspensiva, art. 1453; promesa de venta, art. 1451; precontrato ... ¹⁷⁴), puede resultar particularmente necesaria en nuestro

¹⁷³ ROCA SASTRE, reconociendo (*op. cit.*, II, p. 475) que las condiciones suspensivas y resolutorias «tienen franca entrada en el Registro», considera excesiva tal entrada: «No obstante, dado el sistema español [...] el ingreso de las condiciones en los libros hipotecarios está excesivamente facilitada» (p. 749).

¹⁷⁴ Específicamente, para los artículos 1.452 y 1.453 CC, cfr. los comentarios de GARCÍA CANTERO y LÓPEZ LÓPEZ, en *Comentarios...* Edersa, XIX, Madrid, 1980, pp. 60-72 y 86-97, y *Comentario...*, M.ª Justicia, Madrid, 1991, II, pp. 892-895 y 898-900. Más en

Derecho, donde la transmisión del dominio se produce en conexión con el título o causa que la justifica (a diferencia, como se sabe, del alemán), pero donde el título, por sí sólo, no tiene virtualidad traslativa (a diferencia, como también es sabido, de lo que ocurre en el sistema francés). Compraventa condicional y transmisión condicional del dominio no son realidades completamente idénticas, porque en la primera es el mismo contrato de compraventa el que queda por voluntad de las partes sometido al juego de la condición, mientras que en la transmisión condicional del dominio el contrato de compraventa se querría, en principio, como puro y simple, y lo que se pretende someter a condición es, inmediata y directamente, su resultado transmisivo; sólo remotamente y en movimiento de marcha atrás, el contrato que lo provoca, en tanto que el mismo, sin aquel resultado, queda privado de todo sentido¹⁷⁵. Más brevemente y por derecho: en la compraventa condicional, la situación de pendencia propia de la condición afecta, antes que a la derivación jurídico-real del contrato, a la entraña de su contenido obligacional. Estamos entonces en el paso previo al que determina la entrada en el mundo de las mutaciones reales que el Registro está llamado a publicar; y dentro, todavía, del de las obligaciones –interesa la de transmitir– que el artículo 9 del Reglamento Hipotecario excluye de él¹⁷⁶. Sobre esta consideración abstracta y de naturaleza preferentemente dogmática podría añadirse otra de carácter finalista o funcional. La condición que adjuntada a la venta tiene acceso al Registro es, en su supuesto más general y arquetípico, la tendente al aseguramiento del vendedor frente a la eventualidad del impago del precio¹⁷⁷. Por ello antes decíamos que en este tipo de operaciones el vendedor querría la venta como pura y simple; nada que no sea el temor por el éxito de la operación le lleva a deseársela en forma distinta. Si introduce en ella el mecanismo de la condición que la pueda dejar sin efecto, es porque teme el impago del precio y contra él quiere precaverse.

Pasando a la doble forma en que la condición puede afectar al dominio de cuya transmisión se trata en la compraventa, poco hay que decir

general, para la problemática indicada: CASTRO: *La promesa de contrato*, ADC, 1950, pp. 1132 ss.

¹⁷⁵ En sentido inverso, y formulando algún reparo a la contemplación de las condiciones por la legislación hipotecaria, DIEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, III, cit., p. 351: «La legislación hipotecaria considera las condiciones como circunstancias de configuración del derecho que se inscribe, aunque más bien son circunstancias a las que está sometida la eficacia de los negocios dispositivos, es decir, de los negocios de creación, modificación y extinción de tales derechos. Sin embargo, aunque de una manera directa lo afectado por la condición es el negocio, no hay ningún inconveniente en convenir que indirectamente queda también sometido a ella el derecho derivado de tal negocio».

¹⁷⁶ Sobre la posible transcendencia obligacional o real de la condición en la compraventa, cfr. ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 747-748.

¹⁷⁷ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 91: «Otras veces, el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con la finca se asegura elevándolo a condición (generalmente, resolutoria)».

acerca de su sometimiento a condición resolutoria ¹⁷⁸, una vez transmitido al comprador. Amén de la previsión general de los artículos 9, 2.º de la Ley Hipotecaria y 51, 6.º de su Reglamento, el artículo 1504 del Código Civil consagra la hipótesis y los artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 59 del Reglamento la concretan en el orden específicamente registral. El tercero que adquiera del comprador constando registralmente la condición resolutoria expresa se verá perjudicado por ella. El dominio que adquirió estaba sometido por consecuencia del pacto de trascendencia real al juego resolutorio de la condición, y sólo en tal forma pudo adquirirlo el comprador ulterior ¹⁷⁹ que, aunque ajeno al pacto configurador del derecho que va a adquirir, tendrá que estar a sus resultas por no consistir éstas en la imposición de obligación personal alguna, sino en la configuración objetiva del derecho que se propuso adquirir ¹⁸⁰. Y aquí es donde el Registro de la Propiedad entra a cumplir su función: porque la natural vocación de oponibilidad *erga omnes* del derecho real en su conformación convencional podría ser perturbadora del tráfico, la inscripción registral de tal derecho deberá reflejar la condición a que está sometido. Nada obsta, ni intrínseca ni extrínsecamente, a que, siendo así las cosas, el pacto de trascendencia real –la resolubilidad de la propiedad adquirida por el comprador inicial, en el caso estudiado– pueda desplegar su eficacia propia.

Tema muy próximo al de la condición resolutoria expresa es el de la facultad resolutoria surgida en favor del contratante cumplidor en el ámbito de los contratos generadores de obligaciones recíprocas cuando su contraparte incumple la que sobre él pesa (art. 1124 CC). Tan próxima, que en una terminología muy extendida, tributaria de una tradición a la que corresponde la colocación sistemática de la figura en el Código Civil, más que de «facultad», se habla de «condición resolutoria tácita». Con buenos argumentos la actual doctrina critica esta terminología y el substrato dogmático que la sustenta. La resolución por incumplimiento no responde al juego de la condición ¹⁸¹, sino al de la causa (art. 1274 CC). De todas formas, sin necesidad de indagar en el contenido de la voluntad singular y concreta de los contratantes, lo cierto es que la facultad de resolver su propia obligación una parte está legalmente supeditada al hecho del incumplimiento por la otra. He aquí por qué en la figura se ve, a veces, el juego de una *conditio juris*. En

¹⁷⁸ SERNA: *op. cit.*, p. 259: «No presenta ninguna dificultad la venta o cualquier otro contrato o acto sujeto a condiciones resolutorias o rescisorias: su inscripción procede desde luego».

¹⁷⁹ DIEZ-PICAZO: *Fundamentos ...*, III, cit., p. 351: «Si el derecho se inscribe como condicional, ello significará que toda la eficacia registral se producirá respecto de un derecho de tal carácter. Los terceros adquirentes adquirirán un derecho condicional».

¹⁸⁰ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 91: «La condición es inscribible en cuanto su cumplimiento determina una modificación en la titularidad del derecho real [...]».

¹⁸¹ Por todos, DIEZ-PICAZO: *Fundamentos ...*, II, 1996, pp. 701-702.

cualquier caso, *conditio juris* o expresión del funcionamiento de la causa, el supuesto escapa al que nos viene ocupando: al del *acto voluntario o contrato de transcendencia real*. Y, con todo, insistimos, su proximidad con el de la condición resolutoria es evidente. Tan próximo, que en la Ley de 1861 su tratamiento registral se englobó en el de la transmisión condicional del dominio. A las condiciones «suspensivas, resolutorias y rescisorias» de los actos y contratos inscritos se refería el artículo 16 de aquella Ley, y se sigue refiriendo todavía el 23 de la actual. ¿Qué condiciones eran esas llamadas *rescisorias* que tanto han intrigado a veces a la doctrina¹⁸²? Gómez de la Serna, dejando traslucir también una cierta intriga por la denominación empleada en la Ley¹⁸³, situó en ellas las circunstancias determinantes de la rescisión o resolución de los contratos, necesitadas de declaración judicial¹⁸⁴, principalmente, la facultad de resolución por incumplimiento¹⁸⁵. Ello

¹⁸² Cfr. GALINDO y ESCOSURA: *op. cit.*, p. 132: «¿Y cuáles son las condiciones rescisorias? ¿En qué se diferencian de las resolutorias? Difícil es contestar decisiva y claramente a estas preguntas. Las leyes no las definen, ni las distinguen; los Expositores de derecho civil patrio, tampoco dan a conocer su opinión; y no se explica fácilmente el hecho de mencionarse en la L. H. unas veces las condiciones resolutorias o rescisorias, y otras, como en los artículos 109 y 142, las resolutorias solamente. La Serna, que ha tratado con bastante detenimiento estas cuestiones, expone con más erudición que claridad, la diferencia que en su concepto existe entre unas y otras [...]».

¹⁸³ DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 513-514: «3. *Resolutorias o rescisorias*. - No siempre la ley emplea juntamente estas dos palabras [...] En vista de esto ocurre preguntar ¿cuando la Ley o los reglamentos tratan sólo de condiciones resolutorias, se entiende que lo que dicen es extensivo a las rescisorias? ¿Las condiciones resolutorias y rescisorias son una misma cosa? Si no lo son, ¿en qué se diferencian? Si tuviéramos que atenernos a un tecnicismo riguroso, difícil sería sostener esta doble denominación, porque en realidad no representa más que una sola idea, la de los acontecimientos futuros e inciertos cuyo cumplimiento deja sin efecto los actos y contratos a que afectan restituyendo las cosas a su anterior estado. Sin embargo, no puede desconocerse que entre nosotros, en el uso común del foro, existen estas dos denominaciones, y sería obrar con sobrada ligereza suponer sin un examen concienzudo que no había absolutamente diferencia entre ellas, y que cuando con tan escrupuloso cuidado se ha distinguido siempre en nuestra patria la nulidad de los actos y contratos de su rescisión, se hubiera procedido con tan poca diligencia al admitir indistintamente los adjetivos *resolutorias* y *rescisorias* para significar las mismas clases de *condiciones*. Aunque con la desconfianza que naturalmente debe inspirarnos, para dar nuestra opinión, el no ver explicada en nuestros escritores esta diversidad de nombres, pues que ni aun recordamos haber visto en ninguno la frase *condiciones rescisorias*, a pesar de su continuo uso, no rehusaremos emitirlos» (subs. del a.).

¹⁸⁴ SERNA: *op. cit.*, p. 517: «Las resolutorias tácitas no surten efecto sino en virtud de declaración judicial, *ex officio judicis*: el contrato conserva toda su fuerza hasta que se solicita su resolución, y sólo desde el día en que atendidas las circunstancias del caso se señala en la sentencia [...] ¿Podrá dimanar de esta diferente manera de producir su efecto las condiciones resolutorias, que haya nacido esa doble denominación tan general de condiciones *restitutorias* [sic] y *rescisorias*, por más que no las encontremos en las leyes ni en los jurisprudencias? Esto nos parece lo probable: explicaremos los motivos» (sub. del a.).

¹⁸⁵ SERNA: *op. cit.*, p. 515: «Entre las condiciones resolutorias tácitas, esto es, las que sin expresarse en el contrato resultan de la ley, hay algunas, como sucede con la revocación de las donaciones por la supervenencia de hijos que tienen una sanción expresa en ella, y otras que nacen de la regla general a los contratos bilaterales de que en tanto se

supuesto y admitido ¹⁸⁶, no nos interesa aquí entrar a juzgar la corrección técnica de la terminología legal ni de la unificación antes indicada. Nos basta con observar que, por disposición de la Ley, la estabilidad de la transmisión del dominio queda sinalagmáticamente pendiente del cumplimiento de la obligación del comprador del mismo modo que cuando a él se la supedita por voluntad expresa de las partes. El problema que ello inmediatamente suscita es el de la prolongación *ultra partes* de la inestabilidad del dominio hasta que el cumplimiento se produzca. Y éste es el punto que, sin más, la Ley Hipotecaria sometía al mismo tratamiento que el de la transmisión condicional: si el tercero puede conocer registralmente la circunstancia determinante de aquella inestabilidad, resultará perjudicado por ella; no, en cambio, en el caso contrario (originarios arts. 36 y 38, 3.º LH). De ahí que en la inscripción de la transmisión del dominio debiera expresarse si ésta se hubiera verificado pagando el precio al contado o a plazo, así como la forma y plazos en que se hubiera estipulado el pago (arts. 10 y 11

reputa obligada una parte en cuanto la otra cumpla con lo pactado. Y con razón, porque el que se obliga en virtud de otra obligación simultáneamente contraída, sólo presta su consentimiento por el beneficio o servicio que en remuneración de los suyos espera: cuando cesa esta reciprocidad falta el consentimiento, y por lo tanto, queda el contrato destituido de su fundamento más esencial [...]; id., p. 519: «[...] es un hecho que no deben sujetarse a dicha regla [la propia de la condición resolutoria expresa] las *condiciones resolutorias tácitas*: no puede decirse que éstas nacen del contrato, aunque sean una de sus consecuencias: los que compran y venden aplazando el precio y no ponen la cláusula o la condición resolutoria del pacto de ley comisoría, nada estipulan respecto de la resolución de contrato para el caso de que deje el comprador de satisfacer oportunamente los plazos estipulados: no hay en este caso una ley especial del contrato, que en el hecho de faltar a ella una de las partes, lo deje sin efecto. Es verdad que hay una presunción de ley, según hemos dicho antes, de la que nace la facultad en el vendedor de obtener que quede sin efecto el contrato que como bilateral lleva consigo una condición resolutoria tácita en el caso de que no cumpla una de las partes lo que prometió, por ejemplo, en la compra, pagando a su vencimiento el precio aplazado, pero como ésta no es condición expresa del contrato, no puede reclamarse su cumplimiento por la acción que nace de él, ni por lo tanto tampoco por la reivindicación; en su lugar tiene que entablarse otra acción cuyo objeto es que se rescinda la enajenación hecha, y por consecuencia el dominio que en virtud de ella fue transferido al adquirente: a esta clase de acciones con cierta propiedad las llamamos *rescisorias*, aunque no empleemos esta frase en el sentido especial en el que los intérpretes la aplicaban para significar la acción publiciana que se daba al antiguo dueño de una cosa para rescindir la prescripción que en su ausencia legítima otro hubiera completado. Si, pues, a las acciones que nacían de las condiciones resolutorias tácitas se les da el nombre de *rescisorias*, no nos parece que será una conjetura temeraria la de suponer que se haya aplicado a las condiciones resolutorias tácitas para diferenciarlas de las que *ipso jure* producían la resolución del contrato, el nombre que se daba a las acciones que se entablaban para reclamar los derechos que nacían a su cumplimiento» (sub. del a.).

¹⁸⁶ Cfr. Díez-PICAZO: *Fundamentos ...*, III, cit., p. 351: «La Ley y el Reglamento (cfr. artículos 23 LH y 52 RH) hablan también de «condiciones rescisorias», aun cuando esta expresión no posea ningún significado técnico definido. Lo mismo puede decirse de la utilización de la idea de «condiciones revocatorias» a que alude al artículo 51 RH Ambas expresiones deben considerarse referidas no a las condiciones en sentido técnico, sino a aquellos hechos de los cuales pueden derivar acciones legales de rescisión o de revocación del negocio jurídico (por ejemplo, de revocación de donaciones, etc.) [...]». No lo entendió así, con todo, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 374, para quien «debe [...] hablarse sólo de condiciones suspensivas y resolutorias, entendiéndose que cuando se alude [en la Ley y

LH) ¹⁸⁷. Este régimen –sin duda, el congruente con los principios de la Ley Hipotecaria, como, criticándolo injustificadamente, a nuestro juicio, reconoce Roca Sastre ¹⁸⁸– fue sustituido en la reforma de 1944 por el actualmente en vigor: manteniéndose la necesidad de la constancia de la forma convenida para el pago del precio (art. 10 LH), la expresión de su aplazamiento no surtirá efectos en perjuicio de terceros a no ser que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita (art. 11 LH). Desde luego, es muy claro que esta regulación –completada en el artículo 37, 4.º b) i. f.: *el simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio no implicará, por sí solo, complicidad en el fraude*– pugna con el espíritu general de la Ley. ¿Cómo se justifica que, por su tránsito a un tercero, se convierta en definitivamente estable el dominio que ese mismo tercero adquirió, a sabiendas, en situación inestable? No se responda que ello es efecto del carácter personal de la acción resolutoria ¹⁸⁹, porque, prescindiendo del obstáculo que literal-

Reglamento hipotecario] a condiciones rescisorias y resolutorias se trata de una incorrecta expresión con la que se hace referencia a la condición resolutoria».

¹⁸⁷ DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 481-482: «No nos parece que pueda ponerse en duda, aun en el estado actual de nuestra legislación, que el vendedor tiene el derecho de que quede sin efecto el contrato cuando, aplazada la obligación, no le satisface el comprador, mientras éste sea el poseedor de la cosa vendida [...]. Mas puede suceder que el adquirente haya traspasado la finca a un tercero, y en este caso, si no existiera escrito en el Registro que estaba aplazado el pago, el ejercicio de la acción resolutoria sería imposible, porque la Ley en su artículo 36 establece que las acciones de esta clase no se den contra tercero que haya inscrito su derecho, de cuya disposición hace el artículo 37 algunas excepciones, entre las cuales ocupa el primer lugar la que se refiere a las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro. En consecuencia de esto, el artículo 38 en su disposición tercera añade, que no se rescindirán ni anularán los contratos por no haberse pagado todo o parte del precio de la cosa vendida, si no consta de la inscripción haberse aplazado el pago, a lo que es consiguiente que siempre que esto aparezca en la inscripción, queda a salvo la acción que tiene el vendedor de pedir la resolución del contrato, y por lo tanto, que puede quedar sin efecto el dominio transferido, aunque no se haya estipulado expresamente el pacto de resolución, porque en el hecho de estar inscrito el aplazamiento, se sobreentienden todos los derechos que son su consecuencia legal. La Ley quiere, pues, solamente que por el silencio del Registro no se dé lugar a creer que el precio está satisfecho, que es lo que debería deducirse si nada relativo al aplazamiento se expresara en él, porque de otro modo faltaría al espíritu dominante en toda la Ley, que no permite que se convierta en perjuicio del tercer adquirente ninguna responsabilidad a que esté afecta la finca, cuando no pueda éste tener de ella conocimiento, por carecer de la publicidad que le da el Registro».

¹⁸⁸ ROCA SASTRE: *op. cit.*, II, p. 780: «Éste es el criterio a que respondió hasta 1944 nuestro sistema, y que aún impera en los otros casos de acción resolutoria que no sean por impago del precio. Frente a él, ahora como antes, preguntamos: ¿no es el mismo absurdo y perturbador? Evidentemente, es criticable todo esto, pero no es más que una consecuencia rigurosamente lógica del sistema adoptado por nuestra Ley Hipotecaria». Crítico, también, respecto de aquel sistema, y negando, incluso, que fuera «el de nuestra legislación derogada», SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 426-434.

¹⁸⁹ SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones* ..., II, cit., pp. 432-433: «El problema que se plantea en este punto es el de la posible mala fe del tercero: ¿basta el conocimiento del aplazamiento, que existirá siempre por la inscripción, para que quede concluida la buena fe del tercero? Si la acción resolutoria del artículo 1124 tuviera por sí misma transcendencia real, la contestación afirmativa sería de toda evidencia; pero tratándose de una acción puramente personal la cuestión es distinta y ha de resolverse precisamente en sentido contrario, ya que como se vió al estudiar el principio de la fe pública, el conocimiento de posibles acciones

mente tal respuesta encontraría en el último párrafo del artículo 37 LH, de lo que aquí se trata no es tanto de exigir en lo obligacional a quien por el contrato incumplido pueda resultar vinculado como de permitir que el dominio valga —como en él es habitual, *erga omnes*— en la forma concreta de su especial situación. En todo caso, la actual regulación de la constancia registral de la forma de pago, además de herir injustificadamente el espíritu de la Ley Hipotecaria —a la protección del tráfico bastaba con liberar de los efectos de la resolución al subadquirente que desconociera el aplazamiento—, ha sido justificadamente criticada por su inutilidad. Si por sí sola la expresión del aplazamiento no perjudica a tercero, lo mejor hubiera sido prescindir de su constancia registral ¹⁹⁰.

Volviendo al supuesto del sometimiento de la transmisión del dominio a condición propiamente dicha, nos queda por examinar la posibilidad de inscripción de su supeditación a condición suspensiva, lo que nos sitúa ante el conocido *pactum reservati dominii* y su acceso al Registro ¹⁹¹. Obviamente no vamos a ocuparnos aquí de su problemática general ¹⁹²; nos basta con saber que, superadas las reservas que sus posibles abusos pudieron provocar y reconocida su cuasi-connaturalidad con el carácter sinalagmático de la compraventa ¹⁹³, la doctrina admite hoy

de carácter personal no afecta a la buena fe. Esto es evidente en la acción resolutoria, la cual si puede provocar en el adquirente un deber de restitución, no una verdadera resolución, es tan sólo mientras las cosas estén en poder del mismo y no hayan salido de su patrimonio, a menos que el tercer adquirente esté en posición de mala fe civil».

¹⁹⁰ Así, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 415 y 434; ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 784-785.

¹⁹¹ Derechamente, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 91: «Equivale a una condición suspensiva, y es por tanto inscribible, el pacto de reserva de dominio en favor del vendedor hasta el cobro del precio». Para la posibilidad de inmediata inscripción de la venta bajo condición suspensiva en el Derecho italiano, vid. FERRI: *op. cit.*, p. 66.

¹⁹² En cuanto al pacto de reserva de dominio, además de las obras ya citadas de CANDIL: *Pactum reservati dominii*, Madrid, 1915, y RIVERA FERNÁNDEZ: *La posición del comprador en la venta a plazo con pacto de reserva de dominio*, Valencia, 1994, desde el punto de vista específicamente registral: AMORÓS: *El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles*, RCDI, 1972, pp. 9-41.

¹⁹³ Vid. STS 11 julio, 1983: «[...] es doctrina reiterada de esta Sala, que cristaliza, entre otras, en la sentencia de 10 de junio de 1958, la de que el *pactum reservati dominii*, por el cual el vendedor se reserva la propiedad de la cosa vendida hasta un determinado término, o al verificarse un evento, las más de las veces el pago íntegro del precio (*donec pretium solvatur*) que viene pagado a plazos, es generalmente admitido como válido, si bien continúa discutiéndose en la doctrina sobre su naturaleza jurídica, que parece excepcional respecto a los principios técnicos de la compraventa, aun cuando en realidad no lo sea, pues se funda en la misma naturaleza esencial de la venta como contrato bilateral conmutativo, que debe subsistir, no sólo en el momento estático de la conclusión del contrato —consistiendo entonces en la necesidad de que sean pactadas y determinadas las dos atribuciones patrimoniales correlativas (el llamado sinalagma genético)—, sino también en el momento dinámico de la ejecución del contrato, consistiendo entonces en la necesidad de que ambas prestaciones sean realizadas (sinalagma funcional), lo que se obtiene, como excepción a la regla de la simultaneidad de la entrega de la cosa y pago del precio, que no conviene al comprador, aplazando la atribución patrimonial ejecutada por el vendedor, esto es, la transmisión del derecho hasta el momento en que el precio sea pagado por completo».

su licitud, y que, en todo caso, la Ley Hipotecaria de 1861 –un alarde de atrevimiento de nuestros legisladores, según Roca Sastre¹⁹⁴– le dio plena acogida, sin que después haya sido modificada en este punto. No ha sido ello bastante para que posteriormente no se hayan planteado dudas al respecto¹⁹⁵, y no tanto porque se ponga en cuestión la posibilidad del pacto de reserva de dominio o el sometimiento de la transmisión de éste a condición suspensiva, sino porque –aparte la *vis atractiva* de la hipoteca como figura típica pretendidamente monopolizadora de la garantía real inmobiliaria¹⁹⁶– se entiende que en tanto la condición no se cumpla y, por ende, el dominio se transmita, no habría mutación jurídico-real de la que el Registro debiera ocuparse¹⁹⁷. Gómez de la Serna justificó el proceder de la Ley por razones que son sustancialmente las mismas que posteriormente, con algún añadido menor, han repetido Roca Sastre y Amorós y ha tratado de combatir Sanz Fernández: que desde la transmisión suspensivamente condicionada nace para el comprador un derecho eventual, transmisible y de efecto retroactivo al cumplirse la condición¹⁹⁸, cuyo conocimiento interesa también a los terce-

¹⁹⁴ ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 746: «Parece que la inscribibilidad de los actos sujetos a condición suspensiva, a diferencia de los sometidos a condición resolutoria, constituye cierto alarde, que es más bien expresión de una postura atrevida por parte de nuestros legisladores hipotecarios [...]».

¹⁹⁵ Cfr. AMORÓS: *El pacto de reserva ...*, cit., p. 10: «A la vista de las estipulaciones expresadas, se plantea el problema de decidir si es inscribible en el Registro una escritura redactada en esos términos. La respuesta a este interrogante es por lo menos dudosa». En pp. 12- 19 pasa revista a las posiciones de la doctrina, que clasifica como contraria a la validez del pacto, favorable a él, con restricciones, y favorable sin reservas.

¹⁹⁶ Así, CANDIL: *op. cit.*, p. 168: «El empleo del *pactum*, para garantizar el precio en la compraventa de inmuebles, tuvo su razón de ser en una época en que por imperfección del sistema hipotecario los vendedores decidieron buscar otras garantías de más fuerza que las resultantes de un derecho real ilusorio las más de las veces ante aquellas laberínticas hipotecas ocultas, generales, legales, etc. Pero en los tiempos modernos tales inconvenientes han desaparecido por completo, y con ellos los medios empleados para aminorarlos, ante los cuales la reserva de propiedad tiene en este aspecto un valor relativo»; DE CASSO: *La compraventa a plazos con reserva de dominio*. Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona el 17 de marzo de 1941. «Cuestiones de Derecho Privado de nuestra posguerra», Barcelona, 1942, pp. 7-26, esp., p. 13. Al monopolio garantizador de la hipoteca opone AMORÓS (*op. cit.*, pp. 16, 30 y 32) el menor coste fiscal del pacto de reserva de dominio.

¹⁹⁷ SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 371: «A mi juicio, contra la inscribibilidad de los actos sujetos a condición suspensiva pueden darse dos razones fundamentales: a) En primer lugar, la de que el acto sujeto a ella no produce, hasta que se cumpla la condición, efecto transmisivo o constitutivo de derecho real [...] Si, pues, la transmisión o gravamen no tiene lugar mientras la condición esté pendiente, parece indudable que no nos hallamos ante un acto inscribible de los enumerados en los artículos 1 y 2.1 de la Ley, y su inscripción es una anomalía dentro de nuestro sistema. b) En segundo lugar, la inscripción del acto sujeto a condición suspensiva encierra una anomalía indiscutible: esta inscripción no proclama al verdadero titular del derecho, toda vez que el adquirente no lo adquiere mientras no se cumple la condición [...]».

¹⁹⁸ DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 512-513: «Lo que creemos es, que si bien de la condición no nace más que una esperanza, *spes debitum ire*, como antes dijimos, esta esperanza tiene el carácter de un derecho eventual [...] Ni carece de efectos el derecho eventual, que nace de la condición suspensiva puesta en los actos y contratos, porque el que lo tiene puede enajenarlo, transmitirlo a sus herederos cuando no sea personal, ejercitar las accio-

ros¹⁹⁹; que sin inscripción registral el vendedor podría defraudar el derecho del comprador con sólo disponer de la misma cosa en favor de tercero desconocedor²⁰⁰; que la inscripción de la condición suspensiva es correlato y consecuencia necesaria de la inscripción de la resolutoria²⁰¹; y, como queriendo apurar la argumentación, que si se había admitido la

nes que estime conducentes dentro de las leyes para conservarlo en el caso de que por parte del contrario se verifiquen actos que tiendan a despojarlo de él o de hacerlo ineficaz [...] No debemos descender aquí a tratar de todos los efectos que en el orden legal produce el derecho eventual que nace de los actos o contratos subordinados a condiciones suspensivas: bastarían los indicados, mas por su importancia añadiremos dos; es el primero que cuando se cumple la condición, se retrotrae ésta al tiempo del contrato [...] Lo dicho nos parece suficiente para que quede completamente justificada la inscripción de las condiciones suspensivas [...]; ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 747: «Nosotros creemos que la registrabilidad de los actos con condición suspensiva es admisible porque el derecho constituido o transmitido bajo condición suspensiva, atribuye de momento (*pendente conditione*), una expectativa que debe ser tratada como un derecho, y que participa de la naturaleza misma del derecho a que tiende». En contra SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 372: «[...] la expectativa que crea la condición suspensiva, aunque sea tratada como un derecho real, no quiere ello decir que efectivamente lo sea ni que sea un derecho inscribible. En el Registro se deben inscribir sólo los derechos reales, sin que a este efecto puedan entrar en tal categoría las meras expectativas de derechos».

¹⁹⁹ GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 257:»[...] de este modo el Registro representa fielmente la historia de las heredades y sus diferentes vicisitudes: así se comprende que el comprador, bajo condición, pueda conservar el derecho que adquiere, y que el tercero no se encuentre sorprendido con una venta o una carga real de que no tenía conocimiento [...] No debe omitirse en la escritura y en la inscripción de mencionar la condición suspensiva, porque de otro modo se consideraría pura la venta en todos sus efectos con relación a un tercero»; AMORÓS: *op. cit.*, p. 38: «[...] una vez admitida la reserva de dominio, resulta absolutamente imprescindible arbitrar un sistema de publicidad registral —cuando no exista— para dar a conocer a los terceros esa limitación, pues sin publicidad la reserva de dominio queda sin efecto cuando el vendedor enajene y el subadquirente desconozca la situación de pendencia, se rompe la seguridad del tráfico y se desvirtúa la garantía».

²⁰⁰ GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 256: «[...] no puede desconocerse que en el sistema adoptado por la Ley, no cabía dar otra solución a la cuestión propuesta; la condición cuando se cumple, se retrotrae al día en que se contrató; sería pues, necesario, o dejar el contrato condicional dependiente en un todo de la voluntad del vendedor, que sólo con enajenar la finca a un tercero que inscribiera, podría eludir la obligación contraída, o dar el derecho de inscripción a las obligaciones condicionales»; *id.*, p. 513: «[...] a no ser así, con frecuencia se verían defraudados los que tuvieran estas esperanzas legítimas, estos derechos que, aunque eventuales de presente, pueden ser ciertos, determinados y exigibles en su caso, y podrían los que estuvieran obligados a respetar el acto o contrato, burlarse a su placer del deber de hacer compatibles sus derechos con los que a otros estuvieran reservados aunque sólo en expectativa de acontecimientos futuros»; AMORÓS: *op. cit.*, p. 38: «[...] porque sólo así estaría adecuadamente protegido el comprador frente a los terceros [...]». SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 373, reconociendo la necesidad de tal protección del tercero, pero contrario al régimen español de constancia registral mediante inscripción de las condiciones relativas a la transmisión del dominio, propugna su publicidad al modo germánico: mediante anotación preventiva: «En rigor —dices— los actos sujetos a condición suspensiva, no inscribibles por su propia naturaleza, sólo deberían tener acceso al Registro por medio de anotación preventiva. De este modo [...] se asegurarían por la anotación los efectos retroactivos de la condición [...]».

²⁰¹ ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 747: «Además, admitido el registro de las condiciones resolutorias, es ineludible admitir la de las condiciones suspensivas, pues éstas, en el fondo, vienen a condicionar resolutoriamente el derecho que figurase inscrito puramente o sin condición»; AMORÓS: *op. cit.*, p. 38: «Además, si se admite la inscripción del dominio sometido a condición resolutoria, ¿por qué no admitir igualmente en el terreno formal y a efectos de inscripción, la publicidad del dominio sujeto a condición suspensiva?». En contra, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 372-373: «Puede decirse que si bien es

inscripción del derecho del arrendatario ¿cómo no iba a admitirse la del derecho del comprador bajo condición suspensiva ²⁰²? Si nosotros tuviéramos que justificar la admisión al Registro de la transmisión del dominio sometida a condición suspensiva daríamos derechamente y como única razón la siguiente: porque la condición afecta actualmente al dominio, sea que vaya a pasar al comprador, sea que definitivamente vaya a quedar en el vendedor; lo afecta, decíamos, poniéndolo en una situación de inestabilidad que, en tanto que circunstancia del mismo, debe ser tan registralmente cognoscible como las demás que lo configuran y conforman. Nos parece que así debe entenderse la afirmación de Amorós cuando dice que el pacto de reserva de dominio debe ser admitido al Registro porque sólo a través de su inscripción podrá publicar éste las vicisitudes de la dinámica del derecho de dominio ²⁰³. En todo caso, porque el pacto sometiendo el dominio a condición –también a condición suspensiva– es un pacto de transcendencia real.

b) Las prohibiciones voluntarias de disponer

Un nítido supuesto de pacto de transcendencia real, llamativamente regulado en nuestra Ley Hipotecaria en flagrante contradicción con el espíritu informador de nuestro Derecho de Cosas y de la publicidad inmobiliaria registral, es el constitutivo de las prohibiciones de disponer. Es

cierto que el acto condicional no produce desde luego efectos transmisivos, da lugar, en cambio, a un doble efecto: en primer término, viene a condicionar resolutoriamente el derecho del transferente, y en tal sentido, existiría un título modificativo del derecho inscrito que, como tal, será inscribible conforme al número 2.º del artículo 2.º de la Ley [...] Este razonamiento no justifica, a mi juicio, la inscripción del acto condicional. Los títulos modificativos inscribibles, conforme al artículo 2.º de la Ley, son sólo aquellos que modifican actual e inmediatamente el derecho inscrito; pero no aquellos que pueden producir en el futuro la transmisión o gravamen del derecho, aunque tal efecto se produzca con efecto retroactivo. Prueba de ello es que los actos condicionales no son inscribibles como títulos modificativos, sino como actos de transmisión o gravamen [...] Otra de las consideraciones que se pueden alegar es la analogía con la condición suspensiva: toda condición suspensiva produce un efecto resolutorio para el transferente y parece que si se admite la inscripción de actos sujetos a condición resolutoria, debe admitirse también la de los sujetos a condición suspensiva, que en el fondo produce los mismos efectos. Esta analogía, sin embargo no es exacta [...] La condición resolutoria produce inmediatamente, durante la pendencia, la transmisión del derecho; ello le da la cualidad de acto inscribible y ello da lugar a que al inscribirse el acto condicional quede inscrito el derecho a favor de su verdadero titular. En cambio, en la suspensiva no se produce el efecto transmissivo durante la pendencia; ello le priva de la naturaleza de acto inscribible y da lugar al contrasentido de que se practique una inscripción a favor de una persona que no es titular del derecho».

²⁰² GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 257: «Cuando se había extendido la protección al inquilino y al colono por la nueva Ley hipotecaria, habría sido una inconsecuencia no conceder seguridades al comprador de bienes inmuebles bajo una condición suspensiva»

²⁰³ AMORÓS: *El pacto de reserva de dominio ...*, cit., p. 38: «Entiendo que el pacto de reserva de dominio debe ser inscribible [...] porque sólo a través de su inscripción podrá publicar el Registro las vicisitudes de la dinámica del derecho de dominio [...]».

muy obvio que excede de la perspectiva aquí adoptada la problemática general en torno a las prohibiciones de disponer, incluso la de la precisa delimitación de la figura y la determinación de sus clases²⁰⁴. Nuestro estudio ha de limitarse a la consideración de las de origen voluntario, en cuanto, a través de ellas, se limita el poder dispositivo del dueño mediante un acto o acuerdo de voluntades que, al provocar tal efecto, alcanzará a tener eficacia o transcendencia real. Comprobado ello, podremos pasar al examen y crítica de su tratamiento registral. De acuerdo con lo dicho, damos aquí por supuesta la admisibilidad, *intra limes*, de las prohibiciones de disponer, en general, y su posible origen legal, judicial y voluntario o convencional. De una y otro da prueba, entre otras normas, el artículo 26 de la Ley Hipotecaria.

Desde la posibilidad de modificar convencionalmente las facultades del dominio y de los demás derechos reales (arts. 1280, 1.º CC; 2, 2.º LH y 7 RH) –las del dominio son las que aquí principalmente nos interesan²⁰⁵–, parece obvio que cabe introducir en la propiedad por vía de pacto la limitación consistente en la imposición de trabas al ejercicio del

²⁰⁴ De gran interés, por la autoridad de su autor y por su influjo en la posterior regulación de la figura, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *Prohibiciones de disponer*, «Estudios ...», I, cit., pp. 480-498; También muy interesante, AMORÓS GUARDIOLA, M.: *Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente*, ADC, 1965, pp. 953-968. Entre uno y otro, MOXÓ RUANO: *Propiedad limitada: prohibiciones de disponer*, en «Propiedad y matrimonio», Colegio Notarial de Barcelona, Conferencias de los años 1948 y 1949, Barcelona, 1956, pp. 9-55; CERES, L.: *Valor de las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, RDP, 1946, pp. 179-185; ALPAÑÉS, E.: *Aportación al estudio de las prohibiciones de disponer*, RGLJ, 1950, pp. 33 ss.; TALÓN MARTÍNEZ: *Prohibiciones convencionales de disponer*, RJC, 1954, pp. 46 ss. En la doctrina más reciente la figura viene siendo objeto de muy frecuente atención. Cfr. CAÑIZARES LASO, A.: *Eficacia de las prohibiciones voluntarias de disponer*, ADC, 1991, pp. 1453 ss.; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Madrid, 1992; CABALLERO LOZANO, J. M.º: *Las prohibiciones de disponer. Su proyección como garantía de las obligaciones*, Barcelona, 1993; CAÑIZARES LASO, A.: *Obligación de no disponer y prohibición de disponer (Comentario a la STS de 26 de julio de 1993)*, ADC, 1995, pp. 411 ss.; DOMENGE AMER, B.: *Las prohibiciones voluntarias de disponer*, Madrid, 1996.

²⁰⁵ Prescindimos, por tanto, del estudio de cualesquiera otras limitaciones o prohibiciones, y, concretamente, de la de volver a hipotecar, impuesta en el artículo 107, 3.º LH Basten, sobre ella, las siguientes palabras de la E. M. de 1861 (pp. 266-267): «No es menos importante que esta declaración la que hace el proyecto respecto a las nuevas hipotecas sobre bienes que están ya hipotecados, aunque exista el pacto de no volverlos a hipotecar, o lo que es lo mismo en el lenguaje del foro, el pacto prohibitorio de ulteriores hipotecas. Semejante convención es absolutamente inútil para el primer acreedor, porque además de no dar mayor firmeza a la seguridad de lo que se estipula, en nada perjudica al crédito, pues que ninguno de los hipotecarios posteriores puede anteponerse a él para la realización de lo que se le debe. Sólo es una condición onerosa, que no debe tener fuerza civil obligatoria por carecer de objeto, por disminuir innecesariamente sin justicia y sin explicación posible el crédito territorial, y por parecer más que como garantía, una exigencia exorbitante, arrancada a la situación angustiosa en que en momentos dados pueda hallarse el propietario [...] Faltando, pues, toda justificación racional a la prohibición de hipotecar impuesta por el acreedor, debe desaparecer por la misma razón que dejan de ser obligatorios otros pactos cuya injusticia aparece evidentemente en sentir de los legisladores [...]».

poder de disposición. Con todo, esto último ha sido a veces puesto en duda o abiertamente negado. En contra de las prohibiciones de disponer de origen voluntario se aducen, sobre todo, razones de carácter sustantivo; aunque en ocasiones se ha añadido alguna consideración de orden registral. Attendamos por un momento a ellas.

Curiosamente, desde las más antagónicas posiciones en la concepción del poder de disposición se va a llegar a confluir en una misma enemiga a la alteración de la propiedad mediante las prohibiciones de disponer. De una parte, aunque admitidas éstas, se entenderá que la propiedad queda intocada por ellas: es que el poder de disposición —se dice— queda fuera de su contenido ²⁰⁶. En los antípodas de este planteamiento, entendiendo que el poder de disposición pertenece al núcleo esencial del dominio, se dirá que la prohibición a él referida es contraria a Derecho, en tanto que desnaturalizadora del contenido necesario de la propiedad ²⁰⁷. Ninguno de estos razonamientos nos resulta convincente. El primero —tributario de una artificiosa dogmática hoy en claro retroceso, si no es que prácticamente abandonada ²⁰⁸—, porque, desplazando el poder de disposición y situándolo fuera de su sede propia, desvía indebidamente del campo de lo jurídico-real el efecto de las prohibiciones de disponer. El segundo, porque tales prohibiciones no suponen la radical y total ablación del poder de disposición sino, simplemente, una limitación en su ejercicio, compatible con la subsistencia de la propiedad, indemne en su esencia aunque limitada o recortada en el ejercicio de una de las facultades que la configuran ²⁰⁹. Tampoco parece convincente la razón de orden registral que a veces se ha esgrimido contra las prohibiciones de disponer. Se ha dicho, en efecto, que, en oposición con las exigencias del principio de especialidad, la constancia de la prohibición de disponer en el Registro de la Propiedad publicaría la existencia de un derecho cuyo titular no aparecería tabularmente individualizado ²¹⁰. La dificultad sólo valdría si de las prohibiciones de disponer nacieran derechos reales en favor de alguien; no, en cambio, si —tal como son en sí

²⁰⁶ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *Prohibiciones de disponer ...*, cit., p. 496: «[...] más bien que las facultades del dominio modifican las prohibiciones estudiadas el poder dispositivo del dueño».

²⁰⁷ SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones ...*, II, cit., pp. 465 y 471. En la jurisprudencia, S. de 26 de julio de 1993: «[...] es sabido que la prohibición de disponer, que cercena en su esencia la facultad más característica del dominio, ha sido tratada con especial rechazo por la doctrina científica [...] esa prohibición en su propia naturaleza y finalidad es contraria a la esencia de la facultad más propia del dominio [...]».

²⁰⁸ Nos referimos, obviamente, a la tendencia doctrinal que pretendió sacar el poder de disposición de la entraña de la propiedad, y que en nuestra doctrina de los años cincuenta fue mantenida por FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO: *La facultad de disposición*, ADC 1950, pp. 1025 ss. Sobre la materia, en la más reciente doctrina acerca de las prohibiciones de disponer, Cfr. CAÑIZARES LASO: *Eficacia de las prohibiciones...*, cit., p. 1464; CABALLERO LOZANO: *op. cit.*, pp. 46-48.

²⁰⁹ Cfr. GÓMEZ GÁLLIGO: *op. cit.*, pp. 28-29.

²¹⁰ GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Prohibiciones ...*, cit., p. 496.

mismas ²¹¹— se las considera como simple carga o gravamen, sin correlativo positivo de derecho real, registralmente relevante en su sola consideración de límite del dominio inscrito ²¹². Es muy claro que en planteamientos como los indicados sobrevuela el espectro del *numerus clausus*. A veces, directamente, sin rodeos ni por derivaciones, se le presenta descarnadamente como el gran obstáculo a las prohibiciones convencionales de disponer: el pacto no puede alterar ni modificar las facultades que el tipo de los derechos reales atribuye a su titular ²¹³.

Todo lo argumentado anteriormente en favor del *numerus apertus* y de su consagración en nuestro Ordenamiento, así como la elaboración ya también llevada a cabo del pacto de transcendencia real, nos evita tener que detenernos aquí en la justificación de la posibilidad de las prohibiciones de disponer de origen voluntario y alcance real. A ello nos remitimos, aunque no sin advertir que, al hacerlo, no negamos la posibilidad, lógica y efectiva, de que las partes, al pactar la prohibición de disponer, sean libres de hacerla llegar al campo de lo jurídico-real o de limitarla al de lo estrictamente obligacional ²¹⁴. No negamos la posibilidad de la obligación negativa de no disponer; lo que afirmamos es que tal posibilidad no es la única al alcance de la voluntad privada en nuestro Derecho. Es más: aunque lo normal es la libertad de la propiedad y la plenitud de facultades del propietario ²¹⁵, una vez establecida por voluntad unilateral o pactada alguna limitación en cuanto a la libre disposición sobre la cosa, entendemos que, en la duda sobre su alcance, la presunción debe inclinarse en favor de su transcendencia real. Así lo da a entender el artículo 166 del Código de Sucesiones de Cataluña al disponer que «la prohibición o limitación de disponer *implicará una reducción de la*

²¹¹ Cfr. AMORÓS: *Prohibición contractual...*, cit., p. 964; CABALLERO LOZANO: *Las prohibiciones de disponer...* cit., p. 24; también, DOMENGE AMER: *Las prohibiciones voluntarias...*, cit., pp. 207-214.

²¹² Recuérdese que el artículo 25 del R. H. de 1861 ordenaba que en la inscripción registral se hiciera mención «circunstanciada y literal de todo lo que según título, limite el mismo derecho y las facultades del adquirente en provecho de otro, *ya sea persona cierta, o ya indeterminada* [...]». En general, comentaba DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 466: «E indiferente es para el caso que estas cláusulas se pongan a favor del enajenante, como sucede con la venta hecha con los pactos referidos de retro-venta, de adición en día y de ley comisororia, o a beneficio de otro, y que ésta sea persona cierta o persona indeterminada; basta que el adquirente tenga limitada su acción en la cosa o derecho adquirido [...]».

²¹³ GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Prohibiciones ...*, cit., p., esp., 495: «Los Códigos modernos cada vez se muestran más refractarios a limitar las facultades dispositivas, y dejan en pie solamente las obligaciones correspondientes a tales pactos. Con ello [...] se mantiene el carácter absoluto de los derechos reales, que siendo objetivamente enajenables, pierden por la eficacia real de la prohibición esta modalidad, y engendran situaciones jurídicas ambiguas».

²¹⁴ Cfr. sobre ello, la STS de 26 de julio de 1993 y sus comentarios por GARCÍA RUBIO, M.^a P., en CCJC, 33, pp. 991-1002 y CAÑIZARES LASO: *Obligación de no disponer ...*, ADC, 1995, cit.

²¹⁵ Hay que convenir con SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 442-443, en que «las prohibiciones de disponer no se presumen nunca. Así lo ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia hipotecaria».

facultad dispositiva de los bienes», y así debe entenderse al servicio de la mayor efectividad de la voluntad unilateral o pactada que la establece ²¹⁶. Tampoco en este punto es necesario insistir: el artículo 26 de la Ley Hipotecaria admite, sin más, al Registro de la Propiedad las prohibiciones de disponer de origen voluntario impuestas en actos gratuitos y la doctrina es prácticamente conteste en reconocerles, también en principio y sin más, transcendencia real ²¹⁷. El problema, por tanto, únicamente podría suscitarse en las que tengan su origen en actos o contratos onerosos, a las que, como tales, el artículo 27 niega el acceso al Registro y el efecto del cierre registral ²¹⁸. Pero entrar en este punto supone pasar de la referencia genérica a la posibilidad de las prohibiciones de disponer de origen voluntario y carácter real al de su concreta regulación en nuestro Derecho.

En el Proyecto Isabelino ²¹⁹ la admisión de las prohibiciones de disponer al Registro de la Propiedad se previó con igual generalidad y amplitud con que, algo más de cien años después, la impuso obligatoriamente en Francia la segunda reforma importante de la vieja Ley de Transcripción: cualquier limitación de la facultad de disponer debe constar en el Registro de la Propiedad ²²⁰. La Ley Hipotecaria de 1861, sin embargo, nada dispuso sobre ellas expresamente, lo que, naturalmente,

²¹⁶ Cfr. AMORÓS: *Prohibición contractual* ..., cit., p. 962: «Desde el punto de vista de su eficacia, lo normal es que la prohibición, efectivamente, impida o haga ineficaz el acto dispositivo posterior. [...] Hablar de una prohibición de disponer con efectos puramente obligacionales parece una contradicción en los términos. O la prohibición condiciona el acto dispositivo y afecta necesariamente al presunto adquirente posterior, o carece de eficacia como tal prohibición». Insiste posteriormente en la misma idea, abriendo la perspectiva a los derechos de adquisición preferente, en *Comentarios* ..., cit., p. 274. Vid. también, CABALLERO LOZANO: *op. cit.*, pp. 36-37.

²¹⁷ Así, CASTAN: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, II, 1, Madrid, 1987, p. 259.

²¹⁸ En nuestra opinión el problema no puede evitarse, o darse sin más por resuelto, negando la posibilidad de auténticas prohibiciones de disponer impuestas en actos onerosos; lo que importa en la problemática de las prohibiciones de disponer no es tanto la naturaleza del acto en que se imponen como la justificación de su existencia. Cfr. en este sentido, GÓMEZ GALLIGO: *Las prohibiciones de disponer* ..., cit., p. 22. Con todo, en sentido contrario, LACRUZ: *Elementos*, III, 1, 2ª parte, Barcelona, 1988, p. 57: «En suma, en el sistema actual puede afirmarse sin error que sólo las prohibiciones lícitas de disponer establecidas en testamento, capitulaciones matrimoniales o donación son plenamente eficaces con eficacia real. [...] El criterio de la LH vale para los bienes muebles [...]»; CAÑIZARES LASO: *Eficacia de las prohibiciones voluntarias de disponer*, cit., p. 1454, y *Obligación de no disponer* ..., cit., pp. 419 y 422.

²¹⁹ Artículo 1.831.- *También deben inscribirse los títulos en que se imponen sobre bienes inmuebles alguno de los derechos siguientes: [...] 7.º Cualquiera reserva o condición que lleve consigo la revocación, resolución, reducción o suspensión de la libre facultad de disponer de la propiedad.*

²²⁰ Artículo 28-2.º del Décret 4 janv. 1955: *Sont obligatoirement publiés au bureau des hypothèques de la situation des immeubles: [...] 2.º Les actes entre vifs dressés distinctement pour constater des clauses d'inaliénabilité temporaire et toutes autres restrictions au droit de disposer, ainsi que des clauses susceptibles d'entraîner la résolution ou la révocation d'actes soumis à publicité en vertu du 1.º; [...] 3.º*. Sobre ello, MAZEAUD (Herri et Leon)-MAZEAUD (Jean): *Leçons de Droit Civil*, III, 2.ª ed., Paris, 1963, p. 545; MARTY-

no debía interpretarse como un veto a su admisión o a su reflejo registral. En los límites genéricos de su necesaria temporalidad y exigencia de causa, el criterio del *numerus apertus* las hacía posibles, y el artículo 1 (hoy 7) del Reglamento les daba generoso y apropiado cauce. A través de él podían ingresar en el Registro las prohibiciones de disponer ordinarias o de trascendencia real, y a las de alcance personal, si alguna así se establecía, les quedaba abierto el camino de la anotación preventiva al amparo del artículo 42, 4.º de la Ley ²²¹. Ello no obstante llegó a imponerse la idea de que en nuestro Derecho y en esta materia existía la laguna legal que se aprestó a colmar la Ley de reforma de 1944 ²²². Los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria disponen hoy en ella un régimen registral no suficientemente aquilatado, a nuestro juicio, en cuanto a las de origen legal y muy generalmente criticado por su excesivo rigor o prevención en cuanto a las de origen voluntario ²²³. Desde luego llama la atención que respecto de éstas, y debiendo contar con el criterio del

RAYNAUD-JESTAZ: *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncier*, 2.ª ed., Paris, 1987, pp. 324-326; THÉRY: *Sûretés et publicité foncière*, Paris, 1988, pp. 401-402.

²²¹ PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en WOLFF: *op. cit.*, pp. 181-182: «Las limitaciones de disponer tienen su acceso al Registro a través del número 4.º del artículo 42 LH, según el cual puede obtener anotación preventiva el que demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquier obligación obtuviere, con arreglo a las leyes, providencia ordenando el secuestro o *prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles*. Véase también el citado artículo 7 del RH en cuanto admite la inscripción de “cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a los derechos reales”» (sub. de los aa.). Frente a la evidencia de que el pacto limitador de la facultad de disposición es un pacto enmarcable en el artículo 7 RH, nada vale la artificiosa y forzada afirmación de Don Jerónimo GONZÁLEZ, ya vista, en *Prohibiciones de disponer*, cit., p. 496, de que «más bien que las facultades del dominio modifican las prohibiciones estudiadas el poder dispositivo del dueño». Más recientemente, en favor de que las prohibiciones de disponer debieran encontrar su vía de acceso al Registro en el artículo 7 RH, CABALLERO LOZANO: *op. cit.*, pp. 232-236.

²²² Dice al respecto su E. M.: «Las prohibiciones de enajenar, de singular importancia en una legislación de tan honda raigambre familiar como la nuestra, no han sido reguladas en el Código Civil, a diferencia de lo que acontecía en el Derecho histórico patrio y en el romano. En la vigente Ley Hipotecaria se alude a ellas en los artículos 2, 42 y 107, pero sin determinar su alcance y valor hipotecario. Semejante laguna ha sido, en gran parte, suplida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. A sistematizar esta materia responde la cuatrimembre clasificación que de las precitadas prohibiciones se hace. Sus efectos, por lo que al Derecho inmobiliario concierne, quedan perfectamente precisados. Mas su reglamentación adolecerá de incompleta mientras la legislación civil omite el conveniente desarrollo de una materia que, por ser extraña a esta Ley, no ha sido objeto de más detenido estudio».

²²³ RICA Y ARENAL, Ramón de la: *Comentarios a la Ley de reforma hipotecaria*, Madrid, 1945, p. 185: «Quizá ésta haya dado un paso más allá del justo medio al prohibir, como lo hace, en absoluto el acceso al Registro de las prohibiciones de disponer contractuales, olvidando la función de garantía y de protección de intereses legítimos que pueden desempeñar con manifiesta utilidad en ciertas ocasiones, máxime hoy, en que todo lo obligacional ha sido fulminado del ámbito del Registro»; DE CASSO: *Derecho Hipotecario*, cit., p. 391: «Y en cuanto a la *intranscendencia real* de tales prohibiciones, es arbitraria, sobre todo después de admitir la inscripción de las a título *gratuito* y de las *mortis causa*; y, además, porque si no son ilícitas, no puede privarse al titular de su facultad de imponer límites

numerus apertus, el régimen español sea más restrictivo que el suizo, inspirado en general, como se sabe, por el sistema contrario del *numerus clausus*. Mientras en Suiza la prohibición convencional de disponer, aun la impuesta en actos onerosos, puede a veces tener acceso al Registro a través de la anotación preventiva²²⁴, y resultar oponible a terceros, en nuestro Derecho el artículo 27 les niega radicalmente dichos acceso y oponibilidad. Con ser tan opuesto al nuestro el sistema alemán, sólo con la alemana es equiparable nuestra regulación registral de las prohibiciones de disponer impuestas en actos no gratuitos. Detengámonos por un momento en la argumentación de la crítica apuntada a los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria.

Hemos dicho, en primer lugar, que es poco aquilatado el régimen previsto para las prohibiciones legales de disponer. De ellas se dice, en efecto, que, sin necesidad de inscripción especial y separada, surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio. Se comprende perfectamente que así sea cuando las prohibiciones legales de disponer se integran en el estatuto especial y objetivo de determinados bienes; no, en cambio, cuando deban entrar en acción no en virtud del bien que por ellas resulta alcanzado, sino por encontrarse éste en unas circunstancias cuya verificación fáctica escapa en absoluto a la publicidad de la ley. Dándose este caso, parece imprescindible que, para que la prohibición legal de disponer sea efectiva frente a adquirentes de buena fe, el Registro de la Propiedad proporcione a éstos alguna forma de noticia sobre el sometimiento del bien de que se trate a la situación que legalmente lo hace indis-

al sucesor en el dominio, también por acto «intervivos» *oneroso*, ni de que exija que se haga así constar en el Registro *erga omnes*) (subs. del a.); ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, II, cit., pp. 742-743: «También nosotros criticamos el excesivo radicalismo de la norma contenida en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, el expulsar del Registro, sin distinción, todas las prohibiciones de disponer establecidas en actos a título oneroso [...] La prohibición de disponer establecida en actos a título oneroso puede prestar una función de seguridad, o sea, de garantía en sentido amplio, principalmente tratándose de asegurar el pago del precio aplazado en la compraventa, bien dando a su impago un juego de tipo resolutorio, bien asignando a la prohibición de disponer un simple efecto impeditivo de la enajenación de la cosa comprada en tanto el precio de compra no haya sido satisfecho»; AMORÓS: *Prohibición contractual* ..., cit., pp. 969-970: «Más justificada parece la crítica de fondo dirigida contra el precepto que comentamos, y que niega la inscribibilidad o repercusión sobre los terceros de las prohibiciones onerosas [...] no parece adecuado privar a los particulares de estas formas negociales, imponiéndoles necesariamente otros cauces más estrictamente tipificados para el cumplimiento de sus fines respectivos, cuando éstos son en sí mismos dignos de protección». De esta corriente crítica se desmarca SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 470-471.

²²⁴ Artículo 960, 3 Código Civil suizo: *Verfügungsbeschränkungen können für einzelne Grundstücke vorgemerkt werden: [...] 3. auf Grund eines Rechtsgeschäftes, für das diese Vormerkung im Gesetz vorgesehen ist, wie für die Heimstätten und die Anwartschaft des Nacherben.*

Die Verfügungsbrechränkungen erhalten durch die Vormerkung Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Rechte.

En opinión de SERRANO SERRANO: *El Registro de la Propiedad en el Código Civil suizo*, AUV, cit., núm. 16, p. 30: «Desencajan en este artículo 960 los casos citados nominalmente por el Código, referentes a constitución de un asilo de familia y anotación de sustituto fideicomisario».

ponible o limitadamente disponible. El artículo 1320 del Código Civil puede constituir el más neto e indiscutible exponente de lo dicho. La limitación dispositiva impuesta por la ley al cónyuge titular de la vivienda habitual (y muebles de uso ordinario) de la familia, cede ante el adquirente de buena fe ²²⁵. Al margen de este caso, la doctrina ha manifestado en ocasiones sus reservas a la indiscriminada eficacia, directa y automática, de las prohibiciones legales de disponer, y se ha mostrado favorable a su refuerzo registral cuando así lo pide la protección del tráfico ²²⁶.

Pero lo que aquí más nos interesa –en sí mismo y por devolvemos al tema del pacto de trascendencia real– es la crítica al régimen previsto en el artículo 27 para las prohibiciones voluntarias de disponer impuestas en actos no gratuitos. De tal forma la norma resulta extraña y molesta en nuestro Derecho, que, apenas aparecida, la doctrina no ha dejado de encontrar motivos para combatirla. De ella se ha dicho que incurre en el contrasentido de pretender la exclusión de estas prohibiciones de disponer y, al mismo tiempo, reconocerles una cierta forma de efectividad ²²⁷; o que extrañamente transforma la prohibición de disponer, nula en cuanto real,

²²⁵ Nos referimos a ello, en el aspecto concreto que ahora destacamos, en nuestro trabajo *La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia*, ADC, 1982, p. 1134.

²²⁶ De hecho, tras el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, y –como observa CHICO Y ORTIZ: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, p. 2058– «en contra de lo que dispone el artículo 26. 1.º de la LH», el artículo 89, 2 del RH, ordena la constancia registral de las limitaciones dispositivas impuestas por los artículos 191, 196 y 196, 2 del Código Civil. En la doctrina, GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Prohibiciones de disponer*, cit., p. 488, advertía que «Dernburg, Kretschmar y Raape sostienen que la inscripción [de las prohibiciones legales de disponer, refiriéndose a las impuestas a la mujer casada que en el Registro aparezca como soltera] no es inútil, porque si bien los contratantes sufren las consecuencias de la prohibición aunque no esté inscrita, los terceros adquirentes pueden ampararse en el principio de publicidad para desvirtuarlas cuando no aparezca en el Registro». A su vez, ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 720, después de afirmar que las prohibiciones legales de disponer «no requieren forma de publicidad registral, por considerarse que la notoriedad de las normas legales la suple», añade en nota: «Pero esto algunas veces es insuficiente, pues debido a las circunstancias del caso es saludable alguna constancia registral». Más recientemente, GÓMEZ GÁLLIGO: *op. cit.*, p. 104: «[...] puede ser muy conveniente que accedan al Registro ciertas limitaciones legales, que por su trascendencia, deben ser conocidas en concreto y en relación a la finca, por el adquirente»; CABALLERO LOZANO: *op. cit.*, p. 35: «Las establecidas directamente por la ley poseen eficacia real derivada de la misma norma que las imponga, sin que sea necesaria su inscripción en el Registro de la Propiedad, en el que, sin embargo, deberán figurar las circunstancias que concurren a formar el supuesto de hecho que da pie a la prohibición».

²²⁷ Así, aun cuando en crítica referida a la redacción del precepto, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 466: «La redacción de este inciso final es evidentemente poco afortunada. Parece absurdo que el propio precepto que se preocupa del expulsar del Registro estas prohibiciones convencionales y, por consiguiente, de privarlas de efectos reales, establezca la posibilidad de garantizar con hipoteca el cumplimiento de la prohibición. Lo que quiere decir el artículo 27 es lo siguiente: [...]»; CHICO Y ORTIZ: *op. cit.*, I, p. 505: «La norma que rechaza o deniega la inscripción de la prohibición de disponer ha de ser entendida en el sentido de que su constancia registral no supone verdadera prohibición, pero es exigida, puesto que debe ser incrustada en la inscripción que se practique, ya que el incumplimiento de la misma ha de determinar la efectividad de la hipoteca y el hecho de que se constituya hipoteca para garantizar los efectos de aquel incumplimiento demuestra bien a las claras que la obligación no queda registrada con efectos puramente reales».

en prohibición obligacional válida y eficaz²²⁸; se ha denunciado la inadecuación entre el interés subyacente al establecimiento de la prohibición de disponer y la hipoteca a la que se permite recurrir para su tutela²²⁹. Motivos de crítica seguramente justificados, pero ninguno equiparable a la radical contradicción que en materia de prohibiciones de disponer el artículo 27 de la Ley Hipotecaria introduce en nuestro Derecho. La exclusión en él llevada a cabo de las impuestas con carácter real en actos no gratuitos, y de su acceso al Registro, es diametralmente opuesta, en concreto, a lo que en su propio terreno establece la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos (Ley 50/1965)²³⁰, y, en general, al criterio de la libre conformación de los derechos reales y, consiguientemente, a la admisión en nuestro Derecho del pacto de transcendencia real. Curiosamente, en cambio, responde fielmente al espíritu del parágrafo 137 del BGB²³¹: la obligación negativa de no disponer es el rebuscado resquicio que se deja abierto a los particulares tras la exclusión de las prohibiciones reales de disponer derivada de la adopción del *numerus clausus* de los derechos reales (*Typenzwang*).

²²⁸ ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 709: «El artículo 26 de la Ley Hipotecaria se refiere a la prohibición de disponer en sentido propio, y no a las obligaciones de no disponer. De ahí que sea dudoso si la prohibición voluntaria de disponer, que sea ineficaz como tal, conserva valor obligacional. Del artículo 27 de la Ley Hipotecaria parece desprenderse la afirmativa [...] Nosotros creemos poco ortodoxa esta conversión o metamorfosis de una prohibición de disponer ineficaz en una obligación de no disponer eficaz [...]»; *id.*, p. 739: «Este precepto [el art. 27] incide en una lamentable confusión, pues una cosa es la prohibición de disponer de eficacia real e inscribible, y otra la obligación de no disponer de puro alcance personal».

²²⁹ DE LA RICA: *Comentarios...*, cit., pp. 184-185: «No se ve muy clara esta última figura jurídica. El que la prohibición temporal de enajenar sirviese como medio de garantía para asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones, por ejemplo, la de pago de precio aplazado, aunque rechazado por la jurisprudencia y hoy también por la ley, era comprensible. No lo es tanto que un contratante prohíba a otro disponer, y lo asegure con hipoteca, a menos que se establezca cláusula penal o indemnización, y sean éstas las que se aseguren. Es decir, que la hipoteca u otra forma de garantía real servirán para asegurar el resarcimiento del perjuicio o el pago de la sanción estipulada si la obligación temporal de disponer se incumple, pero no a la misma prohibición que en sí y en cuanto a sus efectos reales, no cabe asegurar si se le cierra el acceso al Registro»; AMORÓS: *op. cit.*, pp. 970-971: «Ni siquiera cabe admitir la hipoteca en garantía del cumplimiento de la prohibición obligacional, traducido su incumplimiento en una indemnización supletoria, porque ello equivale a desconocer la naturaleza misma de la prohibición, que debe tener eficacia impositiva».

²³⁰ Artículo 6: «Los contratos, además de los pactos y cláusulas que las partes libremente estipulen, contendrán con carácter obligatorio las circunstancias siguientes: [...] 13. La prohibición de enajenar o de realizar cualquier otro acto de disposición en tanto no se haya pagado la totalidad del precio o reembolsado el préstamo, sin la autorización por escrito del vendedor o del financiador, en su caso».

Artículo 23: «Para que sean oponibles a tercero las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer que se inserten en los contratos sujetos a la presente Ley, será necesaria su inscripción en el Registro a que se refiere el párrafo siguiente.

El Registro de reservas de dominio y prohibiciones de disponer se llevará por los registradores mercantiles y se sujetará a las normas que dicte el Ministerio de Justicia».

²³¹ BGB § 137: *Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt.*

¿Y cómo es posible que una norma tan opuesta a nuestro Derecho haya llegado a incrustarse en el texto de la Ley Hipotecaria? La explicación es bien sencilla: al legislador de 1944 le bastó con canonizar la doctrina que, en pleno apogeo germanista, había impuesto la autoridad de Don Jerónimo González²³². Vueltas hace tiempo las aguas a su cauce, hoy estamos en perfectas condiciones para ver en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, mucho más que la norma reveladora del auténtico talante de nuestro Ordenamiento en materia de prohibiciones de disponer, la cicatriz aún enconada de una herida cuya huella estaría llamada a desaparecer por obra de la fuerza regeneradora del sistema. Extrañas a él fueron las razones que guiaron la opinión de Don Jerónimo González. Su faro iluminador fue el Derecho alemán²³³; su criterio guía, el del *numerus clausus* de los derechos reales. «Se mantiene el carácter absoluto de los derechos reales, que, siendo objetivamente enajenables, pierden por la eficacia real de la prohibición de disponer esa modalidad y engendran situaciones jurí-

²³² Cfr. DE LA RICA: *op. cit.*, p. 183: «La Ley de 1944 ha suplido el silencio de la legislación anterior [...] y dado rango legislativo a las decisiones de la jurisprudencia y a las opiniones doctrinales más autorizadas»; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 438: «La doctrina y la jurisprudencia llenaron, normalmente con acierto, las lagunas de la Ley y sistematizaron la cuestión, que ha recogido la Ley actual en sus artículos 26 y 27, inspirándose en la más autorizada exposición de don Jerónimo González»; CASSO: *op. cit.*, p. 386: «Los artículos 26 y 27 de la LH y los 57 y 145 del RH que las complementan, intentan sistematizar este asunto, basándose en dicha jurisprudencia anterior y en el precedente doctrinal de los estudios de Jerónimo González [...]»; CABALLERO LOZANO: *op. cit.*, p. 80: «[...] reforma inspirada claramente en la regulación que de las prohibiciones de disponer hace el B.G.B. en sus §§ 135 a 137, como ya apuntamos, llegado hasta nosotros por la obra de los más destacados hipotecaristas (singularmente, J. González y el Anteproyecto de Porcioles)». En la doctrina anterior a Jerónimo González, pueden verse las opiniones de SERRANO SERRANO, Rafael: *Prohibición temporal de enajenar en los contratos «inter vivos»*, RDP, 1913, pp. 46-48, con la siguiente conclusión: «Aconsejamos, pues, la estipulación de dicho pacto para asegurar el cobro del precio aplazado en las escrituras de esta clase, como pacto sencillo, moral, útil y legal»; y RÍOS MOSQUERA: *La prohibición de enajenar en el Registro*, RCDI, 1925, pp. 241-253, quien —p. 251— resume la doctrina de la DGRN al respecto diciendo: «Del ligero examen de estas Resoluciones se deduce que la prohibición de enajenar *absoluta y perpetua* es nula, pero la *temporal* no arguye por sí misma esta nulidad; que en los actos y títulos lucrativos y *mortis causa*, la prohibición de enajenar parece más viable que en los onerosos *inter vivos*, y que en general tales pactos añadidos a un contrato de hipoteca son ineficaces (subs. del a.) [...] y concluye con la propuesta de *lege ferenda* consistente en añadir al artículo 348 CC el siguiente párrafo: «La prohibición de enajenar establecida a perpetuidad será nula y se reputará no puesta. La temporal surtirá efectos, según su índole, siempre que se halle establecida en una Ley o sea impuesta por el dueño con motivo de la transmisión del dominio. La impuesta en acto o contrato referente al crédito real será nula».

²³³ GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Prohibiciones...*, cit., pp. 497-498: «Con mayor generalidad el artículo 137 del mismo Código alemán, declara que la facultad de disponer de un derecho enajenable no puede ser excluida ni limitada por acto jurídico. La eficacia del compromiso de no disponer, añade, de un derecho de tal especie, queda a salvo. Es decir, que separa netamente los efectos *reales* (negándolos) de los *obligatorios* (dejándolos a salvo) [...] Mis distinguidos colegas convendrán conmigo en que la técnica es clara y sencilla [...] Notable excepción que aproxima a los dos sistemas hipotecarios, alemán y español, es el artículo 1.136 del Código citado, que como nuestra Exposición de Motivos declara nulo el pacto de no enajenar ni gravar el predio hipotecado. ¿Qué graves inconvenientes pueden encontrarse en esta orientación doctrinal, tan conforme a los precedentes romanos y germánicos que inspiran al derecho español?».

dicas ambiguas»²³⁴; «los derechos reales son, en cierto modo, moneda acuñada, cuyo peso no debe dejarse al arbitrio de los contratantes»²³⁵. Expresiones como éstas encajan perfectamente en un sistema donde la transmisión del dominio no puede someterse a condición ni a plazo (§ 925, 2.º BGB)²³⁶, y donde el pacto limitador de la facultad dispositiva queda plenamente privado de eficacia real conformadora (§ 137 BGB); pero resultan evidentemente contrarias a un Ordenamiento que, inspirado por el criterio del *numerus apertus* (arts. 2, 2.º LH y 7 RH), admite modular la transmisión del dominio (art. 2, 3.º LH), someter a condición suspensiva o resolutoria el derecho transmitido (arts. 9, 2.º y 11 LH), y, más concretamente, establecer por voluntad privada prohibiciones reales de disponer, tanto en actos gratuitos (art. 26, 3.º LH) como en transmisiones onerosas de bienes muebles (Ley 50/1965). Interesa tomar de ello buena nota porque, se mire el problema por donde se mire, lo que no ha podido quedar oculta a nuestra doctrina es la tensión de contrarios resultante en nuestro Derecho de la existencia simultánea de los artículos 9, 2.º y 27 de la Ley Hipotecaria. Con razón ha dicho Roca Sastre que es absurdo que se impida mediante la exclusión de la prohibición de disponer lo que puede llanamente obtenerse a través de una condición suspensiva o resolutoria²³⁷. Ello supuesto, y ante la disyuntiva de tener que elegir entre los contrarios, contra algún sector de la doctrina y alguna Resolución de la Dirección General de los Registros, que se han manifestado en favor de ahogar el genuino espíritu de nuestro Derecho y de la Ley Hipotecaria en la espuria norma del artículo 27 de esta última²³⁸, a nosotros nos parece claro que no es el sometimiento del derecho transmitido a condición lo que debe sacrificarse en aras de la exclusión de las prohibiciones de disponer. Por el contrario: es esta exclusión la que, por opuesta a los principios, puede y debe quedar mitigada por la admisión de figuras que permiten resultados equivalentes.

²³⁴ GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *op. cit.*, p. 495.

²³⁵ *Id.*, p. 498.

²³⁶ BGB § 925, 2.º : *Eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam.*

²³⁷ ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 743: «Es absurdo que no se pueda hacer, por vía de prohibición dispositiva, lo que puede conseguirse por medio de una condición suspensiva o resolutoria, especialmente teniendo en cuenta que no es cosa tan extraña el que se obstaculice la venta de una cosa comprada con precio aún debido».

²³⁸ Como muestra de la jurisprudencia hipotecaria, vid. R. 19-7-1973: «[...] por la condición impuesta, el comprador aparece privado de la facultad de disponer de la finca, ya que si lo hiciera quedaría resuelto el contrato y sin ningún efecto el acto realizado, con lo que de modo indirecto se vulneraría el artículo 27 de la Ley Hipotecaria que no permite ingresen en el Registro las prohibiciones de enajenar que tienen su origen en un acto a título oneroso, salvo que aparezcan aseguradas con hipoteca u otro tipo de garantía real, lo que aquí no sucede». En la doctrina, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 468: «Ahora bien, considerar la prohibición como condición resolutoria, o como causa de vencimiento del crédito asegurado, ofrece una seria dificultad: admitirla equivaldría a conceder, por un medio indirecto, eficacia real a las prohibiciones de disponer. Por ello la jurisprudencia hipotecaria ha sido contraria a concederles esta eficacia. Esta doctrina hay que considerarla vigente

Dicho lo anterior, sólo queda añadir dos palabras sobre el modo y los efectos de la inscripción de las prohibiciones de disponer. En cuanto al modo, ningún problema: normalmente se inscribirán no por sí solas sino integradas como pacto especial en el título que las contenga²³⁹. Alguna complejidad, en cambio, puede plantear la determinación de los efectos de su inscripción. Se ha afirmado a veces que en las prohibiciones de disponer la inscripción tiene carácter constitutivo²⁴⁰. Se entiende entonces que es la inscripción la que les da fuerza real y oponibilidad *erga omnes*²⁴¹. Nosotros no creemos que una tal opinión deba ser compartida. La oponibilidad de la prohibición de disponer a terceros resulta de su transcendencia real. Es la concreta configuración del dominio la que –por ser éste, así configurado, inherente a la cosa– da suficiente y adecuada razón de la oponibilidad de la prohibición de disponer a terceros. El Registro de la Propiedad, aquí como en general, no da al derecho inscrito una oponibilidad de la que no goce por sí mismo; lo que se limita a hacer es remover el obstáculo que a ella pudiera alzar la buena fe del adquirente²⁴². En buena doctrina, la prohibición de disponer no es real porque se inscriba sino que se la inscribe por tener transcendencia real. Desde este punto de vista, y no obstante haber sido presentada como exponente de la verdadera

en la actualidad, dados los términos del artículo 27 de la Ley, y la interpretación restrictiva, que según se vio antes, hay que dar a esta materia, no susceptible de extenderse a más supuestos que aquellos en que expresamente se admite por la Ley»; Cossío: *op. cit.*, p. 124: «Por el contrario, aquellas que se originen en contratos onerosos [...] producirán única y exclusivamente efectos obligatorios, no pudiendo en ningún caso ser objeto de inscripción, ni siquiera cuando revistan la forma de condiciones resolutorias para caso de incumplimiento, con lo que se excluye la posible aplicación del artículo 37, núm. 1.º de la LH»; LACRUZ: *op. cit.*, p. 57: «[...] no parece, aquí y ahora, que, siendo tan claro el criterio legal en orden a la prohibición directa, sea admisible una combinación que permite obtener indirectamente los mismos resultados no autorizados».

²³⁹ DE LA RICA: *op. cit.*, p. 185; AMORÓS: *op. cit.*, pp. 972-973. En Francia, MAZEAUD: *op. cit.*, p. 545: «Ainsi les clauses d'inaliénabilité temporaire doivent être publiées; elles le sont soit avec l'acte de transfert qui les contient, soit séparément lorsqu'elles font l'objet d'un acte distinct [...]».

²⁴⁰ Así, aunque como criterio de *lege ferenda*, GÓMEZ GALLIGO: *op. cit.*, pp. 22-23 y 249; en favor, también, del carácter constitutivo de la inscripción de las prohibiciones de disponer parece inclinarse CAÑIZARES LASO: *Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias*, cit., pp. 1449-1450; posteriormente: *Obligación de no disponer y Prohibición de disponer*, cit., p. 424, y *Prohibiciones de disponer*, en «Enciclopedia Jurídica Básica», III, p. 5271.

²⁴¹ GÓMEZ GALLIGO: *op. cit.*, p. 33: «[...] no sólo se trata de que la prohibición de disponer sea inscribible porque limite la facultad de disposición de un derecho frente a todos, sino que sólo mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad puede existir una propia prohibición de disponer» (sub. del a.).

²⁴² Desde sus particulares posturas sobre los principios de publicidad, inoponibilidad y fe pública registral, Cfr. ROCA SASTRE y GARCÍA GARCÍA. Para el primero –*op. cit.*, p. 709– «[...] a la vista del principio de fe pública registral, las prohibiciones de disponer voluntarias eficaces sólo podrán afectar a tercero hipotecario si constan del Registro, por estar sujetas a este respecto a los mismos cánones de las cargas o gravámenes reales inmobiliarios, de suerte que aunque el enajenante se halle sujeto a una prohibición de enajenar ésta no puede repercutir en contra del tercero hipotecario adquirente»; para el segundo –*Derecho Inmobiliario...*, cit., II, p. 208– «El adquirente en este último negocio [el reali-

doctrina²⁴³, nos parece criticable la Ley 482 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, pues se juega en ella con la idea de una prohibición de disponer que, teniendo eficacia obligacional por un plazo máximo de diez años, la adquiere real, dentro de ellos, por otro menor, de cuatro, siempre que, previo convenio en tal sentido, se la inscriba en el Registro de la Propiedad. Supone ello, además de la indicada concepción ambivalente de la prohibición de disponer, tratar su publicidad al modo propio de la de los arrendamientos admitidos a inscripción. Ni una ni otra cosa nos parece acertada. La prohibición de disponer tendrá de suyo el alcance que, dentro de los límites permitidos por el Ordenamiento, le hayan dado las partes que la establecen; y su acceso al Registro por vía de inscripción debe entenderse limitada a las de carácter real en su condición de pacto integrado en el título por el que se configura el derecho real inscrito²⁴⁴.

c) Las preferencias adquisitivas: opción de compra, retracto y tanteo convencional

Queda finalmente por examinar la posibilidad de inscripción registral de las preferencias adquisitivas o —como con mayor frecuencia se las denomina, englobando en ellas la opción de compra, el tanteo y el retracto— de los derechos reales de adquisición preferente. Que se hable de este modo no es sino la consecuencia de que en nuestro Ordenamiento haya adquirido carta de naturaleza la categoría de los derechos reales de adquisición preferente como ramillete formado por las figuras ahora indicadas²⁴⁵. ¿Son, como expresaría el tipo genérico que las engloba, auténticos derechos reales, o consisten tal solo en derechos de naturaleza personal? En el primer caso, su inscripción procedería, sin más, al amparo del artículo 1 y de los párrafos 1.º y 2.º del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, y su traída a esta sede quedaría desprovista de todo sentido. En el segundo, deberían engrosar el capítulo de los derechos personales inscribibles, y dada la excepcionalidad con que estos derechos ingresan

zado en contravención de la prohibición de disponer] es *tercero del artículo 32 LH respecto al acto o negocio en que se impone la prohibición, si ésta no consta inscrita*. En consecuencia, *la prohibición de disponer no inscrita no surte efectos en perjuicio de tercero que ha inscrito, que es un tercero del artículo 32 LH*» (subs. del a.).

²⁴³ ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 743: «La Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, en su Ley 482 [...] consagra la verdadera doctrina sobre las prohibiciones de disponer establecidas en actos a título oneroso [...]»; hace suyo este mismo juicio CABALLERO LOZANO: *op. cit.*, p. 251.

²⁴⁴ «La obligación de no disponer —dice SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 441—, precisamente por su carácter meramente obligacional, no tiene interés desde un punto de vista hipotecario ni es inscribible. En rigor, no es aplicable a ella el artículo 27 de la Ley, sino el artículo 9 del Reglamento que excluye del Registro las obligaciones y derechos personales en general».

²⁴⁵ Cfr., especialmente, GARCÍA AMIGO, M.: *Derechos reales de adquisición (Notas para una teoría general)*, RDP, 1976, pp. 99-131.

en el Registro, la inscripción de cada uno de ellos quedaría sometida a la necesidad de que el legislador la admitiera expresamente en cada caso. Nosotros no tenemos ningún inconveniente en reconocer la inconsistencia de la categoría de los derechos reales de adquisición preferente, ni en admitir que la preferencia adquisitiva de sus respectivos sujetos no constituye derecho real alguno, pero pensamos que el tratamiento sistemático de su ingreso en el Registro cuadra más en este lugar que en el que dediquemos a la inscripción autónoma y excepcional del arrendamiento inmobiliario. Las preferencias adquisitivas, sin constituir positivamente derecho real, afectan directamente al dominio, y en tanto que afecciones del mismo deben ser registralmente tratadas. Ello avanzado, y dada la complejidad de esta materia, ordenaremos su estudio planteándonos, en primer lugar, si son o no son reales los derechos hoy reunidos bajo la categoría de los derechos reales de adquisición; veremos a continuación si son siempre necesariamente inscribibles o si a veces pueden imponerse a tercero sin necesidad de inscripción registral; finalmente trataremos de precisar cuál es la *ratio* de su inscripción y el efecto pretendido para la misma.

La categoría de los «derechos reales de adquisición» (*Dingliche Erwerbsrechte*), tomada de Wolff por nuestra doctrina algo precipitadamente aun después de haberla tenido que depurar en su heterogéneo contenido²⁴⁶, resulta en sí misma harto problemática. La expresión que la designa denota su propio componente contradictorio: ¿puede haber verdadero derecho real –poder inmediato y directo– sobre cosa aún no adquirida? ¿Puede ser real el derecho que faculta a su titular a colocarse, con preferencia a cualquier otro, en la posición del comprador²⁴⁷? Es muy

²⁴⁶ Vid. WOLFF, en ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, III, 1, cit., pp. 19-20: «Los derechos reales de adquisición son los gravámenes de una cosa, que dan al titular el derecho de convertirse en propietario. Se subdividen en tres clases. a) A veces son meros derechos potestativos, de modo que el titular adquiere la propiedad mediante un acto unilateral (toma de posesión) o mediante un acto propio unido a un acto oficial (instancia de inscripción e inscripción). A esta clase pertenecen los derechos de apropiación (derechos de caza, de pesca, de minas; el derecho de apropiación de inmuebles *nullius* y otros). b) A veces sólo producen pretensiones a la transmisión, sean de derecho privado, contra el propietario de la cosa (como el tanteo), sean de derecho público, contra el Estado (como el derecho de expropiación) [...] c) A veces, finalmente, otorgan una expectativa a la adquisición de la propiedad, y en ésta se transforman *sin acto jurídico* alguno, por ejemplo, por el vencimiento de un plazo, como el derecho de adquisición del que encuentra una cosa extraviada [...]» (Subs. del a.). Una muestra más reciente de la heterogeneidad de contenido de los derechos reales de adquisición puede verse en BAUR, F.: *Lehrbuch des Sachenrechts*, 13. Auf., München, 1985, p. 21: «c) *Erwerbsrechte*: Hierunter werden ihrer Funktion nach recht verschiedenartigen Rechte zusammengefaßt [...] Hierunter fallen: aa) die *Aneignungsrechte*: So liegt im Jagdrecht die Befugnis, herrenlose jagdbare Tiere sich anzueignen [...] bb) Das *dingliche Vorkaufrecht*: [...] cc) Als Erwerbsrecht kann sich auch die *Vormerkung* auswirken (§§ 883 ff.) [...]».

²⁴⁷ WOLFF: *op. cit.*, p. 149: «En el derecho real de tanteo el obligado es el propietario del inmueble, el mismo frente al cual se había de ejercer el derecho de tanteo; por consiguiente, son la misma persona el contrario del derecho potestativo de formación y el deudor de la pretensión. La “realización de la compraventa” entre él y el titular significa que

difícil entender que, disponiendo el comprador sólo de un derecho a la cosa que se propone adquirir, quien vaya a desplazarlo ocupando su puesto pueda tener sobre ella un derecho de naturaleza distinta ²⁴⁸. Esta sola consideración debería ser bastante para entender que, no otorgando los llamados derechos reales de adquisición preferente poder inmediato en la cosa ²⁴⁹, no pueden, en buena doctrina, ser calificados como derechos reales. Si todavía se pretende en este mismo sentido un argumento extrínseco, pero muy significativo, de autoridad, ahí está el testimonio del mismo Wolff: los que se denominaron *derechos* reales, no confieren a su titular derecho alguno actual a intervenir en la cosa ni a satisfacerse sobre ella, sino tan sólo un derecho a adquirirla. Mejor que *derechos*, constituyen *gravámenes* de la cosa: generan una pretensión a la transmisión, en razón de la cual podrá exigirse del propietario la entrega de la cosa ²⁵⁰. Se entiende por ello que su inscripción en el Registro juegue a la manera de la anotación preventiva (§ 1098 II BGB ²⁵¹), asiento tendente a asegurar

nacen los derechos y deberes que derivan de un contrato de compraventa, pero sin que se haya concluido un contrato de esta naturaleza. El titular del derecho de tanteo se convierte en comprador».

²⁴⁸ Así, a propósito de la opción de compra, TORRES LANA, J.A.: *Contrato y derecho de opción*, 2.^a ed., Madrid, 1987, p. 197: «[...] no puede pensarse que el comprador en virtud de opción tenga una posición más reforzada que el que perfeccionó la compraventa por la vía normal de los artículos 1445 y siguientes del Código Civil».

²⁴⁹ Díez-PICAZO: *Fundamentos* ..., III, cit., pp. 102-103: «Es claro que la opción no otorga un derecho directo e inmediato sobre la cosa [...] Es evidente que el derecho de opción de compra inscrito posee una eficacia mucho mayor y que es eficaz contra u oponible frente a los terceros adquirentes, pero ello por sí solo no determina una modificación de la naturaleza del derecho en sí mismo considerado. El derecho de opción no confiere un poder directo e inmediato sobre la cosa, sino simplemente la facultad de decidir su adquisición, y en consecuencia no puede ser considerado como un derecho real [...] A nuestro juicio la solución es aquí la misma: Los derechos de tanteo y de retracto son derechos de adquisición con un ámbito de eficacia que permite a su titular dirigirse contra terceros, pero ello no hace posible la calificación de estos derechos como derechos reales, por cuanto que en ningún caso confieren a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa». En sentido contrario, desde una muy discutible comprensión de la inmediatez, SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil*, III, 2.^o, Barcelona, 1980, pp. 237-238: «A mí me parece que la “inmediación”, característica de los derechos reales, no tanto consiste en la actuación –posible– directa sobre la cosa, cuanto en la actuación sobre ella sin intermediación del propietario: los derechos de garantía sin posesión no confieren (como el usufructo o como la prenda) poder de actuación directa sobre la cosa, sino mediada, pero no por el propietario sino por el juez: y nadie contesta su naturaleza real; pues bien, el tanteo, el retracto y la opción pueden estructurarse sobre la posibilidad de ser actuados sin mediación del propietario, sin *prestación*. Por lo mismo, pueden ser ejercitados cualquiera que sea el propietario actual; pueden configurarse –por la ley o mediante pacto– con indiferencia de quien sea dueño de la cosa (siempre que les dote de suficiente publicidad, legal o registral), lo que significa que no inciden sobre la conducta de la persona sino sobre la cosa, a la cual siguen a través de todas sus vicisitudes y cambio».

²⁵⁰ WOLFF: *op. cit.*, p. 146: «El derecho real de tanteo, análogamente al derecho subjetivo de expropiación, pero análogamente también al derecho real de apropiación, es un *gravamen de la cosa* que no da al titular un derecho actual a intervenir en la cosa, ni un derecho a satisfacerse sobre la cosa sujeta, sino un derecho a adquirirla».

²⁵¹ *Dritten gegenüber hat das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums.*

la pretensión personal de una modificación jurídico-real. Lo así dicho, en general, puede concretarse en cada uno de los considerados derechos de adquisición preferente.

Es verdad que, comparados entre sí, tanteo y retracto legal actúan de modo distinto, afectando cada uno a su modo a la libertad dispositiva del sujeto sometido²⁵². De todas formas, por encima de dicha diferencia y atendiendo a lo que en tales derechos más importa, siempre será posible encontrar en su base una realidad sustancialmente idéntica: el dominio con destino legal preferente está de tal modo afectado por esa preferencia que, en tanto ésta pueda ser ejercitada, se encontrará en situación inestable. En manos de cualquier adquirente que no sea el legalmente preferido, el dominio adquirido será —en la terminología empleada por el artículo 1509 CC— un dominio revocable. Con razón se dice, por ello, que el tanteo y el retracto legal constituyen limitaciones legales del dominio. Limitaciones, diríamos, que sólo a través de la indicada inestabilidad y revocabilidad terminan por reflejarse en la libertad de encauzamiento o de ejercicio de la facultad de disposición. ¿Implican dichas limitaciones, activa o positivamente consideradas, derecho real del titular de la preferencia adquisitiva en la cosa? Parece evidente que no. Su derecho, como el del comprador, sólo alcanza a poder exigir su entrega a cambio de precio: la situación típicamente previa a la adquisición del derecho real. Cuando la ley, pues, sujeta la cosa al derecho de adquisición preferente está gravando su propiedad, sin que el derecho correlativamente nacido de la preferencia pueda ser calificado como derecho real²⁵³.

Lo mismo vale decir en sustancia del retracto convencional²⁵⁴. A través de él el vendedor *se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida* (art. 1507 CC). En manos del comprador y de quienes de él traigan causa, se encontrará ésta en situación de titularidad inestable, sin que sobre ella, y por razón del retracto, el eventual retrayente ostente derecho real

²⁵² Cfr. COCA PAYERAS, M.: *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, pp. 142-160.

²⁵³ ROCA SASTRE: *op. cit.*, III, pp. 601-602: «[...] el retracto legal no tiene la naturaleza propia del *derecho real*, ya que es algo más, o mejor dicho, es algo distinto, pues la ley al crear los retractos legales se mueve, en principio, por razones de interés general o público, aunque redunde muchas veces en provecho de particulares concretos, y por ello inviste al retracto de la energía indispensable para evitar que pueda ser burlado. [...] El retracto (y tanteo) legal, al igual que las servidumbres, prohibiciones de disponer y demás restricciones, limitaciones y condicionamientos de origen *ministerio legis*, por su propia esencia se imponen de un modo absoluto y *erga omnes*, sin contemplaciones. Actúan a la manera de cargas de Derecho público que escapan a la esfera del Derecho privado» (subs. del a.).

²⁵⁴ No es pacífica la doctrina en cuanto a su consideración como derecho de adquisición preferente. Exponente de la opinión que se la niega, COCA PAYERAS, M.: *Retracto*, en «Enciclopedia Jurídica Básica, IV, Madrid, 1994, p. 5983: «Pero no es un derecho de adquisición preferente ya que ni es ejercitable en caso de enajenación proyectada o realizada ni, caso de salir triunfante, hay en puridad adquisición *ex novo* alguna sino readquisición».

alguno. En la configuración que le da el Código Civil, el pacto de retroventa, al llegar a tocar la suerte del dominio transmitido —que, como indicaba García Goyena, «no pasa irrevocablemente al comprador»²⁵⁵—, constituye un pacto de transcendencia real, que, sin otorgar derecho *en la cosa*, limita la titularidad sometiéndola al gravamen de su inestabilidad²⁵⁶.

Y como el retracto convencional, la opción de compra. Mientras el optante, sin derecho real *en la cosa*, puede determinarse a exigir que le sea vendida, el concedente tendrá sobre ella un derecho amenazado e inestable. Límite o gravamen real, en el sentido indicado, sin correlativo derecho de igual naturaleza, es lo que constituye este pretendido derecho real de adquisición preferente²⁵⁷.

Claro está que lo dicho vale sólo en el caso de que, tratándose de preferencias adquisitivas de origen convencional, las partes las hayan pactado con alcance real; no, en cambio, cuando las hayan establecido con carácter puramente obligacional o personal. En nuestra doctrina se ha manifestado alguna reserva contra la posibilidad de que el alcance o la

²⁵⁵ GARCÍA GOYENA: *Concordancias ...*, cit., p. 761: «Si el vendedor puede recuperar la cosa, es claro que su propiedad no pasa irrevocablemente al comprador, antes bien queda sujeta a una contradicción resolutoria con los efectos del artículo 1041. Por esto en el artículo 1439 se corta la inútil y sutilísima cuestión de Derecho Romano y Patrio, sobre si la acción del vendedor es meramente personal contra el comprador, o personal y real, de modo que pueda ejercitarse contra el tercer poseedor de la cosa».

²⁵⁶ ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 619, a pesar de la dificultad que en este sentido significa el artículo 107, 8.º LH: «El *derecho de recuperar* la cosa vendida emanado del pacto de retracto convencional, según la configuración del mismo adoptada por los referidos preceptos del Código civil, tiene la naturaleza jurídica de un *derecho potestativo de readquisición*, de vida tasada y eficacia resolutoria *in rem* y *ex tunc*, pero con retroactividad limitada a los actos dispositivos otorgados por el comprador o sus derechohabientes, por cuya virtud implica una *carga o gravamen real*, que al recaer sobre inmuebles inmatriculados deviene *inscribible*, sin empero investir al vendedor de derecho alguno de carácter real, por atribuirle sólo un *derecho potestativo* transmisible, aunque con transcendencia de carga real respecto a terceros adquirentes» (subs. del a.). GARCÍA CANTERO, G., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. Albaladejo, XIX, Madrid, 1980, considera que «no parece haber graves inconvenientes en calificarlo [al retracto convencional] de verdadero derecho real de adquisición» (p. 506), aunque añade que «el vendedor que por la consumación de la c. v. se ha despojado de su dominio, conserva únicamente una opción real sobre la cosa vendida, que es en lo que consiste cabalmente su derecho de retracto convencional» (p. 512), el cual, cuando se inscribe, «aparecerá como una carga o limitación del derecho del comprador que adquirió una propiedad sometida a condición resolutoria (p. 538). Se inclina por calificarlo como *ius ad rem*, GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: *Retracto de origen voluntario*, en «Homenaje al Profesor Roca Juan», Murcia, 1989, p. 341: «Desde el punto de vista de clasificación de los derechos patrimoniales en personales y reales, quizá su lugar adecuado sería el intermedio, un *ius ad rem*, que puede tener acceso al Registro de la Propiedad, porque como dice la RDGRN de 13 de junio de 1934 [...]».

²⁵⁷ ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 547: «[...] el derecho de opción a que se refiere el artículo 14 del Reglamento Hipotecario constituye o tiene la naturaleza del *derecho personal*, nacido del contrato de opción de compra, aunque extrañamente *inscribible*, en tanto que el derecho de opción puede implicar para muchos, si no un derecho real, sí un *gravamen o carga real*, que es naturalmente *inscribible* como tal, por hallarse comprendido dentro de la amplia fórmula de «los demás derechos reales sobre inmuebles» que emplea el artículo 1, 1,

naturaleza de una determinada figura pueda hacerse depender de la voluntad de los otorgantes²⁵⁸. El problema debe plantearse adecuadamente. Es verdad que cada derecho habrá de tener la naturaleza que objetivamente le corresponde en razón de su contenido. Ahora bien, lo que tampoco puede negarse es que sobre una misma materia puedan concederse derechos de naturaleza distinta. La diferencia entre el usufructo y el arrendamiento es el más asequible exponente de lo dicho. El *frui* sobre cosa ajena puede concederse inmediatamente a través de derecho real limitado, o, mediatamente, a través de la continuada prestación personal del arrendador, que, sin perderlo para sí, lo cede a otro. Sobre esta diferencia, el usufructuario dispondrá de un *frui* propio en cosa ajena, mientras que el arrendatario ejercitará materialmente el *frui* del arrendador. Sin necesidad de tener que invocar otros supuestos²⁵⁹, en el caso de las preferencias adquisitivas nada impide que éstas puedan pactarse con transcendencia real (art. 7 RH)²⁶⁰, alcanzando, por ello, a la misma configuración del dominio transmisible; o bien, sin dicha transcendencia,

de la Ley Hipotecaria, y también de la que utiliza el artículo 2, 2.º de la propia ley al hablar «de otros cualesquiera (derechos) reales», pero en el bien entendido de que más que calificarlo de derecho real en sentido estricto, lo es en el sentido amplio, que engloba asimismo a las cargas o gravámenes reales inmobiliarios propiamente dichos, los cuales, investidos de la correspondiente acción real, no obstante, como en los censos consignativos y en otras figuras genéricamente calificadas de derechos reales, sólo atribuyen a su titular un *derecho personal*, pero que sin necesidad de inscripción entrañan *carga o gravamen real* sobre fincas y, por tanto, plenamente inscribibles. Nuestra Ley Hipotecaria no ha llegado a esta distinción entre el *derecho real* inmobiliario en sentido estricto y la *carga o gravamen real* atributiva a su titular de derecho personal y productor a la vez de acción real y personal, sino que engloba ambas variantes dentro de la genérica figura del «derecho real limitado» sobre inmuebles»(subs. del a.); TORRES LANA: *op. cit.*, pp. 202-203: «Entiendo que el derecho de opción es siempre de carácter personal, lo que no impide su inscripción, por expresa concesión positiva, como, por ejemplo, ocurre también con el arrendamiento. La inscripción potencia los efectos del derecho, pero no afecta a su naturaleza y, en este sentido, creo que el artículo 14 del Reglamento hipotecario ha tenido efectos contraproducentes al plantear más problemas de los que resuelve. La solución más lógica, y también la más técnica, hubiera sido distinguir entre derecho real limitado y carga real. Sin embargo, esta distinción, que hubiera permitido una solución diáfana del problema, se desconoce en la legislación hipotecaria española». En sentido contrario, defendiendo la concepción de la opción como derecho real, SERRANO ALONSO, Eduardo: *Notas sobre el derecho de opción*, RDP, 1979, pp. 1131 ss., esp. p. 1145.

²⁵⁸ VALLET DE GOYTISOLO: *Determinación de las relaciones jurídicas respecto a inmuebles susceptibles de transcendencia respecto a tercero*, en «Estudios de Derecho de cosas y garantías reales», Barcelona, 1962, pp. 103-104, a propósito del tanteo convencional; SERRANO ALONSO: *op. cit.*, p. 1144. Se hace eco de esta postura, y trata refutarla, ROCA SASTRE: *op. cit.*, III, p. 587, nota 1.

²⁵⁹ Podría pensarse en la prohibición real de disponer frente a la obligación negativa de no disponer, o en la cesión de alguna utilidad singular de las fincas, e.c., pastos, como servidumbre o como concesión puramente personal del otorgante, sin gravamen de la finca que la produce.

²⁶⁰ DE CASSO: *op. cit.*, p. 430: «[...] tampoco debe haber obstáculo para que lo sea [derecho –dice el a.– real] el tanteo, cuando así *se pacte* y el contrato se inscriba en el Registro. Ya que el vendedor o transmitente puede limitar el *jus disponendi* de su sucesor en el dominio de la cosa, si éste lo acepta, con la *preemptio* o *Vorkauf*, que supone el tanteo. Refuerza esta hipótesis el artículo 7 del RH, que permite la inscripción de cualquier acto o contrato que, sin tener nombre propio en derecho, modifique desde luego o en lo

como constitutivas de pura obligación personal de transmitir al interesado con preferencia a cualquier otro ²⁶¹. La distinción es decisiva desde el punto de vista registral. Mientras la obligación personal de transmitir no es inscribible (art. 9 RH), las limitaciones del dominio nacidas de pacto de trascendencia real son por derecho propio objeto de la inscripción registral (arts. 13 LH y 7 RH).

Con la anterior indicación hemos ya hecho tránsito al segundo de los puntos cuyo tratamiento nos habíamos propuesto: el de la inscripción registral de los derechos de adquisición preferente. Prescindiendo aquí, *ratione materiae*, del problema en torno a la de las preferencias adquisitivas de origen legal ²⁶², las establecidas voluntariamente con pretensión de trascendencia real dispondrán para su acceso al Registro de la Propiedad del amplio cauce abierto por el artículo 7 del RH para los pactos de tal alcance. Es, en sustancia, la misma solución a la que, sin un texto normativo tan generoso y tan claro, y con alguna protesta de la doctrina, ha llegado en Francia la jurisprudencia sobre la base del artículo 28, 2.^o

futuro alguna de las facultades del dominio [...] Esta norma, tan amplia, autoriza para inscribir, como derecho –dice el autor, nosotros diríamos límite o gravamen– real, el tanteo «convencional»».

²⁶¹ Por todos, GARCÍA AMIGO: *op. cit.*, p. 104: «Ciertamente que los propios derechos de adquisición pueden constituirse también como simples derechos de crédito o personales, con la eficacia típica de éstos: es decir: exigir la transmisión del deudor tan sólo, y, si éste incumple, pedir la ejecución forzosa en forma específica si aún fuere posible o, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios». Específicamente, para la problemática de la configuración puramente personal de las preferencias adquisitivas, ARECHEDERRA ARANZADI. Luis: *Los derechos de tanteo y retracto convencionales configurados con carácter personal*, RDP, 1980, pp. 123-136.

²⁶² Nuestra doctrina, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 37, 3.^o LH, se inclina mayoritariamente por la no inscribibilidad de estas preferencias, en tanto que constitutivas de limitaciones legales de la propiedad –cfr., por todos, ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 598-615–. El mismo criterio puede verse, en la doctrina alemana, en BAUR: *op. cit.*, pp. 129-130 : «3. *Nicht eintragungsfähig* sind [...] f) öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse und Belastungen, z.B. [...] öffentliche Vorkaufsrechte». La opinión contraria, mantenida por CARRETERO: *Tanteo y retracto arrendaticio urbano y Registro de la Propiedad*, RCDI, 1958, pp. 809 ss., es más conforme a la inspiración originaria de la Ley Hipotecaria, justificada en la E. M. de la Ley de 1861 (pp. 251-252) con las siguientes palabras: «Tampoco podía admitir la comisión, que pasada la cosa a un tercer poseedor, hubiera lugar al retracto legal en la venta. El retracto convencional no necesita esta declaración, porque si la venta está inscrita en el Registro, la condición resolutoria del contrato aparecerá también en él, y el retracto podrá verificarse sin dificultad alguna. Si no está inscrita la condición resolutoria, será porque no se haya expresado en el contrato, tal vez para burlar la ley; pero sea la omisión efecto de descuido o mala fe, sólo debe perjudicar a los negligentes y a los maliciosos, no al tercero que compra en la seguridad de que no existe semejante condición resolutoria. La dificultad, pues, sólo puede existir respecto al retracto gentilicio y al de comuneros bien lo sean en el dominio absoluto de la finca, o por estar dividido entre ellos el dominio directo y útil. No corresponde a la comisión examinar en esta exposición las ventajas e inconvenientes de semejantes clases de retractos: no tiene para qué recordar tampoco la censura de que son objeto, la odiosidad que en el sentido de sus mismos defensores tienen, la necesidad legal de interpretarlos siempre estrechamente, la opinión de uno de los Cuerpos colegisladores marcada muy significativamente respecto del retracto gentilicio, la omisión de éste en el proyecto de Código Civil, y la restricción grande que pone al de comuneros concediéndolo solamente en el caso de que se venda al extraño por uno de los dueños la cosa que no puede dividirse cómodamente o sin menoscabo: tampoco

del Decreto de 4 de enero de 1995, de reforma de la publicidad inmobiliaria ²⁶³. En Suiza el criterio es distinto: el derecho de adquisición preferente es, en su condición de derecho personal, anotable en el Registro, adquiriendo por obra de la anotación la oponibilidad *erga omnes* propia de la carga real ²⁶⁴. Como se ve, a las preferencias adquisitivas se da el

le corresponde entrar en el examen de las legislaciones forales, en alguna de las cuales se da mucha mayor extensión a los retractos. Respetando lo existente tal como se halla, sólo propone reforma en la parte en que se opone a los principios de la ley que presenta. Por esto declara que el retracto legal por la venta no tenga fuerza contra el derecho de un tercero que haya inscrito su título; de otro modo, para ser consecuente, sería necesario admitir la regla del derecho aragonés, en virtud de la cual el comprador de una cosa sujeta a retracto no la puede vender dentro del término legal para retraer, lo que en último resultado vendría a convertir en derecho de tanteo el que es de retracto, y haría indispensable en todas las adquisiciones por título universal de cosas que procedieran de padres o de abuelos, la cláusula de que quedaban sujetas al retracto. En los términos cortos y fatales en que es permitido el retracto, pocas veces se presentará el caso de haberse hecho a un tercero la enajenación de la heredad sujeta a él, y que ésta se haya inscrito en el Registro; pero cuando ocurra, no debe disimular la comisión que se separa, ya que no del derecho escrito, de la jurisprudencia recibida por regla general, la cual, fundada en que el retracto nace inmediatamente de la ley, estima, que a imitación de las acciones reales, debe darse contra cualquiera poseedor a que pase la cosa durante todo el término concedido para retraer. Al derecho de tanteo en la enfiteúsis es extensivo lo que queda expuesto respecto al retracto legal por la venta. Pero la comisión no se cansa de repetirlo: esto sólo se entiende respecto de los terceros poseedores; nunca afecta a las relaciones entre el vendedor, el comprador primitivo y el retrayente o tanteante». Propugna hoy la vuelta a este criterio, CHICO Y ORTIZ: *op. cit.*, pp. 1040-1041. Nosotros convenimos en este punto con CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, I, Granada, 1969, p. 397: «En conclusión, hemos de decir, que los derechos reales del grupo que ahora comentamos [los de adquisición preferente], cuando están concedidos por ministerio de la ley no son inscribibles, y ello, no obstante, obligan como si el Registro los publicase en cada caso. Ahora bien, como el mecanismo originador de la eficacia de esos derechos reales de preferente adquisición no será siempre un hecho evidente y apreciable por todos, cuando esto ocurra no podremos mantener la eficacia «*erga omnes*» de aquellos derechos si no es posible conocer las circunstancias especiales que pueden originarlos por parte de todos los presuntos afectados». Es el mismo criterio que antes mantuvimos al referirnos a las prohibiciones legales de disponer.

²⁶³ Dispone el precepto citado: «Sont obligatoirement publiés au bureau des hypothèques de la situation des immeubles: [...] 2^o Les actes entre vifs dressés distinctement pour constater des clauses d'inaliénabilité temporaire et toutes autres restrictions au droit de disposer, ainsi que des clauses susceptibles d'entraîner la résolution ou la revocation d'actes soumis à publicité en vertu du 1^o; [...]». Para la crítica doctrinal, cfr. MARTY-RAYRAYNAUD-JESTAZ: *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncier*, 2.^a ed., Paris, 1987, pp. 524-525: «En outre l'article 28-2^o vise d'une façon général «toutes autres restrictions au droit de disposer», formule qui fait parfois difficulté. Par un arrêt rendu en 1971, la Cour de cassation a jeté le trouble dans les esprits en décidant que le pacte de préférence emporte cette restriction. A la lettre, il ne fait aucun doute en effet que le signataire de ce pacte n'a plus un droit de disposition libre et entier. Mais la solution contredit l'esprit de la publicité foncière en ce que celle-ci, sauf exceptions limitées, ne confère l'opposabilité qu'à des constitutions ou mutations de droits réels: or, d'après l'opinion dominante, le pacte de préférence ne confère au bénéficiaire qu'un droit personnel. Au surplus ce pacte paraît bien être une catégorie particulière de promesse unilatérale de vente: or, ces promesses sont expressément mentionnées à l'article 37 du décret parmi les actes susceptibles d'une publicité pour la seule information des usagers». En términos similares: THÉRY, Philippe: *Sûretés et publicité foncière*, Paris, 1988, pp. 401-402.

²⁶⁴ DESCHENAU: *op. cit.*, pp. 534-536; En nuestra doctrina, SERRANO SERANO, I.: *El Registro de la Propiedad en el Código Civil Suizo*, Anales de la Universidad de Valladolid, 1933, n. 16, pp. 14-26., esp. 15-16: «I. Dentro del artículo 959 estudiaremos tres clases

mismo tratamiento que al derecho del arrendatario: aunque su naturaleza es personal, se admite su reforzamiento extrínseco por medio de la publicidad registral. Más compleja y forzada es la solución alemana: no obstante la rigidez del dominio, como consecuencia de haberse adoptado el criterio del *numerus clausus*, son posibles los «derechos reales de adquisición preferente» (*Dingliche Erwerbsrechte*) de origen convencional, que, «cargas reales» en la realidad, más que verdaderos «derechos reales», actúan frente a terceros con la eficacia propia de una anotación preventiva (§ 1098 BGB), asiento mediante el cual pueden acceder al Registro incluso las preferencias adquisitivas de naturaleza o alcance meramente personal²⁶⁵. Preferimos, de entre estas distintas fórmulas, la solución española. El hecho de que por una vía u otra, y con mayor o menor relieve legal, los derechos de adquisición preferente terminen entrando en el Registro de la Propiedad, parece responder a una necesidad que en nuestro sistema obtiene clara y coherente articulación técnica. Ni su inscripción aumenta los supuestos de excepción en que algún derecho de naturaleza personal es admitido, en sí y principalmente, a la publicidad registral —aunque así se presente a veces la inscripción de la opción de compra²⁶⁶—, ni cuando se otorgan con carácter puramente personal tienen posibilidad de acceso al Registro. Lo que permite su ingreso en él y determina el concepto y la forma en que acceden al mismo es su condición de ser resultado de pactos con transcendencia real. Se sigue de ahí que si figuran en el Registro, no lo es por ser derechos reales con vocación autónoma y propia de publicidad —que no lo son—, sino por determinar la concreta configuración jurídica del dominio inscrito²⁶⁷. Será ello importante para concretar los efectos de su inscripción y las consecuencias de que se la omita. Pero antes de pasar a ese punto algo debemos decir sobre la publicación de cada uno de los tipos genéricos de los derechos de adquisición preferente.

diferentes: las que amparan vínculos obligatorios que tienen por objeto el nacimiento o extensión [sic] de un derecho real, entre ellos los derechos de compra, opción a compra, retracto, retorno en caso de premoriencia del donatario [...] El derecho personal anotado, aun sin perder la calidad de personal, adquiere la cualidad de oponible *erga omnes*, la cual es característica de los derechos reales. Estos derechos ocupan, pues, una categoría intermedia. El propietario se verá gravado en su facultad de disponer, y si ejercita su derecho lo será con la limitación correspondiente»; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *Código Civil suizo*, «Estudios ...», I., cit., pp. 164-165.

²⁶⁵ Cfr. WOLFF: *op. cit.*, pp. 296-297: «[...] son susceptibles de anotación preventiva: la pretensión a la transmisión, que deriva de un contrato de compraventa de una finca o de un legado, la pretensión a la concesión de una hipoteca, basada en un contrato anterior a la concesión o en el § 648 del CC; la pretensión procedente de un contrato que obligue a la pignoración de una hipoteca. Asimismo las pretensiones a la concesión de un derecho real de tanteo, y las derivadas de un derecho personal de tanteo o retracto».

²⁶⁶ Así, e. c., DE CASSO: *op. cit.*, pp. 284-285; ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 646, 698...

²⁶⁷ En general, aunque considerando a los derechos de adquisición preferente como derechos reales, COCA PAYERAS, M.: *Derecho de adquisición preferente*, en «Enciclopedia Jurídica Básica», II, Madrid, 1994, p. 2215: «[...] es común su tratamiento registral [de los

La posibilidad de inscripción de la opción de compra queda fuera de toda duda en nuestro Derecho, al admitirla y regularla expresamente el artículo 14 del reglamento Hipotecario. Lo que sí puede resultar discutible es la exacta determinación de lo que el Registro publica cuando en él se inscribe *el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible*, como reza el precepto reglamentario. De acuerdo con la mecánica de la inscripción de los derechos en nuestro Registro de la Propiedad, podrá admitirse sin dificultad que al inscribirse el pacto o contrato de opción, lo que se publica es el derecho resultante de su eficacia generadora. Pero, ¿cuál es aquí tal derecho?, y, ¿cuál la eficacia generadora de la opción de compra? Hemos dicho ya que la opción puede concederse con carácter personal o real, y que, ni siquiera cuando se la otorga con eficacia real, genera en favor del optante un auténtico derecho real. ¿Cuál es, entonces, el derecho que, nacido de la opción de compra, va a publicar el Registro tras la inscripción de la misma? Roca Sastre, partiendo de la necesidad de *el convenio expreso de las partes para que se inscriba* (art. 14, 1.º RH), concluye que lo que con la opción se inscribe, y a través de su inscripción se publica, es el derecho personal del optante, que, al igual que el del arrendatario, es «extrañamente»²⁶⁸ admitido a publicidad en nuestro sistema registral²⁶⁹; conclusión que no impediría que, al margen del artículo 14 de RH, el gravamen real resultante de un pacto de opción de igual transcendencia pudiera acceder al Registro, sin necesidad de aquel convenio, por la vía generalísima de los artículos 1, 1 y 2, 1 y 2 de la Ley Hipotecaria²⁷⁰. La explicación,

derechos de adquisición preferente]. En tanto que derechos reales puede parecer extraña su inalusión expresa por el artículo 2 LH Sin embargo no lo es tanto si caemos en la cuenta de su condición de límites del derecho de propiedad [...]. Este es el enfoque de la LH respecto de esos derechos, que propicia que sólo excepcionalmente el Registro se haga eco de ellos, en virtud de quedar registrado el derecho de propiedad al que en ocasiones van unidos, como sucede por ejemplo, en el caso del artículo 1.522 (retracto de comuneros) [...]. Se manifiesta ello con especial claridad, por producirse la inscripción de la preferencia conjuntamente con la de la propiedad gravada, en el retracto convencional; cfr. sobre ello, RUBIO TORRANO, E.: *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 995-996.

²⁶⁸ ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 547: «[...] el derecho de opción a que se refiere el artículo 14 del Reglamento Hipotecario constituye o tiene la naturaleza del *derecho personal*, nacido del contrato de opción de compra, aunque extrañamente *inscribible* como tal [...]» (subs. del a.).

²⁶⁹ ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 552: «Otra cosa distinta es permitir, excepcionalmente, la inscripción de un *derecho personal* derivado de los contratos de arrendamiento o de opción de compra de bienes inmuebles, ya que el esfuerzo legislativo que esto significa ha de estar compensado por otros requisitos concurrentes, entre los cuales, en los contratos de opción, consiste en aquel 'convenio expreso de las partes para que *se inscriba*' el contrato de esta índole [...]»; *íd.*, p. 647: «Además, para la inscripción de los contratos que originen estos dos derechos personales [arrendamiento y opción de compra], se exigen *requisitos especiales* que no se conciben en materia de derechos reales inmobiliarios, y esto es importante, pues uno de estos requisitos es que 'haya *convenio expreso* de las partes para que se inscriban', especie de pase o salvoconducto sin el cual se les cierran las puertas del Registro de la Propiedad, cosa que no se concibe en materia de derechos reales, los cuales entran en él sin necesidad de tal trámite» (subs. del a.).

²⁷⁰ ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 551-553. Le sigue, YSAS SOLANES, María: *El derecho de opción*, ADC, 1989, p. 1234. Sobre la base de la calificación necesariamente real de la

siendo perfectamente plausible, no es la única que pudiera encajar en la ortodoxia de nuestro sistema. Dentro de ella, y desde el principio de que no es inscribible la mera obligación de transmitir el dominio (art. 9 RH), cabe sostener que el contrato o pacto de opción admitido al Registro es el concertado con transcendencia real (art. 7 RH), y que, justamente como indicio de que así se le quiere, el legislador exige para su inscripción el convenio expreso de las partes para que ésta se lleve a cabo, como medio para su oponibilidad *erga omnes* ²⁷¹. En esta interpretación, el derecho personal de opción no sería inscribible —ni siquiera «extrañamente»—, y lo que la inscripción de la opción con transcendencia real vendría a publicar sería la limitación por ella operada en el dominio del concedente.

Tampoco es dudosa la posibilidad de inscripción del retracto convencional. Prevista específicamente en la ley (arts. 1510 CC y 107, 8.ª LH), encaja en el supuesto general del pacto de transcendencia real (art. 7 RH), cuyo contenido, en este caso, consistiría en someter a condición resolutoria una compraventa anterior y la transmisión del dominio operada por causa de ella, mediante la tradición. También la posibilidad de este efecto está prevista genéricamente en la legislación hipotecaria (arts. 9, 2.º LH y 51, 6.º RH). De lo que nada se dice en ella es del modo de su inscripción y de los requisitos necesarios para la misma, laguna explicable y que pocos problemas suscita en la práctica, ya que lo natural es que el retracto se acuerde en la misma compraventa principal —compraventa a carta de gracia— y como pacto añadido —pacto de retro— que normalmente se que-rrá como pacto de transcendencia real ²⁷². De todos modos, nada impide plantear la posibilidad de un pacto de retroventa de carácter puramente personal, u otorgado en documento o en acto distinto a la venta cuyos efectos trata de resolver ²⁷³. Tampoco la primera hipótesis supondría en sí misma problema alguno: careciendo el pacto de transcendencia real, no podría acceder al Registro de la Propiedad (art. 51, 6.º *i. f.* RH) ²⁷⁴; la única dificultad imaginable consistiría en que el silencio de las partes obligara a tener que interpretar el alcance no precisado del pacto. La configuración jurídico-real que tanto el Código Civil como la Ley Hipotecaria dan al retracto convencional ²⁷⁵, así como la propia funcionalidad de la figura

opción de compra, y cuestionando el valor del artículo 14 RH, llega a la conclusión de que el derecho de opción es inscribible sin necesidad de cumplir los requisitos exigidos en tal precepto, SERRANO ALONSO: *op. cit.*, pp. 1148-1149. Con anterioridad había ya criticado la exigencia del convenio de inscripción CAMY: *op. cit.*, pp. 399-400.

²⁷¹ Al pacto expreso de inscripción, «como muestra de la voluntad negocial de crear un derecho oponible», se refiere AMORÓS GUARDILA: *Prohibición contractual ...*, cit., p. 982.

²⁷² Cfr. HERNÁNDEZ DE ARIZA: *Ley Hipotecaria comentada*, I, cit., p. 367: «Estas cláusulas de la escritura de venta a carta de gracia, como limitan las facultades del dominio que adquiere el comprador, deben copiarse a la letra en la inscripción del contrato según lo prevenido en el Reglamento general [...]».

²⁷³ Cfr. RUBIO TORRANO, E.: *op. cit.*, p. 990.

²⁷⁴ ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 618.

²⁷⁵ ROCA SASTRE: *op. cit.*

pactada, permitirían estar a tal carácter siempre que no constara claramente la voluntad contraria ²⁷⁶. ¿Y el otorgado en acto distinto: necesitaría su inscripción el acuerdo expreso de las partes? Evidentemente, la razón de ser de nuestra pregunta no puede ser otra que la posibilidad de la aplicación analógica al caso en examen de lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario para la inscripción de la opción de compra. Nosotros explicamos antes el requisito del acuerdo de inscripción como un indicio de la común voluntad de las partes de dotar de oponibilidad —otorgar transcendencia real— a una figura, la opción de compra, indiferentemente dispuesta a ser configurada como personal o como real. La explicación más común lo justifica por entender que de ella se sigue un derecho de naturaleza personal. Si ahora tenemos en cuenta que el Código Civil y la Ley Hipotecaria parten de la proyección jurídico-real del retracto, y si, de otro lado, el pacto de transcendencia real es, sin más, inscribible, en tanto que configurador del derecho inscrito, habremos de concluir que en la inscripción del retracto convencional no es preciso el acuerdo de inscripción exigido para la de la opción de compra ²⁷⁷.

Y queda, finalmente, el tanteo convencional. Silenciado por la ley y desigualmente tratado en la jurisprudencia y en la doctrina de la Dirección General de los Registros ²⁷⁸, se ha dicho que, sin reforma legal, su inscripción es imposible ²⁷⁹. Nosotros no podemos compartir esta afirmación. Positivamente, porque las mismas razones que permiten la transcendencia real de las otras formas de preferencias adquisitivas, autorizan a mantener la del tanteo de origen voluntario, que —también él—, al ordenar el destino del dominio y, consiguientemente, al limitar la libertad dispositiva de elección del titular, constituye recorte conformador del dominio inscrito, con libre acceso al Registro a través del pacto que lo genera (art. 7 RH). No dejaría de ser curiosa paradoja que mientras en Alemania, donde la adopción del criterio del *numerus clausus* tan rígidamente conforma al dominio, se admite el tanteo convencional de carácter real y su ingreso en condición de tal en el Registro ²⁸⁰ —el de carácter personal entra a través de la anotación pre-

²⁷⁶ Como indica AMORÓS: *Prohibición contractual de disponer ...*», cit., p. 984: «[...] los derechos de adquisición preferente, para que cumplan cabalmente su propia finalidad, deben de estar dotados de eficacia real».

²⁷⁷ Inclinado también a la no aplicabilidad analógica del requisito del acuerdo de inscripción a las preferencias adquisitivas de origen voluntario, AMORÓS: *Prohibición contractual ...*», cit., pp. 982-983, texto y nota 38.

²⁷⁸ Sobre ello, aparte de la información facilitada por ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 588-589, cfr. la reciente monografía de FELIU REY, Manuel Ignacio: *El tanteo convencional*, Madrid, 1997.

²⁷⁹ ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 596-597. En sentido contrario, favorable al carácter real del tanteo convencional y precisando los requisitos para su inscripción, AMORÓS GUARDIOLA: *Prohibición contractual ...*», cit., pp. 980-984.

²⁸⁰ § 1094 (1) BGB : *Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, dem Eigentümer gegenüber zum Vorkaufe*

venta²⁸¹—, en España, bajo el signo inspirador del *numerus apertus*, fuera a negarse la proyección jurídico-real de esta forma de preferencia y su acceso al Registro de la Propiedad. Y negativamente, porque la razón que se esgrime en contra del alcance real del tanteo convencional dista mucho de ser convincente. En sustancia, resucitando la vieja idea de Thon, defendida entre nosotros a comienzo de los años cincuenta por Fernández de Villavicencio²⁸², se viene a decir ahora —¿por qué ahora y no antes, al tratar de retracto y de la opción de compra?— que al quedar el poder de disposición fuera del contenido del derecho de que se dispone, el límite a su ejercicio deja incólume al dominio y priva, consiguientemente, de transcendencia real al pacto por el que aquel límite se establece; y que, yendo más allá, el derecho de tanteo ni siquiera constituye verdadero derecho subjetivo, ni obligacional ni real, sino simple «derecho potestativo»²⁸³. Es obvio que no podemos entrar aquí en la refutación de argumentos tan artificiosos y conceptualistas; baste, de una parte, atenernos al Código Civil que, heredero de una tradición asentada en el realismo impuesto por el buen sentido, define a la propiedad como el derecho de gozar y disponer de una cosa (art. 348)²⁸⁴, y, de otra, recordar que cuando se inscribe el llamado derecho de adquisición preferente —en este caso, el tanteo convencional— de lo que propiamente se toma razón es de la limitación impuesta por él al dominio inscrito.

Por último, queda por ver cuál es la razón de ser de la inscripción de las preferencias adquisitivas, los efectos derivados de ella, y las consecuencias de su omisión. El planteamiento anterior nos ha allanado el camino. No constituyendo los derechos de adquisición preferente derechos reales en sentido pleno y propio sino simples cargas o limitaciones reales, su inscripción se ordena a dar cognoscibilidad legal o *erga omnes* a la concreta conformación del dominio inscrito. Con la ayuda de la inscripción se logra que la natural oponibilidad de la condición del dominio no pueda convertirse en sorpresa o engaño para los terceros. La preferencia, de suyo oponible cuando tiene alcance real, consigue por su inscripción que su oponibilidad no pueda estrellarse contra el valladar de la protección de la buena fe de los terceros. Lo contrario ocurre cuando no se la inscribe. En definitiva, que el juego de los llamados derechos reales de

berechtigt ist; § 1098 (2): Dritten gegenüber hat das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums.

²⁸¹ Cfr. WOLFF: *op. cit.*, pp. 296-297.

²⁸² FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO, F.: *La facultad de disposición*, ADC, 1950, pp. 1043 ss.

²⁸³ Cfr. ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 590-597.

²⁸⁴ Para la argumentación de la concepción clásica del poder de disposición como facultad integradora de la propiedad, vid. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, Carmen: *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994, pp. 243 ss.

adquisición preferente queda sometido al principio de publicidad en su dimensión negativa: lo inscribible, no inscrito, no es oponible a terceros de buena fe. Así ocurre en Alemania, donde, como hemos visto, estos derechos despliegan la eficacia propia de una anotación preventiva, y así debe mantenerse para nuestro Derecho ²⁸⁵.

IV. TÍTULOS, DERECHOS Y FINCAS COMO OBJETO DE INSCRIPCIÓN Y PUBLICIDAD REGISTRAL

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: SU PRESUPUESTO E INTERÉS COMO ASPECTO MANIFESTADOR DE LA PECULIARIDAD DE NUESTRO SISTEMA DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA

1. Cuestión tópica, a la presente altura de los estudios hipotecarios, es la de la exacta fijación del objeto de la inscripción registral y su relación con el de la publicidad derivada del Registro ²⁸⁶. Su planteamiento viene motivado por la literalidad de los artículos 605 del Código Civil y 1 y 2 de la Ley Hipotecaria, de una parte, en cuanto constituyen en objeto de la inscripción a los *títulos* relativos al dominio y a los derechos reales, o a los *actos y contratos* por los que tales derechos se adjudican –idea a la que, posteriormente, responde un buen número de preceptos que se expresan en la misma forma ²⁸⁷–; y, de otra, por la serie no menos numerosa de artículos de la Ley y del reglamento Hipotecario donde los que aparecen como objeto de la inscripción son, directamente, los derechos reales a que aquellos títulos se referían ²⁸⁸, o incluso, los bienes –las fincas– sobre los que tales derechos recaen ²⁸⁹. Esta distinta forma de señalar la Ley el objeto de la inscripción registral, no exclusiva de nuestra Ley

²⁸⁵ Cfr. ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 564 y 570 a propósito de la opción de compra y sobre la base de la naturaleza personal del derecho derivado de ella. También respecto a la opción de compra, pero en sentido distinto, SERRANO ALONSO: *op. cit.*, pp. 1147: «En relación con el posible adquirente o cesionario del derecho de opción, la inscripción de su derecho producirá los efectos propios de la fe pública registral [...]», y 1149: «Una vez producida la inscripción del derecho de opción éste producirá frente a terceros los efectos propios de todo derecho real inscrito [...]».

²⁸⁶ Puede verse su planteamiento en CASSO: *op. cit.*, pp. 283-284; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 83-86; ROCA SASTRE: *op. cit.*, I, pp. 329-330, y II, pp. 643-645; AMORÓS: *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*, Madrid, 1967, pp. 51-55; íd.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., pp. 257-262; CHICO ORTIZ: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, I, 2.^a ed., Madrid, 1989, pp. 450-453.

²⁸⁷ Así, e.c., LH, artículos 3; 10; 17; 22; 23; 30; 32; 37; 40 d); 249. RH, artículos 7; 8; 51, 13.

²⁸⁸ Así, e.c., LH, artículos 1; 7; 9, 1, 2, 3, 5; 20; 34; 38; 39; 40; 41; 42; 76; 79; 81; 82; 85; 88; 201, b) y c).

²⁸⁹ Así, e.c., LH, artículos 8; 9; 13; 14; 15, *í.f.*; 16; 28; 41; 73, III; 79; 80, 1; 198. RH, artículos 6; 44.

Hipotecaria, suele considerarse como una imprecisión técnica, que, «censurable en un texto legislativo, no es tolerable en sede científica, donde el rigor terminológico es siempre premisa indispensable»²⁹⁰. ¿Cuál es real y exactamente el objeto de la inscripción registral –comenzará a plantearse la doctrina tratando de superar la variabilidad de su indicación legal–: los títulos relativos a los derechos reales; los derechos reales en sí mismos; las fincas sobre los que éstos se constituyen?

El planteamiento reflejo de la cuestión propuesta supone un cierto desarrollo de la doctrina de la publicidad, por lo que implica de elaboración en torno a los diferentes tipos de Registros distinguibles²⁹¹ y por la captación neta y contrastada que supone acerca de las diferencias que separan a los dos grandes modelos registrales: el de títulos, o de actos y contratos, sin desenvolvimiento técnico y de publicidad negativa o preclusiva, o mera inoponibilidad de lo no inscrito, y el Registro de derechos, de desenvolvimiento técnico y publicidad positiva con sus característicos efectos de legitimación y fe pública registral²⁹². En esta perspectiva, la pregunta sobre el objeto de la inscripción o, lo que es lo mismo, el intento por situar nuestro Registro de la Propiedad en uno de los dos modelos alternativos, como Registro de títulos o Registro de derechos, viene a reverdecer la cuestión, tantas veces suscitada y por tantos caminos propuesta, sobre la genuina naturaleza e inspiración de nuestro sistema registral, cuya originaria faz latina aparecería principalmente en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, en tanto que creador de un Registro

²⁹⁰ FERRI, Luigi: *Tutela dei diritti. Trascrizione immobiliare*. Com. SCIALOJA-BRANCA, Libro Sesto. Bologna-Roma, 1960, p. 25: «Questa sconcertante imprecisione (per cui sembra che, pel legislatore, l'oggetto della trascrizione, ora sia rappresentato dal contratto, ora dal diritto, ora dal mutamento giuridico), se è deprecabile in un testo legislativo, non è tollerabile in sede scientifica, ove il rigore del linguaggio è sempre premessa indispensabile». En nuestra doctrina, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), p. 93, dirán que «no siempre la forma de expresarse nuestra ley estuvo de acuerdo con sus principios rectores».

²⁹¹ Cfr. para la distinción entre Registros de derechos, de actos y contratos, de documentos, y de títulos, NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, cit., pp. 144-153.

²⁹² Una muestra de tal contraposición, en THERY, Philippe: *Sûreté et publicité foncière*. Paris, 1988, p. 386: «Ainsi se trouvent opposés deux systèmes: l'un dit de *publicité foncière*, où ce sont des actes juridiques qui sont publiés afin d'opposabilité aux tiers; l'autre dit *du livre foncier* où ce sont les droits eux-mêmes qui sont inscrits. Cette opposition peut avoir des conséquences sur un point essentiel: le droit de propriété tel que le révèle aux tiers la publicité peut-il ou non être contesté? Lorsque la propriété est transférée par le seul effet du contrat, la publicité est nécessairement indépendante de la validité du transfert. De ce fait, si le vendeur n'était pas propriétaire, ou si le contrat est entaché d'irrégularités, la publicité n'effacera pas cette fragilité originelle. Au contraire, lorsque la publication assure le transfert entre les parties, elle peut consolider le droit inscrit. L'exemple le plus net vient du droit allemand, où le transfert de propriété est un acte abstrait, c'est-à-dire détaché du contrat de vente. Assurée par un juge –et non par un fonctionnaire– la publicité est constitutive de droit et chaque vente débouche, de manière quelque peu paradoxale, sur une acquisition originnaire de propriété. Le livre foncier prouve la propriété. La publicité foncière –telle qu'on la connaît en France– ne peut, au mieux, créer qu'une présomption».

de títulos, pero dentro del cual, y en un extraño y deforme proceso de desarrollo, se habrían incorporado elementos heterogéneos hasta configurar un atípico Registro de derechos. En todo caso, la doctrina hoy más extendida y aceptada, acaso con ligeras variantes, es la establecida y formulada por Lacruz: en nuestro Registro de la Propiedad se inmatriculan fincas, se inscriben títulos y se publican derechos²⁹³. Se inmatriculan fincas: es tanto como decir que éstas, objeto de un asiento con peculiaridad sustantiva o material, quedan fuera del objeto exacto de la inscripción²⁹⁴. Se inscriben materialmente títulos: así resulta del artículo 2 LH y así lo exigen tanto el mecanismo de constitución y transmisión de los derechos reales en nuestro Ordenamiento, como la posibilidad en él admitida de darles libre configuración por voluntad privada. Y se publican derechos: porque la finalidad protectora de nuestro Registro, y la consistencia de su organización, llevan a garantizar a los terceros que en él confían la titularidad publicada de su *causam dans*. He aquí, pues, una vez más, la peculiar fisonomía de nuestro sistema registral, que, en posición intermedia aunque no equidistante entre los dos modelos²⁹⁵, y rompiendo la continuidad entre el objeto de la inscripción y el de la publicidad²⁹⁶, recibe títulos y publica derechos.

Antes de entrar en el examen de esta formulación conviene hacer en torno a ella algunas observaciones. La primera va referida, más que a la misma cuestión propuesta, a su importancia. Su estimación varía en el juicio de los autores. Mientras Amorós destaca su importancia teórica y práctica²⁹⁷, Roca Sastre no la considera de gran relevancia ni merecedora

²⁹³ Cfr. Díez-PICAZO: *Fundamentos ...*, cit., p. 337: «Es muy expresiva la idea de Lacruz, quien decía que en el Registro de la Propiedad español se inmatriculan fincas, se inscriben títulos y se publican derechos».

²⁹⁴ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 66-67: «a) *Inmatriculación e inscripción*. Teóricamente, debemos distinguir en el folio real, de una parte, *la finca*, y de otra los actos y contratos que crean, modifican, transmiten o extinguen las titularidades sobre ella. Se trata de dos elementos diferentes de la relación registral: el objeto de los derechos y los derechos que versan sobre el objeto (manifestados a través de los actos y contratos). En una ordenación ideal, ambos elementos deberían mantenerse bien separados». AMORÓS: *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral ...*, cit., p. 52: «Pero la finca debe ser inicialmente excluida de esta perspectiva objetiva, porque constituye el presupuesto o soporte objetivo, mas no el objeto directo de la inscripción. El Registro se lleva por fincas y su publicidad se extiende a los derechos sobre los bienes. Pero la finca se inmatricula, no se inscribe en sentido estricto cada vez que se realiza una inscripción. Sin finca no hay inscripción; pero hay muchas inscripciones de tráfico jurídico sin modificaciones en la finca»; *íd.*, *Comentarios al CC.*, cit., p. 259.

²⁹⁵ Cfr. LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 84: «Las dificultades que plantea nuestro ordenamiento hipotecario en orden al objeto de la inscripción obedecen a haberse situado en un punto intermedio —aunque no equidistante— entre la publicidad relativa a los actos y la de los derechos».

²⁹⁶ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 84: «Hay, pues, que distinguir, entre lo que es objeto de la inscripción —primariamente, los actos— y lo que es objeto de la publicidad registral —los derechos—».

²⁹⁷ AMORÓS: *Comentarios ...*, cit., p. 258: «¿Qué se inscribe en el Registro de la Propiedad? ¿Cuál es su contenido y sobre qué datos o elementos se apoya la publicidad que a través del Registro se dispensa? Preguntas estas que no tienen un valor meramente

de mayor comentario ²⁹⁸. Nosotros distinguiríamos. Importancia o relevancia práctica apenas tiene, ya que la regulación legal es inequívoca en el tratamiento de las cuestiones implicadas en el problema teórico de la determinación del objeto de la inscripción y de la publicidad registral. Qué es lo que en el Registro se inscribe, cómo se practica la inscripción y cuáles son sus efectos es algo que no resulta dudoso en el régimen de la Ley Hipotecaria. Desde luego, el Registro ha podido funcionar y desplegar su eficacia sin necesidad de esperar a que la doctrina llegara a precisar en una fórmula al gusto de todos cuál es el objeto de la inscripción y qué relación guarda con el de la publicidad. Ni puede aducirse como justificante o exponente de la transcendencia práctica del problema, que si se considera que el nuestro es un Registro de títulos, bastaría para inscribir con justificar la perfección del contrato celebrado, sin tener que acreditar la adquisición del derecho real a cuya transmisión aquél se ordena ²⁹⁹. En seguida veremos que, en el régimen de la Ley Hipotecaria, cuando se inscribe el «título», se inscribe en él y con él el derecho real a que dicho título se refiere. Importancia práctica, pues, de la cuestión, no mucha; pero, ¿qué decir de su interés teórico?

Aquí, el sentido de la respuesta puede variar. La determinación exacta del objeto de la publicidad, y su relación con la elección de la forma de toma de razón del dato registral, podría proporcionarnos una de las claves para la comprensión e interpretación de nuestro sistema hipotecario, peculiar y atípico en éste como en tantos otros puntos al adoptar para indicar el objeto de la inscripción, por mimetismo francés —se dice—, una técnica enumerativa más apropiada para un sistema de mera oponibilidad que para el más ambicioso que, según la inspiración germánica, se pretendió para nuestro Registro de la Propiedad ³⁰⁰.

Obsérvese que, como siempre que estas cuestiones se plantean, se repiten las mismas ideas: mimetismo —al parecer indiscreto ³⁰¹—, tensión

teórico, dogmático, como base para explicar adecuadamente el elemento objetivo de aquella publicidad, sino que presentan también una innegable transcendencia práctica».

²⁹⁸ ROCA SASTRE: *op. cit.*, II, p. 645: «Por lo demás no consideramos que sea esta cuestión de gran relevancia merecedora de comentario a fondo».

²⁹⁹ AMORÓS: *op. cit.*: «Fácilmente se aprecia que no es lo mismo inscribir un contrato de compraventa que el derecho de dominio a favor del comprador, derivado de ese negocio traslativo. En el primer caso, bastará justificar —«prima facie» al menos— la perfección del contrato celebrado para lograr la inscripción, aparte la supuesta concurrencia de los demás requisitos previos (regularidad del procedimiento registral, cumplimiento del tracto sucesivo, etc.). En el segundo, junto a la validez del negocio habrá que acreditar la adquisición del derecho real que de ahí deriva (tradición complementaria del contrato, etc.). En un supuesto, el Registro se limitará a publicar que se ha celebrado un contrato de compraventa en una determinada fecha y en principio válido; en el otro, la publicidad se extenderá, no sólo al acto de compraventa, sino también al derecho que ha adquirido el comprador con sus limitaciones y condiciones que concurren, situación jurídica o derecho subjetivo que atribuye al adquirente una concreta titularidad dominical, la cual queda igualmente protegida por la publicidad del Registro».

³⁰⁰ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 84; más ampliamente, en la ed. de 1968, p. 93, nota 2.

³⁰¹ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 85: «Probablemente los autores de la LH adoptaron el sistema de toma de razón de los títulos a imitación de las leyes francesa o belga, o acaso

de elementos de dispar procedencia³⁰², y, acaso, finalmente, el feliz resultado de un sistema atípico o híbrido que más parece fruto de una afortunada carambola que resultado de una lúcida y creativa proposición de fines y elección de medios. Hay, en nuestra opinión, que convenir en que la determinación del objeto de la inscripción es de interés para la captación del sentido e inspiración de nuestro sistema registral. Pero hay también, con esta ocasión, que reivindicar para éste el mérito de su propia personalidad y armonía. Si en él hay elementos de procedencia germánica, no habrán sido integrados en el conjunto de su fábrica sin previamente pasar por el tamiz de nuestro propio Derecho³⁰³. Si hay datos de impronta francesa, nunca lo será porque servilmente se haya adoptado el modelo francés. Los comentarios de Gómez de la Serna son abundantes y contundentes en este punto³⁰⁴. Los autores de nuestra Ley Hipotecaria, teniendo a la vista el conjunto de precedentes entonces dis-

a la vista del proyecto de Código del 51 –unas y otros basados en el sistema de adquisición de los derechos reales por el simple contrato– *sin darse cuenta* (sub. n.) de la discordancia que, dado nuestro tradicional sistema de título y modo, se producía, cuantas veces la efectividad de una adquisición por contrato requiriera uno y otro, entre el título inscribible y el derecho publicado».

³⁰² AMORÓS: *Comentarios*, cit., pp. 258-259.

³⁰³ Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *El Registro ...*, cit., pp. 140-141: «Corrientemente se ha dicho en España que la ley del Registro de la Propiedad es de inspiración germánica. Hay parte de verdad en ello, pero no tanta como se pretende [...] los autores de la ley fueron un romanista –Gómez de la Serna– y un historiador –Cárdenas–. Acaso aquí reside el éxito de un sistema germánico en suelo latino; hubo un tupido filtro a través de un fuerte espíritu tradicional [...] la ley española aún fue más germánica que la belga. Pero los resultados a que habían llegado las leyes alemanas y suizas se lograron en España sin desnaturalizar un Derecho civil heredado de los postglosadores de Bolonia [...] Nuestro sistema, si un día fue emigrante alemán, hoy es ya completamente español. Las hojas de morera germánicas son ya rica seda española».

³⁰⁴ Sólo en el comentario al artículo 2 de la Ley pueden encontrarse los siguientes testimonios: «A diferencia de lo que hacen las leyes francesas imitadas por otros diferentes Estados que emplean el término presente para expresar el precepto del legislador, nosotros usamos generalmente del futuro más conforme con el genio de nuestra lengua y con nuestras tradiciones legislativas» (p. 245); «Esto lo haremos después de vindicar a nuestra Ley de un ataque que se le ha dirigido por alguno que quisiera que a imitación de lo establecido en Francia y en otros Estados, se sujetaran solamente al registro los contratos y actos entre vivos, pero no los de sucesión [...]» (p. 252) Por estas razones nos parece que con buen acuerdo se ha procedido en la nueva Ley hipotecaria al seguir lo que ya venía ordenado, y no dejarse llevar por imitaciones que admitidas falsearían nuestro sistema por su base» (p. 255) «En estas consideraciones se funda el artículo 1 del reglamento, que dejamos transcrito al decir que deben inscribirse en el registro las concesiones definitivas de minas, caminos de hierro, aguas, pastos y otras semejantes; en nuestro concepto, aunque no lo hubieran dicho, debería sobreentenderse, pero no nos parece mal que lo haya expresado, y mucho más, atendiendo a que se sostiene en el vecino imperio francés, que esta clase de concesiones no deben estar sujetas a transcripción sin que nos convenzan las razones que se alegan para ello» (p. 271); «También se encuentra una gran diferencia en los efectos que se dan a la transcripción o inscripción. Al paso que muchos Estados que han admitido el principio del Código francés, de que el dominio y los demás derechos reales en la cosa se transfieren por el consentimiento, lo conservan, limitando los efectos de la falta de publicidad en el registro a las personas que no han sido parte en el acto o contrato que los perjudica, y que otros, como nosotros, mantienen con esta misma limitación el principio romano de que por la tradición y quasi-tradición se transmite el dominio de las cosas, no faltan algunos que para la traslación del dominio exigen como requisito indispensable y comple-

ponibles, donde se hablaba tanto de inscripción de actos o de títulos³⁰⁵, como de derechos³⁰⁶, o incluso de fincas³⁰⁷, conformaron, ponderada y coherentemente, un sistema en el que los derechos reales se llevan al Registro mediante la inscripción del título relativo a ellos, que deberá

mentario que se haga la inscripción o transcripción» (pp. 318-319); «Los artículos de las legislaciones extranjeras que dejamos copiados, vienen a confirmar lo que la Comisión de Codificación dijo al exponer los fundamentos de la Ley Hipotecaria, a saber, que la mayor parte de los pueblos que a imitación del francés adoptaron el sistema mixto, lo van abandonando, y que quizá no esté lejano el día en que quede tan desautorizado como el de la hipoteca oculta, que era el de los romanos. Al tratar de esta materia en los Prolegómenos, añadimos a lo manifestado por la Comisión respecto a los motivos que justifican el sistema de publicidad absoluta, lo que creímos conveniente ...» (p. 319).

³⁰⁵ Así, en la referencia a la «Legislación extranjera» con la que GÓMEZ DE LA SERNA termina el comentario al artículo 2 LH, –pp. 310 ss.– los siguientes casos: Austria.– *Código Civil*.– Artículo 431. Para que se transfiera la propiedad de los bienes inmuebles, es preciso que el acto traslativo del dominio se inscriba en los registros públicos ...; Baviera del Rin.– *Proyecto de ley de 24 de abril de 1834*.– Artículo 1.– Todo acto de venta de propiedad, constitución de usufructo o anticresis debe verificarse por un documento auténtico, y transcribirse en el registro destinado para las traslaciones del dominio ...; Bélgica.– *Ley de 16 de diciembre de 1851*.– Artículo 1.– Todos los actos entre vivos a título gratuito u oneroso, traslativos o declarativos de los derechos reales, inmuebles y otros, como los privilegios y las hipotecas, serán transcritos literalmente en el registro destinado a este objeto ...; Berna (CANTÓN SUIZO DE).– *Código civil*.– artículo 442.– Todos los títulos de adquisición de inmuebles por razón de los cuales haya tenido lugar una toma de posesión, deben ser transcritos en los registros ...; Francia.– *Ley sobre la transcripción en materia de Hipotecas de 7 de enero de 1855*.– Artículo 1.– Se transcriben en la oficina de hipotecas de la situación de los bienes. 1.º Los actos entre vivos traslativos de la propiedad inmueble o derechos reales capaces de hipoteca. 2.º Los actos de renuncia de estos mismos derechos. 3.º Las sentencias que declaran la existencia de un convenio verbal de igual naturaleza a los derechos arriba expresados. 4.º Las sentencias de adjudicación a excepción de la dada en virtud de licitación a favor de un heredero o un compartícipe. Artículo 2.º. Se transcriben igualmente: 1.º Los actos constitutivos de anticresis, de servidumbres, de uso y de habitación. 2.º Los actos de renuncia a estos mismos derechos. 3.º Las sentencias que declaren su existencia en virtud de una convención verbal. 4.º Los arrendamientos de más de diez y ocho años de duración. 5.º Los actos o sentencias en que conste, aunque sea en arriendo de menos tiempo, pago o cesión de una suma equivalente a tres anualidades de arrendamientos no devengados; Friburgo (CANTÓN DE).– *Ley de 28 de junio de 1832*.– Artículo 75.– Se inscribirán en los registros de hipotecas, los actos enumerados en el artículo 45 del tit. 2.º de la presente ley; Holanda.– *Código civil*.– Artículo 743. El título constitutivo de una servidumbre deberá ser transcrito en los registros públicos destinados a este objeto ...; Nassau (DUCADO DE).– *Ley hipotecaria de 21 de marzo de 1774*.– 1. Los contratos que tengan por objeto la enajenación o hipoteca de bienes inmuebles, los contratos de compra y venta, las hipotecas, transmisiones de bienes, y donaciones entre vivos están sujetas al registro.

³⁰⁶ Así, Ginebra (CANTÓN SUIZO DE).– *Proyecto de ley acerca de la adquisición, conservación y publicidad de los derechos reales sobre los inmuebles, de diciembre de 1827*.– 1. Ningún derecho real sobre bienes inmuebles situados en el Cantón se considerará como tal si no se hace público en la forma prescrita por la ley. 2. La publicidad de los derechos reales sobre los inmuebles situados en el Cantón se verifica por la inscripción en los registros de la oficina de los derechos reales; Mecklemburgo, Schwerin y Strelitz (TERRITORIO DE).– *Ley de hipotecas de 1830*.– Los derechos reales sobre los bienes inmuebles sólo tienen valor cuando están inscritos en los registros hipotecarios ...; Sajonia.– *Ley de 6 de noviembre de 1843*.– 2. La propiedad civil sobre los bienes inmuebles, se adquiere por la inscripción en los registros territoriales e hipotecarios ...

³⁰⁷ Appenzell (CANTÓN SUIZO DE).– *Ley de hipotecas de 30 de agosto de 1835*.– 1.º Los inmuebles, comprendidos en ellos los bosques, pero no los muebles, pueden ser inscritos como prenda; Prusia.– *Ordenanza de Federico II de 20 de diciembre de 1873*.– 6.º Los inmuebles situados en un distrito que puedan ser poseídos separadamente, enajenados

practicarse en el folio abierto a la finca para publicar su situación jurídica, en la instantánea de su situación actual y en la sucesión de sus vicisitudes: el registro de cada finca es su historia, decía Gómez de la Serna ³⁰⁸.

Así tenía que ser en un Registro de desenvolvimiento técnico y concebido para desencadenar el más intenso efecto de la publicidad positiva protegiendo a los terceros que en él confiaran respecto de la existencia y titularidad de derechos reales de constitución y transmisión extra-registral y de libre conformación por los particulares. No hay correlación necesaria alguna entre Registro de títulos y publicidad negativa o preclusiva ³⁰⁹; ni entre Registro de derechos e inscripción constitutiva del derecho, en sí mismo y no en el título que lo constituye, tanto si se le mantiene dependiente de su causa (sistema suizo ³¹⁰) como si se le

o hipotecados, deben ser inscritos en el registro de hipotecas ...; Soleure (CANTÓN SUIZO DE).— *Código civil*.— Artículo 915. Deben inscribirse en el registro de los bienes raíces e hipotecas: 1.º Todos los inmuebles del distrito municipal. 2.º Los dueños de estos inmuebles. 3.º Las servidumbres y los beneficios según lo establecido en los artículos 781 y 784. 4.º Las hipotecas.

³⁰⁸ GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, p., entre otras, 243: «El registro de cada finca es su historia, es la serie de contratos y actos que manifiesta todas sus vicisitudes, sus enajenaciones, sus desmembraciones, sus modificaciones y sus cargas; en él tiene que aparecer el verdadero estado de la propiedad y las garantías que ofrece al que trata de adquirirla o de imponer sobre ella capitales ...». LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 84, dirán que nuestro legislador planeó «un Registro de la situación jurídica de las fincas —especie de mapa jurídico de la propiedad inmobiliaria— [...]».

³⁰⁹ Lo contrario se supone en LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), p. 93, nota 2.

³¹⁰ En Suiza, como se sabe, aunque la adquisición del derecho real se mantiene vinculada a la validez de su causa, la toma de razón en el Registro no se lleva a cabo por la inscripción de éste, sino por el consentimiento escrito del propietario a la transmisión. Dispone a este respecto, en lo que aquí interesa, el ZGB, artículo 963, I y II: *Die Eintragungen erfolgen auf Grund einer schriftlichen Erklärung des Eigentümers des Grundstückes, auf das sich die Verfügung bezieht. Keiner Erklärung des Eigentümers bedarf es, wenn der Erwerbber sich auf eine Gesetzesvorschrift, auf ein rechtskräftiges Urteil oder eine dem Urteil gleichwertige Urkunde zu berufen vermag*. Sobre la relación entre tal consentimiento y la voluntad transmisiva insita en el contrato obligacional, cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *op. cit.*, pp. 158-160. Sobre la existente entre el mismo consentimiento y la solicitud de inscripción, cfr. SERRANO SERRANO: *op. cit.*, núm. 15, pp. 42-45. En la doctrina suiza, cfr. DESCHENAUX: *op. cit.*, pp. 220: «L'acte juridique à la base d'un transfert de propriété, de la constitution d'une servitude, d'une charge foncière ou d'un droit de gage engendre l'obligation pour l'aliénateur ou le constituant de faire diligence pour opérer le transfert ou faire naître le droit [...] Selon l'art. 665 al. 1, cette «diligence» consiste, pour le propriétaire, à faire opérer l'inscription. La structure de l'acquisition des droits réels par acte juridique est la même pour eux tous: l'acte générateur d'obligation est suivi d'un acte de disposition qui en est l'exécution et qui aboutit à l'inscription au registre foncier. Les deux actes juridiques sont liés; en vertu du principe de causalité (art. 974/975), l'inscription est sans valeur si l'acte obligacionnel n'est pas valable»; 223: «L'acte ou le processus d'acquisition consiste dans un acte de disposition qui se parachève dans l'inscription au grand livre ou sur les documents qui en tiennent lieu. La conception généralement reçue est la suivante: Le propriétaire (aliénateur ou constituant) adresse une réquisition d'inscription au registre foncier. Cette réquisition enveloppe, en la forme, une requête au conservateur et, au fond, un consentement à l'inscription, que vise l'art. 963 al 1 («sur déclaration écrite du propriétaire»). Ce consentement est l'acte juridique de disposition qui correspondre au transfert de possession en matière de meubles. C'est un acte unilatéral, par opposition à la cession de créance qui est un contrat. La réquisition ainsi conçue —à la fois requête formelle et acte de disposition réel— dépend de la validité de l'acte générateur d'obligation qui est à sa base: c'est un acte causal».

independiza de ella (sistema alemán ³¹¹). Nuestra Ley Hipotecaria, en su versión actual lo mismo que en la originaria de 1861, a la que sigue siendo sustancialmente fiel, es hoy la más clara prueba de la posibilidad y coherencia de un sistema en el que el Registro, ordenado por fincas, toma razón de los derechos a través de la inscripción de los títulos que los constituyen y transmiten, y, así constatados en su existencia y titularidad, los publica *erga omnes* garantizando a los terceros en la confianza que en él depositan manteniéndolos en su adquisición incluso en el caso de que la realidad de las cosas no se corresponda con su reflejo registral. Se crea de este modo una línea de continuidad entre inscripción y publicación, u objeto de la publicidad, de una parte; y de otra, entre el título que se inscribe y el derecho que a su través se publica sobre la finca en cuyo folio se practica la inscripción. Es esta línea de continuidad, sólidamente asentada en la ley aunque no se la haga objeto de formulación expresa, la que permite, sin lugar al escándalo de la doctrina y sin desdoro de ésta cuando reproduce el proceder del texto normativo, que la Ley Hipotecaria pueda hablar indistintamente de inscripción de títulos, de derechos, o, incluso, de fincas; y la que hace innecesario que, al contemplarse como objeto de inscripción los títulos relativos a los derechos reales, haya además que distinguir, añadiendo como cosa distinta la publicación de los derechos a que aquellos títulos se refieren. No se produce, en nuestra opinión, el «salto en el vacío», señalado por Amorós ³¹², cuando de la inscripción de los títulos se pasa a derivar la publicación de los derechos: inscrito el título del derecho real, es el mismo derecho lo que se inscribe y lo que, por la inscripción, resulta directamente publicado.

Procede comprobar que es ésta la inspiración de la Ley Hipotecaria, y que así entendieron el problema, sin necesidad de plantearlo expresamente y en forma refleja, sus primeros comentaristas. Veámoslo, en primer lugar, rastreando el texto de la Ley y atendiendo al fondo de su regulación.

³¹¹ Para el aspecto sustantivo, BGB § 873, (1) : *Zur Übertragung des Eigentums an einen Grundstücke, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechtes ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt*. Para el régimen adjetivo o formal de la inscripción, vid. en la Ordenanza del Registro (GBO) §§ 13 ss., especialmente, § 19: *Eine Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird.*, y § 20: *Im Falle der Auflassung eines Grundstücks sowie im Falle der Bestellung, Änderung des Inhalts oder Übertragung eines Erbbaurechts darf die Eintragung nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist.*

³¹² AMORÓS: *Sobre el Derecho Inmobiliario* ..., cit., p. 54: «[...] o se inscribe el título y se publica el derecho –tesis de LACRUZ distinguiendo entre objeto de inscripción y objeto de publicidad–, o se inscribe el derecho. La primera tesis parece válida, pero adolece del fallo de tener que dar un salto en el vacío al querer conectar lo que se inscribe y lo que se publica, cuando ambas realidades no coinciden. El Registro es instrumento de publicidad y publica lo que contiene».

2. TEXTOS NORMATIVOS QUE CONSIDERAN AL TÍTULO COMO OBJETO DE LA INSCRIPCIÓN

Que, de acuerdo con la Ley Hipotecaria, lo que en el Registro de la Propiedad se inscriben son los títulos o, su equivalente, los actos y contratos relativos a los derechos reales, es algo que aparece de tal forma establecido y proclamado en el texto normativo que en modo alguno puede pensarse que su afirmación responda a un descuido redaccional. El artículo 2 de la Ley es, sin duda, el lugar donde principalmente se hace de los títulos el objeto de la inscripción, pero no el único. A la misma idea responden otros muchos, de los cuales, acaso como más significativos ³¹³, pueden destacarse los siguientes: El artículo 1, a partir de su redacción en 1909, coincidente con la del artículo 605 del Código Civil, al decir que *el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles*; el artículo 3, al disponer que *para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública* ³¹⁴; el artículo 32, según el cual *los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero* ³¹⁵. Con ellos forman evidente unidad los que expresan, dentro del variable contenido de los títulos inscribibles, aquellos puntos que deben ser necesariamente objeto de inscripción. Es el caso, e.c., del artículo 10, al disponer que *en la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega de metálico, se hará constar el que resulte del título, así como la forma en que se hubiere hecho o convenido el pago* ³¹⁶; o del artículo 23, relativo a la toma de razón del cumplimiento de las condiciones suspensivas, resolutorias o rescisorias de los actos y contratos inscritos ³¹⁷; o del artículo 30, al sancionar la nulidad

³¹³ Además de los destacados en el texto, y sin propósito de exhaustividad por nuestra parte, a los títulos como objeto de la inscripción se refieren en el Ley Hipotecaria los artículos 17 (*Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos [...]*); 22 (*El Notario que cometiére alguna omisión que impida inscribir el acto o contrato [...]*); 40 d) (*Cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento [...]*); en el Reglamento, los artículos 7 (*[...] no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituye, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales [...] sino [...] cualquier acto o contrato de trascendencia real [...]*); 8 (*los actos y contratos que con diferentes nombres se conocen en las provincias en que rigen fueros especiales, y producen, respecto a los bienes inmuebles o derechos reales, cualquiera de los efectos indicados en el artículo anterior, estarán también sujetos a inscripción [...]*); 51, 13 (*Cuando los actos y contratos sujetos a inscripción hayan devengado derechos en favor del Estado [...]*).

³¹⁴ Igual redacción en 1861.

³¹⁵ Artículo 23 en la redacción de 1861: *Los títulos mencionados en los artículos 2 y 5 que no estén inscritos en el Registro...*

³¹⁶ Igual en 1861.

³¹⁷ Artículo 16 en la redacción de 1861.

de las inscripciones de los títulos expresados en los artículos 2 y 4 si en ellas se omite o expresa con inexactitud sustancial alguna de las circunstancias comprendidas en el artículo 9 ³¹⁸; o del artículo 37, cuando exige la constancia tabular de las condiciones revocatorias o de las causas de rescisión y resolución de los actos registrados para que sus efectos puedan perjudicar a tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos ³¹⁹.

Bastan estos datos para persuadirse de que en nuestro sistema registral es el título de los derechos reales lo que directa e inmediatamente se inscribe. No es necesario añadir que es ello lo que mejor se aviene con un Ordenamiento de constitución causal y libre configuración de los derechos inscribibles.

3. TEXTOS QUE CONSIDERAN A LOS DERECHOS COMO OBJETO DE LA INSCRIPCIÓN

Pero si acabamos de decir que es el título lo que directa y materialmente se inscribe en el Registro, inmediatamente hemos de añadir que no se le inscribe propiamente por el solo interés de su existencia, en sí misma considerada, sino por lo que el artículo 7 del Reglamento Hipotecario llama su *transcendencia real*. Esta conexión entre el título fundador del derecho y el derecho derivado del título, así como, simultáneamente a ella, la relación de instrumentalidad existente entre el título creador y configurador y el derecho de él resultante, con la consiguiente concentración de la atención de la ley en este último, aparece diversamente formulada, pero siempre con claridad y reiteración, en la Ley Hipotecaria. Aparte el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, en su originaria redacción de 1861, cuando disponía que *el propietario que carezca de título escrito de su propiedad inscribirá el derecho que se le declare por providencia judicial*, merece destacarse en este lugar la expresión utilizada por el artículo 249, 4 LH al disponer que los asientos del Diario expresarán *el derecho que se constituya ... por el título que se pretende inscribir* ³²⁰. El título aparece aquí en una función instrumental

³¹⁸ En 1861, bajo igual ordinal: *Las inscripciones de los títulos expresados en los artículos 2 y 5, a excepción del de hipoteca, serán nulas, cuando carezcan de las circunstancias comprendidas en los núms. 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, y 8.º del artículo 9, y en el núm. 1.º del artículo 13.*

Las inscripciones de hipotecas serán nulas, cuando carezcan de las circunstancias expresadas en los núms. 1.º, 2.º, 3.º, 4.1, 5.º y 8.º del mismo artículo 9.

³¹⁹ Arts. 36 y 37 en 1861. Según el primero, *Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme a lo prevenido en esta Ley. Continuaba el 37: Se exceptúan de la regla contenida en el artículo anterior: 1.º Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro [...].*

³²⁰ La especie del derecho que se constituya, transmita, modifique o extinga por el título que se pretenda inscribir, decía el núm. 4.º del artículo 240 de 1861.

—la misma que revela el artículo 40 al hablar de *título que motiva el asiento*— a cuya luz el derecho resultante queda situado en el lugar de preferencia que le corresponde en la determinación del objeto de la inscripción en el Registro y de la publicidad registral. El título a inscribir es, entonces, según indica el artículo 33 del Reglamento Hipotecario, el documento que *inmediatamente funda el derecho*³²¹ de la persona a cuyo favor haya de practicarse la inscripción, o, más simplemente, con los artículos 2, 1.º y 17 de la Ley, el *título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos*³²². Ahora sí, a la vista de esta conexión entre título y derecho, y de la principalidad de éste como resultancia justificadora de la función instrumental de aquél, se comprende que la misma ley que con tanta frecuencia y precisión habla de inscripción de títulos, pueda, al mismo tiempo y con igual propiedad, hacerlo también de inscripción de derechos.

He aquí una muestra de los preceptos de la Ley Hipotecaria que hacen de los derechos el objeto de la inscripción: artículo 1.º: *derechos inscribibles*; artículo 6: la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse ... c) *por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir*³²³; artículo 7: *la primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio*; artículo 9, 1.ª: *derecho que deba inscribirse*³²⁴, 2.ª: *la naturaleza, extensión y condiciones suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba*³²⁵; artículo 20: *deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos*³²⁶; artículo 34: *el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenida en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho ...*³²⁷; artículo 38: *se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular...*; artículo 39: *por inexactitud del Registro se entiende todo*

³²¹ Sin el adjetivo *inmediatamente*, artículo 6, I, RH de 1861: *Se entenderá por título para todos los efectos de la inscripción, el documento público y fehaciente entre vivos o por causa de muerte, en el que funde su derecho sobre el inmueble o derecho real, la persona a cuyo favor deba hacerse la inscripción misma.*

³²² En el mismo sentido, y más detalladamente, además del artículo 2, 2.º, el artículo 20: *títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles.*

³²³ Idéntica expresión en 1861.

³²⁴ Idéntica expresión en 1861.

³²⁵ *La naturaleza, valor, extensión, condiciones y cargas de cualquiera especie del derecho que se inscriba*, en la redacción de 1861.

³²⁶ *También será causa bastante para suspender o denegar la inscripción, la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio o derecho real de que se trate a favor de la persona que lo transfiera o grave*, en el artículo 20, I de 1861.

³²⁷ Algo distinta su redacción en 1861: *... los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito ...*

desacuerdo que en orden a los derechos inscribibles exista entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral; artículo 40: *rectificación del Registro por: a) no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria, o b) por extinción de algún derecho inscrito o anotado*; artículo 41: *acciones reales procedentes de los derechos inscritos*; artículo 76: *extinción de la inscripción por inscripción de la transferencia del dominio o derecho real inscrito a favor de otra persona* ³²⁸; artículo 79: *cancelación de la inscripción, 2.º: cuando se extinga también por completo el derecho inscrito o anotado* ³²⁹; artículo 81: *nueva inscripción por ampliación de cualquier derecho inscrito* ³³⁰.

No es posible pensar que todos estos preceptos, y tanto otros que como ellos hablan de inscripción de derechos ³³¹, se expresen gramaticalmente con impropiedad, refiriéndose directamente al derecho cuando en realidad intentarían hacerlo al título que como causa lo fundamenta o como documento lo refleja, ni que jurídicamente yerren al hacer de los derechos reales el objeto de la inscripción. Es muy claro en el régimen de la Ley Hipotecaria que nuestro Registro no lo es de publicidad negativa o preclusiva, sino que en él, desde 1861 ³³², se pretende y obtiene el efecto positivo cuyo más intenso resultado es la adquisición *a non domino* o el mantenimiento del tercero de buena fe en la adquisición operada de quien en el Registro aparece como dueño. Tenemos, por tanto, que convenir con Lacruz-Sancho cuando justifican su afirmación de que el Registro publica derechos en el dato legal de que la garantía del Registro se refiere a los derechos y no a los actos que los originan ³³³. Concluamos, pues, de momento afirmando que, gramatical y jurídicamente, la Ley Hipotecaria se expresa exactamente cuando habla de inscripción de derechos o de derechos inscritos.

4. TEXTOS QUE CONSIDERAN A LA FINCA COMO OBJETO DE LA INSCRIPCIÓN. SU EXPLICACIÓN

Pero es el caso, que en el lenguaje de la Ley, no son sólo los títulos y los derechos reales los que constituyen el objeto de la inscripción;

³²⁸ Artículo 77 de 1861: *... por la inscripción de la transferencia del dominio o derecho real inscrito a otra persona.*

³²⁹ Bajo idéntico ordinal y con redacción similar en 1861: *cuando se extinga también por completo el derecho inscrito.*

³³⁰ También artículo 81 en 1861, con sólo un leve cambio de estilo en su redacción: La ampliación de cualquier derecho inscrito será objeto de una nueva inscripción, en la cual se hará referencia de la del derecho ampliado.

³³¹ E. c., artículos 14, III; 16; 21; 28; 42; 57; 82; 85; 88; 201, b) y c) de la LH del Reglamento: artículo 4; 15; 16; 17; 18; 20; 23; 30, 1.º, 3.º; 51, 5.ª, 6.ª, 7.ª, 8.ª, 9.ª, 10 ...

³³² Aparte del artículo 34, con sus variantes de redacción y contenido respecto del actual, baste recordar el originario artículo 31: *La nulidad de las inscripciones de que trata el artículo precedente, no perjudicará al derecho anteriormente adquirido por un tercero que no haya sido parte en el contrato inscrito.*

³³³ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 84-85.

también como tal aparecen con frecuencia los bienes inmuebles; concretamente, la finca sobre la que recae el derecho fundado en el título (en sentido sustantivo) y reflejado en el mismo (en sentido formal o documental). Es muy cierto que, distinguiendo técnicamente donde la Ley no lo hace, la doctrina tiene hoy establecida la diferencia entre inmatriculación e inscripción³³⁴, y que, en razón de tal distinción, debería reservarse a la finca el ser propiamente objeto de la inmatriculación o de los aspectos inmatriculadores comprendidos en la inscripción registral. También se ha dicho que la finca, al ser presupuesto o soporte objetivo de la inscripción, debe ser excluida de lo que constituye el objeto directo de la misma³³⁵. Sin embargo, y por encima de estas consideraciones, el dato insoslayable es que en la Ley Hipotecaria abundan las ocasiones en que también la finca aparece indicada como objeto de la inscripción. Destaquemos algunas de las que nos parecen más significativas³³⁶.

Cada finca tendrá, desde que se inscriba por primera vez, un número diferente y correlativo, dice el artículo 8 LH³³⁷. En el contenido necesario de la inscripción comprende el artículo 9, 1.ª, *la naturaleza, situación y linderos de los inmuebles objeto de la inscripción, o a los cuales afecte el derecho que deba inscribirse, y su medida superficial, nombre y número, si constaren del título*³³⁸. Para la oponibilidad a ter-

³³⁴ Cfr. LACRUZ-SANCHO: op. cit., pp. 66-67 y 321-324; DIEZ-PICAZO: *Elementos*, cit., p. 353-354; COCA PAYERAS, M.: *Inmatriculación*, «Enciclopedia Jurídica Básica» III, 1996, pp. 3603-3605.

³³⁵ Así, AMORÓS: *Sobre el Derecho Inmobiliario ...*, cit., p. 52; ID.: *Comentarios ...*, cit., p. 259.

³³⁶ Además de ellas, e.c., en la L. H. artículo 14 : ... *para inscribir bienes y adjudicaciones concretas ...* ; 15, i. f. : ... *los bienes hereditarios se inscribirán ...* ; 16 : *Los dueños de bienes inmuebles ... podrán obtener su inscripción ...* ; 28 : *Las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado ...* ; 73 : ... *Cuando la anotación deba comprender todos los bienes de una persona ... el Registrador anotará todos los que se hallen inscritos a su favor ...* . En el Reglamento, artículo 6: *Si alguno de los bienes comprendidos en el artículo anterior, o una de sus partes, cambiare de destino y adquiriere el carácter de inscribible, se llevará a efecto su inscripción con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento ...* ; 17 : *Los bienes inmuebles y los derechos reales que pertenezcan al Estado ... se inscribirán en los Registros de la Propiedad de los partidos en que radiquen ...* ; 18: *Siempre que no exista título inscribible de la propiedad del Estado ... sobre los bienes que deban ser inscritos ...* ; 19 : *En la misma forma se inscribirán los bienes que pertenezcan a la Iglesia o a las Entidades eclesiásticas ...* ; 20 : *Los bienes inmuebles o derechos reales que pertenezcan al Estado ... y deban enajenarse con arreglo a la legislación desamortizadora, no se inscribirán en el registro de la Propiedad hasta que llegue el caso de su venta ...* ; 44 : *Se inscribirán bajo un solo número ... 1.º Las fincas rústicas y los solares colindantes ... 2.º Los cortijos, haciendas, labores, masías, dehesas, cercados, torres, caseríos, granjas, lugares, casales, cabañas y otras propiedades análogas ...* ; 45 : *Cuando ... se reúnan dos o más fincas inscritas ...* ; 46: *En el caso de que la totalidad de una finca inscrita se divida en dos o más suertes o porciones ...* ; 47 : *Siempre que se segregue parte de una finca inscrita ...* ; 48 : *La agregación de una o de varias fincas inscritas ...* .

³³⁷ *Cada una de las fincas que se inscriban por primera vez ...*, decía el artículo 8 en su redacción de 1861.

³³⁸ *La naturaleza, situación, medida superficial, linderos, nombre y número, si constaren, de los inmuebles objeto de la inscripción, o a los cuales afecte el derecho que deba inscribirse*, en 1861.

ceros de los derechos reales inmobiliarios y sus cargas o limitaciones, deberán constar unos y otras *en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan. Las servidumbres reales podrán también hacerse constar en la inscripción del predio dominante, como cualidad del mismo* (art. 13³³⁹). La demanda de contradicción en el procedimiento del artículo 41 de la Ley podrá fundarse: 3.º, *en que la finca o derecho se encuentren inscritos a nombre del contradictor*. La cancelación total de las inscripciones procede, según el artículo 79, 1.º, *cuando se extinga por completo el inmueble objeto de las mismas*³⁴⁰. La parcial, de acuerdo con el 80, 1.º, *cuando se reduzca el inmueble objeto de la inscripción o anotación preventiva*³⁴¹. Finalmente, artículo 198, la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extra-registral se llevará a cabo, en su caso, *por la primera inscripción de las fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna...*

Alguna razón debe haber para que en tantas ocasiones la Ley, no indebidamente, al parecer, considere a la finca como objeto de la inscripción registral. Es verdad que en algunas de ellas, en concreto: cuando se habla de inscripción de bienes distinguiéndola de la de derechos, la indicación hecha al bien en que consiste la finca, puede entenderse referida a la propiedad sobre ella, como contradistinta a los derechos reales limitados y a las cargas que puedan gravarla. Con todo, la conexión entre el objeto de la inscripción –consiguientemente también de la publicidad registral– y la finca tiene que resultar necesariamente como exigencia impuesta por el principio de especialidad en su doble dimensión: sustantiva, en tanto que base del Derecho de Cosas, y adjetiva, y por la derivación de ésta en el principio de organización del Registro por fincas o de folio real³⁴². En razón de la base sustantiva de la especialidad es imposible la existencia de un derecho real sobre objeto inconcreto o indeterminado. Por su proyección adjetiva, es imposible que la noticia registral del derecho no comprenda la de la finca que en sentido material constituye su objeto. Por esta vía, necesariamente, la inscripción del derecho debe extenderse hasta abarcar en su objeto a la finca. ¿Podrá objetársenos que respecto de ésta no es posible el efecto garantizador que permite calificar a nuestro Registro como Registro de Derechos, toda vez que, como es pacíficamente admitido, la fe pública registral no actúa en materia de ele-

³³⁹ En 1861: *Las inscripciones de servidumbre se harán constar: 1.º En la inscripción de propiedad del predio sirviente. 2.º En la inscripción de propiedad del predio dominante*. Como puede observarse no se habla aquí de inscripción de finca, sino de derecho (propiedad) sobre ella.

³⁴⁰ *Cuando se extinga por completo el inmueble objeto de la inscripción*, en 1861.

³⁴¹ Idéntica expresión en 1861.

³⁴² A la especialidad como base del Derecho de cosas y como principio hipotecario organizador, y a su derivación en el sistema de folio real, nos hemos referido en nuestro trabajo *Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales*, cit., pp., respectivamente, 563-567, 648-652 y 652-653.

mentos de hecho y límites físicos de la finca ³⁴³? En nuestra opinión, este obstáculo, impuesto por la fuerza insuperable de la realidad al milagro legal de la fe pública ³⁴⁴, no es razón suficiente para excluir a la finca del objeto de la inscripción, aunque sí lo sea para rebajar respecto de ella las consecuencias obtenibles de la publicidad en favor de los terceros de buena fe. Concedido lo cual, procede añadir una observación complementaria en cuanto a la generalidad del enunciado del límite, de cierto interés para su aplicación. No todo problema de límites o extensión de una finca es problema fáctico, insuperable naturalmente y, como tal, fuera del alcance sanador de la fe pública registral. Ocurrirá ésto solamente cuando la realidad natural haya sido incorrectamente reflejada en el Registro por simple desacuerdo entre lo que en realidad existe y lo que incorrectamente se inscribe; no, en cambio, cuando la diferencia entre el reflejo registral de la finca y la realidad de la misma, posteriormente modificada, sea consecuencia de una operación jurídica de segregación o enajenación parcial que, pudiendo y debiendo ser inscrita, no se inscribió. En tal caso, los efectos de la segregación no inscrita, traducidos en una cuestión de extensión o límites, no pueden imponerse, so capa de límite fáctico refractario a la fe pública, al tercero adquirente de buena fe ³⁴⁵.

³⁴³ Por todos, ROCA SASTRE: *op. cit.*, I, p. 579; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 194; GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, Madrid, 1993, pp. 393-404.

³⁴⁴ Cfr. LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 76: «Puede ocurrir que la descripción que de la finca da el Registro no coincida con la realidad [...]. En principio, es éste un problema relativo a hechos, es decir, a datos que, aun publicados por el Registro, no están amparados por la fe pública. Si el Registro manifiesta que la finca es un bosque, y en la realidad es un erial, el tercero adquirente de buena fe no podrá exigir que crezcan árboles». ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 580: «Este condicionamiento del alcance de la fe pública registral, está conforme con la naturaleza de las cosas. La ley puede imponer por vía de ficción jurídica un determinado resultado jurídico, pero no puede alterar la textura física de los inmuebles» (sub. del a.).

³⁴⁵ Es el caso planteado en la STS de 30-11-91, comentada en los CCJC, núm. 28, por GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C., donde, segregada parte de un piso sin que de ello diera noticia el Registro, se mantiene (FD 2), frente a la reclamación de la compradora, que el principio de fe pública registral atribuye a las inscripciones vigentes carácter de veracidad en cuanto a la realidad jurídica, pero no con carácter absoluto e ilimitado, ya que ampara datos jurídicos y opera sobre la existencia, titularidad y extensión de los derechos reales e inmobiliarios inscritos, no alcanzando la presunción de exactitud registral a los datos y circunstancias de mero hecho (cabida, condiciones físicas, límites y existencia real de la finca) [...] de tal manera que la presunción juris tantum que establece el artículo 38 de la Ley Hipotecaria cabe ser desvirtuada por prueba en contrario que acredite la inexactitud del asiento registral [...] en cuanto la realidad jurídica registral se acredite ser distinta a la que se expresa tabularmente. FD 3. [...] pues ni el Registro ni las escrituras públicas como medio de acceso a dicha oficina no pueden desvirtuar ni menos modificar la realidad extrarregistral (sentencia de 27 de octubre de 1986), en cuanto se presenta como una existencia física y determinada ... Parece muy claro que la inexactitud registral en cuanto a los datos fácticos no resulta, en el caso, por consecuencia de una inexacta descripción del inmueble, sino de la omisión de una operación jurídica transmisiva, cuya oponibilidad a terceros de buena fe está supeditada a su inscripción en el Registro. Distinto es que, según aparece en el caso y argumenta también la sentencia, el tercero reclamante no pudiera alegar buena fe en cuanto al desconocimiento de la segregación no registrada.

Debería, pues, tenerse en cuenta al enunciar tal límite, que no toda cuestión de extensión de la finca queda necesariamente fuera del efecto protector de la publicidad registral, sino sólo aquellas que, sin intermediación de operación jurídica alguna registrable, deriven del inexacto reflejo de su realidad fáctica o natural en el Registro de la Propiedad ³⁴⁶.

5. TEXTOS QUE CONSIDERAN OBJETO DE LA INSCRIPCIÓN, CONCATENADA Y UNITARIAMENTE, AL TÍTULO GENERADOR DEL DERECHO, AL DERECHO NACIDO DEL TÍTULO Y A LA FINCA SOBRE LA QUE RECAE EL DERECHO

Para terminar el rastreo de la Ley Hipotecaria en busca de su determinación del objeto de la inscripción registral, sólo nos queda añadir que la interconexión en ella del título que fundamenta y refleja el derecho, el derecho en él acreditado, y la finca sobre la que tal derecho recae, no aparece solamente en los lugares hasta ahora indicados, donde cada una de estas tres realidades aparece separadamente como objeto de la inscripción, sino también en otros donde conjuntamente se engarzan en tal condición. Quizá donde esto más claramente aparece es el artículo 21 de la Ley: *Los documentos relativos a contratos o actos que deban inscribirse expresarán, por lo menos, todas la circunstancias que necesariamente debe contener la inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos* ³⁴⁷, o en la rúbrica que precede a los artículos 4 ss. del Reglamento: *Bienes y derechos inscribibles y títulos sujetos a inscripción*. Cualquier reflexión sobre el objeto de la inscripción y de la publicidad registral deberá contar con estos datos. Previamente a su planteamiento reflejo en el orden dogmático, el examen de la Ley arroja el resultado hasta ahora comprobado. La finalidad aseguradora pretendida por los autores de la Ley Hipotecaria para nuestro Registro de la Propiedad exige que éste publique derechos, y que tales derechos resulten acreditados para su inscripción en el título que, concretando su objeto material, dé razón de su fundamento o causa y haga fe de su existencia. Es así cómo para la publicidad del derecho real, título, derecho y finca quedan engarzados en el objeto de la inscripción registral. Lo que al Registro llega a través

³⁴⁶ Cfr. ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 579: «Sin embargo, cuando el dato de hecho está decisivamente supeditado al derecho, la fe pública registral lo cubre». Para una exposición detallada del problema, vid. GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* pp. 393 ss., especialmente, 399-404.

³⁴⁷ El mismo artículo, en 1861: *Las escrituras públicas de actos o contratos que deban inscribirse, expresarán, por lo menos, todas las circunstancias que, bajo pena de nulidad, debe contener la inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas o a los derechos inscritos*.

de la inscripción es lo que el Registro publica o hace cognoscible a los interesados en su consulta.

6. TÍTULO Y DERECHOS COMO OBJETO CONTINUO DE LA INSCRIPCIÓN Y DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL EN LA DOCTRINA DE LOS PRIMEROS COMENTARISTAS DE LA LEY HIPOTECARIA

Así es —si de la Ley y el Reglamento Hipotecario pasamos a la doctrina— como los primeros comentaristas entienden el problema del objeto de la inscripción registral y de la publicidad de ella resultante. Sin necesidad de plantearse *ex profeso* en los términos en que hoy es habitual proponerlo, Hernández de Ariza, *e.c.*, tras haber indicado que «deben manifestarse en el Registro público todas las cosas inmuebles, derechos y acciones que están en el comercio», constituyendo éste el «principio que ha de guiarnos constantemente para determinar el objeto y sujeto de la inscripción»³⁴⁸, añadirá que la función de los títulos es «instalar la propiedad en el Registro»³⁴⁹. Igualmente, en Pantoja, a partir de una muy clara visión del efecto positivo de la publicidad generada por nuestro Registro de la Propiedad³⁵⁰, la equivalencia entre la inscripción de títulos y la inscripción de derechos aparece inequívocamente³⁵¹; así como la directa derivación de la inscripción en su resultado publicador³⁵². Algo parecido puede verse en Galindo y Escosura: aunque lo que en el Registro se inscriben son los contratos reales³⁵³, lo que en él se registra es el dere-

³⁴⁸ HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, p. 243.

³⁴⁹ *Íd.*, p. 347: «Después de advertir que ni los documentos públicos ni las inscripciones constituyen el verdadero título sino su prueba, hemos demostrado que no deberán ser exclusivamente títulos traslativos los que habrá que presentar y admitir para instalar la propiedad en el Registro [...]».

³⁵⁰ PANTOJA, José M., y FLORET, M: *Ley Hipotecaria, comentada y explicada ...*, Madrid, 1861, p. 186: «Consecuente la Ley con el principio de publicidad y especialidad que establece, no podía menos de marcar, que toda traslación de dominio de la propiedad inmueble o de los derechos reales que la graven [...] se han de inscribir en el registro público del partido judicial en que radique la finca; pues sólo así podrá saberse, si el que enajena es el verdadero dueño, y si lo que se enajena tiene gravámenes que lo hagan desmerecer de su justo valor».

³⁵¹ *Íd.*: *op. cit.*, pp. 186-187: «Consecuencia natural de este principio era que se previniese en este artículo que, no sólo debiera inscribirse el título, en virtud del cual se transfiere el dominio [...]. El uso, el usufructo, la habitación, el derecho de superficie, el enfiteútic, el de hipoteca, la posesión, la mera propiedad, el censo reservativo y demás derechos reales, de los cuales los tres primeros son inalienables; he aquí los títulos que han de inscribirse para gozar de los beneficios de la Ley».

³⁵² *Íd.*: p. 187: «Esta es la razón que la Ley ha tenido para establecer que tales derechos reales sean inscritos. No ha querido que el que trata de adquirir una cosa sea engañado en su precio o condiciones, y que compre, como libre, una finca, que después aparezca gravada con alguna de estas cargas».

³⁵³ GALINDO Y ESCOSURA: *op. cit.*, p. 291: «El artículo 2 de la Ley es uno de los más importantes. Declara qué documentos se deben inscribir en los Registros, y aunque a pri-

cho real que provocan, en general: el dominio y los demás derechos reales³⁵⁴. Morell y Terry, a su vez, expresamente distingue entre bienes inscribibles, derechos que pueden ser objeto de inscripción, y actos o títulos inscribibles³⁵⁵. Pero, sin duda, es el comentario de Gómez de la Serna el que, en este como en tantos otros puntos, merece mayor atención.

En el comentario de Gómez de la Serna al artículo 2 de la Ley, queda diáfamanamente manifestada la idea de que, al inscribirse en el Registro los títulos, los que en él resultan inscritos y publicados son los derechos a que aquellos se refieren. Aparece ello con claridad en el texto donde se hace la exégesis de la palabra «título» empleada por la ley en el precepto comentado. Contra lo que es hoy la afirmación común, mantiene de la Serna que por tal palabra no debe entenderse la causa que, en el sistema del título y el modo, contribuye, con la entrega, a la constitución o traslación del derecho real, sino —son literalmente sus palabras— *la escritura en que se hace constar el acto o contrato en virtud del cual se acredita el derecho que se tiene «en» alguna cosa inmueble*³⁵⁶. Este dato basta para

mera vista parece que esto no habría de ofrecer dificultades, sabiendo que la Ley, que no con gran exactitud se denomina Hipotecaria, tiene por objeto la garantía de la propiedad inmueble, es indispensable fijar qué documentos son los inscribibles, ya para evitar las dudas que pudieran ocurrir al resolver si ciertos contratos pueden en rigor contarse entre los reales, ya también porque se inscribe y surte efectos en el Registro, algo más que el dominio de los inmuebles y los derechos reales».

³⁵⁴ Además de en el texto transcrito en la nota anterior, donde de la inscripción de los contratos reales se pasa a la del dominio de los inmuebles y los derechos reales, cfr., e.c., pp. 304: «Sólo deben registrarse el dominio y derechos reales, y como de la obligación de transmitir y de la de celebrar un contrato no nace ninguna acción real, sólo podrá hacerse constar cuando, como dice el mismo artículo, la obligación personal esté garantida por otra real [...]»; 437: «El artículo que comentamos declara inscribible el derecho de usufructo [...]»; 443: «El Registrador por consiguiente no inscribirá tales servidumbres sino en virtud de cualquiera de estas tres clases de títulos [...]»; 449: «Censo enfiteútico. Para que sea inscribible es preciso: [...]».

³⁵⁵ MORELL Y TERRY: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, I, Madrid, 1916, p. 321: «Estudiaremos, por lo tanto, el artículo 2, siguiendo ese mismo orden, o sea procediendo de lo más general a lo más particular, siendo objeto de nuestro examen: *Primero*. Los *bienes* inscribibles por razón del sujeto de la relación y por su naturaleza. *Segundo*. Los *derechos* que pueden ser objeto de inscripción. *Tercero*. Los *actos* o títulos inscribibles» (subs. del a.).

³⁵⁶ GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 250: «La significación que hasta aquí hemos dado a la palabra *título* [había dicho antes: «La palabra *título*, cuando se trata de la adquisición de bienes, en sentido rigurosamente jurídico quiere decir el motivo lícito de la adquisición [...] En esta acepción se opone el *título* al *modo* [...] —p. 249—], no es la que tiene en el texto. En éste se toma por la escritura ...», y siguen las palabras citadas en nuestro texto, a las que se añade: «Se aplica a lo que es efecto la palabra con que se significa la causa [...] No sucede lo mismo en las leyes recopiladas, en las cuales no vemos usada esta palabra para significar las escrituras sujetas a registro [...] No nos parece mal este cambio de nomenclatura: ninguna de las palabras *contratos*, *escrituras*, *instrumentos* o *documentos*, es tan comprensiva como la de *títulos*, ni tan propia para expresar lo que según la Ley es registrable». Vid., también, p. 255: «No deben confundirse los títulos a que la Ley llama aquí *traslativos de dominio*, porque son el documento que acredita la adquisición de la propiedad o del derecho real sobre la cosa inmueble, con las obligaciones en que sin hacer ninguna declaración de transferir de presente un derecho, sólo se ofrece hacerlo [...]» (subs. del a.). Vid., también, HERNÁNDEZ DE ARIZA: *Ley Hipotecaria comentada*, I, Granada, 1861, p. 234: «En el artículo 2 se usa la palabra *título* como sinónima de instrumento [...]».

negar que de la inscripción del título a la publicación del derecho se produzca el «salto en el vacío» que, según vimos, señalaba Amorós. El título a inscribir, no es, en sentido sustantivo, el contrato que da derecho a la cosa sobre la que posteriormente recaerá el derecho real, sino el documento o escritura que acredita el derecho actual en la cosa de quien a su favor inscribe. Es ello perfectamente posible en un ordenamiento como el nuestro, donde, rechazada la innovación francesa de la transmisión consensual, se mantiene el sistema romano de que por la tradición y cuasi-tradición, o por la posesión y cuasi-posesión, se transmite el dominio de las cosas³⁵⁷. El otorgamiento de la escritura pública –dirá después el artículo 1462 del Código Civil– equivaldrá a la entrega de la cosa, si de la escritura misma no resultare o se dedujere claramente lo contrario. Si, otorgada la escritura pública se considera efectuada la *traditio*, se entiende bien que, inscrita aquélla y, por tanto, publicada, quede inscrito y publicado el derecho real cuya existencia en ella se acredita.

El título, pues, que en nuestro Registro se inscribe es el documento que, simultáneamente, en su dimensión formal (art. 3 LH) da fe de la existencia del derecho, y en su contenido sustantivo (art. 2) fundamenta su razón de ser concreta (causa o *título*), determina la peculiaridad de su conformación según la voluntad de los otorgantes (*numerus apertus*) e incorpora su entrega (*modo*), de forma tal, que acredita su pertenencia *actu* a quien lo inscribe. Es lo que se aviene con un Registro de publicidad positiva inserto en el marco sustantivo de un sistema de transmisión causal y de libre configuración de los derechos reales. Desde estos presupuestos es muy obvio que, aunque en nuestro Registro se tome razón del dato inscribible mediante el título constitutivo, traslativo, modificativo o extintivo del derecho real, tal Registro es un Registro de derechos, en el sentido de que su fin es publicar la existencia de estos y proteger respecto de ella a quienes en la misma confían por atenerse a los datos registrales. Ambas ideas aparecen con claridad meridiana en Gómez de la Serna. *El registro de cada finca* –también la finca, constituida en unidad registral (sistema de folio real), es objeto de la publicidad registral– *es su historia, ... en él tienen que aparecer el verdadero estado de la propiedad y las garantías que ofrece al que trata de adquirirla o de imponer sobre ella capitales*³⁵⁸. Ésta es la finalidad que pretende la Ley: *la publicidad*

³⁵⁷ SERNA: *op. cit.*, pp. 318-319: «Al paso que muchos Estados que han admitido el principio del Código francés, de que el dominio y los demás derechos en la cosa se transfieren por el consentimiento, lo conservan, limitando los efectos de la falta de publicidad en el registro a las personas que no han sido parte en el acto o contrato que los perjudica, y que otros, como nosotros, mantienen con esta misma limitación el principio romano de que por la tradición y cuasi-tradición, o por la posesión y cuasi-posesión se transmite el dominio de las cosas, no faltan algunos ...». Antes (p. 249) había dicho que «el *modo* es la posesión, la cuasi-posesión, la tradición y la cuasi-tradición» (subs. del a.).

³⁵⁸ *Op. cit.*, p. 243; textos similares en pp. 257 («... el registro representa fielmente la historia de las heredades y sus diferentes vicisitudes...») y 271 («... en el

del dominio y de los demás derechos reales ³⁵⁹ para salvar los derechos de los terceros, que son los que necesitan protección, para que siendo público y conocido el estado de la propiedad, queden, en el caso de adquirirla, o de prestar sobre ella, completamente libres de toda carga que no aparezca en el registro ³⁶⁰. Y ello, no sólo en el sentido negativo de los Registros de publicidad preclusiva, sino en el positivo de dar seguridad al adquirente sobre la titularidad de quien le transmite. El siguiente texto de Gómez de la Serna acerca de la desconfianza que la inscripción permite descartar y de la seguridad o confianza que está llamada a proporcionar, así lo indica inequívocamente: *Aun suponiendo que la transcripción o la inscripción sean unos actos de desconfianza del adquirente respecto del enajenante, esta desconfianza no se funda precisamente en que el que vende a uno pueda haber vendido antes a otro, o impuesto un gravamen real sobre la finca que enajena, sino también y muy principalmente en los títulos que legitiman su adquisición, porque si él no es el dueño legítimo de la finca, claro es que no puede traspasarla a otro. Para que conste, pues, que el que enajena la cosa [...] es su dueño legítimo, y el tercer adquirente pueda tener esta seguridad, necesario es que aparezca en el registro el título de adquisición* ³⁶¹.

Ahora sí, tras el examen de la Ley y a la vista de su explicación por quienes primero la comentaron, y, bebiendo directamente de ella, sin erigir la cuestión en objeto de problemática refleja y de transcendencia sustantiva y técnica, hubieron de ocuparse de estudiar el objeto de la inscripción, podemos afirmar con fundamento la línea de continuidad lógica y naturalmente existente entre el contenido de la inscripción y el de la publicidad registral, y que una y otra comprenden de forma unitaria y global la realidad integrada por el título que materialmente se inscribe, el derecho por él acreditado y que por obra de la inscripción resulta publicado, y la finca sin la que el derecho no puede existir y que por el mismo

registro debe estar toda la historia de los inmuebles que son objeto de propiedad privada ...»).

³⁵⁹ *Op. cit.*, p. 266: «Esto supuesto, la publicidad del dominio y demás derechos reales que quiere la Ley, queda cumplidamente satisfecha con hacer inscripción de la traslación del dominio y de los demás derechos reales, tan luego como el nombre de su antiguo dueño desaparece para que lo reemplace el del nuevo».

³⁶⁰ P. 245.

³⁶¹ P. 271. También, p. 281: «... atendiendo al espíritu de la Ley, que quiere dar la mayor seguridad posible al dominio y a los demás derechos en las cosas inmuebles, porque cada título es una nueva garantía que aleja temores y da confianza a los adquirentes y prestamistas»; pp. 286-287: «El reconocimiento del dominio, como el de los demás derechos en la cosa inmueble, debe constar en el Registro, porque es una seguridad mayor para el dueño, y de consiguiente para todos los que en lo sucesivo puedan interesarse en la adquisición de la cosa o en su aceptación como garantía»; p. 289: «El que deja, por ejemplo, a alguno una o diferentes fincas para que las venda con el encargo de invertir su importe [...], tiene que hacer la inscripción de la finca a su favor, porque de otro modo se rompería la cadena de la transmisión de la propiedad, como antes dijimos, y habría dificultad para vender, puesto que no aparecería derecho para ello en el registro».

derecho queda jurídicamente connotada como objeto de titularidad en la concreta forma en que ésta pueda darse: libre, limitada o gravada³⁶². Ello supuesto, no ofreciendo duda el criterio de ordenación del Registro por fincas, o de folio real, y limitada la alternativa a los modelos de los Registros de títulos y los Registros de derechos: ¿en cuál de ellos situar al nuestro? Desde luego, en ninguno ellos si por Registro de títulos debe entenderse un Registro de pura prioridad y desencadenante de publicidad sólo preclusiva; y si como Registro de derechos debe considerarse sólo un Registro donde lo que se inscribe es el derecho independizado de su causa; tanto da que sustantiva y documentalmente como ocurre en Alemania, o que sólo documentalmente como sucede en Suiza. Si en nuestro sistema el Registro publica el derecho de cuya existencia se toma razón por la inscripción del título que lo fundamenta, circunscribe y documenta, lo mismo podría hablarse para caracterizarlo, en rigor y con las debidas advertencias, de Registro de títulos que de Registro de derechos³⁶³. Lo que sí sería necesario destacar es que si se le quiere denominar Registro de títulos³⁶⁴, denominación que incluso para los Registros latinos se ha considerado insuficiente³⁶⁵, ello no debe entenderse como una forma de

³⁶² DE CASSO: *op. cit.*, pp. 283-284: «Se ha discutido lo que sea objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad. Si «los documentos» o títulos, los *actos*, los *contratos*, las *fincas* o los *derechos* reales sobre ellas. La LH emplea indistintamente las palabras «actos», «contratos», «títulos» y «resoluciones judiciales» (arts. 1 y 2); pero usa más la palabra *título* (arts. 4 a 6). En realidad puede decirse que todo aquello se inscribe; porque, [...] la *finca* es el elemento primario de la inscripción, al ser el nuestro un registro «de fincas» [...]. Pero también se inscriben los *actos* y *contratos* referentes a esas fincas, por los que se «constituyan, reconozcan, declaren, transmitan, modifiquen o extingan», los derechos reales sobre ellas [...] De aquí que lo que en definitiva se inscribe son los llamados *derechos reales*; pero, como éstos necesitan constar de algún modo, el *vehículo* para su inscripción son los títulos» (subs. del a.). También, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 347: «De esta manera se puede delimitar el objeto del Registro en el Derecho español en la forma siguiente: a) El objeto primario, la base fundamental del Registro, son las fincas, las cuales tienen acceso al mismo por la inmatriculación. b) El objeto fundamental o inmediato del Registro son los actos o contratos por los cuales se constituyen, modifican o extinguen los derechos reales sobre los bienes inmuebles. c) Objeto de los actos y contratos inscribibles y, por tanto, objeto mediato de la inscripción, son los derechos reales».

³⁶³ Así, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 84.

³⁶⁴ Destaca en esta línea NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, cit., pp. 149-150: «[...] Registro de títulos es el Registro de la Propiedad español».

³⁶⁵ Cfr., para el Registro francés, MARTY-RAYNAUD-JESTAZ: *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 2.^a ed., Paris, 1987, p. 461: «L'objet de la publicité foncière.- La publicité foncière est essentiellement celle de *certaines droits* à l'occasion de *certaines actes* ou de *certaines faits* qui les concernent. 1.^o *La publicité est celle de certains droits*, qui sont essentiellement des droits réels immobiliers [...]. 2.^o *La publicité est celle de certains actes* qui concernent ces droits. Il s'agit d'abord de la publicité des *actes juridiques* qui les font naître, les transmettent ou les affectent. Ainsi la publication du droit de propriété sera celle de la vente, de la donation, du jugement qui le transfèrent, celle d'une hypothèque sera celle du contrat qui la constitue. Le *negotium* sera constaté par un instrumentum et celui-ci sera publié» (subs. del a.). Para el Registro italiano, FERRI: *op. cit.*, pp. 25-30, de donde destacamos: «Precisiamo subito che poichè la trascrizione è pubblicità della «circolazione giuridica» della ricchezza immobiliare, essa non può, a nostro avviso, aver per oggetto altro che i singoli momenti di questa circolazione e cioè i singoli trasferimenti di proprietà [...]. In ogni caso va tenuto presente che l'oggetto della trascrizione non è rappresentato

indicar su inexistente proximidad al modelo francés³⁶⁶; ni como expresivo de que lo que en nuestro Registro se inscribe es sólo el contrato de finalidad transmisiva (el *título*, como distinto al *modo*), quedando, por tanto, a medio camino el resultado jurídico-real, que sólo podría resultar publicado, como mutación ya operada, si la inscripción registral pasara a asumir para sí la función de determinarla y producirla³⁶⁷; ni siquiera como el resultado de una desdichada elección difícilmente compaginable con el efecto positivo de la publicidad y socavador del fundamento de la fe pública registral³⁶⁸. A su vez, si prefiere decirse que el nuestro es un Registro de derechos, deberá inmediatamente subrayarse que ello se consigue en nuestro Ordenamiento por un camino distinto al seguido en Alemania y en Suiza: no porque el derecho llegue al Registro desprendido de su título³⁶⁹, sino sólo, y ello basta, porque es el derecho lo que nuestro Registro publica; porque con lo que nuestro Registro se compromete en favor de los terceros de buena fe es con la existencia del derecho publicado y con su pertenencia a quien tabularmente aparece como dueño en la forma determinada por el asiento registral. Para dicho compromiso no es necesario el corte sustantivo entre el derecho y su causa, ni que el derecho acceda por sí mismo al Registro mediante la pura solicitud de su

dall'atto giuridico o fatto giuridico, bensì dal mutamento giuridico che ne scaturisce, come intendiamo dimostrare» (p. 26); «le funzioni della trascrizione sono principalmente quelle che l'art. 2.644 contempla, ed avremo occasione di studiarle commentando quell'articolo; tuttavia anticipiamo qui che una delle conseguenze della trascrizione è, come ora si è detto, la *conservazione* di ciò che è reso pubblico; ora, andando a vedere che cosa la trascrizione conserva, avremo la possibilità di controllare i risultati della nostra indagine, perchè appare del tutto logico ritenere che l'ambito oggettivo della trascrizione coincida perfettamente con quello funzionale; e che cioè la trascrizione valga a conservare solo ciò che rende publico» (p. 27); «La trascrizione fotografa il mutamento o, se più piace, la vicenda giuridica, e diviene un modo di essere del diritto. Il mutamento si esaurisce nel suo compiersi, perciò rispetto ad esso la trascrizione ha una funzione meramente storica; il diritto, per contro, rimane, dotato dello schermo della pubblicità: la funzione giuridica della trascrizione sta appunto in questo fare da schermo» (p. 29). También, más adelante, p. 305: «Ciò sta ancora una volta a dimostrare che la trascrizione ha per oggetto il mutamento giuridico preso nella sua specifica individualità: il trasferimento del diritto di proprietà su quell'immobile, la costituzione di quella servitù, e non già, secondo quanto ritiene la dottrina dominante, il contratto ...».

³⁶⁶ El contraste entre nuestro sistema y el modelo francés, por lo demás muy conocido, resulta destacado en SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 151-152; también, en LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 84.

³⁶⁷ En contra de ello, en cuanto a que el objeto de la inscripción es sólo la causa de la mutación jurídico real, cfr. SAN FERNÁNDEZ: *op. cit.*, I, p. 252; también, LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 84. En esta interpretación del objeto de la inscripción se basará la conocida opinión de DE LA RICA sobre la dualidad de nuestro sistema inmobiliario y sobre la función, prácticamente constitutiva, de la inscripción respecto a los derechos reales inscritos; así, en *Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario*, RCDI, 1950, para el objeto de la inscripción, pp. 625 ss. esp., pp. 635-636; para su virtualidad en la constitución de los derechos reales inscritos, pp. 634 y 642.

³⁶⁸ Así, ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ: *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986, p. 78. Sobre el mismo problema pero con otro juicio, NÚÑEZ LAGOS: *op. cit.*, p. 143.

³⁶⁹ Cfr. CAMPUZANO: *op. cit.*, p. 218: «Del título diremos que pierde todo su valor en Alemania, conserva alguno en Suiza, y lo tiene enorme en España».

ingreso, dejando atrás el título de su adquisición. Es más: en una ordenación del Derecho de Cosas donde la transmisión de los derechos reales es causal y donde la causa o título alcanza a configurar libremente los derechos reales, no hay otra forma de acceso de estos derechos al Registro, así libremente configurados, que la inscripción de su título³⁷⁰. En nuestro Derecho, inscribiéndose el derecho a través del título, y aunque la inscripción de éste no convalide los actos o contratos en él contenidos y que con arreglo a las leyes sean nulos (art. 33), el resultado sanante de la fe pública registral es perfectamente posible, al no fundamentarse en el corte traumático entre el título y la inscripción, sino, positivamente, en la protección de la buena fe del tercero que adquiere confiando en la apariencia registral de titularidad de su causante.

En definitiva, pues, y volviendo a la formulación acuñada por Lacruz-Sancho: que en nuestro Registro, efectivamente, se inmatriculan fincas, se inscriben títulos y se publican derechos. Lo único que sobre esta formulación, y sobre su explicación, debería, a nuestro juicio, puntualizarse y parcialmente corregirse son dos ideas. La primera, que la peculiaridad del sistema así formulado responde, más que a la tensión de influencias externas de contrario signo, difícilmente armonizables entre sí, a la lógica interna de un ordenamiento de la publicidad registral donde ésta, llamada a provocar su efecto positivo más intenso, debe proporcionar cognoscibilidad general a derechos causalmente fundamentados y libremente configurados por sus otorgantes. La segunda, que en aquella formulación, inscripción y publicidad no deberían considerarse realidades distintas y separables, cada una de ellas con objeto propio y diferente. Es cierto que la inscripción, en cuanto medio, es distinguible de la publicidad como resultado; pero, tal distinción admitida, lo que no debe negarse es que, precisamente por ser la inscripción el medio para la obtención de la publicidad, lo mismo que en el Registro se inscribe es lo que el Registro publica. *Contra lo afirmado por Lacruz-Sancho*³⁷¹, no es necesario recurrir a juego de prestidigitación alguno para conseguir y explicar que el

³⁷⁰ Así, calificando nuestro Registro como Registro de títulos, NÚÑEZ LAGOS: *op. cit.*, p. 147: «La diferencia entre el registro español y el del B.G.B. está en esto: el Registro español es un registro de lingotes; el alemán, un registro de monedas acuñadas por el estado. Por eso el Registro español no es un registro de derechos, porque los derechos no son sólidos, acuñados, sino más bien líquidos, que adoptan la forma del envase o título que los contiene». Calificándolo, en cambio como Registro de derechos, AMORÓS: *Comentarios*, cit., p. 261: «Por todo lo cual creo que, con carácter general, el objeto de la inscripción y de la publicidad registral que así se actúa es el derecho inscribible. Se inscribe el derecho pero en unión con su título originador. Título antecedente y derecho resultante forman una unidad inescindible para la publicidad del Registro. En nuestro sistema los derechos inscribibles no son derechos abstractos, independizados de su título de atribución, ni totalmente tipificados por la ley en la complejidad de su contenido de facultades. Las partes intervienen en el proceso creador del derecho, estableciendo posibles modificaciones o condicionamientos en su contenido, todas las cuales delimitan su existencia».

³⁷¹ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), p. 144: «Esta publicidad sólo desarrolla sus efectos frente a terceros adquirentes de buena fe, a beneficio de los cuales, sobre todo, hace

Registro, recibiendo títulos, publique derechos. El mismo derecho real acreditado en el título y a través de él inscrito en el Registro, es lo que el Registro hace público a través de la inscripción registral. Inscribir, registrar y publicar constituyen un *unum* cuyo objeto es el derecho real que el Registro debe hacer cognoscible para compatibilizar su natural oponibilidad *erga omnes* con la seguridad del tráfico inmobiliario.

V. PRIMERA AMPLIACIÓN DEL OBJETO DE LA PUBLICIDAD: LAS LIMITACIONES DISPOSITIVAS Y DE CAPACIDAD DEL TITULAR REGISTRAL

Parecería lo normal que, debiendo dedicar nuestra atención al estudio sistemático del objeto de la publicidad registral inmobiliaria –materia abordada *ex professo* y con carácter general por el artículo 2 de la Ley Hipotecaria– tratáramos de enmendar la plana a la aparente falta de lógica de este precepto y, antes de estudiar el problema de la toma de razón de las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular registral, agotáramos el tratamiento de los derechos publicables en el Registro de la Propiedad. No creemos que deba ser éste el modo adecuado de proceder. Respetar el orden legal puede aportarnos una doble ventaja. La primera, y ahora más importante, destacar el interés de las inscripciones y anotaciones relativas a los límites de la capacidad y demás circunstancias restrictivas del ejercicio del poder dispositivo y su necesaria conexión en nuestro sistema registral con la publicidad de las titularidades que el Registro da a conocer como medio imprescindible para que el mismo Registro llegue efectivamente a ser el instrumento plenamente asegurador de las adquisiciones de buena fe que nuestro legislador, tan audaz como felizmente, concibió y construyó. La segunda, subrayar la línea divisoria entre las situaciones jurídico-reales que, por propia vocación, constituyen el objeto natural de la publicidad registral y los derechos de naturaleza personal que, excepcionalmente, son a veces admitidos al Registro. A la vista de las dudas suscitadas acerca de la naturaleza del derecho arrendaticio –entre otros– en razón, precisamente, de su admisión al Registro, no nos parece inútil este subrayado; pero de ello deberemos ocuparnos más adelante. Ahora nos toca estudiar la posibilidad de llevar al Registro de la Propiedad –primera ampliación del objeto de la publicidad– las circunstancias limitadoras de la capacidad dispositiva del titular registral, el régimen previsto para su publicidad y, sobre todo, los efectos pretendidos para ella. Lo vamos a hacer distinguiendo en su tratamiento dos partes. En la primera nos referiremos a las limitaciones de

el Registro ese juego de prestidigitación, consistente en recibir contratos y publicar derechos como ya adquiridos, aunque no lo estén».

la capacidad dispositiva y de obrar, en general: veremos cuál fue en este punto la finalidad de la Ley y cómo la captaron fielmente sus primeros comentaristas hasta que la furibunda crítica nacida de una mal entendida ortodoxia hipotecaria llegó a desnaturalizarla y vaciarla de contenido reduciéndola a su propia inutilidad³⁷². En un segundo momento nos centraremos en el concreto supuesto de la quiebra y especialmente en el arduo problema de los efectos de su retroacción, materia donde las desdichadas consecuencias de esta visión reductora e inutilizante se han experimentado como particularmente hirientes, llegando a provocar el clamor ya indisimulado por una reforma legal absolutamente innecesaria si el común de la doctrina no se hubiera apartado de lo que originariamente se pretendió al formular el cuarto párrafo del artículo 2 de la Ley Hipotecaria y de lo que todavía se puede obtener de él tan solo reconociéndole su originario y no mudado sentido.

1. EN GENERAL: LA ADMISIÓN DE ESTAS LIMITACIONES A LA PUBLICIDAD DEL REGISTRO

a) Su justificación como complemento necesario de la función aseguradora del Registro de la Propiedad. Comprobación de tal justificación desde la actual experiencia europea

Comenzando por la incapacidad dispositiva, en general, y sin necesidad de entrar en la exposición y exégesis de los párrafos dedicados a su constancia registral en los artículos 2 (inscripción) y 42 (anotación preventiva), originarios y actuales, de la Ley Hipotecaria³⁷³, bastará con transcribir –por más que sean muy conocidas– las líneas con que la Exposición de Motivos de 1861 la razona y justifica:

³⁷² A la iniciativa de D. Jerónimo GONZÁLEZ en la crítica a las inscripciones de incapacidad, y a su influjo en la doctrina posterior se refiere HERMIDA LINARES, Mariano: *La inscripción de resoluciones judiciales que afecten a la capacidad civil de las personas*. RCDI, 1952, p. 22. Antes lo había hecho CASTRO: *Derecho Civil de España*, II, Madrid, 1952, p. 292, texto y nota 1.

³⁷³ En la Ley de 1861, artículo 2: *En el registro espresado en el artículo anterior, se inscribirán: ... 4.º: Las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar, ó la presuncion de muerte de personas ausentes; se imponga la pena de interdiccion ó cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto á la libre disposición de sus bienes; artículo 42: Podrán pedir anotacion preventiva de sus respectivos derechos en el registro público correspondiente: ... 5.º: El que propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las providencias espresadas en el núm. 4.º del artículo 2 de esta Ley.* En la Ley hoy vigente, artículo 2: *En los Registros espresados en el artículo anterior se inscribirán: ... 4.º: Las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes; artículo 42: Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente: ... 5.º: El que propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las resoluciones judiciales espresadas en el número 4.º del artículo 2 de esta Ley.*

Después de expresar en los términos que ha creído más a propósito los títulos, actos y contratos que deben sujetarse á la inscripción por ser traslativos de dominio, ó constitutivos de un derecho real, ha añadido la comisión algunos otros documentos cuya inscripción ha considerado no menos necesaria. A esta clase corresponden ante todo las ejecutorias de los tribunales en que se declara la incapacidad legal para administrar, ó la presunción de muerte de personas ausentes, ó se impone la pena de interdicción ó cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil en cuanto á la libre disposición de los bienes. Esta prescripción es nueva en nuestras leyes, aunque aceptada ya en el proyecto de Código civil; pero su simple enunciación la justifica. Para adquirir con seguridad bienes inmuebles ó derechos reales, no basta que el vendedor ó el imponente sea dueño de ellos; tampoco es suficiente que no estén los bienes afectos á otras cargas; es además necesario que el que enajena, que el que trasmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Sólo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. Si la ley no atendiera, pues, á que la capacidad de la persona constara en el registro, su obra sería incompleta y no produciría frecuentemente el efecto apetecido ³⁷⁴.

... según el proyecto ... también el que ha pedido ... la declaración de incapacidad, de presunción de muerte por ausencia, ó de interdicción de una persona, puede(n) obtener la anotación preventiva que los ponga á cubierto de todo peligro. El que no usa del derecho que la ley le da, impútese á sí mismo el perjuicio que su omisión le origine ³⁷⁵.

No conviene pasar muy de corrido por estas palabras de la Exposición de Motivos de 1861. Se perfila en ellas con toda exactitud cuál es la razón de ser del reflejo registral de las incapacidades, la centralidad e importancia que se le atribuye, y el resultado que de ella se espera obtener. Contra lo que es hoy habitual entender, la publicidad de las circunstancias limitadoras de la capacidad dispositiva se sitúa tan en el meollo del objeto de la publicidad registral como la de los derechos inscribibles: ... *ha añadido la Comisión* —se dice en la Exposición de Motivos— *algunos otros*

³⁷⁴ E.M., p. 243 (citamos, como en otras ocasiones, por el T. I. (Leyes de 1861 y 1869) de la «Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1974. Algo más adelante, p. 246 y a propósito de la inscripción de la ejecutorias pronunciadas por tribunales extranjeros: *De otro modo, todos los actos de comunicación ó de transmisión de la propiedad ó de constitución de un derecho real, verificados en el extranjero por extranjeros ó regnicolas que se refieran á bienes sitos en España, aunque con arreglo á nuestras leyes fueran aquí válidos, no podrían inscribirse, ni aparecerían tampoco en el registro las incapacidades para enajenar, que obrando dentro de sus atribuciones y derechos indisputables, impusieran los tribunales extranjeros, conforme á las reglas del 'estatuto personal', por el que se gradua la capacidad civil de las personas, a súbditos suyos que tuvieran en nuestro país bienes inmuebles, que siempre son regidos por el 'estatuto real', ó lo que es lo mismo, por la ley del suelo en que se hallan.*

³⁷⁵ E.M., p. 235.

documentos, cuya inscripción ha considerado no menos necesaria. Es que, sin su constancia fidedigna o fehaciente, el tercero, creyendo capaz de disponer a quien no lo era –por más que fuera titular del bien o derecho que se proponía adquirir– podría verse sorprendido, después de llevado a cabo el acto adquisitivo, por los efectos de una circunstancia por él desconocida y con repercusión fatalmente contraria a su validez. Si el adquirente no pudiera asegurarse por el Registro de la capacidad de su transmitente, la obra de la Ley Hipotecaria sería incompleta y no produciría frecuentemente el efecto apetecido. Desde la concepción de la ley la razón es clara: para adquirir con seguridad bienes inmuebles o derechos reales, no basta que el vendedor o el imponente sea dueño de ellos ... es además necesario que el que enajena, que el que transmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Sólo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente.

Hacen, pues, plena justicia a la Ley Hipotecaria sus primeros comentaristas cuando sacan a primer plano la constancia registral de las circunstancias de capacidad indicando la materia u objeto del Registro de la Propiedad, y cuando la integran en el núcleo de la función aseguradora pretendida para el mismo. De lo primero da fe Gómez de la Serna al referirse al Registro como «registro de derechos e incapacidades»³⁷⁶; al interpretar el sistema adoptado para su organización en función de que en él «aparecieran el verdadero estado de la propiedad y las incapacidades sujetas a inscripción»³⁷⁷; o al advertir que la Ley Hipotecaria «quiere que no sea menos escrupulosa, exacta y completa en su línea la inscripción de las incapacidades, que la de todos los derechos que en el Registro se inscriben»³⁷⁸. En completa fidelidad a esta concepción, cuya originaria inspiración nunca debería haberse olvidado, Sánchez Román definiría el Registro de la Propiedad como un centro público en el que se hace constar el verdadero estado de la propiedad inmueble por la toma de razón de los títulos traslativos de su dominio y de los derechos reales inherentes que le afectan, y aun de cuanto modifica la capacidad de las personas en

³⁷⁶ SERNA: *op. cit.*, pp. 221-222: «... No es en el registro de estos derechos e incapacidades la propiedad lo que siempre se inscribe, aunque en unos casos la inscripción sea de un derecho en la cosa que modifique y limite la propiedad y en otros venga ésta a ser protegida poniéndose de manifiesto la verdadera situación legal de las personas y la nulidad de los actos en que tienen participación activa, o de los contratos que celebran ...».

³⁷⁷ SERNA: *op. cit.*, p. 437: «El Proyecto de Código Civil, que por su índole no debía detenerse en pormenores que caben muy bien en una ley especial, no descendió al orden numeral de las fincas e inscripciones, ni aun a indicarlo: contentóse, como a la naturaleza de la obra convenía, con proclamar el principio de que debían los registros estar organizados de modo que aparecieran el verdadero estado de la propiedad y las incapacidades sujetas a inscripción ...».

³⁷⁸ SERNA: *op. cit.*, p. 487, en el comentario al artículo 15 de la Ley: «44. Claramente.- La Ley quiere que no sea menos escrupulosa, exacta y completa en su línea la inscripción de las incapacidades que la de todos los derechos que en el registro se inscriban, para los que tan detenidamente ha fijado reglas en los artículos que anteceden al que ahora nos ocupa».

orden a la libre disposición de sus bienes ³⁷⁹. La función sustantiva y aseguradora de la constancia registral de las circunstancias de capacidad aparece claramente expresada, e. c., cuando Hernández de Ariza concluye el tratamiento de ésta afirmando que «el tercero puede asegurarse de la capacidad civil del propietario con quien se proponga contratar, por lo que resulte acerca de ella en el registro particular de la finca o derecho que hubiere de ser objeto del contrato» ³⁸⁰, o cuando Galindo y Escosura, haciéndose eco de la Exposición de Motivos, afirman que «si el Registro de la Propiedad ha de ser una verdadera garantía para los terceros adquirentes, preciso es que además de inscribir el inmueble y derechos reales con todas sus vicisitudes, se haga también constar la ejecutoria que impida al dueño la libre administración de sus bienes, y esto, aun cuando no se declare de un modo expreso la incapacidad» ³⁸¹.

¿Y cómo se obtiene de la inscripción de la incapacidad esa función sustantiva y aseguradora o protectora que por medio de ella persigue la Ley Hipotecaria? No sólo a través de lo que, sin duda, es su más evidente efecto –hoy el único que sin discusión se le reconoce– : el del «cierre» del Registro a los actos dispositivos otorgados por el incapaz ³⁸², sino también, y cuando la inscripción se omite, mediante la aplicación a tales actos del principio de publicidad en su dimensión negativa, o, lo que es lo mismo, del principio de inoponibilidad de lo inscribible y no inscrito. Es ésta la única forma de que el adquirente quede en todo caso protegido: tanto cuando se utiliza la posibilidad de inscribir o anotar que la Ley brinda a quienes deben velar por los intereses del incapaz o por los derechos en cuyo favor se establece la limitación dispositiva, como cuando, con desprecio de dicha posibilidad, la inscripción se omite. Lo proclamaba inequívocamente el artículo 23 de la Ley de 1861 al disponer que *los títulos mencionados en los artículos 2 y 5 que no estén inscritos en el registro, no podrán perjudicar a tercero*, y lo daba por supuesto su Exposición de Motivos en sus palabras ya anteriormente transcritas: *El que no usa del derecho que la Ley le da, impútese a sí mismo el perjuicio que su omisión le origine*. Gómez de la Serna ve en esta materia aplicado

³⁷⁹ Tomada la cita de COSSÍO: *op. cit.*, p. 69.

³⁸⁰ HERNÁNDEZ DE ARIZA, José: *Ley Hipotecaria comentada*, I, Madrid, 1861, p. 502: «En suma, el tercero puede asegurarse de la capacidad civil del propietario con quien se proponga contratar, por lo que resulte acerca de ella en el Registro particular de la finca o derecho que hubiere de ser objeto del contrato, por lo que conste en la última inscripción de dominio hecha a favor de dicho propietario, y finalmente, por lo que del estado físico, intelectual y moral de la misma persona pueda juzgar en el acto del otorgamiento».

³⁸¹ GALINDO Y ESCOSURA: *op. cit.*, pp. 471-472.

³⁸² Único al que se refería el artículo 1861 del Proyecto de GARCÍA GOYENA: *Desde que se haga en el registro público cualquiera de las inscripciones de que trata el artículo 1829, no se hará ninguna inscripción por obligaciones de las personas que resulten incapaces para contraerlas, sino en los casos y previas las formalidades exigidas por la ley; las inscripciones que se hicieren de otro modo serán nulas, sin perjuicio de la responsabilidad del tenedor del registro*.

por la Ley el mismo espíritu que en general la domina:, «que es el de publicidad, en todo aquello que pueda interesar a los terceros»³⁸³, y Hernández de Ariza no duda que en ella es de plena y rigurosa vigencia el principio de que no puede perjudicar a tercero lo que no conste en el Registro³⁸⁴. Sólo así se entiende que, según Galindo y Escosura, las resoluciones judiciales relativas a la capacidad civil serían ineficaces en la mayoría de los casos si no se les diera entrada en el Registro³⁸⁵. Muy posteriormente, a mediados ya de este siglo y tras la desmedida crítica y completa desactivación de esta disciplina, Hermida Linares, después de manifestar su incompreensión hacia el malogramiento de la finalidad pretendida con estas inscripciones, tratará de recuperar su valor poniéndolas de nuevo en conexión –aunque con detalles que no compartimos pero cuya discusión no hace ahora al caso– con el principio de publicidad: su práctica impide sortear el *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* que tal principio logra dejar fuera de juego³⁸⁶.

Claro está que en un sistema registral como el nuestro, en cuya configuración legal, según advertía con seguridad y rotundamente Gómez de la Serna, «no hay un solo artículo ... que favorezca al adquirente de mala fe»³⁸⁷, la anterior aplicación negativa de la publicidad no puede ser incondicional o absoluta. La incapacidad no inscrita no perjudica al tercero que, además de por no estar inscrita, la desconoce sin culpa por cualquier otro medio; el que efectivamente la conoce, o puede normalmente conocerla, tendrá que estar a sus consecuencias. Es éste un criterio que aparece tanto en la selección y explicación por de la Serna de las causas

³⁸³ SERNA: *op. cit.*, p. 295: «[...] es decir, que la Ley entendida del modo que nosotros la comprendemos, guarda en uno y otro caso el mismo espíritu, que es el de publicidad, en todo aquello que pueda interesar a los terceros».

³⁸⁴ HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, p. 507: «Interpretando dichos textos [los arts. 2, 4 LH y 4 RH de 1861] en sentido estricto y aplicando por otra parte en todo su rigor el principio de que no puede perjudicar a tercero lo que no conste en el registro, resultaría una contradicción absurda» [si no se consideraran incluidos en aquellos textos «los fallos ejecutorios que impiden al propietario o al administrador hábil para contratar, el uso de cualquiera de sus facultades, como son aquellos en que se ordena la separación de bienes del matrimonio, o se confiere la administración a la mujer, o se declara una quiebra, y otros análogos»].

³⁸⁵ GALINDO y ESCOSURA: *op. cit.*, pp. 470-471: «Aunque el núm. 4.º del artículo 2 de la Ley sólo comprende en su letra las ejecutorias y no los demás autos, providencias o declaraciones judiciales, no es dudoso que son también inscribibles todos los que afecten a la capacidad civil para administrar, conferida o negada a determinadas personas.

Si no se les diera entrada en el Registro, serían ineficaces en la mayoría de los casos».

³⁸⁶ HERMIDA LINARES: *op. cit.*, pp. 23-26: «Para nosotros lo que resulta verdaderamente incomprensible es que no se haya caído en la cuenta de cuál es la auténtica función de la inscripción y anotación de estas resoluciones en el Registro de la Propiedad. [...] Es decir, la inscripción o anotación de una resolución judicial que afecte a la capacidad civil de las personas produce el efecto de que con respecto a las fincas o derechos reales anotados no rige para lo sucesivo el principio de publicidad, sino el Derecho civil inmobiliario no registral, en cuanto a la posibilidad de resolver las enajenaciones que puedan hacerse sobre esos bienes».

³⁸⁷ GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 634.

de incapacidad que se consideran necesitadas de inscripción³⁸⁸ –las mismas razones, por cierto, que había invocado García Goyena para justificar el excepcional retraso de los efectos incapacitantes de la prodigalidad (art. 297 CC³⁸⁹)– como en la advertencia final, relativizadora y ampliadora, de Hernández de Ariza sobre los medios de constancia de la incapacidad a la persona que se propone contratar con quien la padece: la publicidad registral no es el único³⁹⁰.

De una regulación de la publicidad de las situaciones de capacidad del titular registral como la indicada, conviene, tras su simple presentación en los términos hasta ahora empleados, formular algunas observaciones. La primera, y sin duda la menos importante, que, aunque nueva en nuestras leyes, y en cierta forma avanzada en el Proyecto de Código Civil de 1851³⁹¹, según se dice en la Exposición de Motivos, pudo encontrar su fuente inspiradora fuera de nuestras fronteras en el Proyecto Ginebrino de 1827, tenido, obviamente, a la vista por los autores de nuestra Ley Hipotecaria, en cuyo artículo 71 se admitían a inscripción, entre otras, «las sentencias que declaren la interdicción, el nombramiento de un consejo judicial, la declaración de quiebra o cesión de bienes cuando con-

³⁸⁸ SERNA: *op. cit.*, pp. 292: «No son tan idénticos los casos que no haya motivos para hacer una diferencia en el derecho. El menor de edad casi siempre lleva en su fisonomía impresa la inhabilidad que tiene para contraer, es reconocido por do quiera como menor; esto último acaece con el loco: puede haber errores, puede haber engaños, pero no serán de seguro muy frecuentes y apenas dejará de haber omisión ó negligencia por parte del engañado. En los declarados incapaces por una sentencia, como sucede con el pródigo que lo ha sido en un juicio contradictorio, ó con el que está sujeto a la pena de interdicción civil, el engaño es más fácil, porque no hay señales exteriores que revelen la incapacidad»; 297: «[...] el que contratara con él no podría hacerlo de buena fe, y aun suponiendo que hubiera quien le creyera hábil para contraer, lo que no es presumible, nunca podría alegar como defensa esta ignorancia, porque la del derecho a nadie disculpa».

³⁸⁹ GARCÍA GOYENA: *Concordancias ...*, cit., pp. 162: «La demencia o locura tiene un carácter más pronunciado y signos materiales y ostensibles que hacen más fácil su prueba; los rasgos característicos de la prodigalidad son o pueden ser engañosos, y a veces la hacen confundir con la liberalidad»; p. 167: «[...] sus actos [los del pródigo] son equívocos y pueden fácilmente inducir a error: el pródigo, en concepto de unos, es puramente liberal, a los ojos de otros [...]»; p. 170: «[...] si es necesario conocimiento de causa y decreto de interdicción para no confundir, por ejemplo, la liberalidad, que es una virtud, con la prodigalidad, que es un vicio, debe serlo por la misma razón y con más fuerza el decreto de revocación, pues el pródigo puede simular con arteria la enmienda y engañar a los más precavidos...». Sobre ello, con cierta amplitud, nuestra obra: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid, 1986, pp. 90-98.

³⁹⁰ HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, p. 502: «En suma, el tercero puede asegurarse de la capacidad civil del propietario con quien se proponga contratar, por lo que resulte acerca de ella en el Registro particular de la finca o derecho que hubiere de ser objeto del contrato, por lo que conste en la última inscripción de dominio hecha a favor de dicho propietario, y finalmente, por lo que del estado físico, intelectual y moral de la misma persona pueda juzgar en el acto del otorgamiento».

³⁹¹ Decía así su artículo 1.829:

Están igualmente sujetas á inscripción las sentencias ejecutorias:

1.º *En que se declare incapaz á una persona ó se le nombre curador, en conformidad á lo dispuesto en el título X, libro I de este Código.*

2.º *En que se declare la presunción de muerte del ausente en conformidad al artículo 322.*

ciernan a un propietario de inmuebles»³⁹². De más interés es destacar que su introducción, primero, e, inmediatamente después, la interpretación de su extensión, no resultaron completamente pacíficos. A la vista de ello, y de lo que luego ha sido su total desvirtuación, no queda más remedio que advertir y lamentar cómo las innovaciones y, más en general, los elementos de imaginatividad adheribles para su mejoramiento a cualquier sistema, pero no extrañables de su más rigurosa entraña, tienen que luchar para llegar a implantarse —aun cuando, como para este caso dijera la Exposición de Motivos, *su simple enunciación los justifique*— contra la pesada resistencia de quienes se consideran los definidores y guardianes de la pureza de tales sistemas. En concreto, por lo que hace a la admisión de las inscripciones de incapacidad y según lo relata Gómez de la Serna, ya en 1861, en la discusión parlamentaria de la Ley Hipotecaria, Ortiz de Zárate negó que el Registro de la Propiedad fuera su sede apropiada³⁹³; en cuanto a la interpretación de la extensión de las incapacidades inscribibles, la opinión más restrictiva de Gómez de la Serna, que con apoyo

3.º *En que se ordene la separación de bienes del matrimonio, ó se confiera su administración á la mujer.*

4.º *En que se declare una quiebra, ó se admita la cesión de bienes ó se ordene su secuestro ó expropiación.*

Todo lo dispuesto se entiende en este artículo para el caso de que las personas cuya capacidad se modifique por las espresadas providencias, tengan ó lleguen á tener inscrita la propiedad de bienes inmuebles.

³⁹² El texto completo del precepto, aparece en la obra de GÓMEZ DE LA SERNA, pp. 313-314, entre los precedentes comparados del artículo 2 LH, del modo que sigue: «Ginebra (CANTÓN SUIZO DE): *Proyecto de Ley* acerca de la adquisición, conservación y publicidad de los derechos reales sobre los inmuebles, de diciembre de 1827.

... 71. Se inscribirán:

1.º Las sentencias que declaren la interdicción, el nombramiento de un consejo judicial, la declaración de quiebra ó cesión de bienes cuando conciernan a un propietario de inmuebles:

2.º Las sentencias que determinen el secuestro de bienes inmuebles.

3.º Los embargos de bienes inmuebles.

³⁹³ Cfr. DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 290: «No ha faltado quien censure esta disposición, reconociendo sin embargo el principio de justicia y de conveniencia en que se funda, y aceptándolo por completo, pero discrepando sólo en el modo de desenvolverlo [Añade en nota (a): El Sr. Ortiz de Zárate en el Congreso de los Diputados (sesión del 7 de enero de 1861)]. Según él, en lugar de hacerse las inscripciones en cada una de las fincas de la persona á que la ejecutoria se refiere, sería mas útil y menos embarazoso llevar registros personales, además de los que la ley establece, en que constaran estas declaraciones de incapacidad, de presunción de muerte, de interdicción, y las demás que por modificar la capacidad para la libre disposición de los bienes, están comprendidas en el artículo. Para apoyar esta idea, se ha invocado la sencillez, porque en estos libros una sola inscripción bastaría para dar á conocer la incapacidad de las personas, evitándose así el largo, complicado y difícil procedimiento de poner en todas las fincas de la persona que poseyere muchos bienes raíces una inscripción de la incapacidad. Añádase, que así no podrían tampoco temerse fraudes ni ocultaciones, porque la verdadera situación de la persona aparecería inscribiéndose la ejecutoria en los registros de todos los pueblos en que tuviese bienes. No negamos que el medio que se acaba de esponder sería de mas fácil ejecución en la práctica, y menos costoso, ni tampoco que cabía dentro del sistema de la Ley: no nos parece sin embargo tan eficaz como el elegido [...]: la mayor complicación, el aumento de trabajo y el mas crecido gasto de las inscripciones, solo serían argumentos aceptables cuando de uno y otro modo se llenaran igualmente los fines de la Ley».

en la palabra «ejecutorias» empleada en el artículo 2, 4 de la Ley, en la distinta fenomenología de la menor edad y de la enfermedad mental respecto a la de la prodigalidad y la interdicción e, incluso, en lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el registro de los discernimientos de tutores y curadores de menores y dementes en los juzgados de Primera Instancia, excluía tales discernimientos del Registro de la Propiedad ³⁹⁴, fue pronto y mayoritariamente vencida por la de quienes, atendiendo a la misma finalidad de las inscripciones de incapacidad ³⁹⁵, a la ambigüedad,

³⁹⁴ GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 291-292: «Libres ya de esta cuestion, pasemos á examinar que es lo que aquí se entiende por *ejecutoria* ó por *sentencia ejecutoria*, como dice el Reglamento en el artículo que corresponde al que comentamos de la Ley, y que está tambien escrito al frente de este comentario. Nadie puede dudar que es indiferente usar solo la palabra *ejecutoria* ó la frase *sentencia ejecutoria*, porque ambas en el uso forense significan la misma cosa, esto es, la sentencia que por haberse consentido en primera instancia no apelando de ella oportunamente, ó desistiendo de la apelacion interpuesta ó por ser pronunciada en última instancia, ha adquirido la autoridad de la cosa juzgada. No se presta a otra significación esta palabra técnica y rigurosa: sacenderla mas, seria desvirtuarla y sacarla de sus legítimas condiciones.

Infiérese de aquí, que no están comprendidas en ella las providencias en que el juez en actos de jurisdiccion voluntaria discieme el cargo de tutores á los pupilos, y de curadores á los menores y á los incapacitados, porque no las puede alcanzar la denominación de *sentencias ejecutorias* [...]

De esta disposicion de la Ley y del silencio completo que guarda respecto al discernimiento del cargo de tutores y curadores, han querido algunos deducir un argumento contra ella, considerándola incompleta y creyendo que deberian estar comprendidos los discernimientos en la necesidad de la inscripcion, como lo están las ejecutorias. Solo dan una razon en apoyo de lo que sostienen, y esta es la misma que espuso la Comision de Codificacion para justificar la inscripcion de las ejecutorias en el lugar que antes hemos transcrito, á saber, que es conveniente que conste en el Registro esta limitacion de la facultad de disponer para que no sean inducidos á error los que contraigan con los menores ó incapacitados. Contestarémos, no para defender la Ley, sino solo para esplicarla.

No son tan idénticos los casos que no haya motivos para hacer una diferencia en el derecho. El menor de edad casi siempre lleva en su fisonomía impresa la inhabilidad que tiene para contraer, es reconocido por do quiera como menor; esto último acontece con el loco: puede haber errores, puede haber engaños, pero no serán de seguro muy frecuentes y apenas dejará de haber omisión o negligencia por parte del engañado. En los declarados incapaces por una sentencia, como sucede con el pródigo que lo ha sido en un juicio contradictorio, ó con el que está sujeto á la pena de interdiccion civil, el engaño es mas fácil, porque no hay señales esterores que revelen la incapacidad. No desconocemos que esta razon no llevará la conviccion al ánimo de todos; pero otro motivo mas poderoso alegarém os en su apoyo.

Un artículo de la ley de Enjuiciamiento civil, establece que en todos los juzgados de primera instancia haya un registro en que se ponga testimonio de todos los discernimientos que se hagan del cargo de tutores ó curadores ... En estos registros, podrán averiguar las personas que tengan en ello interés si por razon de la edad, ó por no estar en el lleno de sus funciones intelectuales, se hallan ó no sujetos á guardaduría aquellos con quienes piensan contratar».

³⁹⁵ GALINDO y ESCOSURA: *op. cit.*, pp. 472-473: «[...] pero completando [los tutores y curadores] la personalidad de éste [el dueño de la finca] en unos casos, y substituyéndola y representándola en absoluto en otros, y siempre administrando el patrimonio del que por sí no puede manejar sus intereses, hasta el punto de que sin su gestión ó intervencion son nulas las enajenaciones, ha de hacerse constar en el Registro el carácter de que las leyes lo revisten, origen de sus facultades. La Serna [...] defiende la omisión legal fundándose [...] en que los interesados tienen medios de averiguar la menor edad acudiendo al registro de discernimiento que existe en todos los Juzgados [...] La [...] razón se contesta con lo que dice pocos párrafos antes, al sostener que llena más cumplidamente el objeto de la LH el

a veces, de los signos de la edad y de la demencia ³⁹⁶, a la inadecuación de los registros de discernimientos ³⁹⁷, y, sobre todo, a determinados artículos del Reglamento Hipotecario ³⁹⁸, sostuvieron que también estas últimas incapacidades eran inscribibles. Por más que la respuesta de de la Serna sobre las ventajas de inscribir en el Registro de la Propiedad, y precisamente en el folio dedicado a la finca, la incapacidad de su titular ³⁹⁹,

que la incapacidad de enajenar conste en todos los asientos de las fincas, que no en un Registro especial que llevase el Registrador».

³⁹⁶ HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, p. 505: «Estas razones, aunque muy respetables por su origen, nos parecen de poco peso, y el supuesto de que se derivan es además equivocado. Ni la edad del que se aproxima a los veinticinco años, ni la locura latente del desmemoriado pueden siempre conocerse en el acto del otorgamiento»; GALINDO y ESCOSURA: *op. cit.*: «La primera razón, como ya confiesa él mismo [Gómez de la Serna], no satisface: imposible es distinguir si un joven tiene veintidos años y medio ó veintitres cumplidos, y el mayor ó menor desarrollo físico induce fácilmente a error».

³⁹⁷ HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*: «En cuanto a los mencionados registros de discernimientos no llenan el objeto de la Ley Hipotecaria, porque esta exige la especialidad en la publicidad, esto es, que la administración que tiene á su cargo el tutor ó curador se haga constar en el registro particular de cada una de las fincas del incapacitado». La misma razón invocan GALINDO y ESCOSURA en el texto transcrito *supra* en la nota 395.

³⁹⁸ HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, p. 506: «El empeño en sostener que por ejecutoria se entiende aquí exclusivamente la sentencia pronunciada y consentida en juicio contradictorio, es lo que ha dado lugar a los errores que combatimos [...] Efectivamente, los autores de la Ley Hipotecaria redactaron también para su mejor inteligencia y ejecución un Reglamento general que establece la fórmula para registrar las providencias en que los Jueces habilitan al tutor ó curador nombrado ó le disciernen el cargo confirniéndole la administración de los bienes raíces del huérfano ó incapacitado [remite en nota al art. 152]. Consta, pues, que el legislador había entendido comprendidas dichas providencias en la palabra ejecutoria que usó en el citado § 4.º, artículo 2 de la Ley, y por consiguiente la doctrina que impugnamos parte de un supuesto equivocado, y no sólo carece de fundamento, sino que es además contraria á un texto legal claro y terminante»; GALINDO y ESCOSURA: *op. cit.*, pp. 473-474: «Pero hemos dicho que Laserna parte de un principio equivocado: lejos de haber omitido la Ley el Registro de los discernimientos de tutores y curadores, lo manda expresamente. Los artículos 152 y 153 del Regl., determinan que, sin perjuicio de la inscripción de las ejecutorias que ordena el núm. 4.º del artículo 2, se ponga al margen de toda inscripción de bienes de menores ó incapacitados una nota haciendo constar á quién corresponda la administración. De manera, que cuando se declara la incapacidad por ejecutoria, procede inscribir según el número citado, y cuando hay providencia discerniendo la tutela ó curatela, nota marginal. Al preguntar un Comentarista moderno, distinguido Catedrático de Universidad [se refiere en nota a D. Nicolás Canales] por qué no se exigía la inscripción de estos discernimientos; si usó la palabra inscripción en un sentido extracto, sin duda no tuvo presentes las razones que abonan esa omisión de la Ley; si la usó en su nombre genérico comprensivo de toda clase de asientos, según parece, no tuvo presente, como le sucedió a Laserna, las disposiciones de los citados artículos 152 y 153 del Regl.»; MORELL: *op. cit.*, pp. 431 y 433: «Según el artículo 2 de la Ley, sólo son inscribibles las ejecutorias [...] Pero no son solamente inscribibles las ejecutorias, pues el artículo 19 del reglamento sujeta también claramente a inscripción, los autos y providencias judiciales, siempre que por virtud de tales resoluciones se declare alguna incapacidad para administrar, se modifique la capacidad civil para disponer, o se produzca legalmente una u otra limitación (p. 431); «Otro tanto disponían los artículos 152 y 153 del Reglamento anterior respecto a las fincas inscritas a nombre de menores ó incapacitados para hacer constar las personas designadas como tutores, para la administración de sus bienes. El actual Reglamento no contiene este precepto, que no sobraría [...]».

³⁹⁹ GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 290-291: «Cuando en virtud de la ejecutoria el registrador tiene cuidado de ir anotando en todas y en cada una de las fincas la incapacidad de la persona, es imposible que esta circunstancia pueda pasar inadvertida para los que quieran adquirirlas, constituir sobre ellas un derecho real ó aceptarlas como garan-

fuera bastante para recomendar y justificar el criterio adoptado por la Ley, la doctrina posterior, como veremos, se ha encargado de desvirtuarlo sin razón suficiente y sin ventaja para nadie. Y, en cuanto a la extensión de los supuestos de incapacidad inscribibles, la desaparición en la vigente redacción del artículo 2, 4 del término «ejecutorias», la actual exigencia de sentencia pronunciada en juicio contradictorio para la declaración de cualquier clase de incapacidad de obrar (art. 199 CC), y la generalidad en que se produce, también tras su reforma en 1983, el artículo 214 del Código Civil, han dejado hoy sin objeto la discusión en torno a aquella de los primeros comentaristas de la Ley Hipotecaria.

Pero, sobre todo esto, lo que más importa subrayar en el comentario a la admisión al Registro de las circunstancias limitadoras de la capacidad dispositiva y de obrar del titular, es lo que de singularmente positivo significa, no ya en sí mismo —de nuevo hay que recordar las palabras de la Exposición de Motivos: ... *su simple enunciación la justifica*—, sino en el panorama del Derecho comparado, tanto el simultáneo a la ebullición del movimiento hipotecarista, con el consiguiente estudio, elaboración y aparición de las diferentes leyes sobre la publicidad registral inmobiliaria, como el actual. El problema de las negativas repercusiones de las limitaciones dispositivas del transmitente en las transacciones inmobiliarias transfronterizas motivó hace unos pocos años una Resolución del Parlamento Europeo solicitando la creación de un registro, general para su propio ámbito, de las personas a las que se ha prohibido asumir la dirección de empresas y otras responsabilidades comerciales ⁴⁰⁰. Es una elocuente muestra de la inseguridad reinante en la materia. Los diferentes Registros de la Propiedad se ocuparon sólo de favorecer la seguridad —cada uno en la mayor o menor medida permitida en su sistema— concentrando la publicidad en los aspectos jurídico-reales atinentes a los

tía de una obligación; no sucede lo mismo cuando hay que acudir a registro diferente, que es probable que solo examinarán aquellos que tuviesen conocimiento de la incapacidad, no los que la ignorasen por completo. Mas conforme es, pues, lo que aquí se establece al espíritu de toda la Ley, para que sea conocida la incapacidad y tengan seguridad los adquirentes y prestamistas, que el medio que se escogió para reemplazarlo: la mayor complicación, el aumento de trabajo y el mas crecido gasto de las inscripciones, solo serian argumentos aceptables cuando de uno y otro modo se llenaran igualmente los fines de la Ley».

⁴⁰⁰ Resolución de 14 de septiembre de 1989, sobre las transacciones inmobiliarias transfronterizas: «5. Pide a la Comisión y a los Estados miembros que, en el marco del programa para 1992, establezcan un registro europeo, que pueda consultarse públicamente en todos los Estados miembros, de las personas a las que se ha prohibido asumir la dirección de empresas y otras responsabilidades comerciales». De ella se hizo eco la DGRN en su Instrucción de 29 de octubre de 1996, sobre medios técnicos en materia de comunicaciones entre Registradores y ordenación de sus Archivos, afirmando en su Preámbulo: «Es conveniente, también, abordar la centralización informatizada de los datos del Libro de Incapacitados, para conocer la posible restricción de la capacidad de los titulares de bienes y derechos, en sintonía con las recomendaciones del Parlamento Europeo contenidas en la Resolución de 14 de septiembre de 1989, sobre transacciones transfronterizas».

inmuebles. La capacidad del titular quedó fuera de su objeto: ni el Registro francés ⁴⁰¹, ni el alemán ⁴⁰², ni el suizo ⁴⁰³ quisieron ocuparse de ella. El resultado está a la vista, y con él, el acierto del pronóstico tan clara y razonablemente formulado en nuestra Exposición de Motivos de 1861: *Si la Ley no atendiera ... a que la capacidad de las personas constara en el Registro, su obra sería incompleta y no produciría frecuentemente el efecto apetecido*. Sólo nuestro Registro de la Propiedad supo en su momento entroncar con la tradición de inspiración romana que, en ese precedente histórico de la adquisición inmediata *a non domino* que es la usucapión, extendió la acción protectora del Derecho en favor del adquirente a la suplencia de la capacidad del transmitente, admitiendo el acto dispositivo de éste como título *ad usucapionem* ⁴⁰⁴ y que, más allá

⁴⁰¹ Expresivas las palabras de TROPLONG: *op. cit.*, pp. 204-205: «[...] il est clair que la loi française [...] a dû faire un choix pour éviter l'abus, et qu'elle a dû se borner à la publication des seuls actes nécessaires, en rejetant la publicité de tout ce qui n'est pas commandé par le plus impérieux besoin [...] il faut laisser aux parties le soin d'examiner la régularité des titres d'acquisition et la capacité des contractants».

⁴⁰² NUSSBAUM, A.: *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*. Trad. W. ROCES, Madrid, 1929, pp. 43-44: «Objeto de especial atención son las limitaciones referentes a la libertad de disponer. Ordena el § 892, ap. 1.º, que las restricciones impuestas a una persona en sus facultades de disposición sobre derechos inscritos han de constar en el Registro, sin cuyo requisito no serán eficaces respecto a terceros adquirentes de buena fe. Esta norma puede fácilmente dar lugar a confusiones. Entre las «limitaciones» a que aquí se alude y que se refieren a la libertad de disponer de ciertos derechos, no cuenta el Código Civil las que atañen a la capacidad general de obrar: demencia, minoría de edad, etc. Ni quiere referirse tampoco a otras trabas que, constituyendo verdaderas limitaciones a la libertad dispositiva, se establecen, no en beneficio de una persona determinada, sino con carácter absoluto, como es el embargo de bienes decretado como sanción contra ciertos actos punibles. Lo mismo estas restricciones que las primeras, radican en la *persona* del interesado, y el Registro no tiene por qué dar cuenta de ellas ni tomarlas bajo su protección. Así, por ej., si un propietario, en estado de demencia, inscribiera una hipoteca sobre su finca a favor de X., éste, aun obrando de buena fe, no adquiría (*sic*) derecho alguno; y lo mismo ocurriría si los bienes que se hipotecan estuviesen sujetos a embargo por efecto de algún delito. Únicamente cuando X. traspase la hipoteca a un tercero ignorante de aquellos hechos resultará éste amparado por el principio de fe pública»; STAUDINGER-HENZ GURSKY, § 892 Rz 53: «Nicht von § 892 garantiert werden auch solche persönlichen Verhältnisse oder rechtlichen Eigenschaften des Eigetragenen, von deren Vorhandensein die Wirksamkeit des Erwerbsgeschäft abhängt: Das Grundbuch gewährleistet also nicht die Geschäftsfähigkeit des Eingetragenen [...]. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs ersetzt natürlich auch nicht die fehlende Rechtsfähigkeit einer im Grundbuch als Rechtsinhaber eingetragenen Stiftung oder Personenvereinigung».

⁴⁰³ DESCHENAUX: *op. cit.*, p. 88: «On n'indique pas davantage les restrictions de capacité résultant pour le propriétaire de l'autorité parentale, de l'interdiction, de la mise sous conseil légal».

⁴⁰⁴ D. 6. 2. 7. 2.: *Marcelus libro septimo decimo digestorum scribit eum, qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapere: ergo et Publicianam habebit*; D. 41. 4. 2. 16: *Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio et ideo neque de evicione actio nascitur mihi nec Publiciana competit nec accessio possessionis*; D. 41. 3. 13. 1: *Eum qui a furioso bona fide emit, usucapere posse resumpsum est*. Sobre estos textos, cfr. ENZO NARDI: *Squilibrio e deficienza in Diritto romano*, Milano, 1983, pp. 277-278. SAVIGNY: *Derecho Romano actual*, Trad. Mesía y Poley, 2.ª ed., Madrid, s.f., II (vol. 1), Ap. VIII, núm. XV, p. 391: «Cuando el vicio se refiere al acto jurídico mismo necesario para transferir la propiedad, el error se admite menos fácilmente, porque, en general, descansa sobre un acto personal

de ello, llegó incluso a hacer del defecto oculto de capacidad un supuesto autónomo de protección del adquirente de buena fe ⁴⁰⁵, que nosotros hoy encuadraríamos en el principio general de protección de la apariencia jurídica ⁴⁰⁶.

b) La subversión de la doctrina contra el criterio legal hasta llegar a su desactivación efectiva

Pero, hete aquí una vez más, que justamente allí donde nuestro sistema registral se singulariza por una de sus características virtudes, allí también es donde más se ceba nuestra doctrina en el rigor de su crítica. El hecho tiene su propia –y evidente– explicación: la acomplejada comparación de lo nuestro con los modelos foráneos, a alguno de los cuales, algo gratuitamente y desde luego, aunque irreflejamente, *a priori*, se va a erigir con clamor admirativo en el más acabado exponente de la perfección a nuestro alcance. Concretamente, y por lo que hace al Derecho Hipotecario, la manifestación más clara de lo dicho se encuentra en los excesos germanistas de D. Jerónimo González. Suyas son las palabras que, inspiradoras de la común doctrina posterior a su obra, dejaron acuñada la crítica a nuestra inscripciones de incapacidad, con eficacia tal que, a partir de ellas –raro ejemplo de derrocamiento de la Ley por la doctrina, sin posible amparo en nuestro sistema de Fuentes del Derecho– no hay quien defienda su admisión legal ni la eficacia para ellas pretendidas por el legislador, sino que, reconociéndose aquella en lo que tiene de dato inescusable, y ésta en tanto que explícitamente declarada por el legislador, ambas van a desautorizarse como resultado de un lamentable error de

del que lo comete. Sin embargo, si el vicio reside sólo en la facultad de obrar del que enajena, el error del que adquiere es excusable por descansar en la condición de un tercero; si, por ejemplo, el vendedor era menor o incapacitado y el adquirente lo creía mayor o en su sano juicio».

⁴⁰⁵ Baste el recuerdo del tradicional *malitia supplet aetatem*. La protección histórica de la buena fe frente al defecto oculto de capacidad puede verse el P. V. 1. 4: *Otrosi dezimos, que si el fijo, o el nieto, estando en poder de su padre, o de su abuelo, o alguno de los otros ascendientes, en cuyo poder estuviesse, e lo negasse, diciendo que non, que por la tal mentira que dijo, e nego la verdad, es tenuto de pechar aquello que tomo emprestado*; P. V. 12. 3: *Por quales razones pueden las mugeres ser fiadores por otri [...] La sesta [razón] es quando la muger se vistiessse vestiduras de varon engañosamente, o fiziessse otro engaño qualquier, porque la recibiesse alguno por fiador, cuydando que era varon. Ca el derecho que han las mugeres en razon de las fiaduras, non les fue otorgado para ayudarse del en el engaño: mas por la simplicidad e por la flaqueza que han naturalmente*; P. VI. 19. 6: *Diziendo o otorgando el que fuesse menor, que era mayor de XXV años, si ouiesse persona que paresciesse de tal tiempo, si lo faze engañosamente valdria el pleyto que assi fuesse fecho con el, e non deve ser desatado despues, como quier que non era de edad quando lo fizo: esto es, porque las leyes ayudan a los engañados, e non a los engañadores*. El criterio pervive en el artículo 10 de la Ley de Usura: «El prestamista que contrate con un menor se supondrá que sabía que lo era, a menos que pruebe haber tenido motivos racionales y suficientes para creer que era mayor de edad».

⁴⁰⁶ Tenemos que referimos de nuevo, ahora globalmente, a nuestro ya citado: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*.

la Ley que a la superior competencia de la doctrina científica toca denunciar y corregir. Merece la pena que, como antes hicimos con las palabras de la exposición de Motivos de 1861, transcribamos ahora las de D. Jerónimo González ⁴⁰⁷:

En el número 4.º del artículo 2 de la vigente ley Hipotecaria, cuya redacción apenas se diferencia de la primitiva, se declaran títulos inscribibles las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia o la presunción de muerte de personas ausentes; se imponga la pena de interdicción o cualquier otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes; y en el artículo 42, número 5.º, se concede anotación preventiva al que propusiere demanda con objeto de obtener algunas de las providencias expresadas en el número 4.º del artículo 2.

Por otra parte, los primeros números del artículo 42, especialmente el final del número cuarto, permite la anotación preventiva de verdaderas prohibiciones de enajenar, y el artículo 105 del Reglamento Hipotecario preceptúa que también procederá cuando se declare a algún deudor en concurso o quiebra.

Aplicando, por lo tanto, con todo rigor el primer párrafo del artículo 23, tanto las incapacidades como las prohibiciones, no pueden perjudicar a tercero cuando no se hallen inscritas o anotadas.

La Comisión redactora, siguiendo las huellas de algunas legislaciones hipotecarias ⁴⁰⁸, se orientó en un equivocado sentido: «Si la ley no atendiera, dice la Exposición de motivos, a que la capacidad de la persona constara en el Registro, su obra sería incompleta y no produciría frecuentemente el objeto apetecido».

No es el Registro de la Propiedad el órgano de la publicidad del estado civil, ni por la distribución de las oficinas, ni por razón de la materia, ni por los principios fundamentales, ni por la reglamentación de las inscripciones, ni por la forma de las mismas, y aunque en un período en que el Registro del estado civil no se hallaba organizado ni tampoco existía gran precisión en materia de incapacidades, pudieron pasar inadvertidas diferencias tan esenciales como las que separan la capacidad de la facultad dispositiva, no tardó en aparecer la deficiencia del sistema.

Ningún autor discute en serio si las circunstancias de sexo, edad, enfermedad, matrimonio, familia, religión, pena, vecindad civil, ciudadanía, ausencia y fallecimiento han de recibir, para los efectos de la con-

⁴⁰⁷ Cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principios Hipotecarios*, Madrid, 1931, pp. 346-349.

⁴⁰⁸ Concreta en nota: «Probablemente influyó en el ánimo de los redactores el Cap. II del título III del Proyecto de ley redactado para el Cantón de Ginebra, por Giro, Rossi y Bellot, y presentado en 1827 al Consejo de Estado, capítulo que se intitulaba "Publicidad que se ha de dar por la inscripción a las incapacidades que quitan o limitan el ejercicio del derecho de propiedad».

tratación sobre inmuebles, su eficacia jurídica de la inscripción, y su determinación legítima, de los datos del asiento.

La simple necesidad de practicar cientos de inscripciones para obtener un resultado positivo, el aborto hipotecario del «Libro de incapacitados» mandado abrir por una orden de la Dirección general de los registros de 12 de agosto de 1863⁴⁰⁹ y la imposibilidad de acoplar sus pronunciamientos a los cánones del sistema, serían razones para impugnar todo lo estatuido, si la práctica no hubiera seguido el buen camino, resolviendo los problemas con criterios más jurídicos.

Frente al artículo 33 de la ley Hipotecaria, según el cual la inscripción no convalida los actos o contratos⁴¹⁰ que sean nulos con arreglo a las leyes, se estrellarán las consecuencias que se quieran deducir de la confusión indicada.

En definitiva, y según se desprende del texto, dos son las razones principales que se invocan para desautorizar a la Ley Hipotecaria, criticar las inscripciones de incapacidad, y privarlas de la eficacia pretendida para ellas por el legislador; una más general: que el Registro de la Propiedad no es el instrumento adecuado para la publicidad de las circunstancias de capacidad, cuya determinación y eficacia no puede depender de los asientos que en tal Registro se consideren practicables; y otra, más concreta y precisa: que el artículo 33 de la Ley, al disponer que la inscripción no convalida los actos nulos, impide que pueda resultar sanado el acto otorgado por el incapaz, estuviera o no previamente inscrita su incapacidad en el Registro. Las mismas que, adobadas con alguna otra, también avanzada por D. Jerónimo González, ha venido haciendo suyas y repitiendo la doctrina posterior⁴¹¹, sin más reserva o protesta que algún tímido reconocimiento de la utilidad del régimen legalmente previsto⁴¹². El resul-

⁴⁰⁹ «Véanse –dice en nota– los artículos 245 y siguientes del Reglamento hipotecario».

⁴¹⁰ En nota: «La ley de 1861 decía *inscritos*».

⁴¹¹ Destacados exponentes: ROCA SASTRE: *Imperfecciones hipotecarias*. «Información Jurídica», 1951 (julio-agosto), p. 748; COSSÍO: *Proyecto de Bases en que podría inspirarse una reforma de la actual legislación inmobiliaria*, Anales de la Universidad Hispalense, Sevilla 1945, p. 146; íd.: *Instituciones...*, cit. pp. 204-205; LACRUZ-SANCHO: *Op. cit.* (ed. 1968), pp. 117-118. Entre los mercantilistas, se adhiere a esta común interpretación OLIVENCIA RUIZ, M.: *Publicidad registral de suspensiones y quiebras*, Madrid, 1963, págs., esp., 72-78. En general, sobre el influjo, en este punto, del pensamiento de D. Jerónimo GONZÁLEZ en la doctrina posterior, cfr. HERMIDA LINARES: *La inscripción de resoluciones judiciales que afecten a la capacidad civil de las personas*, RCDI, 1952, pp. 21.

⁴¹² GIMÉNEZ ARNÁU: Enrique: *Tratado de Legislación Hipotecaria*, I. Madrid, 1941, pp. 147-149: «[...] pero la publicidad real del Registro Civil no es de hecho tan eficaz como la publicidad inmobiliaria, porque los asientos del Registro de la Propiedad son de fácil conocimiento, ya que como la finca es la base del Registro, basta identificar ésta para que se puedan localizar todos los antecedentes hipotecarios relativos a la misma [...] Por otra parte, al publicarse la Ley Hipotecaria, no existía el Registro Civil y se hacía preciso arbitrar un medio de publicidad del estado civil que fuera eficaz en lo relativo al tráfico regulado por el Registro inmobiliario [...] Pero el sistema de la Ley debe ser censurado [...]»;

tado ha sido la práctica anulación de dicho régimen que, desnaturalizado y desfigurado, se ha visto vaciado de todo valor propio, al tiempo que se ha extendido la convicción de que el único fin de las inscripciones de incapacidad consiste en facilitar, en favor del principio de legalidad, la función calificadora del Registrador ⁴¹³, con lo que, parejamente al trastrueque y desfiguración de su auténtico interés, se sobrevalora el Libro de Incapacitados ⁴¹⁴. La incapacidad resultante de éste, y llevada desde él —en el Principal— al folio de la finca, provoca el cierre del Registro a los actos dispositivos del incapaz ⁴¹⁵; pero su publicidad carecerá, tanto positiva como negativamente, de todo efecto sustantivamente protector del adquirente ⁴¹⁶, ya que, cuando se la inscribe, el Registro pierde respecto a ella su peculiar valor publicador: es como si se la anunciara por edictos, por un periódico oficial, o en un simple y ordinario periódico ⁴¹⁷; y

CASSO: *op. cit.*, p. 286: «Y respecto a las resoluciones judiciales sobre incapacidad [...] parece que, al ser declaraciones que sólo afectan al «estado civil» del titular, debiera bastar el que se hallaren *inscritas* o *anotadas* en el Registro Civil o en el «de ausentes», que son también *públicos*. No obstante, desde el punto de vista práctico, puede ser útil, también, su mera *anotación* —no inscripción— en el Registro de la Propiedad».

⁴¹³ Explicando las inscripciones de incapacidad en función de la calificación registral: ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 748; COSSÍO: *Instituciones*, cit., p. 205; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 119; OLIVENCIA: *op. cit.*, pp. 72-73 y 75. Contrario a tal explicación, tratando de rescatar la finalidad pretendida para aquellas inscripciones por la Ley, HERMIDA: *op. cit.*, p. 26: «No cabe duda de que el Registrador ha de tener en cuenta, para la calificación, las inscripciones de resoluciones judiciales que afecten a la capacidad civil de las personas; pero no es ese el fin único, ni siquiera el principal, de su inscripción en el Registro. Ya hemos dicho que su función principal es suspender los efectos del principio de publicidad».

⁴¹⁴ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 117: «A quien se protege con esta inscripción, no es a los terceros adquirentes, sino al propio incapacitado. De ahí la forma de publicarse la incapacidad; a la vez que en el folio de las fincas que posee el incapaz, se toma razón del documento que la acredita en un libro especial, destinado exclusivamente a este tipo de asientos (cfr. arts. 387 ss. RH); y ello, no a fin de dar a conocer la situación de incapacidad a quienes contratan con el incapacitado o a los ulteriores adquirentes, sino al Registrador, quien queda obligado a rechazar, desde que el asiento se practica, la inscripción de cualesquiera actos del incapacitado posteriores a la declaración de incapacidad». La función adminicular o auxiliar del Libro de Incapacitados respecto de la inscripción de incapacidad *ya practicada* en el folio de la finca, por tanto no su condición de instrumento concebido principalmente para evitarla en el futuro, aparece inequívocamente en el artículo 387 RH: *Presentada la ejecutoria o el mandamiento judicial que contenga la resolución a que se refiere el artículo anterior, los Registradores, después de practicar en los libros de inscripciones los asientos correspondientes, consignarán en el de «Incapacitados» las circunstancias prevenidas en el artículo 55*. Sobre ello, con algún detalle, HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, pp. 499-502.

⁴¹⁵ Por todos, DÍEZ PICAZO: *Fundamentos*, III, cit., p. 343, y, matizando oportunamente en atención al juego de la anulabilidad, p. 390.

⁴¹⁶ Así, COSSÍO: *op. cit.*, p. 205; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 117: «A quien se protege con esta inscripción, no es a los terceros adquirentes, sino al propio incapacitado»; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *op. cit.*, p. 267; ROCA SASTRE: *Imperfecciones hipotecarias*, cit., p. 748; *íd.*: *Derecho Hipotecario*, I, 7.^a ed., Madrid, 1979, p. 351; OLIVENCIA: *op. cit.*, p. 75; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *op. cit.*, p. 601, nota 14.

⁴¹⁷ La primera comparación, en ROCA SASTRE: *Imperfecciones hipotecarias*, cit., p. 749: «Ante el tercero que proyecta comprar a un incapaz, la inscripción de la ejecutoria sólo le servirá de elemento de *publicidad*, para advertirle o enterarle de que tal ejecutoria existe; de modo que aquí el Registro no procura defenderle de la no inscripción, sino que

cuando se la deja de inscribir, su intrínseco y natural efecto invalidante queda inalterado en virtud de lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley Hipotecaria ⁴¹⁸. Como en Alemania, donde ni la incapacidad se inscribe ni sus consecuencias invalidantes son sanadas por la publicidad registral, también en nuestro Derecho habrá que esperar a la aparición del «subadquirente» para que éste —«tercero» ya desde el punto de vista del artículo 34— pueda resultar inmunizado ⁴¹⁹. Pero, nótese bien: no ya contra el defecto de capacidad del enajenante remoto, sino respecto de la consiguiente falta de válida titularidad de quien de él adquirió y es inmediato transmisor del subadquirente protegido ⁴²⁰.

Tratándose de dar constancia registral a la incapacidad, incluso la eficacia de la anotación preventiva resulta alterada y modificada en esta generalizada opinión. Suele practicarse la anotación para advertir al adquirente inmediato alguna circunstancia que, afectando al dato inscrito pero no constando en la inscripción, la fe pública registral impediría que pudiera perjudicarlo. La advertencia proporcionada por la anotación impide el efecto protector de la fe pública y hace llegar al adquirente inmediato (que le «perjudique» o sea oponible) el hecho o la circunstancia anotada. Lo contrario ocurre, obviamente, si la anotación no se practica. Pues bien, esto que es lo que en general ocurre tratándose de la anotación preventiva, va a resultar desmentido, *ratione materiae*, cuando ésta se refiere a la demanda de incapacidad. Su finalidad específica —se ha dicho— es invalidar, si la demanda prospera, «las ulteriores transmisiones de los bienes del incapacitando. No la primera, cuya validez o invalidez es una cuestión *inter partes* que en modo alguno depende de la publicidad registral» ⁴²¹. Para los adquirentes directos, a los que proporciona

le defiende, haciéndole saber un obstáculo, lo mismo que se lo hace saber un *periódico oficial*; pues aquí el Registro no hace más que las veces de *edicto*»; la segunda, en LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 118: «El adquirente, pues, no recibe ningún beneficio de la falta de inscripción de la incapacidad: El asiento, para él, tiene sólo una eficacia *de facto*, de mera publicación (como si se hiciera en un periódico) [...]».

⁴¹⁸ Como argumento decisivo lo destacaba D. Jerónimo GONZÁLEZ, además de en el texto más arriba transcrito, en las pp. 349-350: «Hasta la ley de abril de 1909, siempre se había considerado que, entre los otorgantes del acto o contrato inscrito, el artículo 33 de la ley contenía el dogma del valor condicional o resolutorio de la inscripción en el sentido más profundo, que es el de la nulidad o falsedad del título. No cabe duda, por lo tanto, que los actos de un incapacitado podrán resolverse por el repetido artículo 33». Posteriormente, ROCA SASTRE: *Imperfecciones hipotecarias*, cit., pp. 749-750; *íd.*: *Derecho Hipotecario*, cit., IV, p. 12; OLIVENCIA: *op. cit.*, p. 77.

⁴¹⁹ En cuanto al Derecho alemán, cfr. NUSSBAUM: *op. cit.*, p. 44: «Así, por ej., si un propietario en estado de demencia, inscribiera una hipoteca sobre su finca a favor de X., éste, aun obrando de buena fe, no adquiriría [*sic*] derecho alguno; y lo mismo ocurriría si los bienes que se hipotecan estuviesen sujetos a embargo por efecto de algún delito. Únicamente cuando X. traspase la hipoteca a un tercero ignorante de aquellos hechos resultará éste amparado por el principio de fe pública». Para nuestra doctrina, vid., e.c., ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 12; *íd.*: p. 15; COSSÍO: *op. cit.*, p. 97; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 118; *íd.*: p. 277.

⁴²⁰ ROCA SASTRE: *op. cit.*; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*

⁴²¹ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 277.

conocimiento suficiente sobre un dato que puede interesarles, provoca efectos meramente de hecho: no es la finalidad del asiento proporcionar a ellos tal conocimiento ⁴²².

c) Refutación de la crítica doctrinal e intento de recuperación del genuino valor de la inscripción de las limitaciones de capacidad y dispositivas

No hace falta detenerse para percibir que hay mucho de extraño y sospechoso en un planteamiento como el que acaba de exponerse. ¿No es extraño, en efecto, que contra lo que parece más elemental e inmediatamente natural, venga ahora a proponerse la posibilidad de una toma de razón cuya finalidad no sea tanto advertir al adquirente inmediato del titular registral, sino ofrecer un elemento de información a eventuales y remotos subadquirentes? ¿Y no es sospechoso que en tema de límites de la capacidad del titular inscrito vengan a igualarse las consecuencias de la publicidad en nuestro sistema registral y en el alemán, siendo así que éste, contrariamente a lo que en el nuestro sucede, excluye deliberadamente esta materia del objeto de la publicidad registral? ¿Cómo es —la pregunta salta por sí misma— que dos regulaciones diametralmente contrarias puedan llevar a resultados idénticos? Y en el fondo de estas preguntas —se quiera o no—, una constatación: que el «aguamiento» de nuestro sistema legal, con su asimilación al prestigioso modelo alemán, no termina sino por recortar, en detrimento del tráfico inmobiliario, los efectos aseguradores pretendidos por el legislador español para el Registro de la Propiedad. Sobran motivos para rebelarse contra este estado de cosas e intentar su revisión. Es lo que nos proponemos hacer inmediatamente examinando, uno por uno, los argumentos desde los que nuestra doctrina ha venido oponiéndose a la Ley en el intento —fácticamente conseguido— de desactivar su eficacia ordenadora hasta frustrar los beneficiosos efectos que podía y debería habernos deparado. Distinguiremos en la puesta en práctica de nuestro empeño entre los argumentos que antes considerábamos principales y aquellas otras razones que, en torno a ellos, servían de adobo a la crítica de nuestro régimen legal.

Entre los primeros, y como más general, destacaba D. Jerónimo González, y tras él la posterior doctrina, la inadecuación, desde todo punto de vista ⁴²³, entre el Registro de la Propiedad y lo que debe ser el

⁴²² LACRUZ-SANCHO: *ibíd.*

⁴²³ Recuérdense sus palabras (p. 347): «No es el Registro de la Propiedad el órgano de la publicidad del estado civil, ni por la distribución de las oficinas, ni por razón de la materia, ni por los principios fundamentales, ni por la reglamentación de las inscripciones, ni por la forma de las mismas [...]». Más adelante —p. 350— rematará: «La doctrina de la capacidad, de sus restricciones, limitaciones y eclipses (enfermedad aguda, alcoholismo, epilepsia, hipnotismo [...]) es demasiado compleja para que esperemos ver en el registro una imagen exacta».

instrumento de publicidad del estado civil. Sin entrar en cuestiones de detalle —como podría ser la de si la situación de capacidad del titular debe constar en el registro de la Propiedad mediante inscripción o a través de otro tipo de asiento⁴²⁴— vamos a limitarnos aquí a la consideración del argumento en la centralidad de su sentido. *Primo intuitu* puede dar la impresión de que algo en su favor ha de significar la existencia separada —hoy, todavía no como una realidad de presente en 1861— del Registro Civil y el Registro de la Propiedad; éste, obviamente, dedicado a la publicidad de las situaciones jurídico-reales inmobiliarias, y aquél, a la del estado civil y demás circunstancias relevantes e identificadoras de las personas en su existencia y concreta situación civil. Por otra parte, y según ya vimos, debe reconocerse que este mismo argumento —entonces desde una perspectiva distinta— se esgrimió ya en la propia discusión y gestación de la Ley Hipotecaria. En aquel momento se argüía propugnando una mayor economía de medios en la publicación de las incapacidades⁴²⁵; el movimiento crítico posterior aduce, más bien, razones de pureza dogmática y de contaminación instrumental en torno a lo que debe ser la materia y contenido del Registro de la Propiedad. De todas formas, ya en 1861 se hizo valer en favor del criterio legal la razón que más decisivamente la sustenta. La finalidad aseguradora que la Ley se proponía, exigía, por encima de escrúpulos de cualquier orden, que las cosas se facilitaran a los terceros de manera tal que el examen del Registro de la Propiedad, en el folio dedicado a la finca, fuera bastante para informarle sobre la capacidad dispositiva y de obrar del titular registral. De la Serna, en su momento y rebatiendo a Ortiz de Zárate, lo defendió diciendo que la mayor simplicidad del procedimiento propuesto de adverso no bastaba a recomendarlo si no permitía cumplir, en igualdad de condiciones que el proyectado para la ley, el fin pretendido para ésta⁴²⁶. Posteriormente han sido varios los autores que —antes y después del asentamiento de la crítica promovida por Jerónimo González— han venido en defensa de este criterio, alegando en su favor tanto las exigencias del principio de especiali-

⁴²⁴ Vid., GIMÉNEZ ARNAU: *op. cit.*, p. 148: «[...] y por tanto «la seguridad del adquirente» se consigue mejor si al lado de cada finca se practica una anotación preventiva o se hace constar por nota marginal la resolución recaída y que afecte a la capacidad»; DE CASSO: *op. cit.*, p. 286: «No obstante, desde el punto de vista práctico, puede ser útil, también, su mera anotación —no inscripción— en el Registro de la Propiedad» (sub. del a.).

⁴²⁵ Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 290, reproduciendo la opinión de Ortiz de Zárate: «Según él, en lugar de hacerse las inscripciones en cada una de las fincas de la persona a que la ejecutoria se refiere, sería más útil y menos embarazoso llevar registros personales, además de los que la ley establece, en que constaran estas inscripciones de incapacidad [...] Para apoyar esta idea se ha invocado la sencillez, porque en estos libros una sola inscripción bastaría para dar a conocer la incapacidad de las personas, evitándose así el largo, complicado y difícil procedimiento de poner en todas las fincas de la persona que poseyere muchos bienes raíces una inscripción de la incapacidad».

⁴²⁶ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 291: «[...] la mayor complicación, el aumento de trabajo y el más crecido gasto de las inscripciones, sólo serían argumentos aceptables cuando de uno y otro modo se llenaran igualmente los fines de la Ley».

dad ⁴²⁷ como, sobre todo y más frecuentemente, el negativo efecto que ineludiblemente se seguiría de la adopción del contrario: arrojar de nuevo al adquirente al pozo sin fondo de la *probatio diabolica*; en concreto, a tener que investigar en condiciones de extrema dificultad en cuanto a la averiguación de cuál pudiera ser el Registro Civil adecuado al caso ⁴²⁸, el dato de capacidad del transmitente, que, con el de su titularidad, permitiera proporcionarle la completa seguridad de su adquisición. Reconocida la peculiaridad de materia de cada uno de los dos Registros, y por encima de ella, no parece dudosa la afirmación de Giménez Arnau cuando literalmente dice que «la publicidad real del Registro Civil no es tan eficaz como la del Registro de la Propiedad» ⁴²⁹; y, tal realidad supuesta, e incluso previamente a ella, dada la existencia separada de ambos registros —de cuya razón de ser y necesidad nadie puede hoy dudar razonablemente—, la conclusión se impone: lo que procede no es elegir con purismo exclusivista en cuál de ellos se deben publicar las circunstancias limita-

⁴²⁷ HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, p. 505: «En cuanto á los mencionados registros de discernimientos no llenan el objeto de la Ley Hipotecaria, porque ésta exige la especialidad en la publicidad, esto es, que la administracion que tiene a su cargo el tutor ó curador se haga constar en el registro particular de cada una de las fincas del incapacitado».

⁴²⁸ HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, p. 505: «De otro modo resultaría que el tercero podría conocer fácil y prontamente la historia de un inmueble por medio del Registro de la Propiedad del partido judicial donde aquel radicase; pero para asegurarse de la capacidad de su dueño, ó lo que es lo mismo, de que no se le habia nombrado curador ejemplar, habría que acudir siempre y en todo caso al Juzgado ó á los Juzgados del lugar donde dicho dueño tuviese y hubiese tenido su domicilio, y proceder en consecuencia á una serie infinita de investigaciones, que es precisamente lo que dicha Ley se propone evitar»; GALINDO y ESCOSURA: *op. cit.*, p. 473: «[...] dígase si no será más expuesto á fraudes y más probable que sólo examinen el Registro de discernimientos aquellos a quienes ya conste la menor edad; si los interesados tienen que acudir á las oficinas y funcionarios distintos que no entienden en nada de lo que roza directamente con el crédito territorial»; GIMÉNEZ ARNAU: *op. cit.*, p. 147: «[...] porque los asientos del Registro de la Propiedad son de fácil conocimiento, ya que como la finca es la base del Registro, basta indicar ésta para que se puedan localizar todos los antecedentes hipotecarios relativos a la misma. Cuando se trata de las personas [...] para llegar a conocer por medio del Registro Civil los datos relativos a la capacidad de un determinado sujeto, hay que averiguar el lugar de su nacimiento y la fecha exacta del mismo. Y aun entonces cabe que algún antecedente resulte ignorado si por no llevarse bien los Registros, la inscripción del nacimiento no resultara —como quiso la Ley del 70— reflejo fiel de todas las mutaciones producidas en el estado civil, merced a las anotaciones que en el acta de nacimiento deben practicarse en todos los hechos que afecten al estado civil»; HERMIDA LINARES: *op. cit.*, p. 25: «Es bien extraño que se haya dicho que el Registro Civil es el indicado para la inscripción de esas declaraciones judiciales. Es evidente que se pueden y se deben inscribir en él, pero los efectos son diametralmente opuestos. ¿Es que las incapacidades que consten en el Registro Civil van a perjudicar a tercero inscrito al amparo del principio de publicidad? En ese caso les perjudicarían todas, y entre ellas la minoría de edad. ¿Y entonces para qué sirve el registro de la Propiedad? Estaríamos de nuevo ante la *probatio diabolica* para probar el dominio. Habría que examinar todos los Registros civiles de todos los anteriores titulares hasta la adquisición originaria o la prescripción»; *id.*: pp. 446-447: «Pero no hay forma de saber o averiguar si quien nos vende una finca en Madrid o en Sevilla ha sido declarado loco, pródigo, quebrado o sujeto a interdicción en Barcelona, Vigo o Vitugudino, si no está inscrita en el Registro la declaración de incapacidad».

⁴²⁹ GIMÉNEZ ARNAU: *op. cit.*: «Pero la publicidad real del Registro Civil no es un hecho tan eficaz como la publicidad inmobiliaria [...]».

doras de la capacidad, sino admitir la posibilidad de que –*data occasione*, y en cada cual a su modo y efectos– en uno y otro puedan útilmente encontrar medio fehaciente de constancia. Refiriéndose a esta alternativa, García Goyena lo dejó dicho expresamente: *no puede darse publicidad excesiva a lo que conviene que sepan todos para no ser engañados contratando con el sujeto a interdicción* ⁴³⁰. Claro está que ello, con su innegable ventaja, plantea también un problema; pero un problema –interesa destacarlo– cuya solución en favor del criterio que venimos manteniendo está ya dada por la Jurisprudencia y por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Si tanto el Registro Civil como el de la Propiedad ponen oficial y fehacientemente a disposición del tercero el conocimiento de la situación de capacidad de las personas, ¿a cuál de ellos estar cuando, en una operación inmobiliaria, la incapacidad del enajenante consta en uno de ellos y no en el otro? ¿Puede oponerse al adquirente de titular inscrito en el Registro de la Propiedad el recorte de capacidad de tal titular que, silenciado en este Registro, aparece publicado en el Civil? En materia inmobiliaria, supuesta obviamente la buena fe del adquirente, el Registro de la Propiedad es preferente, y por sí solo basta a quien en él confía para protegerlo en todo lo que, dentro de la materia en él inscribible –también en la capacidad, por tanto–, positiva o negativamente, le da a conocer ⁴³¹.

⁴³⁰ GARCÍA GOYENA: *Concordancias ...*, cit., p. 162, comentado el artículo 288 del Proyecto de Código Civil de 1851, donde, adoptándose todos los medios de publicidad ofrecidos por los precedentes comparados, se disponía que *La ejecutoria que recaiga se insertará en las tablas de anuncios del Tribunal; se publicará en el papel oficial del Gobierno, y se inscribirá en el registro de los derechos reales*.

⁴³¹ Cfr.: STS 26-5-1994, para el caso de la extinción de un apoderamiento por separación judicial de los cónyuges, inscrita en el Registro Civil, pero sin reflejo en el de la Propiedad: «[...] los terceros compradores, tratándose de un negocio jurídico inmobiliario, no tenían con lógica racional que sospechar de una situación anómala en el estado civil de mandante y mandatario (marido y mujer), máxime cuando pudo muy bien no sólo anotarlos preventivamente en el Registro de la Propiedad al momento de la demanda de separación [...] Pues bien, ante esta situación es evidente que el tercero civil de buena fe está protegido por la ley, con base a la seguridad jurídica y del tráfico inmobiliario, sin que pueda sufrir perjuicio por la negligencia del mandante (Sentencias de 5 de diciembre de 1958; 20 de marzo de 1964; 3 de julio de 1976; 11 de enero de 1979), ya que los terceros compradores se atuvieron a las circunstancias racionales del caso: posesión de poderes, declaración de su vigencia, y falta de constancia en el Registro de la Propiedad de esa revocación de poderes producida *ope legis* por la sentencia de separación conyugal [...] El motivo cuarto [...] denuncia infracción del artículo 2 de la Ley de 8 de junio de 1957 del Registro Civil. Sobre tal disposición legal no hay duda de su aplicabilidad en los casos que se refieren específicamente al estado civil de las personas, pero aquí nos encontramos con un negocio jurídico inmobiliario que tiene su concreta protección en orden a la buena fe en la Ley Hipotecaria y el Código Civil y precisamente en el órgano público determinante de la titularidad de las fincas que en él se hallan inscritas y que al tratarse de una compartida titularidad entre los esposos, sin mención o anotación en contra, tiene que ser la apariencia de poderes del uno al otro cotitular lo que marca la creencia de buena fe del tercero, en tanto que esa apariencia no se vio destruida por negligencia del marido, según se hizo constar en el Fundamento de Derecho Tercero cuyas consideraciones se dan por reproducidas [...]». Con anterioridad, la RDGR de 14 de mayo de 1984, a propósito de una emancipación no inscrita en el Registro Civil: «Cdo., por contrario, que siendo uno y otros actos

Todavía sin salir de este mismo capítulo hay que hacerse eco de la objeción complementariamente formulada por D. Jerónimo González: «Ningún autor discute en serio si las circunstancias de sexo, edad, enfermedad, matrimonio, familia, religión, pena, vecindad civil, ciudadanía, ausencia y fallecimiento han de recibir, para los efectos de la contratación sobre inmuebles su eficacia jurídica de la inscripción, y su determinación legítima, de los datos del asiento». En definitiva: que la capacidad y el estado civil de las personas no pueden deber su eficacia a su publicación en el Registro de la Propiedad.

Esto es tan evidente que lo que cuesta creer es que así haya podido ser interpretada la finalidad de la Ley en esta materia. Es obvio que en nuestro Derecho la incapacidad no recibe su eficacia del Registro; desde luego que no del de la Propiedad, pero es que tampoco del Registro Civil. Pero también es muy claro que ello no impide que su repercusión en cuanto a terceros pueda supeditarse al juego de la publicidad registral, tanto de la resultante del Registro Civil como de la que dimana del Registro de la Propiedad⁴³². El argumento a combatir es ahora tan inane que, pensando en la materia nuclearmente propia del Registro de la Propiedad, tampoco en ella y para ella tendría fundamento alguno. Ningún derecho real, por más que se aísle en su sustancia jurídico-real más pura, recibe de la inscripción ni su eficacia ni su intrínseca, absoluta e incondicional determinación legítima. El Registro de la Propiedad se limita a publicarlo, con los efectos consiguientes a dicha publicidad; pero también sin publicidad —en todo caso para los terceros que de él tienen constancia— el derecho real existe y es plenamente eficaz en razón de su título. Aparte de ello, la objeción de D. Jerónimo González ha sido, muy acertadamente a nuestro juicio, respondida por Juste Iribarren: el Registro de la Propiedad no es, ciertamente, el órgano adecuado para dar fe del estado civil, pero sí para imponer en favor del tercero de buena fe un estado registralmente aparente (aunque sea con publicidad negativa) no obstante ser erróneo o inexistente⁴³³. En una palabra: al igual que el derecho real no inscrito no perjudica al tercero que de buena fe lo desconoce,

—los realizados directamente por el emancipado y los realizados por el representante legal— suficientes para la adquisición legítima de los derechos —los primeros por su concordancia con las normas ordinarias y los segundos por una disposición excepcional protectora del tercero—, la posible colisión de los derechos debe resolverse no ya por las normas que rigen la publicidad de la capacidad o de la consiguiente potestad sustitutoria de gestión —que ya han tenido sus efectos en el ámbito que le es propio—, sino por las reglas ordinarias que resuelven la colisión de los derechos, según la respectiva naturaleza real o personal de los mismos y con aplicación, en su caso, de las normas que rigen la publicidad no ya del estado civil, sino de los derechos mismos en los distintos Registros de bienes».

⁴³² Nos remitimos de nuevo a lo mantenido y argumentado en nuestro estudio: *Capacidad, incapacidades ...*, cit., pp., esp., 98-148.

⁴³³ JUSTE IRIBARREN: Miguel: *Notas sobre la retroacción de la quiebra*, AC, 1987, pp. 1133: «Y no es que el Registro de la Propiedad sea el órgano para dar fe del estado civil de las personas, sino todo lo contrario, para imponer en favor de un tercero un estado

tampoco la incapacidad no inscrita puede perjudicar al tercero que de ella no tiene conocimiento. También aquí serán dos grandes autores del siglo XIX quienes nos proporcionen la formulación exacta, certera y lapidaria: lo que hace nuestra Ley Hipotecaria es aplicar a las circunstancias limitadoras de la capacidad los mismos principios que informan el funcionamiento y eficacia del Registro de la Propiedad en cuanto a las situaciones jurídicas inmobiliarias. Refiriéndose a la inscripción de las ejecutorias de incapacidad, concluía de la Serna: *La ley, entendida del modo que nosotros la comprendemos, guarda en uno y otro caso el mismo espíritu, que es el de publicidad, en todo aquello que pueda interesar a los terceros*⁴³⁴. A su vez, D. Bienvenido Oliver: *Estos mismos principios se aplican a las inscripciones de incapacidad*⁴³⁵. ¿Cómo, entonces, ese afán por rebajarlas y tratarlas con metro distinto al que se aplica a todo aquello que el Registro admite a sus asientos?

El segundo de los argumentos antes distinguidos como principales en contra de nuestro régimen legal de publicidad inmobiliario-registral de las limitaciones de capacidad, se asienta en la disposición terminante del artículo 33 de la Ley Hipotecaria. Así fundado, su fuerza puede parecer mayor que la del primero. Los elementos de duda y, consiguientemente, las materias abiertas a la interpretación tienden a anidar más fácilmente en la determinación del sentido general de las instituciones que en el contenido normativo de los preceptos basilares que concretamente las regulan y circunscriben. A este tipo de preceptos pertenece, sin duda, el artículo 33 LH, a cuyo tenor, como es sobradamente conocido *la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes*. Tan opuesto aparece el texto del artículo a la eficacia sanante del Registro cuando se trata de las inscripciones de incapacidad, que, muy expresivamente y según ya vimos, apoyado en él afirmaba con toda seguridad y rotundidad D. Jerónimo González que «frente al artículo 33 de la Ley Hipotecaria ... *se estrellarán* las consecuencias que se quieran deducir de

civil, aunque sea erróneo (¿Por qué se dan acceso al Registro de las declaraciones de incapacidad del número 4 del art. 2? ¿Para qué la calificación por el Registrador de la capacidad de los otorgantes? ¿Para qué las anotaciones del número 5 del art. 42? [...]). También, con el mismo acierto, a nuestro juicio, HERMIDA LINARES: *op. cit.*, pp. 445-446: «No se trataba de que las circunstancias de sexo, edad, enfermedad, matrimonio, familia, religión, pena, vecindad civil, ciudadanía, ausencia y fallecimiento hayan de recibir, para los efectos de la contratación sobre inmuebles, su eficacia jurídica de la inscripción, y su determinación legítima, de los datos del asiento». Se trataba exclusivamente, de que las resoluciones judiciales *constitutivas* de una incapacidad no perjudicasen a tercero hasta su inscripción en el Registro [...] Era, simplemente, que las incapacidades y prohibiciones *creadas* por resolución judicial no perjudicaban a tercero hasta su inscripción o anotación en el Registro. [...] si el comprador o adquirente inscribía en el Registro sin que previamente hubiese sido inscrita o anotada esa resolución judicial, su adquisición quedaba convalidada» (subs. del a.).

⁴³⁴ GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 295.

⁴³⁵ OLIVER: *op. cit.*, p. 49.

la confusión indicada»⁴³⁶. No es necesario recordar que tal confusión, para D. Jerónimo, fue la padecida por nuestro legislador en la regulación de esta materia.

Hay que admitir que, a primera vista, todo parece darle la razón. La misión del Registro de la Propiedad, como institución protectora del adquirente de buena fe –principal y generalmente hablando, en las adquisiciones *a non domino*–, al igual que, anteriormente al Registro –y simultáneamente con él cuando no se cumplen los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria– la de la usucapión, no es la de salvar o sanar la nulidad del título por el cual se accede a la adquisición protegida. En tal sentido, la exigencia de validez de dicho título que para la protección registral impone el artículo 33 se corresponde perfectamente con la que el artículo 1953 del Código Civil reclama para el funcionamiento de la usucapión ordinaria. Nada tiene, pues, de extraño que en los sistemas registrales donde las limitaciones de capacidad quedan fuera del objeto de la publicidad, pueda con toda razón y coherencia afirmarse que los efectos invalidantes de tales limitaciones no entran en el ámbito sanante de la fe pública registral⁴³⁷. El problema, obviamente, se plantea cuando, como comúnmente ocurre en nuestra doctrina⁴³⁸, lo mismo se mantiene para un sistema donde, a diferencia de lo que ocurre en los modelos comparados, las situaciones de capacidad se llevan al Registro de la Propiedad y, en él, al folio dedicado a la finca, con la finalidad, expresamente declarada, de dar, también respecto a ellas, completa seguridad al adquirente. Es ahora cuando los datos legales parecen entrar en pugna, generando una situa-

⁴³⁶ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *op. cit.*, p. 349. Algo más adelante –pp. 349-350– añade: «No cabe duda, por lo tanto, que los actos de un incapacitado podrán resolverse por el repetido artículo 33».

⁴³⁷ Para el sistema alemán, por todos, STAUDINGER-HEINZ GURSKY, § 892 Rz 53: «Nicht von § 892 garantiert werden auch solche persönlichen Verhältnisse oder rechtlichen Eigenschaften des Eingetragenen, von deren Vorhandensein die Wirksamkeit des Erwerbsgeschäft abhängt: Das Grundbuch gewährleistet also nicht die Geschäftsfähigkeit des Eingetragenen ... Der öffentliche Glaube des Grundbuchs ersetzt natürlich auch nicht die fehlende Rechtsfähigkeit einer im Grundbuch als Rechtsinhaber eingetragenen Stiftung oder Personenvereinigung»; para el suizo, DESCHENAUX: *op. cit.*, p. 635: «Dans le domaine d'application du principe *absolu* de l'inscription, notamment pour le transfert d'un immeuble ou la constitution sur celui-ci de droits réels limités en vertu d'un acte juridique, toutes les conditions d'une telle acquisition doivent être réunies (à l'exception de celles dont l'absence est couverte par la foi publique): validité du titre d'acquisition à tous égards [añadiendo aquí en nota: «Ainsi, l'art. 973 ne remédie pas au défaut de l'exercice des droits civils ...], absence de restrictions du pouvoir de disposer, comme celles résultant de la faillite, du régime matrimonial, de mesures de blocage; inscription régulière au registre foncier».

⁴³⁸ Baste aquí la referencia a ello en la R. de 27 de junio de 1953: «Las inscripciones a que se refieren los artículos 2, número 4, de la Ley Hipotecaria y 10 de su Reglamento publican una situación subjetiva anormal que se ha de tener en cuenta para calificar los documentos referentes a las fincas inscritas a favor del incapacitado, aunque, como estiman los más reputados comentaristas, no participen dichos asientos de las características de las demás inscripciones, porque las circunstancias especiales de los sujetos escapan al juego de la fe pública registral».

ción de confrontación en la que la fuerza del artículo 33 se presenta tan arrolladora que, en opinión de Roca Sastre, para que las inscripciones de incapacidad pudieran obtener la eficacia para ellas pretendida por el legislador, se haría necesario reformar aquel precepto; lo que, a su juicio, por subvertir las bases del sistema, resultaría desorbitado ⁴³⁹.

El mismo problema, desde su consideración común, es susceptible de ser planteado y expresado en otros términos. Mientras que el beneficiario de la protección registral es indubitablemente el «tercero» –no se hace preciso en este contexto entrar en la complicada cuestión de la determinación *accurata* del singular «tercero hipotecario»–, el adquirente del incapaz no puede ser calificado de «tercero», al menos en sentido unívoco al que la expresión obtiene cuando se habla del «tercero» registral. La razón es clara: por lo mismo que la incapacidad es causa de anulabilidad del contrato (arts. 1263 y 1301 CC), la del concreto transmitente *invalida* el contrato adquisitivo. No puede ser éste el título *válido* que la ley exige para proteger al adquirente registral. La incapacidad constituye un defecto situado en la inmediata relación *inter partes* y, como tal, susceptible de ser hecho valer entre ellas sin que, por la aparición de un tercero –hasta entonces, por hipótesis, no producida– sus consecuencias anulatorias se vean interferidas por la protección registral. Tan así es ello considerado, que nuestra actual y común doctrina, al mismo tiempo que niega tal protección al adquirente inmediato del incapaz, no se la discute al subadquirente. Es que, como vimos, éste ya no es «parte» en el contrato adquisitivo nulo por incapacidad del transmitente (art. 33 LH), y el dato que en su favor suple el Registro no es ya aquel defecto de capacidad, sino la falta de válida y efectiva titularidad del *tradens* intermedio: consecuencia de aquella, pero en sí subsanable por la fe pública registral (art. 34 LH) ⁴⁴⁰.

He aquí el problema, uno en su sustancia aunque doble en los posibles aspectos de su manifestación y formulación, que ahora se esgrime contra la eficacia aseguradora y protectora de las inscripciones de incapacidad según las concibió nuestro legislador y todavía hoy continúan previstas en los artículos 2, 4.º y 42, 5.º de nuestra Ley Hipotecaria. ¿Erró

⁴³⁹ ROCA SASTRE: *Imperfecciones...*, cit., pp. 749-750, refiriéndose específicamente al caso de la quiebra del titular registral: «Si se pretendiera proteger hipotecariamente a dicho comprador que adquirió del quebrado, en el sentido de inmunizarlo si tuviera buena fe, entonces el que habría que reformar no sería el artículo 34, sino el artículo 33 de la ley Hipotecaria [...]. En tal supuesto, este artículo 33 debería quedar redactado así: «La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, salvo aquellos que sean nulos por efecto de la retroacción de la quiebra del transmitente, siempre que el adquirente lo fuese a título oneroso y de buena fe». Pero esta reforma sería *desorbitada*, pues contrastaría o desvirtuaría las líneas básicas o institucionales de nuestro sistema hipotecario vigente [...] Entonces la inscripción convalidaría lo nulo [...]. Pero esto no puede admitirse en buenos principios jurídicos, y nada justificaría cambiar dichas líneas básicas de nuestro sistema inmobiliario registral» (subs. del a.).

⁴⁴⁰ Cfr. autores y lugares citados *supra*, notas 419 y 420.

nuestro legislador cuando diáfananamente las defendió y explicó en la Exposición de Motivos de 1861, y cuando, para articularlas, redactó los artículos que acaban de indicarse, quedando, para su sonrojo, evidenciado el yerro por la contradicción del tal conjunto normativo con el artículo 33; o es el artículo 33 el que resulta falso por oponerse en su rigurosa y estricta literalidad a la finalidad ciertamente querida y declarada por la Ley para las inscripciones y anotaciones concernientes a la capacidad del titular registral? La doctrina hoy común no admite más planteamiento del problema, ni más solución al mismo, que la neta afirmación de la primera de las posibilidades indicadas. A nosotros esta solución no nos aquieta, ni pensamos que de ella se obtenga ventaja alguna en el sistema. La fidelidad a la ley y la seguridad de las adquisiciones de buena fe son razones suficientes para que, más bien que magnificar la aparente contradicción de los dos datos legales, tratemos de buscar la forma de evitarla haciendo valer el modo de su posible armonización y composición ⁴⁴¹.

Por dos vías se ha tratado de fundamentar la armonía del íntegro régimen legal y, con ella, la genuina utilidad de las inscripciones de incapacidad. La primera sorteja la contradicción de los respectivos artículos de la Ley Hipotecaria, asignando a cada uno de ellos su carácter y ámbito propio. El enunciado es muy sencillo y ha sido Hermida quien lo ha formulado con toda precisión: el artículo 33 contiene la regla, mientras que el 23 –precedente del actual 32, que expresamente refería el efecto de la inoponibilidad de lo no inscrito a *todos* los títulos comprendidos en el artículo 2 de la Ley, por tanto también a las ejecutorias de incapacidad– representaba la excepción ⁴⁴². Hay que reconocer a esta forma de resolver la aparente antinomia legal su continuidad con la admisión histórica *ad usucapionem* del título otorgado por el incapaz ⁴⁴³; y, desde luego, no se la puede desautorizar rebajándola a mero y forzado intento doctrinal, ya que fue la misma y autorizadísima Exposición de Motivos de la Ley la que se encargó de dejar bien claro cuál fue la finalidad pretendida a través de las inscripciones de incapacidad: dar completa seguridad al adquirente poniéndole a salvo de las consecuencias invalidantes de ésta en su contrato adquisitivo. En definitiva, de lo que se trata es de poner de manifiesto que, contra la generalidad de sus términos y en razón de lo dispuesto en el conjunto de la Ley, el artículo 33 no es en su materia el *integrum ius*. Aunque, en principio, la inscripción no convalida el acto nulo –anulable habría que decir en este caso–, en

⁴⁴¹ Propugnamos ya esta actitud, en *Capacidad, incapacidades ...*, cit., pp., esp., 136-137.

⁴⁴² HERMIDA LINARES: *op. cit.*, pp. 444: «Pero, ¿no estaríamos frente a una regla general (art. 33) y una excepción (art. 23)?»; 445: «El artículo 23 establecía la excepción: esas incapacidades decretadas por el Juez no perjudicaban a tercero hasta su inscripción o anotación en el Registro de la Propiedad»; 446: «El artículo 33 era la regla general, y el artículo 23 la excepción a esa regla general».

⁴⁴³ Cfr. *supra*, nota 404 y los testimonios recogidos en ella.

el supuesto concreto de la incapacidad del transmitente sí que lo convalida mediante el fácil expediente de aplicarle el básico principio registral de la inoponibilidad de lo inscribible y no inscrito. No se aísle, pues, el artículo 33 para hacer de su mensaje, generalmente enunciado y abstraído en sí mismo como la expresión de un principio necesario de ontología hipotecaria, la regla absoluta contra la cual «estrellar» la original y más propia utilidad de las inscripciones de incapacidad, sino, aténgase el intérprete al conjunto de la Ley, y desde él, formule la regla general, pero tomándose el cuidado de añadirle su excepción: *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*.

La segunda vía consiste en evitar al adquirente directo del incapaz su «degradante» condición de «parte» –registralmente hablando, naturalmente– e integrarlo como «tercero» en el círculo de los salvados por la acción benefactora del Registro. También aquí ha sido Hermida quien ha dicho que, aunque no en su acto adquisitivo, sí que respecto de la declaración de incapacidad aquel adquirente es tercero ⁴⁴⁴. Que la observación, en sí misma considerada, es cierta resulta incuestionable; otra cosa es que, así simplemente propuesta, sirva a la argumentación de la eficacia protectora de las inscripciones de incapacidad ⁴⁴⁵. Nosotros pensamos que al respecto conviene, primero, tomar nota de dos datos: uno estrictamente legal y el otro fáctico, pero ambos igualmente ciertos y constatables; y a continuación, sobre la base de uno y otro, proponer una explicación que, con la racionalidad propia de lo jurídico, permita explicar y justificar el proceder del legislador en esta materia y liberarlo del estigma con el que la actual doctrina lo viene descalificando.

El dato primero y legalmente cierto, por contar en su apoyo con la declaración explícita de la más autorizada explicación de la Ley Hipotecaria, es que, considerado «tercero» o «parte», a quien la inscripción de incapacidad se propone proteger es al adquirente inmediato y directo del incapaz: *para adquirir con seguridad bienes inmuebles ... no basta con que el vendedor sea dueño de ellos ... es además necesario que el que enajena, que el que transmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Sólo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente*. Los textos de Gómez de la Serna refi-

⁴⁴⁴ HERMIDA LINARES: *op. cit.*, p. 443: «Es decir, el que contrata con un incapaz es tercero respecto a la declaración judicial de incapacidad no inscrita».

⁴⁴⁵ Lo niega enérgicamente, aunque, a nuestro juicio, más que entrando en el razonamiento, argumento tautológicamente, ROCA SASTRES: *Derecho Hipotecario*, IV, 1.º, cit., pp. 15-16: «Es de todo punto insostenible pretender que quien contrata con un declarado judicialmente incapaz sea *tercero* respecto de la declaración judicial de incapacidad no inscrita, pues es una verdad irrefutable que quien contrata con una persona, sea capaz o incapaz, es *parte* en el contrato y, por tanto, si éste es nulo o anulable por ser el transmitente incapaz, declarado judicialmente o no, o concurrir un vicio en el consentimiento, entonces la nulidad del contrato enajenativo afecta al adquirente, puesto que es parte y no tercero [...] Quien contrata con el incapaz le afecta [*sic*], como parte que es, la nulidad derivada de esa incapacidad [...]» (Subs. del a.).

riéndose al adquirente directo como el sujeto favorecido por los efectos de la admisión de la incapacidad en el objeto de la publicidad registral son abundantes y, como el texto de la Exposición de Motivos, no dejan lugar a la duda ⁴⁴⁶. Siendo ello así, puede perfectamente comprenderse la ociosidad sustantiva de la cuestión suscitada en cuanto a la calificación registral de dicho favorecido: «tercero» o «parte», y una o otra cosa en relación con lo que sea –con su contrato adquisitivo o con la declaración de incapacidad–, lo cierto es que él es el sujeto a quien la Ley se propone proteger.

El segundo dato del que decíamos que conviene tomar nota y cuyo carácter fáctico ya anunciamos, consiste en el hecho inmediatamente constatable de que, con extraordinaria frecuencia y de un modo que podríamos calificar de irreflejo, la doctrina, incluso la más autorizada y cuidadosa, cuando se refiere en general a la problemática de la incapacidad y de sus efectos en los contratos llevados a cabo por quien la padece, se refiere a su contraparte denominándola «tercero». Puede ello comprobarse, e.c., en Savigny, pensando en el contrato concertado con el incapaz como posible título *ad usucapionem* y sin relación alguna con su publicidad ⁴⁴⁷; en relación ya, genéricamente, con la publicidad, en Castro ⁴⁴⁸; con la específicamente inmobiliaria, en el mismo de la Serna ⁴⁴⁹, no obstante ser éste tan preciso en la indicación de que el beneficiado por la pre-disposición de las inscripciones de incapacidad es el adquirente directo del incapaz y, consiguientemente, tan remiso en el empleo del término «tercero» en esta materia –¿quizá, también, por no estar todavía cuasi-

⁴⁴⁶ GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 290: «Cuando en virtud de la ejecutoria el registrador tiene cuidado de ir anotando en todas y en cada una de las fincas la incapacidad de la persona, es imposible que esta circunstancia pueda pasar inadvertida para los que quieran adquirirlas, constituir sobre ellas un derecho real ...»; 291: «Más conforme es, pues, lo que aquí se establece al espíritu de toda la Ley, para que sea conocida la incapacidad y tengan seguridad los adquirentes y prestamistas ...»; 291-292: «Sólo dan una razón en apoyo de lo que sostienen, y esta es la misma que expuso la Comisión de Codificación para justificar la inscripción de las ejecutorias en el lugar que antes hemos transcrito, a saber, que es conveniente que conste en el Registro esta limitación de la facultad de disponer para que no sean inducidos a error los que contraigan con los menores o incapacitados».

⁴⁴⁷ SAVIGNY: *op. cit.*, p. 391: «Sin embargo, si el vicio reside sólo en la facultad de obrar del que enajena, el error del que adquiere es excusable por descansar en la condición de un tercero; si, por ejemplo, el vendedor era menor o incapacitado y el adquirente lo creía mayor o en su sano juicio» (sub. n.).

⁴⁴⁸ CASTRO: *op. cit.*, p. 292: «La sentencia o auto declarativo de la incapacidad es el título que origina jurídicamente el cambio de estado; especial eficacia que hace se la califique de tener valor constitutivo o, se diría mejor, modificativo. Desde que es firme la resolución judicial es eficaz la emancipación [*sic*, por incapacitación, obviamente] aunque no despliegue por completo sus efectos «erga omnes» más que desde el momento de su inscripción. Esta rigidez formal tiene la finalidad de proteger al incapacitado, incluso respecto a los terceros que con él contrataron creyendo que era capaz [...]» (el sub. es n.).

⁴⁴⁹ SERNA: *op. cit.*, p. 295: «[...] es decir, que la Ley, entendiéndola del modo que nosotros la comprendemos, guarda en uno y otro caso el mismo espíritu, que es el de publicidad, en todo aquello que pueda interesar a los terceros» (sub. n.).

sacralizada en su tiempo la figura del «tercero hipotecario»?—, y, desde luego, en Hernández de Ariza⁴⁵⁰, Galindo y Escosura⁴⁵¹ ... e incluso en alguna sentencia del Tribunal Supremo⁴⁵². ¿Se nos dirá que la repetición no redime al dato de su inexactitud? Así sería, sin duda, si hubiéramos de aferrarnos a la idea de no hay más posible término respecto al cual atribuir el calificativo de «tercero» que el contrato celebrado por el incapaz. Si, por el contrario, pensamos que también respecto al procedimiento de incapacitación y a la declaración de incapacidad cabe hablar de «terceros», el reparo perdería ya gran parte, al menos, de su fundamento. En todo caso, no es ahí donde queremos ahora fijar nuestra atención—volveríamos entonces a la ya vista argumentación de Hermida—, sino en el mismo dato empírico de que, con tanta frecuencia, hablando de la contraparte del incapaz, se la denomine irreflejamente «tercero». ¿Por qué ocurre ello si es cierto que *nihil est sine ratione sufficienti sui*?

La respuesta a este interrogante nos lleva ya a la que antes anunciábamos como la justificación, dentro de la racionalidad y lógica del Derecho, de la protección registral contra los defectos de capacidad del titular disponente. Su explicación no es difícil y nosotros la hemos propuesto ya en otras ocasiones⁴⁵³: La capacidad, aunque soporte del consentimiento, es, obviamente, más que contenido, presupuesto del mismo. Ya en este aspecto encuentra un punto de contacto con la legitimación o poder dispositivo: tampoco éste se integra en el contenido nuclear de los elementos del contrato, sino que pertenece a los presupuestos de su eficacia. Y sobre esta coincidencia, otra: también la capacidad es susceptible de un reflejo externamente objetivado, apto, cuando pudiera ser inexacto, para generar la confianza inculpable de cualquiera. En una palabra: al igual que la titularidad, con su consiguiente poder dispositivo, la capacidad, como situación general de la persona anterior al contrato que ésta celebre y presupuesto de su validez, es susceptible de generar una situación de

⁴⁵⁰ HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, p. 502: «En suma, el tercero puede asegurarse de la capacidad civil del propietario con quien se proponga contratar, por lo que resulte acerca de ella en el Registro [...]» (subs. n.).

⁴⁵¹ GALINDO y ESCOSURA: *op. cit.*, pp. 471-472: «Si el Registro de la Propiedad ha de ser una verdadera garantía para los terceros adquirentes, preciso es que además de inscribir el inmueble [...] se haga también constar la ejecutoria que impida al dueño la libre administración de sus bienes [...]» (sub. n.).

⁴⁵² STS de 25 de febrero de 1967, criticada por ello en LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 181 (ed. 1984): «Ni, en otro aspecto [es tercero], quien compra fincas del marido, declarado en situación de ausencia legal, a la esposa que tenía un anterior poder de aquél, aunque la S 25 febrero 1967 sí atribuye tal condición de tercero al comprador cuando, reaparecido el marido, solicita la nulidad de las ventas: es claro que el comprador es parte» (sub. de los aa.). Muy anterior, la de 29 de mayo de 1914: «[...] porque si es cierto que se obtuvo la declaración de incapacidad, lo fue mucho más tarde a la celebración de los contratos realizados, por lo que no puede perjudicar a terceros que adquirieron al amparo de un estado intelectual anterior [...]» (sub. n.).

⁴⁵³ GORDILLO: *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978, pp. 444-445; *Capacidad, incapacidades ...*, cit., pp. 179-185, esp., 184-185.

aparición jurídica objetiva respecto de la cual está políticamente justificada la protección de quienes en ella confiaron. La objetivación de la aparición de capacidad en las circunstancias que materialmente la sustentan, evoca inexorablemente las exigencias de la apoyatura fáctica de la buena fe de los «terceros». Creemos que es ésta la explicación, en lo terminológico, de que a la contraparte del incapaz se le llame tan frecuentemente «tercero», y en lo sustantivo, de que, con muy buen criterio, nuestra Ley Hipotecaria decidiera extender su eficacia protectora a los defectos de capacidad del titular transmitente.

Para concluir volviendo a la objeción de la que ahora nos venimos ocupando: cuando el originario artículo 23 de la Ley Hipotecaria disponía que *los títulos mencionados en los artículos 2 y 5 que no estén inscritos en el Registro* —¡ninguno de ellos!— *no podrán perjudicar a tercero*, estaba estableciendo una excepción a la generalidad del artículo 33: la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, a no ser que tal nulidad (anulabilidad) derive de la incapacidad no inscrita del titular transmitente. Claro está que sabemos que el antiguo artículo 23 es hoy el 32, y que su versión actual difiere de la originaria; pero el estudio de lo que tal cambio de redacción pueda suponer en esta materia, por más importante que se considere, debe quedar aplazado por ahora hasta que más adelante le llegue su momento.

En torno a los dos argumentos principales hasta aquí tratados, en la oposición a nuestro régimen de publicidad de las resoluciones relativas a la incapacidad suelen añadirse todavía otros que, cada uno en su orden, vendrían a reforzar su pretendida sinrazón. El primero de ellos, generalísimo en su tono, sostendría que en la pugna entre la protección del tráfico y la del incapaz debe prevalecer la defensa de éste. Los dos restantes, conectan, más o menos directamente, con uno u otro de los anteriormente vistos. En línea con la inadecuación del Registro de la Propiedad para publicar el estado o condiciones de capacidad del titular, se denunciará ahora la confusión padecida por nuestro legislador al involucrar en el artículo 2, 4.º de la Ley Hipotecaria la incapacidad de obrar propiamente dicha y las limitaciones dispositivas que extrínsecamente recortan a veces las facultades dispositivas del titular de los derechos inscribibles; finalmente, en conexión con la exclusión de las circunstancias de capacidad respecto de los efectos del principio de publicidad, se invocará el cambio redaccional experimentado en la literalidad del antiguo y originario artículo 23 de la Ley, al convertirse en 1946 en el vigente artículo 32. De cada uno de estos argumentos, y por el orden indicado, debemos ocuparnos a continuación.

En primer lugar, pues, la preferencia de la protección de la incapacidad frente a la del tráfico jurídico ⁴⁵⁴. La afirmación, un poco de pasada,

⁴⁵⁴ Nos hemos referido ya a esta problema, en el mismo sentido en que ahora lo hacemos, en *Capacidad, incapacidades ...*, cit., pp. 165-179.

se encuentra en D. Jerónimo González: «El amparo que necesita el incapaz pesa más en el ordenamiento jurídico que los intereses del tráfico y la protección de la buena fe»⁴⁵⁵. Castro, a su vez, la destaca como uno de los principios específicamente configuradores del Derecho de la Persona frente a los principios generales del Derecho Patrimonial⁴⁵⁶. No son, al parecer, testimonios aislados, expresión de una doctrina anticuada y peculiar a nuestro Derecho. Más recientemente y en Alemania se la encuentra formulada en la Parte general de Larenz, también como expresión de un básico principio informador del Derecho⁴⁵⁷; aunque –todo hay que decirlo– de un principio que no llega a obtener pleno asentimiento y contra el cual no han dejado de producirse, antes y después, tanto ciertas reservas y protestas, como nuevas y algo apasionadas proclamaciones⁴⁵⁸. ¡Sería curioso que si el principio suscita problemas, y si sobre él hay algo de particular en nuestras leyes que pudiera contribuir a resolverlos, la

⁴⁵⁵ GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *op. cit.*, pp. 350-351.

⁴⁵⁶ CASTRO: *op. cit.*, p. 176: «[...] De este modo, los principios del Derecho de la persona se independizan y priman sobre los de jerarquía familiar y sobre la consideración otorgada a la seguridad del tráfico».

⁴⁵⁷ «Wer mit einem Geschäftsunfähigen einen Vertrag schließt oder ihm gegenüber eine Erklärung abgibt, wird nicht geschützt, auch wenn er nicht wußte und den Umständen nach nicht damit zu rechnen brauchte, daß der andere geschäftsunfähig war [...] Die Nichtigkeit der von und gegenüber Geschäftsunfähigen abgegebenen Erklärung soll diesen vor nachteiligen Folgen seiner eigenen Handlungen schützen; der Schutz der Geschäftsunfähigen geht nach der Wertung des Gesetzes dem Verkehrsschutz vor».

⁴⁵⁸ Vid. CANARIS: *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*, München, 1971, p. 453, nota 5: «Diese Einschränkung wird meist übersehen, wenn man sagt, der Schutz mangelnder Geschäftsfähigkeit gehe dem Vertrauensschutz vor [...] oder es gebe keinen Schutz des guten Glaubens an die Geschäftsfähigkeit. Daß das in dieser Allgemeinheit nicht richtig ist, beweisen nicht nur die Fälle des reinen Rechtsscheinprinzips [...], bei denen es auf die Geschäftsfähigkeit in keiner Weise ankommt, sondern auch die Scheineinwilligung zu Lasten des beschränkt Geschäftsfähigen [...] und die Fälle der Dritthaftung, bei denen jemand dafür einstehen muß, daß er das Vertrauen auf die Geschäftsfähigkeit eines anderen hervorgerufen hat [...]». Mucho antes, RÜMELIN: *Die Geisteskranken im Rechtsgeschäftsverkehr*, Tübingen, 1912, p. 54: «Und nun noch zu einer bisher viel zu wenig gewürdigten Kardinalfrage! Bei der Ausgestaltung des Rechts der Geisteskranken haben sich in Deutschland Gesetzgebung und Doktrin in ebenso einmütiger wie einseitiger Weise auf den Standpunkt gestellt: vor allem ist der Unzurechnungsfähige zu schützen. Wohl wurde gelegentlich einmal gegenüber allzugroßer Überspannung dieses Gedankens auch das Interesse der Gegenparteien betont, aber grundsätzlich ist die Frage früher nicht aufgeworfen worden, ob denn nicht überhaupt in ganz anderem Maß ein Schutz des Publikums in den Fällen geboten sei, in denen die Geisteskrankheit für den Geschäftsgegner nicht erkennbar ist. Diese Frage gewinnt um so mehr an Bedeutung, je stärker der Fernverkehr wächst, je weniger sich die Rechtsgeschäftsschlüsse in eng begrenztem Raum unter Verhältnissen abspielen, in denen man sich gegenseitig kennt, von etwaigen Entmündigungen und Pflegschaftsbestellungen weiß. So mehrten sich denn gerade in neuester Zeit die Stimmen, welche in eindringlicher Weise nach einer stärkeren Betonung der Verkehrssicherheit verlangen». En la reciente doctrina extranjera favorable a la preferencia de la protección del incapaz: DE CUPIS: *Il favor del Diritto Civile per gli incapaci*, Riv. Dir. Civ., 1982, p. 766: «Questo favor per gli incapaci, deboli proprio perché incapaci, è parallelo al favor per i soggetti economicamente deboli: sotto entrambi gli aspetti, siamo in presenza di un atteggiamento caratteristico del diritto civile, dimostrativo dell'influenza, sempre su esso esercitata, dal fattore etico».

doctrina siguiera repitiéndolo apriorísticamente entre nosotros sin someterlo al contraste de la ley y reduciendo a la inutilidad los beneficiosos efectos que de la aplicación de nuestra peculiaridad pudieran extraerse!

Y, a nuestro juicio, es esto justamente lo que ocurre en el Derecho moderno, quizá en gran parte: en aspectos parciales, al menos, en el comparado; y, desde luego y muy generalmente, en el nuestro. No correspondiendo al presente contexto abordar el problema en su generalidad, vamos a centrarnos en la concreta manifestación de la tensión entre la protección del incapaz y la del tráfico que presupone en nuestro Ordenamiento la posibilidad de llevar al Registro de la Propiedad las resoluciones judiciales limitadoras de la capacidad, con la finalidad ya vista de asegurar las adquisiciones haciendo inoponible al adquirente la incapacidad no inscrita del titular registral.

Conviene, de todos modos, antes de hacerlo, dirigir por un momento la atención a algunos datos orientadores. El primero de ellos es el juego de la prescripción y, concretamente, lo dispuesto en el artículo 1932 del CC, destacadamente, en su primer párrafo: *los derechos y las acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas, incluidas las jurídicas, en los términos prevenidos en la ley*. Si se atiende al comentario de esta norma en las *Concordancias* de García Goyena⁴⁵⁹, y se la compara con sus precedentes históricos (*contra non valentem agere non currit praescriptio*) y sus modelos comparados, pronto se advierte el giro que en ella se opera respecto a lo que era en este punto la secular protección del incapaz. Perdidos sus antiguos privilegios, los bienes del incapaz quedan sometidos, sin distinción, al régimen común de la usucapición; y la usucapición —no se olvide— aborda el mismo problema que se propone resolver la publicidad registral inmobiliaria aplicándole, con el auxilio del factor tiempo, la misma solución que, inmediatamente, ofrece al tercero de buena fe el Registro de la Propiedad. Es todo un dato para situarse, ya de entrada, en el problema ahora suscitado sobre el modo de composición de los enfrentados intereses del incapaz y del adquirente de buena fe.

Sobre esta consideración, todavía otra: cuando se habla del enfrentamiento de los intereses del incapaz con los del tráfico, conviene ponerse en guardia respecto a la seducción ético-personalista que la opción en favor del incapaz pudiera suscitar a primera vista. Nadie niega hoy que, en sí considerados, los valores personales deben prevalecer sobre los patrimoniales. Pero inmediatamente debe advertirse que no es ésta la oposición que se produce cuando se trata de la adquisición de bienes de persona incapaz. El enfrentamiento no se da ahora entre el ser y el tener, entre lo personal y lo patrimonial, sino que se sitúa de lleno y plenamente en el mundo de los intereses patrimoniales. Basta darse cuenta de ello

⁴⁵⁹ *Concordancias ...*, cit., pp. 1021-1022.

para que la aureola de la enfatizada preferencia del incapaz pierda mucho de su aparente resplandor ⁴⁶⁰.

Pero, cuando dicha preferencia termina por entrar en crisis –si no en sí misma, sí, desde luego, en la coherencia con que la afirman quienes tan solemnemente la proclaman– es cuando, al mismo tiempo que se la propone y defiende, en interés del tráfico se niega relevancia en Derecho a la situación natural y real de incapacidad hasta tanto no haya sido judicialmente determinada en sentencia que se entiende ser constitutiva ⁴⁶¹; o cuando, en la específica materia que tratamos, y como es común y ya se ha indicado, se niega que, en perjuicio del incapaz, su adquirente directo pueda quedar inmunizado frente a las consecuencias de la incapacidad desconocida, mientras que, sin ningún tipo de escrúpulo ni reparo, se admite que pueda serlo el subadquirente, por obra exclusivamente de un tecnicismo jurídico que de ninguna forma alcanza a alterar la entidad y naturaleza de los intereses enfrentados.

Ahora bien, por encima de las anteriores observaciones, cuando la realidad de nuestro efectivo criterio legal en orden a la conjugación de los intereses del incapaz con los del tráfico aparece nítidamente es cuando se procede a su rastreo en la ley que más directa y deliberadamente ha tenido que ocuparse de ella. Tal ley no es otra que la Ley Hipotecaria, y la ocasión de plantearse, la instauración de los dos grandes principios de publicidad y especialidad para la construcción y configuración de nuestro sistema de publicidad registral inmobiliaria. Contra ellos militaba la tradicional hipoteca general y tácita establecida en favor –entre otros– de los incapaces. Ya estaba crudamente planteado el problema de la tensión entre la defensa de éstos y la protección del tráfico. La cuestión, por lo que implicaba de trascendente decisión de política jurídica, fue apasionadamente discutida ⁴⁶². En la Exposición de Motivos se recoge el eco de aquella discusión con un dramatismo que podría sobrecoger el ánimo del lector:

⁴⁶⁰ Tratamos este aspecto algo más ampliamente en *Capacidad, incapacidades ...*, cit., pp. 166-167.

⁴⁶¹ CASTRO: *op. cit.*, p. 276: «La complicación de la vida moderna y su consiguiente tendencia a la abstracción han hecho que la protección de los terceros y la transmisión de poderes al representante legal se hagan depender de una incapacitación solemne. La enfermedad mental alcanzará así la consideración de ser causa de un estado civil, pero sólo mediatamente, pues la inmediata será la incapacitación»; íd., p. 292: «La sentencia o auto declarativo de la incapacidad es el *título* [sub. del a.] que origina jurídicamente el cambio de estado; especial eficacia que hace que se le califique de tener valor constitutivo o, se diría mejor, modificativo. [...] Esta rigidez formal tiene la finalidad de defender al incapacitado, incluso respecto a los terceros que con él contrataron creyendo que era capaz, y para amparar a los terceros que contratan con el representante legal del incapacitado, aunque éste fuese naturalmente capaz». La tesis de CASTRO en este punto, extendida a la práctica totalidad de nuestra doctrina posterior, ha sido recientemente sometida a profunda revisión y crítica por RAMOS CHAPARRO, E.: *La persona y su estado civil*, Madrid, 1995.

⁴⁶² De tal discusión da alguna cuenta GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 195-197, nota b): «Para que la publicidad sea eficaz tiene que ser completa: de otro modo, en lugar de dar protección a los adquirentes y prestamistas se convierte en un lazo para sorprenderlos.

En nombre de la familia, dicen sus contradictores, os pedimos protección para la mujer y para los hijos: en nombre de la orfandad y de la desgracia, os pedimos piedad para el huérfano y para el incapacitado: en nombre de la justicia os conjuramos a que a una cuestión de forma, a una solemnidad externa, no sacrificuéis derechos que han sido respetados en todos los siglos; y en nombre de la santidad de las leyes, no deis a una omisión más fuerza que al precepto soberano del legislador cuando extiende su mano protectora a la mujer, al huérfano y al desvalido ⁴⁶³.

Con toda sobriedad y contundencia, la misma Exposición de Motivos expone y justifica el criterio adoptado por la Comisión:

La Comisión no aboga por la supresión de la hipoteca legal; se limita a proponer que desaparezcan las que no deben existir, y respecto de las demás, y entre ellas las que se refieren a la sociedad doméstica y a la protección de los desvalidos, cambia su forma, convirtiendo en hipotecas legales expresas las hipotecas legales tácitas, y dando a los intereses que deben proteger una garantía infinitamente superior a la escrita hoy en nuestras leyes. La Comisión, lejos de poner en pugna los derechos seculares de la mujer y del menor con los no menos respetables de los que con

El sistema mixto de publicidad y clandestinidad a que la Exposición de Motivos se refiere aquí, tiene el gravísimo inconveniente de que no hay signo alguno exterior que esté al alcance de todos, por el que aparezca de un modo indudable el verdadero estado de la propiedad y la seguridad que ofrece [...] Si no tuviésemos que comentar la Ley, deberíamos hacer mención en este lugar de las disposiciones que entre nosotros se oponen al principio de publicidad, de los privilegios de unos, de las acciones rescisorias y resolutorias a favor de otros, de las hipotecas generales, y de tantos otros peligros a que están expuestos los que a pesar de la vigilancia más diligente adquieren derechos reales o prestan sobre la propiedad inmueble [...] Guiados por la experiencia, y conmovidos a la vista de estos peligros, en su mayor parte los tribunales del Reino contestaron en el informe que se les pidió acerca de esta materia ... en sentido favorable a la publicidad absoluta. No faltaron, sin embargo, otros a quienes pareció preferible el sistema misto. Estos fueron las Audiencias territoriales de Canarias, Oviedo y Sevilla, y con ellos el más autorizado de todos, el Supremo de Justicia, que por su alta categoría, por la misión que tiene de uniformar la jurisprudencia, por la ilustración y larga experiencia de sus Ministros, no puede desconocerse que pesa mucho en la balanza. Sin embargo, parece que este alto Cuerpo luchaba entre los inconvenientes del sistema misto, y el temor de ver desatendidos los intereses de los menores, de los incapacitados, de los hijos de familia y de las mujeres casadas. De otro modo, no podrían leerse en el informe las siguientes palabras dadas por el mismo Cuerpo que se pronunciaba a favor del sistema mixto: «¿Se quiere un sistema hipotecario? Pues acéptese sólo el que sea completo. El que no lo es puede decirse que se auna con la mala fe en daño de los intereses legítimos de los acreedores, a quienes engaña, ofreciéndoles una seguridad que no les proporciona. Menos malo que un sistema incompleto sería no tener ninguno». ¿Podría decir más y con mayor energía el partidario más decidido del principio de plena publicidad? Y a pesar de este tributo tan elocuente que el Tribunal rendía al principio de publicidad absoluta, retrocedía ante sus lógicas e indeclinables consecuencias, y mirando sólo la cuestión bajo el punto de vista de tener que optar entre la protección de las personas a quienes la ley por su condición doméstica o por la falta de integridad de su entendimiento dispensa a manos llenas justísimo favor, y el de los terceros que contratan con los maridos y guardadores, se decidió en favor de las primeras. No había razón para ello a nuestro juicio [...].»

⁴⁶³ E.M., p. 229.

buena fe han adquirido el dominio u otros derechos reales, los armoniza... ; respetando derechos que están consignados en nuestra historia, en nuestras costumbres y en nuestros hábitos, no lleva su exageración hasta el extremo de que absorban otros igualmente legítimos ... procura evitar la ruina de los acreedores de buena fe ... y no convertir la protección justa que debe dispensarse al constituido bajo potestad o tutela o curaduría, en una injusticia escandalosa ⁴⁶⁴.

Resumiendo, por si fuera necesario: lo que se plantea es un problema netamente patrimonial de transcendencia pública y general ⁴⁶⁵, en el que, de entre los intereses enfrentados, los de los adquirentes de buena fe se consideran *no menos respetables* que los de los incapaces. Esto bastaría para dejar sin fundamento legal la prevalencia doctrinalmente afirmada de los intereses del incapaz sobre los del tráfico en esta materia, y, consiguientemente, cualquier forma de tratamiento al problema que consistiera en la pura postergación de éstos ante aquellos. Nótese que es esto lo que se defiende cuando al tercero desconocedor sin culpa, se imponen las consecuencias invalidantes de una incapacidad que, con solo haber sido inscrita, podrían haberse evitado. La solución legal es otra: lejos de sojuzgar unos intereses por otros, armonizarlos estableciendo en favor de ambos un instrumento de publicidad al cual poder acogerse. ¡Allá con sus consecuencias quien lo desaproveche! La Comisión puede incluso permitirse el lujo de argumentar en favor de su criterio componedor invocando el superior servicio que con él se presta a los incapaces:

Hoy es una realidad reconocida que los menores y los que a ellos en el Derecho se equiparan están abrumados por el peso de los beneficios que a manos llenas han querido dispensarles los legisladores. Llévase enhorabuena la protección hasta el punto adonde puede llegarse sin perjudicarlos ⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ E.M., p. 230.

⁴⁶⁵ SERNA: *op. cit.*: «No es su principal aspecto el del interés de particulares contra el de particulares; es el interés público en combinación con el particular, pero sin que aquél destruya éste, sino por el contrario armonizándose, conspirando al mismo fin y fortificándose mutuamente. En una palabra, lo que debía buscarse era dar la mayor protección posible a todos los intereses sociales y civiles, y poner las cosas en disposición de que nadie se viera en el caso de abstenerse de contraer sobre bienes inmuebles, retraimiento fatal [...]».

⁴⁶⁶ E.M., p. 225. La misma idea, entremezclada en el texto de la p. 230 anteriormente citado: «[...] *no sacrifica a la felicidad de los préstamos hipotecarios un interés más grande, más moral, el interés de la familia y del estado; al contrario, fortaleciendo estos intereses, que mira con veneración, hace compatible con ellos el crédito territorial. Prefiere darles una protección verdadera a otra menos real, aunque mayor en la apariencia* [...] *no quiere tampoco ver reducidos al marido y al tutor a la condición tristísima de no poder enajenar sus bienes ni levantar préstamos sobre ellos, o de hacerlo con condiciones onerosísimas por la poca seguridad que prestan las hipotecas* [...]». En SERNA: *op. et loc. ant. cit.*, : «[...] poner las cosas en disposición de que nadie se viera en el caso de abstenerse de contraer sobre bienes inmuebles, retraimiento fatal, porque apartando los capitales de su adquisición, y de auxiliar al propietario en sus empresas y necesidades, disminuye el crédito territorial y agrícola, desprestigia la propiedad del suelo, y a fuerza de protección hace infeliz la suerte de los protegidos».

¿Puede ser más claro el desmentido al argumento que nos proponíamos ponderar y rebatir? Una indicación final: En Francia, donde, como es sabido, se impuso un sistema *mixto* de publicidad registral, tampoco en el ámbito de ésta se hicieron prevalecer los intereses del incapaz sobre los del tercero que inscribe, cuando, por negligencia del representante legal, no se inscribió el derecho de aquél en el Registro ⁴⁶⁷. ¿Se va a afirmar como tesis general esa prevalencia —cualesquiera que sean las circunstancias— en un sistema de publicidad absoluta como el nuestro, donde, además, expresamente y con plena deliberación y diáfana intención, se predispone la inscripción de las circunstancias limitadoras de la capacidad con la finalidad de dar al adquirente la completa seguridad que sin ella no podría obtener del Registro de la Propiedad?

Otra de las críticas añadida al coro de las que sirvieron a la desautorización de las inscripciones de incapacidad ha sido la de la confusión padecida por nuestro legislador al involucrar en el artículo 2, 4.º de la Ley Hipotecaria, sin la necesaria distinción entre ellas, las incapacidades propiamente dichas y las limitaciones dispositivas del titular registral. La confusión, que probablemente es cierta, venía de antiguo —parece estar ya presente en Luzuriaga ⁴⁶⁸— y tenía razón Jerónimo González cuando la denunciaba ⁴⁶⁹, disculpándola en parte por la falta de claridad al respecto existente entonces en la doctrina ⁴⁷⁰. Ciertamente, la capacidad de obrar de la persona, y sus límites, son una cosa, y otra distinta el poder dispositivo que acompaña a la titularidad de los derechos y los recortes que a veces pueden imponérsele. Es esto hoy tan conocido y pacífico que no merece la pena insistir en ello ni entrar a desarrollarlo. Lo que ya no resulta tan

⁴⁶⁷ TROPLONG: *op. cit.*, pp. 366-367: «Lorsque la transcription n'a pas été faite en temps utile, ou qu'elle n'a pas été faite du tout, le droit réel est sans valeur contre les tiers. Telle est la sanction de la loi. Et pour qu'elle soit efficace, nul ne peut en être relevé pour cause d'incapacité personnelle. Ici, comme pour tous les autres modes de publicité établis par la loi, on tient pour certain que les incapables ne peuvent pas être restitués contre le défaut de transcription, même dans le cas d'insolvabilité de leurs administrateurs. Ils n'ont de recours que contre ces administrateurs en faute. Sans cette inflexible rigueur, il n'y aurait pas de sécurité pour les tiers; le but de la loi serait manqué».

⁴⁶⁸ LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 946: «No es bastante hacer patentes la traslación y las obligaciones de la propiedad; conviene también poner de manifiesto los hechos que vienen a impedir al propietario la facultad de disponer de sus bienes; por eso se ha establecido en el artículo 1.829 la obligación de inscribir los actos que pueden inducir aquella capacidad».

⁴⁶⁹ GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *op. cit.*, p. 350: «Las faltas de capacidad y las limitaciones de disponer se distinguen tanto en sus presupuestos como en sus efectos: las primeras descansan en el derecho de la personalidad y tienden a proteger al incapacitado; las segundas se imponen en interés general, o de un grupo o de una persona determinada». También, COSSÍO: *op. cit.*, pp. 97-98: «Interesa, por otra parte, no confundir las causas de incapacidad, que son de naturaleza subjetiva, con las llamadas prohibiciones de disponer [...] las cuales tienen carácter objetivo, sea o no capaz de obrar el titular del derecho por ellas limitado».

⁴⁷⁰ GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *op. cit.*, pp. 347-348: «[...] y aunque [...] tampoco existía gran precisión en materia de incapacidades, pudieron pasar inadvertidas diferencias tan esenciales como las que separan la capacidad de la facultad dispositiva».

claro es que la indicada confusión sirva eficazmente a desautorizar *in complexu* el artículo 2, 4.º de la Ley, ni, más concretamente, la posibilidad en él destacada de las inscripciones de incapacidad. Distinta ésta a las limitaciones dispositivas del titular, tiene en común con ellas constituir circunstancia ⁴⁷¹ que impide la eficacia de la actuación del sujeto sobre el bien o derecho inscrito. Eso basta para que, aunque sea englobada promiscuamente en un conjunto muy heterogéneo, el legislador la incluya en el objeto de unas inscripciones cuya materia no es el derecho real en sí mismo, sino los obstáculos que —ciertamente de orden distinto— se pueden alzar contra la validez de su transmisión. De ello se trataba en definitiva: de que el adquirente pudiera estar completamente seguro, esto es: con seguridad en todos los frentes desde donde pudiera venir la amenaza, de su adquisición; concretamente: no sólo por haber adquirido de quien en el Registro aparecía como titular, sino también porque, según el mismo Registro, dicho titular tenía capacidad y posibilidad de disponer válida y eficazmente de lo suyo. Lo explicó la Exposición de Motivos y una vez más hay que recordar sus palabras: *para adquirir con seguridad bienes inmuebles ... no basta que el vendedor o el imponente sea dueño de ellos ... es además necesario que el que enajena, que el que transmite, tenga capacidad civil para hacerlo ...* Tan crítica en este terreno nuestra doctrina, no ha dejado de hacer aquí alguna concesión al legislador: aunque capacidad y titularidad son cosas diferentes «no es descabellado» ⁴⁷² permitir la constatación de la capacidad en el Registro, ya que de ella puede depender la validez de las adquisiciones que éste se propone asegurar.

Queda todavía un último y muy aparatoso argumento en contra del genuino valor de las inscripciones de incapacidad. Nos referimos, ya se habrá adivinado, a la sustitución del originario artículo 23 de la Ley Hipotecaria por el actual artículo 32. El significado profundo de ambos es el mismo: son la expresión del básico principio de publicidad en su manifestación negativa: lo inscribible no inscrito no puede perjudicar a quien confía en el Registro. ¿Cuál es entonces la diferencia entre uno y otro precepto, con transcendencia como para afectar decisivamente al valor de las inscripciones de incapacidad? Una muy simple y sobradamente conocida: mientras el antiguo artículo 23 refería expresamente la fuerza de tal principio a todos los títulos enumerados en el artículo 2 de la Ley —también, por tanto, indudablemente, a las inscripciones de inca-

⁴⁷¹ DIEZ-PICAZO: *op. cit.*, p. 343: «Por la misma razón [la posibilidad de que surtan efectos contra terceros], se admite el acceso al Registro de ciertas circunstancias o de ciertos hechos con influjo en la configuración o en el futuro ejercicio de los derechos reales inscritos ... Piénsese en la inscripción de las declaraciones judiciales de incapacidad [...]».

⁴⁷² LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 117: «Por supuesto, capacidad y titularidad son cosas diferentes, pero no parece descabellado permitir la constatación, en el Registro, de algunas limitaciones en la capacidad del titular que pueden afectar a la validez de sus disposiciones [...]».

pacidad—, el vigente 32 la limita, en su formulación expresa, a los referentes al dominio o a los demás derechos reales, que, como se sabe, constituyen la materia propia de la publicidad registral inmobiliaria. Tan contrario al régimen establecido para aquellas inscripciones, don Jerónimo González no tenía más remedio que afirmar para aquella legalidad que «aplicando [...] con todo rigor el primer párrafo del artículo 23, [...] las incapacidades [...] no pueden perjudicar a tercero cuando no se hallen inscritas o anotadas»⁴⁷³. Pues bien, en pleno hervor de nuestro germanismo hipotecario, y cuando las inscripciones de incapacidad eran ya objeto de aquella mala prensa ⁴⁷⁴ a que las había condenado la crítica iniciada por el mismo D. Jerónimo, se va a producir la reforma de la Ley Hipotecaria de los años 1944-46. Si los tiempos no eran buenos para estas inscripciones, tampoco podían serlo para un artículo como el 23, que, a pesar de haber sido considerado en los momentos fundacionales como el que contenía toda la Ley ⁴⁷⁵, desprendía un «tufillo» francés que por entonces no podía provocar sino prevención y rechazo, además de plantear el agudo y todavía no total ni pacíficamente resuelto problema de su conjugación con el artículo 34, éste sí de progresión creciente por su más hacedera proximidad al prestigioso sistema germánico. Así se explica la peripecia del otrora fundamental artículo 23: Suprimido en la Ley de reforma de 1944, es echado en falta por algunos ilustres hipotecaristas —concreta y conocidamente por de la Rica ⁴⁷⁶—, logrando reaparecer en el Texto Refundido de 1946, bajo en número 32, pero variado en su redacción: en lugar de la originaria, adopta para sí la del artículo 606 del Código Civil. ¿Diferencia principal, de gran proyección en nuestra materia? Mientras el antiguo artículo 23 refería expresamente el efecto negativo de la publicidad a todos los títulos mencionados en el artículo 2, el nuevo y vigente 32 lo limita a los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre inmuebles. ¿Adiós, entonces y para siempre, al valor sustantivo y por

⁴⁷³ GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *op. cit.*, p. 347.

⁴⁷⁴ «Estas inscripciones —dirá HERMIDA: *op. cit.*, p. 20— han tenido una literatura jurídica no ya mala, sino pésima». Y en otro lugar —p. 26—: «En esta ocasión, los autores de la Ley Hipotecaria [...] estuvieron a más altura que sus comentaristas».

⁴⁷⁵ De su precedente en el Proyecto de Código de 1851, el artículo 1.858 [*Ninguno de los títulos sujetos a inscripción surte efecto contra tercero sino desde el momento en que se ha inscrito*], decía LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 951: «Puede decirse que todo el espíritu de la ley presente está contenido en el artículo 1.858». Posteriormente, según testimonio de DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 562, «El Ministro de Gracia y Justicia, al sostener el Proyecto de Ley Hipotecaria en el Congreso de los Diputados dijo, que si se analizaba, si se condensaba la Ley, este artículo [el 23, hoy 32] era solo la Ley, y recargando la frase añadía que se podía decir *sin exageración que la Ley no era más que el artículo 23, es decir, que no tenía más que un solo artículo y una sola excepción, el artículo 354*» (sub. del a.).

⁴⁷⁶ DE LA RICA: *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Madrid, 1945, pp. 25-28: «La reforma suprime este precepto básico en el sistema, al sustituir totalmente la letra de dicho artículo 23 por la norma prohibitiva de la inscripción de posesión y no consignarlo en ningún otro [...] aunque no merezca censura su supresión, [...] no estará de más recordar que, aunque lo contenga el Código Civil, ese principio siempre ha de tener su lugar adecuado y preferente en el texto de una ley inmobiliaria».

incapaz de las inscripciones de incapacidad que se propuso y dejó establecido el legislador de 1861? Es el gran y definitivo agarradero, tras la reforma legal, de la doctrina que hizo suya la crítica a aquella regulación⁴⁷⁷. Ineficaz, no obstante, a nuestro juicio, por más contundente que pudiera parecer. El epitafio al viejo artículo 23⁴⁷⁸, no debe serlo también al valor originario de las inscripciones de incapacidad. Hermida pretendió justificarlo argumentando que lo que en aquél se decía se sigue desprendiendo hoy del artículo 34⁴⁷⁹. Nosotros no lo entendemos así: el artículo 34 plantea una auténtica situación de «tercero», en el sentido unívoco que esta expresión recibe cuando se habla del tercero beneficiario de la fe pública registral según el juego de este mismo y fundamental precepto. El defecto en él sanado por el Registro se sitúa en el derecho del titular registral otorgante, y proviene, por tanto, de un contrato o título anterior y distinto al que, una vez inscrito, permite la adquisición protegida. No es ello lo que ocurre cuando el incapaz dispone de lo suyo, y el único obstáculo a la validez de la transmisión radica en su incapacidad de obrar. Aquí —hay que reconocerlo— el defecto anida y se sustancia en la inmediata relación *inter partes*, sin necesidad de intervención alguna de tercero. Por ello pensamos que la subsistencia de aquel régimen legal debe explicarse por otra vía: justamente, aplicando a este punto lo que, en general, decía de la Rica criticando la supresión del artículo 23: suprimida su letra, quedan su sustancia y su espíritu embebidos en el conjunto de la Ley⁴⁸⁰. Es el primario

⁴⁷⁷ Por todos, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 118; OLIVENCIA: *op. cit.*, pp. 76-77.

⁴⁷⁸ Más que epitafio, oración fúnebre la que le dedica HERMIDA: *op. cit.*, p. 448: «Y así quedó suprimido, después de ochenta y tres años de vigencia, un precepto tan importante de nuestra Ley Hipotecaria, como era el artículo 23 de la Ley anterior, en cuanto a los efectos de la inscripción de las resoluciones judiciales que afectasen a la capacidad civil de las personas: sin ser comprendido por los expositores y comentaristas, sin ser alegado por los litigantes, sin ser aplicado por los Tribunales, sin que el legislador se diera cuenta de lo que hacía y sin la menor protesta de nadie. ¡Triste destino el del artículo 23 de la anterior Ley Hipotecaria!».

⁴⁷⁹ HERMIDA: *op. cit.*, p. 26: «El artículo 23 de la Ley, en su redacción actual (art. 32), no comprende las inscripciones de incapacidad; pero del párrafo primero del artículo 34 se deduce la misma doctrina, puesto que dice que «un tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, una vez inscrito, será mantenido en su adquisición, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro». A *sensu contrario* se deduce que ese tercero no será mantenido en su adquisición si las causas de nulidad constan en el Registro, que es precisamente, lo que ocurre en el caso de que las resoluciones judiciales de incapacidad consten inscritas o anotadas en el propio Registro».

⁴⁸⁰ DE LA RICA: *op. cit.*, p. 27: «¿Significa la supresión del artículo 23 que ha cambiado el pensamiento del legislador y que desaparece de nuestra legislación tan eficaz, aunque negativa, defensa del título inscrito? ¿Quiere decir que los títulos no inscritos podrán en lo sucesivo perjudicar a tercero, o sea, al titular inscrito? Si así fuese, la reforma habría echado por tierra, de modo solapado, todo el sistema, y, volviendo al revés la frase de Fernández Negrete, podría decirse que la supresión de un solo artículo equivaldría a la destrucción de toda la Ley. Pero, por fortuna, no sucede ni puede suceder así. En primer lugar, porque del contexto general de la reforma, puesto de relieve en el preámbulo, se deduce implícitamente esta norma general: lo no inscrito nunca puede

y más elemental efecto del establecimiento de la publicidad: lo inscribible no inscrito, no puede perjudicar a quien se atiende al Registro. ¿Quién ha afirmado que la sustitución del artículo 23 por el 32 afectara a la supeditación de la oponibilidad de los arrendamientos a su inscripción registral —obviamente, prescindimos aquí de toda referencia a la interferencia en esta materia de las leyes arrendaticias especiales—, siendo así que los arrendamientos —y tampoco de ello vamos a hacer ahora cuestión— no generan derecho de naturaleza real? Lo expusimos ya en otra ocasión ⁴⁸¹: si en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria quiere verse la proclamación del juego negativo de la publicidad, necesario es ampliarlo más allá de sus límites literales; si no se le da tal amplitud, forzoso es reconocer que, fuera de él, pero dentro de la Ley Hipotecaria, sigue jugando el principio de que lo inscribible, no inscrito, tampoco es oponible. Y lo que no se nos podrá negar es que las resoluciones limitadoras de la capacidad siguen apareciendo en la enumeración de la materia inscribible llevada a cabo por el artículo 2 de la Ley Hipotecaria. La reforma del Código Civil en materia de incapacidad y tutela (Ley 13/1983, de 24 de octubre) podría ofrecer nueva base legal a la procedencia de las inscripciones de incapacidad en el Registro de la Propiedad (art. 214 CC ⁴⁸²). Creemos que lo dicho basta, y no vamos a detenernos en ello.

2. APLICACIÓN AL PROBLEMA HOY CANDENTE DE LOS ACTOS DISPOSITIVOS DEL QUEBRADO

Si lo anterior se admite, tendríamos abierta posibilidad de recuperar efectivamente para nuestro ordenamiento de la publicidad registral inmobiliaria unas inscripciones de incapacidad llamadas a surtir la eficacia para ellas pretendida por nuestro legislador. Sin demérito del sistema,

perjudicar a lo inscrito, salvo los casos de excepción que la propia Ley determina; y en segundo lugar, porque no hay que olvidar que el artículo 606 del Código civil, con más perfección que el suprimido 23 de la Ley Hipotecaria, dice que los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero; y este texto continúa vigente en la actualidad. Queda, pues, subsistente el indicado principio negativo, fundamental de nuestro sistema [...].»

⁴⁸¹ *Capacidad, incapacidades* ..., cit., p. 143.

⁴⁸² Las palabras finales de este artículo: *sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación hipotecaria y del Registro Mercantil*, se introdujeron en la sesión plenaria del Congreso, celebrada el martes 28 de mayo de 1983, a instancia de los Grupos Parlamentarios Popular y Centrista, y de acuerdo literalmente con la enmienda presentada por este último. La enmienda del Grupo Popular se justificó con estas palabras: «La publicidad de la incapacidad exige también para la seguridad del tráfico estas constancias registrales, en beneficio de terceros» [cfr. Cfr. CORTES GENERALES: *Código Civil (Reformas 1978-1983) Trabajos Parlamentarios*, III, Madrid, 1985, p. 2592]. Se temió que su omisión pudiera interpretarse como una derogación de la disciplina hipotecaria. Decía, en este sentido la justificación de la enmienda Centrista: «Evitar que se interprete el precepto como derogatorio de la legisla-

sino, por el contrario, como elemento que lo distinguiría muy ventajosamente, nuestro Registro de la Propiedad proveería a los adquirentes de buena fe de un elemento de seguridad que, como al principio decíamos, hoy se viene echando en falta, a veces incluso clamorosamente. Entramos, al explicar esto último, en lo que antes avanzábamos como el segundo momento que nos proponíamos distinguir en el comentario a la razón de ser de estas peculiares inscripciones: su aplicación al concreto supuesto de la quiebra.

Se comprenderá que no pretendamos abordar aquí este problema en toda su amplitud y complejidad. Basta a nuestro proyecto tomar nota del actual *status quaestionis* y de su conexión con los principios rectores de la publicidad registral inmobiliaria. En un doble sentido tal conexión: viendo, en primer lugar, cómo en el tratamiento de la eficacia de los actos del quebrado influye la común interpretación del valor de las inscripciones previstas en el artículo 2, 4.º de la Ley Hipotecaria, y complementariamente, o en camino de vuelta a partir de este origen, comprobando cómo en la generalidad de la doctrina el artículo 34 de esta misma Ley se considera excepcionado por el 878 del Código de Comercio. Enunciándolo ahora de la forma más directa y concisa: la quiebra supone una de las circunstancias limitadoras de la capacidad dispositiva a que se refiere el artículo 2, 4.º de la Ley Hipotecaria; sus consecuencias, por tanto, no deberán resultar interferidas por los efectos sustantivos de la publicidad registral. Su inscripción simplemente servirá a la función calificadora del Registrador y al cierre del Registro a los actos del quebrado; su no inscripción no impedirá que quien contrató con él tenga que estar a las resultas de sus efectos invalidantes ⁴⁸³. El caso resulta particularmente

ción anterior» [Cfr. *op. cit.*, p. 2615]. El Sr. García Agudín, por el Grupo Centrista, la defendió así: «Nuestra enmienda es en el mismo sentido que la que ha presentado el Grupo Popular, porque si no se hace referencia alguna a la Ley Hipotecaria y a la del Registro Mercantil, cabría la duda de si, dado el rango, podrían derogarse los preceptos a que ha hecho referencia el Sr. Durán, del Grupo Popular. Por eso, hacer una referencia a la Ley Hipotecaria y al Registro Mercantil, ya en la formulación del Grupo Popular o en la que nosotros proponemos, sería imprescindible» [*op. cit.*, p. 2770]. Y el Sr. Durán Corsanego, por el Grupo Popular, en la sesión plenaria del Congreso de 24 de mayo de 1983 (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 1983, núm. 39*), : «[...] lo único que quiero es que la modificación que estamos haciendo en la ley de tutela salga lo mejor posible. Creo que la seguridad jurídica debe estar por encima de todo y una resolución de incapacidad debe ser objeto de la mayor publicidad. El hecho de existir el Registro Civil, todos sabemos que es el sostén de todas las vicisitudes de la vida civil de las personas y solamente vamos a él para pedir la partida de nacimiento, de defunción o de matrimonio, pero la busca no se hace en esos Registros y sí frecuentemente en el Registro de la Propiedad» [*op. cit.*, p. 2771].

⁴⁸³ Para el tratamiento de la publicidad de la quiebra y suspensión de pagos en el Registro de la Propiedad, cfr. OLIVENCIA: *op. cit.*, pp. 63-119; en el sentido del texto, y en general para las inscripciones relativas a ellas, vid. p. 88: «Dado el sentido de esta clases de inscripciones, la explicación lógica de su presencia en las páginas del Registro se consume, como ya dijimos, en la misión de facilitar al Registrador un dato de calificación. Ésa es, exclusivamente, su misión y su finalidad. Resulta injustificado cualquier empeño en atribuir mayor relevancia hipotecaria al tipo de inscripción en el que encaja el de declaración de quiebra».

hiriente al tratarse de actos dispositivos otorgados por el titular registral previamente a la declaración e incluso a la solicitud de la quiebra, pero sobrevenidamente incluidos en el período de su retroacción. La muy conocida y citada sentencia de 17 de marzo de 1958 marca aquí el hito donde ha quedado reflejado e irradiante el más puro y duro rigor de esta interpretación: la quiebra no inscrita –y desde luego no puede estarlo en el tiempo a que se extiende su retroacción– arrasa retroactivamente con todo; nada puede salvar ni al adquirente inmediato del quebrado ni al subadquirente; su buena o mala fe no cuentan para nada y tampoco las normas hipotecarias pueden venir en auxilio de ninguno de ellos ⁴⁸⁴.

¿No es esto llevar las cosas demasiado lejos? No siendo común la interpretación que hemos mantenido para las inscripciones de incapacidad, al tratarse de los efectos de la quiebra se ha venido acentuando en la doctrina toda una línea progresivamente contraria a la indefensión de quien de buena fe adquirió del quebrado y al desplazamiento de los efectos protectores de los principios hipotecarios por el automatismo inmisericorde de la nulidad de los actos de este último. Si no se llega a negar su

⁴⁸⁴ Aunque, como hemos dicho, la sentencia es muy conocida, no nos resistimos a transcribir lo principal de sus Considerandos:

La Sala de instancia aplica con el criterio riguroso impuesto por la jurisprudencia el artículo 878 del Código de Comercio, que, agravando, sin duda, el contenido de los artículos 1.035 y 1.036 del Código de 1829, sus precedentes, determina de manera inequívoca la nulidad de todos los actos de dominio y administración realizados por el quebrado en período comprendido dentro de la fecha de retroacción declarada y firme de la quiebra [...] nulidad radical ipse [sic] legis potestate et auctoritate, a pesar de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y de la mala o buena fe en la adquisición, inoperante en los casos a que se refiere aquel precepto, con lo cual decae toda la argumentación en que se basa el motivo inicial articulado por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, invocando como infringidos por violación los artículos 34 de la Ley Hipotecaria, en relación con los 4 y 17 de la Ley de Suspensión de pagos de 26 de julio de 1922, el 42 de aquella y el 142 de su Reglamento [...]

[...] ni tampoco se produce conflicto de leyes porque el Código de Comercio y la Ley Hipotecaria regulan materias especiales que se armonizan y completan, que no se derogan y cuya interpretación y aplicación realizada por la sentencia no afectan al referido artículo, por cuanto en aquél se contemplan casos especiales que han de prevalecer en interés de la quiebra para evitar el injusto desmoronamiento de la masa de la misma, en el proximo tempus [sic] decoctionis, no previsto específicamente en el derecho inmobiliario, como lo está en la legislación mercantil [...]

[...] la nulidad radical admitida por la sentencia recurrida no puede ser subsanada por la inscripción, arrastra en aras del patrimonio del quebrado, intangible para éste a partir de la fecha de la retroacción de la quiebra, la inoperancia de los preceptos hipotecarios, por no reconocer a tales efectos la condición de terceros protegidos a los que derivan causa del quebrado por actos de disposición o administración de sus bienes, debido a lo que no incurre la sentencia de instancia en los vicios que en tales motivos se denuncian en relación con los artículos 33 y 37 de la mencionada Ley Hipotecaria [...]

[...] habiéndose declarado por la sentencia recurrida la nulidad de la compraventa realizada por el quebrado en favor del señor C. y la consiguiente anulación de la inscripción [...] no puede resultar amparado el derecho del recurrente que deriva de ese contrato e inscripción porque la casación que pretende sobre la subsistencia de la parte expresada de la sentencia que no se recurre, deja sin apoyo su posición de recurrente parcial por pretender algo que no puede tener efectividad por la ausencia de poder para transmitir en su causante y la cancelación de su inscripción que rompe civil e hipotecariamente el tracto sucesivo por pérdida del dominio y cancelación de la inscripción del transmitente [...].

fundamentación en la Ley, sí que se dice que un régimen como el descrito resulta arcaico ⁴⁸⁵, peligroso e indeseable ⁴⁸⁶, «feroz» ⁴⁸⁷ y altamente pernicioso para el tráfico ⁴⁸⁸, que conduce al desprestigio del Registro de la Propiedad ⁴⁸⁹, carece de igual en el Derecho comparado ⁴⁹⁰, y que debería provocar nuestro sonrojo ante los juristas de los países integrados con nosotros en la Unión Europea ⁴⁹¹; ha llegado a pretenderse hasta su condena como inconstitucional ⁴⁹².

Lo que a nuestro propósito más importa es llamar la atención sobre la evidencia de que el anterior problema no existiría si se admitiera que —como efectivamente se entendió en los momentos fundacionales de nuestro sistema de la publicidad inmobiliaria ⁴⁹³— la quiebra constituye una de las circunstancias limitadoras de la capacidad en cuanto a la libre

⁴⁸⁵ GARCÍA GARCÍA: *La seguridad jurídica y la retroacción de la quiebra (Crítica a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1991)*, RCDI, 1992, p. 1362: «[...] norma arcaica e inadecuada como es el artículo 878. 2.º del Código de Comercio».

⁴⁸⁶ OLIVENCIA: *op. cit.*, pp. 93-94: «Mantenemos que la categórica formulación del artículo 878 del Código de Comercio impone soluciones indiscutibles en el terreno de la interpretación, aun cuando den lugar en su aplicación práctica a situaciones que atentan a la seguridad del tráfico. Se trata, en definitiva, de una solución legislativa enormemente peligrosa en cuanto que combina dos conceptos jurídicos de extraordinaria gravedad, cuales son el de nulidad y el de retroacción. Pero en nuestro Derecho vigente, cualquiera que sea la trascendencia de ese precepto, resulta imposible soslayar las consecuencias a que puede dar lugar. No cabe más posible solución que de *lege ferenda*». ROCA SASTRE: *Imperfecciones ...*, cit., p. 746: «Es evidente que se impone una reforma legislativa [...]»

⁴⁸⁷ ROCA SASTRE: *Imperfecciones ...*, cit., p. 746: «[...] el resultado feroz del artículo 878 de nuestro Código de Comercio es que si una persona compra una finca a un comerciante [...]»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 1362 hablará de «un efecto drástico, duro e inconstitucional».

⁴⁸⁸ ROCA: *op. cit.*, p. 745: «Esta nulidad [...] por obra de dicha retroacción de la quiebra, es altamente perniciosa para el tráfico jurídico, pues origina una inseguridad tal en las transacciones, que, sobre todo en épocas de crisis económica, destruye el crédito del comerciante».

⁴⁸⁹ ROCA: *op. cit.*, p. 746: «Claro que el comprador quedará defraudado, y lo primero que dirá es que el Registro de la Propiedad y todo el régimen inmobiliario no le ha servido para nada, lo cual redundará en desprestigio de la institución registral y en cierto modo de la notarial incluso».

⁴⁹⁰ En ROCA SASTRE: *Imperfecciones ...*, cit., pp. 744-746, puede verse oportuna referencia al Derecho comparado, en reflexión que parte de la constatación de que el artículo 878 de nuestro Código de Comercio se inspiró en el 447 del Código de Comercio francés o de Napoleón, que, por su rigor, hubo de ser jurisprudencialmente suavizado y, con posterioridad, legalmente reformado. Ni en Italia ni en Alemania los actos del quebrado resultan sometidos a un criterio tal radical de nulidad como el que mantiene nuestro Código de Comercio.

⁴⁹¹ GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 1362: «¿Qué dirán los juristas alemanes, franceses, italianos, ingleses, si se les dice que el sistema español no protege a los adquirentes y subadquirentes de pisos, locales, terrenos y fincas que procedan de buena fe consultando la institución registral a la que el Estado encomienda la publicidad y la transparencia de las situaciones jurídicas que afectan a las fincas?».

⁴⁹² Baste, por el momento, la referencia al mismo GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 1361-1362: «La interpretación que hace esta sentencia [se refiere a la de 15 de noviembre de 1991, ninguna *rara avis* en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo] del artículo 878. 2.º del Código de Comercio, precepto procedente del Código de Comercio de 1829, parece inadecuada para los tiempos actuales, pues tal precepto produce un efecto drástico, duro e inconstitucional para los terceros de buena fe, sean adquirentes o subadquirentes del quebrado».

⁴⁹³ En el artículo 1.829 del Proyecto de Código Civil de 1851, se enumeraba expresamente el caso de la quiebra entre las «incapacidades» sujetas a inscripción: *Están igual*

disposición de los bienes, y si, consiguientemente, a la verificación u omisión de su inscripción se reconocieran los efectos pretendidos para una y otra por nuestro legislador decimonónico. Desgraciadamente no es eso lo que ocurre. Se admite, sí, por encima de distingos en cuanto a la calificación precisa de las consecuencias de la quiebra en la personalidad del quebrado, y con independencia, también, de si su tratamiento debería ser el propio de la incapacidad o el de las prohibiciones judiciales de disponer, se admite, decíamos, que su tratamiento registral sea el previsto para las causas limitadoras de la capacidad⁴⁹⁴, pero, justo a partir de esta premisa y en razón de la desnaturalización de este tratamiento por la doctrina común que aquí venimos combatiendo, se concluye en el régimen antes sucintamente expuesto y que tan clamorosamente viene provocando la alarma y la protesta de la doctrina: la quiebra, como la incapacidad,

mente sujetas a inscripción las sentencias ejecutoriadas: [...] 4.º En que se declare una quiebra, ó se admita la cesión de bienes ó se ordene su secuestro ó expropiación (para su comentario, cfr. OLIVER: op. cit., p. 47); en la doctrina que comenta la Ley Hipotecaria, vid. GÓMEZ DE LA SERNA: op. cit., p. 296, en la glosa a la expresión legal Incapacidad legal para administrar: «[...] las sentencias ejecutorias que deben inscribirse, no son solo las que espresamente declaran la incapacidad para administrar ó modifican con igual espresion la capacidad civil en cuanto a la libre disposicion de los bienes, sino todas aquellas que produzcan legalmente una ú otra incapacidad, aunque no lo declaren de un modo terminante. Así sucede con las ejecutorias en que se admite la cesion de bienes que hace el deudor que no puede satisfacer á los acreedores; así con las que declaran á alguno en quiebra y con las que ordenan un secuestro. Lo mismo acontece, por ejemplo, con la ejecutoria que priva al marido de la administracion de los bienes de su mujer respecto á ellos»; HERNÁNDEZ DE ARIZA: op. cit., p. 506: «Tambien entendemos comprendidos en el mismo §. 4.º los fallos ejecutorios que impiden al propietario ó al administrador hábil para contratar, el uso de cualquiera de sus facultades, como son aquellos en que se ordena la separación de bienes del matrimonio ó se confiere su administracion á la mujer, ó se declara una quiebra, y otros análogos»; GALINDO y ESCOSURA: op. cit., pp. 471-472: «[...] preciso es que además de inscribir el inmueble y derechos reales con todas sus vicisitudes, se haga también constar la ejecutoria que impida al dueño la libre administración de sus bienes, y esto, aun cuando no se declare de un modo expreso la incapacidad; pues basta que legalmente se deduzca de la ejecutoria, para que con sujeción á lo dispuesto en el artículo 4 del Regl., sea inscribible. Tal sucede con las que admiten la cesión de bienes ó las que declara [sic] la quiebra»; MORELL: op. cit., p. 432: «Como sentencias o resoluciones comprendidas en el grupo que examinamos, deben mencionarse la ejecutoria de interdicción civil que priva de la patria potestad, autoridad marital, administración de bienes, y derechos de disponer de aquellos por actos entre vivos; la ejecutoria de incapacidad más o menos extensa, aunque no se declare de un modo expreso, pero se produzca legalmente, en virtud de una declaración de quiebra o de concurso, y la ejecutoria de presunción de muerte [...]».

⁴⁹⁴ Sobre ello, en sí mismo y en sus consecuencias, con detenida referencia al dato legal de la referencia a la quiebra en el artículo 105 del Reglamento de 1915, remitiendo su anotación al caso cuarto del artículo 42 de la Ley, mientras que en el artículo 142 del vigente Reglamento se la remite a número quinto del mismo precepto de la Ley, cfr. OLIVENCIA: op. cit., pp. 63-78; su pensamiento, formulado brevemente en conclusión -p. 115-: «Ya hemos expuesto anteriormente el alcance que tiene, a efectos registrales, la calificación jurídica que se dé a la situación creada por la quiebra. Hemos examinado el comportamiento registral de las prohibiciones de disponer y de las modificaciones de la capacidad, para concluir que el régimen de estas últimas conviene mejor a los efectos propios de la quiebra. Y, en efecto, parece correcto afirmar que, institucionalmente, la quiebra queda clasificada con acierto desde el punto de vista del Registro de la Propiedad, cuando se encaja en el número cuarto del artículo 2 de la Ley Hipotecaria».

provoca en los actos del quebrado una nulidad⁴⁹⁵ que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, el Registro no puede

⁴⁹⁵ Ya vimos que la sentencia de 17 de marzo de 1958 calificaba de nulos los actos del quebrado, cualificando tal nulidad como «nulidad radical ipse [sic] legis potestate et auctoritate». En su comentario, OLIVENCIA —*op. cit.*, p. 107— no entra a profundizar en la crítica de esta calificación: «[...] los principios de la sentencia resultan concordantes con la interpretación jurisprudencial y doctrinal clásica ya en nuestro Derecho en torno al artículo 878 del Código de Comercio. Si los actos llevados a cabo por el quebrado en la época de retroacción son radicalmente nulos, el adquirente en ellos no puede alegar el silencio del Registro en orden a la circunstancia de la quiebra para pretender el amparo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria» sino que más bien da muestras de compartirla, al afirmar —p. 91— que «con nuestra doctrina más autorizada y con la constante jurisprudencia que interpreta este artículo, debemos concluir que la sanción contenida en él es una nulidad radical, que opera automáticamente, y cuya especial característica es la de tratarse de una nulidad sobrevenida». Si han criticado posteriormente aquella calificación, e.c., JUSTE IRIBARREN: *op. cit.*, p. 1135: «El artículo 878, 2.º, no recoge un principio de nulidad absoluta, sino relativa, y afecta sólo a los actos hechos en perjuicio de la masa durante ese período, se puede ejercitar sólo por la Sindicatura y no alcanza sino a los que concertaron directamente con el quebrado». Sobre todo, y posteriormente, DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Nulidad de los actos del quebrado en el período de retroacción de la quiebra. La S 12 marzo 1993 y la jurisprudencia del último decenio*. Aranzadi Civil, 1993, pp. 2498: «Si, en lugar de a las consecuencias, atendemos a las premisas o causas de la invalidez, ocurre de nuevo que la que nos ocupa escapa de la clasificación usual. Ni faltan requisitos esenciales (consentimiento, objeto, causa), ni se trata de actos contrarios a norma imperativa o prohibitiva, en el sentido del artículo 6-3 CC, aunque esto último se haya insinuado en alguna sentencia (como la de 19-12-1991). Al menos, no de manera distinta a como los contratos celebrados por los menores infringen el artículo 1.263 CC (los ejemplos podrían multiplicarse, como es conocido), sin que ello obste para que la correspondiente invalidez no sea la nulidad absoluta (sino la anulabilidad), según doctrina prácticamente unánime. No pretendo insinuar que haya problema especial en admitir que la «nulidad» del artículo 878 CC no se atenga a ninguno de los regímenes típicos de la ineficacia en nuestro Ordenamiento. Por el contrario, creo que se trata de un tipo de ineficacia especial; como, de hecho, confirma la jurisprudencia del Supremo si se atiende a lo que, en verdad, hace, aun en contra de ciertas declaraciones suyas más genéricas. Pero lo que, espero, estará claro a estas alturas, es que el argumento de la literalidad del artículo 878. 2 CC («serán nulos») es absolutamente irrelevante y no conduce en ningún caso, tampoco en la jurisprudencia, a la aplicación del régimen de la llamada nulidad radical, absoluta o de pleno derecho. El régimen que aplica el TS tiene fundamento exclusivo —muy respetable— en la doctrina del propio Tribunal que, por lo mismo, podría cambiarla en cualquier momento sin esperar una actuación —deseable— del legislador [...]. En honor de la verdad, debe advertirse aquí que no siempre que la jurisprudencia ha entrado a calificar la ineficacia de la actuación del quebrado se ha pronunciado por la tesis de la nulidad, ni mucho menos, por la de una nulidad de las características indicadas en la sentencia de 17 de marzo de 1958. Una muestra de ello puede verse en la de 30 de junio de 1978: «[...] la situación del quebrado no rehabilitado es una especial condición jurídica que se explica por la *ratio juris* de esta particular incapacitación, en cuanto que nacida de la quiebra para proteger a los acreedores de un deudor insolvente, funciona despojando al quebrado de la administración de su patrimonio [...] no creándose una situación firme, con la premisa propia del estado civil, ya que su subsistencia, en definitiva, depende de la voluntad de los interesados [...] La declaración de quiebra no origina una prohibición de carácter sancionador, pues sus efectos respecto a la capacidad son los mismos con independencia de la calificación de la quiebra, por lo que no es que todos los actos del quebrado, por modo general, hayan de considerarse nulos por contrarios a ley [...] Se produce una mera restricción de la capacidad en favor de los acreedores de la quiebra, y por tanto sólo por la representación legal de ésta puede ejercitarse la impugnación [...] Reuniendo el contrato tan citado los requisitos expresados en el artículo 1.261 CC, le afecta la posibilidad de confirmación a que alude el artículo 1.310 del mencionado ordenamiento jurídico civil». Algo dijimos sobre el significado de esta impugnabilidad disponible, relativa y de protección, en nuestro trabajo: *Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)*, en «Centenario del Código Civil», I, Asociación de Profesores de Derecho

sanar⁴⁹⁶. Nada importa que el adquirente no la conociera y que el Registro no le diera noticia de su existencia –imposible, desde luego, que se le diera cuando sus efectos se retrotraen a fecha anterior a la de su declaración, e incluso a la de su solicitud–: la inscripción no sana los actos nulos, y el que adquiere del quebrado no es «tercero», sino parte, en dicho acto⁴⁹⁷. El extremado rigor de la sentencia de 17 de marzo de 1958 extendiendo este régimen hasta el subadquirente, aun siendo la más coherente forma de concluir cuando el problema se plantea como una pugna entre el interés general del tráfico –de los adquirentes de buena fe, habría que decir para nuestro Derecho– y el de los acreedores del quebrado resuelto por el artículo 878 del Código de Comercio en favor de estos últimos⁴⁹⁸, viene siendo mayoritariamente criticado y corregido por la doctrina, de nuevo aplicando a la quiebra el esquema de solución propuesto para los actos del incapaz: el adquirente directo no puede ser registralmente protegido, pero sí el subadquirente, al aparecer con él el «tercero hipotecario» y al haberse suscitado para él un problema que ya no es el de la originaria incapacidad del transmitente remoto sino, como derivación de ella, el de la ineficaz o claudicante titularidad de su inmediato causante⁴⁹⁹.

Incluso así suavizado aquel régimen, la doctrina, como hemos visto, viene hoy manifestándose alarmada y propugnando una forma distinta de solución; en la jurisprudencia aparece, a veces, una cierta predisposición al cambio de rumbo⁵⁰⁰, y en la Ley del Mercado Hipotecario este cambio se

Civil, Madrid, 1990, pp. 981-982. Como último dato, debe tenerse en cuenta que el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario habla de *impugnación* cuando se refiere a la acción ejercitable al amparo del segundo párrafo del artículo 878 del Código de Comercio para dejar sin efectos en Derecho las hipotecas constituidas fraudulentamente por el quebrado.

⁴⁹⁶ Así, ROCA SASTRE: *Imperfecciones ...*, cit., pp. 749-750; OLIVENCIA: *op. cit.*, p. 90; *íd.*, p. 93.

⁴⁹⁷ ROCA SASTRE: *Imperfecciones ...*, cit., p. 749; OLIVENCIA: *op. cit.*, p. 107; *íd.*, p. 118, refiriéndose directamente a los actos del suspenso, pero aplicándoles el mismo criterio rector del tratamiento de los del quebrado.

⁴⁹⁸ Así presenta OLIVENCIA el criterio legal vigente, al formular sus conclusiones: «Así –dice, *op. cit.*, p. 117–, en materia de retroacción, el conflicto de intereses y la solución que el legislador le ha dado se ponen bien de manifiesto. En realidad, se trata de un problema de política legislativa, que pudiera ser resuelto de manera bien diferente. Pero en nuestro Derecho en vigor la solución es favorable a los intereses del quebrado, aun a expensas de los intereses de adquirentes de buena fe».

⁴⁹⁹ Por todos, ROCA SASTRE: *Imperfecciones ...*, cit., p. 748; OLIVENCIA: *op. cit.*, pp. 107-109, criticando la sentencia de 17 de marzo de 1958.

⁵⁰⁰ «La S 12-3-1993: ¿anuncio de un cambio de rumbo?», así se pregunta DELGADO ECHEVERRÍA: *op. cit.*, p. 2508, a la vista de algunas afirmaciones contenidas en la sentencia de la fecha enunciada. Estas son las más significativas: *Sin embargo, el principio de retroacción absoluta y nulidad radical que el artículo 878 del Código de Comercio parece proclamar, no debe ser tan imperante y automático que no permita contemplar situaciones que puedan estar fuera del mismo, con subsistencia y eficacia jurídica suficiente, en cuanto afectan a subadquirentes totalmente ajenos a las maniobras de desposesión de bienes llevadas a cabo por el quebrado y que con toda buena fe compran bienes que en su día pertenecieron a aquél, asistiéndoles plena creencia legítima de obrar conforme a la legalidad [...] En línea de necesario aperturismo a la realidad de los tiempos, a lo que la Sala no está cerrada, y partiendo de*

ha hecho ya realidad legal ⁵⁰¹ que por algunos se interpreta como el augurio del nuevo criterio inspirador de la tan esperada Ley Concursal ⁵⁰².

darse situaciones en que el conflicto de despojo a la masa acreedora pudiera ceder ante la desposesión del legítimo adquirente y titulado registral, es necesario que se dé concurrencia probatoria muy precisa y convincente de la total ajenidad de dicho tercero a la confabulación maquinatoria del quebrado para generar situaciones de insolvencia aparente en perjuicio de los acreedores. Es decir, que la posible eficacia radical del artículo 878 del Código de Comercio es susceptible de interpretarse como relativa cuando no se da prueba de que los actos de dominio y administración realizados por el quebrado o, en su caso, por medio de personas interpuestas, perjudiquen a la masa de la quiebra. De mucho interés, como siempre, este trabajo de DELGADO ECHEVERRÍA y las observaciones en torno a la jurisprudencia en materia de nulidad de los actos del quebrado; en cuanto al interrogante formulado, ésta es su respuesta (p. 2511) : «[...] sólo el sentido de los futuros pronunciamientos del TS permitirá apreciar si esta S 12-3-93 es, en realidad, el anuncio de un cambio de rumbo; o si, por el contrario, las expresiones que parecen anunciarlo quedarán como meros *obiter dicta* (lo son realmente, pues no constituyen fundamento del fallo) sin transcendencia práctica». La muy reciente sentencia de 26 de marzo de 1997, con cita de la de 20 de junio de 1996, parece disipar toda esperanza: estamos de nuevo en el rigor de 1958: *Así pues, aplicando el artículo 878 del Código de Comercio, se produce, tal como dice la sentencia de 20 de junio de 1996, una nulidad intrínseca y absoluta, que actúa ope legis, y que no precisa declaración judicial de invalidez de los actos afectados, pues la ley no establece procedimiento alguno a tales efectos, actuando incluso con independencia de situaciones de ignorancia o buena fe en los terceros que contratan con el quebrado. La referida nulidad sólo supedita sus efectos en cuanto precisa sea declarada judicialmente en aquellos casos en que determinada persona se oponga a la misma (SS de 9-12-91; 24-10-89; 15-11-91; 19-12-91; y de 11-11-93, entre otras).* También, y extensamente, sobre la jurisprudencia en torno a los problemas de la nulidad de los actos del quebrado y su proyección en el tráfico, HUERTA VIESCA, M.^ª Isabel y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: *La retroacción de la quiebra: Estados doctrinal y jurisprudencial actuales y perspectivas de evolución futura de la interpretación de la legislación vigente*, ADC, 1995, pp. 1529-1632, para su transcendencia registral, esp., pp. 1600 ss.

⁵⁰¹ Artículo 10: *Las hipotecas inscritas a favor de las Entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser impugnadas al amparo del párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio, mediante acción ejercitada por los Síndicos de la quiebra, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución del gravamen, y quedando en todo caso a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice en aquél.* En su desarrollo, el artículo 25 del Reglamento: *Las hipotecas inscritas a favor de las Entidades que pueden participar en el Mercado Hipotecario sólo podrán ser impugnadas por causa de quiebra del hipotecante cuando se hubieran formalizado en época posterior a la fecha a que se hayan retrotraído los efectos de la quiebra, demostrando la existencia de fraude en la constitución del gravamen. En todo caso quedará a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice del quebrado fraudulento.* La sentencia de 12 de diciembre de 1995, como no podía ser de otra forma, reconoce la novedad de este criterio frente a la interpretación establecida en el artículo 878 del Código de Comercio, pero niega su aplicación al caso debatido por ser la hipoteca litigiosa anterior a la fecha de la Ley y carecer ésta de eficacia retroactiva: «El motivo cuarto lo dedica la parte recurrente a denunciar violación de ciertos preceptos de la Ley 2/1981 de 25 de marzo, relativa a *Regulación del mercado hipotecario*; citando en especial el artículo 10 en el que se exige la existencia de fraude en la constitución del gravamen hipotecario, para que se pueda impugnar al amparo del número 2.º del artículo 878 del Código de Comercio. Esta disposición viene a modificar en cierto sentido la legislación y la jurisprudencia mercantil, en la que la nulidad radical opera *ipso legis [sic]*, en estos supuestos de retroacción de los efectos de la declaración de quiebra. Por este carácter, y por las disposiciones generales de los artículos 9 de la Constitución y 2-3.º del Código Civil, el citado precepto no tiene carácter retroactivo, y no es por tanto aplicable a un contrato de hipoteca constituido con fecha 15 de noviembre de 1979, en virtud de los efectos retroactivos de una quiebra que se fijaron a partir del 1 de septiembre de 1978». Sobre esta sentencia y la problemática en ella planteada, cfr. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel - HUERTA VIESCA, M.^ª Isabel: *La especial protección de las hipotecas subsumidas en la Ley del Mercado Hipotecario frente a al quiebra del hipotecante* (Comentario a la STS, 1.ª, de 12 de diciembre de 1995), ADC, 1996, pp. 411-428.

⁵⁰² Así, MADRID PARRA, Agustín: *El mercado hipotecario (EEW-España)*, Banco Hipotecario de España, Madrid, 1988, pp. 1172-1173. Sobre el Anteproyecto de Ley

Pero, ¿es realmente necesaria la espera? La doctrina, mayoritariamente, así lo entiende y, excepción hecha de los contados autores que se han opuesto a la interpretación común del que se considera como el régimen actualmente vigente ⁵⁰³, sólo considera a su alcance introducir en éste algún tipo de temperamento ⁵⁰⁴. Las fórmulas de solución que interinamente se proponen al problema de la armonización de los efectos de la quiebra con las exigencias de seguridad de los adquirentes de buena fe resultan siempre problemáticas: o su fundamento es discutible, o chocan con la interpretación y aplicación jurisprudencial de las normas que se entienden llamadas a tejer la trama legal de su solución. Véanse cuáles han sido los caminos propuestos para evitar los efectos perturbadores de la rigurosa aplicación del artículo 878 del Código de Comercio: la denuncia de su inconstitucionalidad, principalmente por ser contraria a la seguridad jurídica ⁵⁰⁵; la necesidad de

Concursal, en la materia en estudio, cfr. AGUILERA ANEGÓN, Gonzalo: *El Anteproyecto de Ley Concursal y el Registro de la Propiedad (Borrador del Anteproyecto de 1995)*, Madrid, 1997, pp. 97-102 y p. 288, donde se recoge el artículo 96:

«1. La demanda de revocación deberá dirigirse contra el deudor y contra quien haya sido parte en el acto objeto de revocación o contra quien se hubiera beneficiado con dicho acto o con la omisión, aunque el bien o el derecho no se encuentre ya en el patrimonio del adquirente.

2. La demanda de revocación podrá también dirigirse contra cualquier persona que haya adquirido el bien o derecho a título gratuito o a título universal de quien hubiera sido parte en el acto objeto de revocación o se hubiera beneficiado del mismo.

3. En los demás casos, las acciones revocatorias sólo podrán ejercitarse contra el tercero que haya adquirido el bien o el derecho de quien hubiera sido parte en el acto objeto de la revocación o se hubiera beneficiado del mismo si no fuera tercero de buena fe».

⁵⁰³ Es el caso, principalmente, de BILBAO ARÍSTEGUI, Antonio: *Actuación de los principios de legitimación y de fe pública registral en su relación con los actos de disposición otorgados por el futuro quebrado durante el período de retroacción de la quiebra*. RCDI, 1972, pp. 1299-1313; JUSTE IRIBARREN, Miguel: *Notas sobre la retroacción de la quiebra*, cit., pp. 1121 ss., y, finalmente, GARCÍA GARCÍA, en el trabajo, también ya citado: *La seguridad jurídica y la retroacción de la quiebra (Crítica a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1991)*. RCDI, 1992, pp. 1359-1369.

⁵⁰⁴ Cfr. ROCA SASTRE: *Imperfecciones ...*, cit., p. 751: «En resumen: La actual situación jurídica, con sus efectos retroactivos de la quiebra, perturba la contratación y redundante en desprestigio de nuestro régimen inmobiliario registral. La solución de este problema no compete a la legislación hipotecaria, sino al Código de Comercio. Mientras esta reforma no llegue, los Tribunales pueden paliar o suavizar el rigorismo o radicalismo de dicho artículo 878 del Código de Comercio, mediante adoptar el temperamento de la acción pauliana, o sea, defendiendo la adquisición del tercero, que adquirió a título oneroso y con buena fe. La jurisprudencia, con esto, fortalecerá indudablemente la economía de la nación».

⁵⁰⁵ «No extrañará —dice DELGADO ECHEVERRÍA: *op. cit.*, p. 2491— que, en situación tan desamparada, a algunos afectados por la retroacción (o a sus abogados) se les haya ocurrido tachar al artículo 878 CC, o a su interpretación jurisprudencial, de contraria a la Constitución [...]. Por una parte, una nulidad de tal índole sería contraria a la seguridad jurídica (art. 9. 3 CE); por otra, atentatoria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). De hecho, el Tribunal Supremo ha tenido que enfrentarse a recursos así motivados [...]» Curioso es que la sentencia de 22 de marzo de 1985, negando tal inconstitucionalidad, admita la proximidad a ella de la aplicación legal que se combate: «Sin que, por otra parte, tal normativa pueda entenderse derogada por la Constitución, pues corresponde al legislador ordinario optar, entre los varios sistemas de reintegración de la

masa de la quiebra, por aquel que estime idóneo en un momento histórico determinado, para la armonización de los intereses en juego en el procedimiento concursal, sin que la inseguridad jurídica que indudablemente produce la nulidad *ipso jure* de los actos afectados por la retroacción, pueda elevarse al rango de inconstitucional por atentatoria al derecho fundamental de tutela efectiva a que tiene derecho toda persona en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, en cuanto, aunque próxima a la inconstitucionalidad, ni desconoce el derecho de impugnar la fecha de la retroacción al objeto de excluirla total o parcialmente, ni en principio, supone la pérdida de los derechos económicos derivados de la referida nulidad»; la de 17 de marzo de 1988 dirá: «Igualmente, y en fecha reciente, ha proclamado esta Sala que, con independencia de que el sistema de retroacción absoluta de la quiebra, con la consiguiente nulidad de los actos dispositivos posteriores a la fecha de retroacción, produce efectos perturbadores de la seguridad del tráfico jurídico, efectos que en gran medida podrían paliarse con la regulación de un amplio abanico de acciones sustitutorias que permitieran la reintegración a la masa de los bienes que no debieron salir de ella, es lo cierto que en nuestro ordenamiento positivo, no sólo por la constante jurisprudencia y por la opinión dominante de la doctrina científica, sino también por terminante declaración legal, la retroacción de la quiebra está expresamente reconocida, sin que tal normativa pueda entenderse derogada por la Constitución, pues corresponde al legislador ordinario optar entre los varios sistemas de reintegración de la masa de la quiebra, por aquel que estima más idóneo en un momento histórico determinado para la armonización de los intereses en juego en un procedimiento concursal, sin que la inseguridad jurídica que indudablemente produce la nulidad *ipso jure* de los actos afectados por la retroacción pueda elevarse al rango de inconstitucional por atentatoria al derecho fundamental de tutela efectiva a que tiene derecho toda persona en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos». En la doctrina, quien más ha insistido en la inconstitucionalidad de la superposición de la retroacción sobre los derechos del adquirente de buena fe ha sido GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*: «[...] pues tal precepto produce un efecto drástico, duro e inconstitucional para los terceros de buena fe, sean adquirentes o subadquirentes del quebrado» (p. 1362); «Aquí está en juego, en primer lugar, el principio constitucional de seguridad jurídica del artículo 9 de la Constitución. ¿Quién puede sentirse seguro al adquirir un piso para vivienda o para ejercer en él su profesión o trabajo si, a pesar de consultar el Registro, fuente de la seguridad jurídica inmobiliaria, y a pesar de su buena fe, luego se le dice que la entidad vendedora ha sido declarada en quiebra con fijación judicial de la fecha de retroacción a unos días antes de sus adquisiciones? Es realmente incomprensible» (p. 1364); «Por otra parte, el principio constitucional de igualdad del artículo 14 de la Constitución impide mantener, a las puertas del siglo XXI un privilegio del gremio de los comerciantes frente a consumidores y propietarios que adquieren pisos para viviendas o locales. Con la interpretación de la presente sentencia [se refiere a la que comenta, de 15 de noviembre de 1991] se produce indefensión constitucional de los terceros adquirentes que nada saben de una fecha de retroacción fijada a sus espaldas y de la que, al parecer, nada pueden oponer cuando la declaración judicial ha quedado firme en el juicio de quiebra». En nuestra opinión, y según expusimos ya en *Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema español*, cit., pp. 562-563, texto y nota 117, se confunden las cosas cuando se identifican la seguridad en torno a la norma jurídica aplicable —esa es la materia del artículo 9 de la Constitución y ahí es donde juega el principio constitucional de la seguridad jurídica— y el sentido de esa norma en favor de alguna de las posibles finalidades en pugna: el aseguramiento de los derechos ya adquiridos o el aseguramiento de las adquisiciones de derechos. Por ello entendemos perfectamente que el Tribunal Supremo haya podido retorcér el argumento de la inconstitucionalidad que en estos casos se le alegaba, afirmando que lo que realmente introduciría inseguridad en el Ordenamiento sería la inaplicación de la norma vigente y su sustitución por otra solución pretendidamente más acorde con los intereses más dignos de protección, según la estimación de quien, sea quien fuere, no es el llamado a resolver lo que la ley tiene ya decidido: «La evolución que ha experimentado nuestra legislación por influjo de las normas constitucionales —replicará la sentencia de 4 de julio de 1989—, así como las técnicas interpretativas aplicadas a la misma, no han llegado al punto de desvirtuar la clara y evidente literalidad y finalidad que se desprenden del precitado 878, ni la significación y alcance que tiene, y mantener lo contrario, concediendo menor rigor conceptual a su aplicación, supondría vulnerar los principios de legalidad y seguridad jurídica que preconiza el apartado 3 del artículo 9 de la Constitución, sin que por otra parte represente desconocimiento alguno del derecho que proclama su artículo 24».

integrarlo ⁵⁰⁶, bien desde otras normas mercantiles ⁵⁰⁷, bien, más generalmente, desde el conjunto del sistema jurídico, frenándolo ante las adquisiciones de terceros de buena fe como se hace en la acción pauliana ⁵⁰⁸; bien, finalmente, desde los principios hipotecarios, a cuyo juego debería quedar sometido ⁵⁰⁹. Se ha defendido también que los efectos del artículo 878, en interpretación literal del mismo, sólo pue-

⁵⁰⁶ GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 1362: «El artículo 878. 2.º del Código de Comercio es, ciertamente, un «islo» por lo brusco que resulta, pero ha de interpretarse en coordinación con las demás normas vigentes del sistema jurídico español, sobre todo, cuando es tan fácil acudir a esas otras normas que no sólo están vigentes y es obligado aplicar contra lo que dice la presente sentencia, sino que son leyes posteriores al Código de Comercio de 1885, por lo que, en caso de conflicto, prevalecerían sobre ese artículo 878. 2.º del Código de Comercio»; JUSTE IRIBARREN: *op. cit.*, p. 1136: «El Derecho es un todo armónico. Es indiscutible la *unidad* del Derecho, que es *uno*, no *único*, [...] Esa unidad supone una jerarquía, más que de cuerpos legales, de normas contenidas en ellos. Una de las cumbres de esa jerarquía jurídica es la protección a la buena fe y la defensa de la seguridad [...] cuando se refiere a los «otros» ajenos al procedimiento, a los terceros, el Derecho no modifica nada, faltaría *justa causa* y desde luego nos encontraríamos con *ratio juris* muy diversa para casos análogos de Derecho civil, mercantil e hipotecario, siendo así que la unidad del Derecho se basa en la unidad de *ratio*».

⁵⁰⁷ JUSTE IRIBARREN: *op. cit.*, p. 1136: «[...] el artículo 908 mismo del Código de Comercio prueba el *respeto del derecho de quiebra al tercero* [...]» (sub. del a.); GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 1366: «El Juzgado de Primera Instancia de este caso advirtió, acertadamente, que la fecha de retroacción de la quiebra la fija el Juez «sin perjuicio de tercero», por imperativo del citado artículo 1.024 del Código de Comercio de 1829. Frente a ello, la presente sentencia del Tribunal Supremo incurre en interpretación inconstitucional, desperdiciando la ocasión de oro que le brindaba el Juzgado de Primera Instancia. ¿Por qué no se puede relacionar el artículo 878. 2.º del Código de Comercio de 1885 con el artículo 1024 del Código de Comercio de 1829 si son dos preceptos de Códigos de Comercio que se ocupan de la fecha de la retroacción de la quiebra?».

⁵⁰⁸ ROCA SASTRE: *Imperfecciones ...*, cit., p. 751: «En resumen: La actual situación jurídica con sus efectos retroactivos de la quiebra, perturba la contratación y redundando en desprestigio de nuestro régimen inmobiliario registral. La solución de este problema no compete a la legislación hipotecaria, sino al Código de Comercio. Mientras esta reforma no llegue, los Tribunales pueden paliar o suavizar el rigorismo o radicalismo de dicho artículo 878 del Código de Comercio, mediante adoptar el temperamento de la acción pauliana, o sea, defendiendo la adquisición del tercero, que adquirió a título oneroso y con buena fe. La jurisprudencia, con esto, fortalecerá indudablemente la economía de la nación».

⁵⁰⁹ JUSTE IRIBARREN: *op. cit.*, p. 1134: «Y no sólo se oponen al juego absoluto del 878 los principios sustantivos hipotecarios de fe pública y legitimación, sino los adjetivos de prioridad, tracto sucesivo e inscripción»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 1367: «Con unas frases ciertamente duras para con la legislación hipotecaria, la sentencia habla de “la inoperancia de los preceptos hipotecarios” y dice que «los artículos 33, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria son inaplicables al caso debatido, lo mismo que devienen automáticamente nulas las hipotecas constituidas con posterioridad a la fecha a que se retrotraen los efectos de la quiebra y se prescinde para declarar tal nulidad de la buena o mala fe de los adquirentes o subadquirentes (?), puesto que la Ley no hace distinción» (?). ¿No será la Ley Hipotecaria la que no hace distinción? El problema de esta sentencia consiste precisamente en lo que ella misma reconoce: no aplicar unos preceptos de una Ley, como la Hipotecaria, que está vigente, que es Ley posterior y que se ocupa precisamente de la cuestión debatida [...] Y en todo caso la sentencia no contiene ningún razonamiento ni argumentación para no aplicar la Ley Hipotecaria. En contra de la sentencia, la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es imperativa respecto a los «subadquirentes de buena fe». Esto es evidente y, frente a ello, nada puede resultar de una norma anterior que no se refiere a ellos [...]».

dan alcanzar a los actos del quebrado, con el resultado de que habrán de quedar fuera de su ámbito los que el adquirente de éste pueda, a su vez, realizar con tercero ⁵¹⁰. También se ha mantenido que el adquirente directo del quebrado es «tercero», y por tanto protegible, en cuanto que el calificativo salvador se establece aquí respecto de la declaración de la quiebra y de los acreedores del quebrado y no respecto del acto adquisitivo cuya nulidad se considera perturbadora de la necesaria seguridad del tráfico ⁵¹¹. Problemáticos intentos y esfuerzos innecesarios. Entendida la quiebra como una de las circunstancias

⁵¹⁰ GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 1367: «Los “subadquirentes” están, ante todo, fuera del artículo 878. 2.º del Código de Comercio, pues éste se refiere a los actos de dominio y administración del “quebrado”, no a los actos de dominio realizados por los adquirentes del quebrado a favor de “subadquirentes” de buena fe. Y no sólo están fuera del artículo 878. 2.º del Código de Comercio, sino que están dentro del artículo 34 de la Ley Hipotecaria [...]».

⁵¹¹ BILBAO ARÍSTEGUI: *op. cit.*, p. 1307, fundamentando, no sólo con esta razón, la protección del adquirente directo del quebrado: «La noción de tercero, al igual que la de parte, es una noción relativa. Se es tercero o se es parte «con respecto a» algo. Y es claro que «B», primer adquirente, es parte en el contrato «A»-«B», pero es tercero respecto de las relaciones jurídicas existentes entre el quebrado «A» y sus acreedores (tanto respecto de las que deban su origen a los contratos que éste celebró con ellos y de los cuales resultan sus respectivas posiciones de deudor y acreedores, como respecto de las derivadas del planteamiento judicial de la insolvencia). Y como en esas relaciones entre «A» y la masa de sus acreedores –relaciones, insisto, respecto a las cuales «B» es tercero y que no constan para nada en el Registro– en [sic] donde está la posible causa de la nulidad de la adquisición de «B», me parece perfectamente defendible la tesis de que «B» es tercero respecto de la relación jurídica origen de la nulidad y, por tanto, podrá invocar en su favor la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 1368-1369: «En cuanto a los “adquirentes directos del quebrado”, a los que también alude la presente sentencia sin contener razonamiento alguno, la cuestión puede ser más discutible que respecto a los subadquirentes, pues el artículo 878. 2.º del Código de Comercio sí se refiere a ellos a diferencia de los subadquirentes. No obstante, por razones de seguridad jurídica y de evitar indefensión, así como de propiciar la tutela judicial efectiva, ha de sentarse la conclusión de su protección frente a la retroacción de la declaración de quiebra siempre y cuando cumplan los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Ciertamente el artículo 33 de la Ley Hipotecaria dice que “la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes”; pero, curiosamente, la sentencia considera que ese artículo 33 de la Ley Hipotecaria “es inoperante e inaplicable al caso”. Aunque podría discutirse en este caso de los adquirentes el problema a la luz del artículo 33 de la Ley Hipotecaria, entendemos que también cabría aplicar el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y no el artículo 878. 2.º del Código de Comercio. Desde esta perspectiva consideramos acertada la posición de Antonio BILBAO ARÍSTEGUI (*loc. cit.*) que dice lo siguiente: «[...] Los adquirentes son terceros respecto a la declaración de quiebra y respecto a la retroacción fijada a posteriori»; *id.*: posteriormente, y con mayor decisión, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, 1993, pp. 444-445: «En mi opinión, debería mantenerse que tanto el adquirente del quebrado, como el subadquirente, son terceros protegidos por el artículo 34 LH, si reúnen los requisitos exigidos en el mismo: el adquirente del quebrado porque, aun siendo parte en el contrato, es tercero respecto a la declaración de quiebra y respecto a los acreedores de la masa [...]» (Sub. del a.). Contrarios a esta consideración del adquirente directo como «tercero» protegible, e. c., ROCA SASTRE: *Imperfecciones ...*, cit., p. 749: «Así, pues, el artículo 34 no puede proteger la adquisición de la persona que compró al quebrado durante la fase de retroacción de la quiebra, pues únicamente protegería, en definitiva, a quien comprare de buena fe a aquél que compró directamente al quebrado»; también, HUERTA, I.- RODRÍGUEZ, D: *La retroacción de la quiebra...*, cit., pp. 1066-1067, con apoyo en abundante jurisprudencia.

incluibles en el artículo 2, 4.º de la Ley Hipotecaria –y en esto hay acuerdo general–, bastaría con respetar para la publicidad de estas circunstancias el valor y la eficacia que el legislador quiso darles, y que efectivamente les dio, por más que una errada doctrina, más inspirada en el Derecho ajeno que atenta a la peculiaridad del nuestro, haya logrado ahogarlo de hecho en uno de los más desgraciados casos de su propia subversión contra la ley. Siendo la quiebra una de las circunstancias limitadoras de la capacidad dispositiva del titular registral, sus efectos nunca podrán perjudicar al tercero de buena fe cuando no esté inscrita. Es la inmediata consecuencia del principio de inoponibilidad de lo inscribible y no inscrito, principio que describe el efecto negativo de esa publicidad que nuestro legislador extendió no sólo a lo estrictamente jurídico-real sino también a la capacidad dispositiva y de obrar del titular registral.

VI. SEGUNDA AMPLIACIÓN DEL OBJETO DE LA PUBLICIDAD: LA INSCRIPCIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS Y DEL DERECHO DE RETORNO ARRENDATICIO

1. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN DE LOS ASPECTOS A ESTUDIAR

Dijimos al comenzar el estudio de las inscripciones de incapacidad que, contra lo que a primera vista –al menos– pudiera sugerir el orden sistemático, íbamos a atenemos al adoptado en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria para estructurar nuestro tratamiento del objeto de la publicidad registral inmobiliaria. El corte tajante producido por las inscripciones de incapacidad (art. 2, 4.º) entre las del dominio y demás derechos reales (art. 2, 1.º, 2.º y 3.º), de una parte, y las de los arrendamientos inmobiliarios (art. 2, 5.º)⁵¹², de otra, puede resultar de interés para la correcta

⁵¹² No hace ahora al caso detenerse en las distintas redacciones que, desde 1861 hasta hoy, ha recibido el artículo 2 LH al formular la inscribibilidad de los arrendamientos, ni, por consiguiente, en el examen de las circunstancias exigidas para que puedan tener acceso al Registro. Nos limitamos a tomar nota de tales diferentes redacciones. En 1861, se la expresaba en dos párrafos: «En el Registro expresado en el artículo anterior se inscribirán: [...] 5.º *Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que exceda de seis años.* 6.º *Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles en que se hayan anticipado las rentas de tres o más años*». Ambos párrafos se refunden en la reforma de 1869, pasando a constituir el 5.º, a cuyo tenor se declaran inscribibles *Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que exceda de seis años, o en los que se hayan anticipado las rentas de tres o más años, o cuando sin tener ninguna de estas condiciones hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban*. Finalmente, la Disposición Adicional segunda de la LAU de 24 de noviembre de 1994, en su primer párrafo, dispone: «El artículo 2, número 5.º de la Ley Hipotecaria, aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946, tendrá la siguiente redacción: 5.º *Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos*».

explicación de estas últimas y para la exacta determinación de sus efectos. Es inevitable que la súbita aparición de los contratos de arrendamiento en el elenco legal de los títulos inscribibles —algo que en el panorama comparado no constituye peculiaridad de nuestro Derecho⁵¹³— provoque algún desconcierto después de haber visto en el artículo 1 de la Ley que el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. ¿Es que el arrendamiento constituye uno de estos derechos? Su enunciación separada y en párrafo distinto puede ser ya un dato iluminador en cuanto al sentido de la respuesta, que orientaría en la misma dirección a que apunta la interrupción de la enumeración

⁵¹³ Vid. DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 310 ss., en la presentación de la legislación extranjera tenida a la vista para la redacción del artículo 2 de la Ley Hipotecaria: «Austria.—[...] Artículo 1.095. Si el contrato de arrendamiento ha sido inscrito en los registros públicos, da lugar a un derecho real. [...] Bélgica.—*Ley de 16 de diciembre de 1851.*— Artículo 1— Todos los actos entre vivos a título gratuito u oneroso, traslativos o declarativos de los derechos reales, inmuebles y otros, como los privilegios y las hipotecas, serán transcritos literalmente en el registro destinado a este objeto, que habrá en la oficina de hipotecas del distrito en que se encuentren situados.— Serán admitidos igualmente a inscripción, las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, que tengan por objeto la transmisión de los derechos reales, los contratos en que se renuncien éstos, y los arrendamientos que excedan de nueve años o que se hayan anticipado la renta al menos de tres anualidades. [...] Francia.— *Ley sobre la transcripción en materia de Hipotecas del 7 de enero de 1855.*— [...] Artículo 2. Se transcriben igualmente [...] 4.º Los arrendamientos de más de diez y ocho años de duración. 5.º Los actos o sentencias en que conste, aunque sea en arriendo de menos tiempo, pago o cesión de una suma equivalente a tres anualidades de arrendamientos no devengados. [...] Ginebra (CANTÓN SUIZO DE).— *Proyecto de ley acerca de la adquisición, conservación y publicidad de los derechos reales sobre inmuebles, de diciembre de 1872.* [...] 57. Se someterán a inscripción: [...] 4.º Los arrendamientos por escrito cuando excedan el tiempo de su duración al señalado para los verbales». Tras la exposición de estos precedentes, concluye DE LA SERNA —p. 320— específicamente en materia de inscripción de los arrendamientos: «El mismo proyecto de Ginebra establece la inscripción de los arrendamientos de bienes inmuebles cuando se hacen por escrito, si exceden del tiempo de la duración establecido para los verbales. Pero en este punto tenemos otros precedentes de mucha autoridad por el pueblo del que emana, por lo discutidas que han sido en él todas las cuestiones de esta clase, y por el hecho mismo de no ser partidario del sistema de publicidad absoluta de los derechos reales en las cosas inmuebles. La ley francesa de transcripción de 1855 admite a los registros, del mismo modo que la nuestra, los arrendamientos: la diferencia que hay entre ambas consiste solamente en el número de años que es necesario cuando el registro se abre en atención a la extensión del tiempo para que se estipula: esta diferencia es solo accidental, pero el principio de la conversión en determinadas condiciones del derecho personal que tiene el arrendatario en un derecho real queda establecido en uno y otro Estado». Hoy, además de en Francia, los arrendamientos inmobiliarios son inscribibles en Suiza, mediante anotación: CO artículo 260 [Bei der Miete an einem Grundstück kann verabredet werden, daß das Verhältnis im Grundbuch vorgemerkt werden soll. Diese Vormerkung bewirkt, daß jeder neue Eigentümer dem Mieter die Benutzung des Grundstückes nach Maßgabe des Mietvertrages gestatten muß] y 282 [Das Pachtverhältnis an einem Grundstück kann unter den gleichen Voraussetzungen und mit den gleichen Wirkungen im Grundbuch vorgemerkt werden, wie der Miete], en Italia, CC artículo 2.643: [Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione: (...) 8) i contratti di locazione di beni immobili che hanno durata superiore a nove anni] y en Portugal, artículo 2, núm. 1, p) del *Código do Registro Predial*, que sujeta a inscripción los arrendamientos por más de seis años, y artículo 1.209 del CC [1. Devem ser reduzidos a escritura pública: a) Os arrendamentos sujeitos a registo].

legal de los derechos inscribibles con la incrustación entre ellos de las resoluciones judiciales modificadoras de la capacidad. Los arrendamientos inmobiliarios, aunque tengan cabida en el Registro de la Propiedad, son cosa distinta a los derechos reales, vendría a decirnos esta forma de ordenación seguida por la Ley al explicitar, todavía a grandes trazos, el objeto de la publicidad registral. Pero sería completamente ilusorio pensar que este simple dato de «topografía legal» llegara a ser suficiente para asentar la justa explicación de la razón de ser de la inscripción de los arrendamientos y para la adecuada interpretación de sus efectos. En primer lugar, por lo menguado del argumento en sí mismo –lo que no es incompatible con su valor como síntoma–, pero además, y sobre todo, porque simultáneamente a la aparición de la publicidad registral inmobiliaria, y seguramente provocada por ella, va a producirse en la doctrina comparada, con su natural repercusión en la nuestra, todo un movimiento de pretendida profundización en la noción del derecho real, cuyos primeros compases, tan marcada como injustificadamente críticos respecto a la concepción clásica del *jus in re*, dejarán secuelas de confusión todavía no completamente desaparecidas en los planteamientos actuales.

En tal estado de cosas, combatidas las bases conceptuales de la noción del derecho real y admitidos al Registro de la Propiedad los contratos de arrendamiento, no es de extrañar que de la sorpresa se salte a proposiciones de tan clara heterodoxia jurídico-dogmática como la que considera a los arrendamientos como derechos reales; atrevida afirmación que se extiende a otros derechos igualmente personales y admitidos a inscripción en torno a los cuales la doctrina moderna va a montar –como ya hemos visto– la frágil categoría, heterogénea y dislocada, de los llamados derechos reales de adquisición preferente. Claro está que no siempre se llega a estos excesos, pero lo que no puede negarse es que cuando se toma doctrinalmente nota de la posibilidad de inscribir los arrendamientos, si algo se añade a la afirmación de que ella responde a razones de oportunidad o de política jurídica, casi siempre lo que de ahí pasa, o permanece en el campo de la desconcertada toma en consideración del dato legal, que no llega a integrarse en su lugar propio dentro de una visión sintética del conjunto, o se adentra en un tipo de afirmaciones inquietantes por lo que positivamente pueden implicar de error o, al menos, por lo que de hesitación dejan traslucir en materias que no deberían resultar dudosas. Ocurre algo de esto cuando, poniendo en cuestión los datos conformadores del derecho real, se unifica el conjunto de los derechos inscribibles que mayoritaria o comúnmente son considerados como derechos personales bajo el enunciado de «derechos personales o de dudosa naturaleza real»⁵¹⁴; cuando se

⁵¹⁴ Así, AMORÓS: *Comentarios* ..., cit., p. 272: «En fin, no sólo se inscriben derechos típicamente reales, sino también otros derechos personales o de dudosa naturaleza real, como el arrendamiento [...] el derecho de retorno arrendaticio [...] los Estatutos de

hace de la oponibilidad, en general, sin entrar a distinguir su razón de ser en cada caso, el elemento que constituye o convierte en real al derecho que de ella goza, llegando a afirmarse, aunque admitiendo que ello es discutible, que la inscripción obtiene carácter constitutivo cuando es ella quien la aporta al derecho que de por sí no la tendría⁵¹⁵; o, finalmente, cuando se explica la inscripción de los arrendamientos por considerarse éstos como afecciones negativas o límites de la propiedad inscrita⁵¹⁶. Si todo esto es negativo, tampoco basta salir del paso en la indicación del objeto de la publicidad registral afirmando –lo que en sí es cierto– que ni todos los derechos reales tienen acceso al Registro de la Propiedad ni al mismo llegan sólo los derechos reales⁵¹⁷, o que la inscripción de los arrendamientos responde simplemente a la decisión oportunista y arbitraria del legis-

Propiedad Horizontal [...] así como los derechos reales en formación o vocaciones al derecho real (*jus ad rem*) mediante la anotación preventiva correspondiente [...] y las resoluciones judiciales que afecten a las modificaciones en la capacidad de obrar [...].

⁵¹⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *op. cit.*, pp. 612-613: «C. Son discutibles otros casos: 1.º El estatuto, en el régimen de propiedad horizontal, «no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad» [...] 2.º El derecho de retorno [...] habrá de constar por nota marginal, y «sin esta constancia no perjudicará a terceros adquirentes el expresado derecho» [...] 3.º El arrendamiento. Un fuerte sector de la doctrina española, el Tribunal Supremo y la Dirección entienden que el arrendamiento inscrito [...] deviene derecho real [...] 4.º ¿Es constitutiva la inscripción en relación con los derechos reales no susceptibles de posesión, por ejemplo, el de opción? Nuestro Derecho supone la existencia de gravámenes con eficacia real a pesar de que carezcan de la publicidad posesoria y de la registral [...] Así, pues, no parece que sea constitutiva tampoco la inscripción en relación con los demás derechos reales que no se manifiestan por la posesión [...] Podrían traerse aquí los supuestos de anotaciones relativas a derechos personales puesto que, por la anotación, producen efectos reales. Pero el asiento no transmuta la naturaleza del derecho, aunque sí *constituye una garantía*».

⁵¹⁶ De algún modo, LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 946: «El propietario abdica cuando arrienda la libre disposición de la cosa arrendada [...] por consiguiente, es indispensable que los que tratan con él hallen en el registro los medios de conocer la existencia de aquella limitación de la propiedad, cuando sea tan durable que pueda influir en el ánimo de otras personas»; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, II, cit., p. 647: «La inscripción de estos derechos [se está refiriendo a los arrendamientos y a la opción], o, mejor dicho, contratos en que ellos se establecen o pactan, no los convierten en derechos reales ni mucho menos, sino tan sólo les atribuye, hasta cierto punto, el hecho de su publicidad registral, la categoría de *carga o gravamen* afectante a todo subadquirente». En la doctrina italiana, FERRI, L.: *Tutela dei diritti. Trascrizione immobiliare*, Com. SCIALOJA-BRANCA, Libro Sesto. Bologna-Roma, 1960, pp. 57-58: «Un terzo gruppo di effetti giuridici da pubblicarsi, lo indichiamo con l'espressione generica di limitazioni di natura obbligatoria della proprietà (od altro diritto reale). Si tratta di limitazioni che, pur non assurgendo a diritti reali (limitati), hanno un certo grado di opponibilità nei confronti dei terzi aventi causa. Anche qui la pubblicità ha per oggetto non il contratto od atto, ma la situazione giuridica che ne scaturisce [...] È da rilevare che queste limitazioni, nonostante la loro natura obbligatoria, si traducono in un impoverimento del diritto di proprietà nelle sue facoltà di disposizione e di godimento [...] Rientrano in questa categoria le locazioni ultranovennali, le liberazioni o cassioni di fitto pigioni [...]».

⁵¹⁷ DE CASSO: *op. cit.*, p. 284: «[...] ahora nos referimos a los «derechos» objeto de inscripción; y, aun cuando en principio, sólo los derechos reales deben ser «registrables» (LH, art. 98), sin embargo, ni todos ellos son inscribibles, ni tienen tampoco la exclusiva para llegar al Registro».

lador⁵¹⁸. Pensamos, con Levis⁵¹⁹, que la prolongación de la publicidad a determinados derechos de naturaleza personal debe llevar a la indagación y explicación de su fundamento como condición necesaria para saber justificar la excepción legal y, sobre todo, para poder interpretarla desde su propia razón de ser y finalidad. De ahí que a continuación nos planteemos como cuestiones ineludibles: captar la *ratio* de la inscripción de los arrendamientos inmobiliarios, examinar si tal inscripción afecta en algo la naturaleza de los mismos, y, por último, concluir desde aquella *ratio* precisando el alcance pretendido por el legislador para estas inscripciones. Naturalmente, ni son éstos los únicos puntos de interés en la inscripción de los arrendamientos, ni todos los indicados —particularmente el segundo— podrán ser aquí tratados por completo. Tampoco es necesario para nuestro limitado propósito de exponer en forma razonada y de conjunto el objeto de la publicidad en nuestro Registro de la Propiedad, e integrar el él esta segunda ampliación consistente en su extensión a los arrendamientos.

2. DISTINTA *RATIO* DE LA INSCRIPCIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS EN FUNCIÓN DE LA REGULACIÓN SUSTANTIVA DE LA SUERTE DE ÉSTOS EN CASO DE VENTA DE LA FINCA ARRENDADA

Forzoso punto de partida para el estudio de las cuestiones seleccionadas tiene que ser, como siempre, lo que al respecto se encuentre en la Exposición de Motivos de 1861, sin duda, la más autorizada explicación de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, en esta materia sus palabras no pueden ser seguidas literalmente como expresión exacta de la definitiva razón de ser en nuestro Derecho de la inscripción de los arrendamientos, ni, incluso, de la verdadera naturaleza de los derechos dimanantes de los mismos. Veámoslo, en primer lugar, en cuanto a la peculiar *ratio* de la inscripción en este caso.

Decía la Exposición de Motivos⁵²⁰:

Ni los arrendamientos por largo espacio de años, ni aquellos en que hayan hecho considerables anticipaciones, son generadores de un derecho real, quedando siempre limitados á una obligación personal. De aquí ha dimanado la doctrina jurídica de que solo el que adquiere el dominio

⁵¹⁸ CAMPUZANO : *op. cit.*, p. 182: «Resulta, pues, que el derecho civil español, sigue en materia de arrendamiento un criterio puramente oportunista, procediendo de una manera por completo arbitraria».

⁵¹⁹ LEVIS, Marc : *L'opposabilité du droit réel*, Paris, 1989, p. 206: «[...] il est aujourd'hui utile de rechercher le fondement théorique de la publication des actes portant sur des droits personnels [...], sinon pour dissiper les ambiguïtés du droit positif, du moins pour tenter de les expliquer [...]».

⁵²⁰ E.M., pp. 243-244.

en virtud de un título universal, está obligado á respetar el arrendamiento hecho por su antecesor, pero no el que lo hace por títulos singulares. Las circunstancias particulares que concurren en estos arrendamientos, los gastos á que suelen comprometer á los arrendatarios, y la protección debida a la buena fe, clave del crédito, exigen que acerca de este punto se modifique el derecho antiguo. Ya se había encargado la práctica de ir allanando el camino para la reforma, convirtiendo contra los cánones recibidos, en una especie de derecho real los arrendamientos de que se tomaba razón en los registros de hipotecas. Y es que cuando el derecho escrito ó la doctrina legal no alcanza á satisfacer una necesidad, se encarga la costumbre de llenarla; y cuando esto acontece, toca al legislador convertir en ley y dar forma y regularidad á lo que ya es una necesidad reconocida. De este modo, sin perjuicio del dueño, que al enajenar y traspasar una finca no pretende burlarse de las obligaciones que contrajo con los arrendatarios, sin daño del comprador de buen fe que entra en el contrato con el conocimiento de una obligación de que es sucesor, se salvan los justos derechos de los arrendatarios en los casos que en el proyecto se prefijan.

La comisión no debe ocultarlo: en ellos ha establecido implícitamente un verdadero derecho real.

En el fondo de la explicación propuesta se deja traslucir como razón material subyacente la finalidad política de asegurar la duración de los arrendamientos inmobiliarios. Lo había indicado ya más expresamente y en detalle García Goyena en el comentario al artículo 1522 del Proyecto Isabelino ⁵²¹. ¿Cuál puede ser el instrumento jurídico al servicio de esta finalidad? Muy claramente, dos; o bien actuando separadamente cada uno de ellos, o bien haciéndolo de forma coordinada. El primero de ellos, la libre decisión del legislador, que, variando el viejo criterio romano de la *Lex emptorem* (*Emptorem quidem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locaverit, nisi ea lege emit* [C. 4, 65, 9]), después formulado en el pegadizo brocardo *emptio tollit locatum*, o venta quita renta ⁵²²,

⁵²¹ GARCÍA GOYENA: *Concordancias ...*, cit., p. 790: «[...] Creyóse que dando al nuevo propietario la facultad de expulsar al arrendatario se prestaba favor a las ventas, y no se hizo más que desalentar los establecimientos de la agricultura y de la industria violando los principios. El interés del estado, más que en los cambios frecuentes de la propiedad, consiste en el buen cultivo, en las grandes empresas, en el fomento de los canales, en la desecación de los pantanos, en la formación de prados artificiales y en el aumento de los rebaños: para esto son muy útiles los largos arriendos, y la seguridad de gozarlos, porque nadie hará en cosa ajena grandes anticipaciones sin la seguridad de reembolsarse de ellas con ventaja. La citada ley 19 de Partida reconoció la utilidad de los arriendos largos, y la favoreció en la segunda de sus excepciones: la reconocieron algunos de nuestros más respetables juriconsultos, extendiendo el espíritu y favor de la ley a los arriendos de diez o más años: el progreso y prosperidad de la agricultura en algunas de nuestras provincias del norte se deben a esta causa: los arriendos pasan de generación en generación, y vienen a constituir como una segunda propiedad».

⁵²² Sobre él, excelentemente documentado, como siempre, ALONSO PÉREZ, M: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 2971994, de 24 de noviembre*, coordinados por C. LASARTE ÁLVAREZ, Madrid, 1996, pp. 378-381.

imponga la continuidad del arrendamiento no obstante los cambios de titularidad a que pueda ser sometida la finca arrendada. El segundo, la publicidad registral, que, más que imponer tal continuidad, simplemente la permite, siempre que el arrendamiento se inscriba en el Registro haciéndose así posible que el eventual adquirente de la finca arrendada pueda saber, si se decide a adquirirla, en qué condiciones va a entrar en su propiedad. Uno y otro medio, que como hemos dicho pueden actuar por sí solos, pueden también ponerse conjuntamente en juego: se establece en tal caso como principio que el cambio de titularidad de la finca no tiene, de suyo, repercusión extintiva en el arrendamiento, pero se impide extrínsecamente su continuación si el arrendatario no dio publicidad registral a su derecho.

Pues bien, distinguidos los dos posibles instrumentos y las distintas formas de su funcionamiento, claramente se advierte que en cada una de ellas la publicidad registral responderá a una peculiar razón de ser. En la primera –continuidad legal del arrendamiento por inversión del criterio romano tradicional– la inscripción resulta prácticamente inútil: prescindiendo absolutamente de ella, el legislador impone la continuidad de la situación arrendaticia al nuevo propietario. En la segunda, por el contrario, la inscripción lo es todo: sin ella no hay continuidad del arrendamiento, y en este caso la publicidad, fundamento extrínseco y único de dicha continuidad, agota en ésta toda su razón de ser: nada aporta en favor del nuevo propietario, quien, de no ser por la inscripción, adquiriría la finca sin necesidad alguna de tener que pasar por el arrendamiento. En la tercera, aunque la inscripción no lo es todo en sentido tan exacto y pleno como en la forma anterior, sí que es mucho: aunque el arrendamiento se entiende de suyo durable con independencia de los cambios de titularidad de la finca arrendada, si no se le inscribe, la ley libera al nuevo propietario de tener que estar a él. La inscripción es ahora instrumento al servicio de la duración del arrendamiento, pero también es medio de cognoscibilidad exigido en atención a los posibles adquirentes de la finca arrendada, a quienes avisa la existencia de un arrendamiento que la ley, forzando su naturaleza y reforzando políticamente su eficacia, va a hacer insensible a los cambios de titularidad de la finca arrendada.

¿En cuál de las formas indicadas se entendió la inscripción de los arrendamientos y cuál fue, consiguientemente, su *ratio* en 1861? Muy claramente, en la tercera. Y la explicación es sencilla. Los autores de la Ley Hipotecaria tuvieron *in mente*, en cuanto al régimen de los arrendamientos, el Proyecto de 1851⁵²³, y en él, ante la alternativa de promover la continuidad de la situación arrendaticia al venderse la finca arrendada

⁵²³ Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 301: «Muy diferente fue el aspecto bajo el cual se consideró esta cuestión en el proyecto de Código civil, en que se adoptó la misma idea que se ha seguido en la Ley Hipotecaria, si bien con alguna diferencia en su aplicación [...]».

o de permanecer fieles al criterio romano *emptio tollit locatum*, cuestión agitada de antiguo y en la que el panorama comparado ofrecía soluciones en ambos sentidos ⁵²⁴, optó claramente por la primera, más por razones pragmáticas que por criterios estrictamente dogmático-jurídicos o, como diría García Goyena, de ápices de Derecho riguroso ⁵²⁵. Aunque se enajene la finca, vendría a establecer el artículo 1522 del Proyecto, subsistiría el arrendamiento durante el plazo convenido, pero entendiéndose ello con sujeción a lo que se determinaba en el título dedicado al «Registro público»; concretamente, en el artículo 1831, 5.º, que incluía entre los títulos inscribibles *los arrendamientos por seis o más años y la anticipación de alquileres o rentas por más de un año*, y en el 1858, según el cual *ninguno de los títulos sujetos a inscripción [...] surte efecto contra tercero sino desde el momento en que ha sido inscrito en el registro público*. Aunque variado en el detalle, en 1861 se cuenta con un régimen que, en cierta forma, era una adaptación del esquema de solución adoptado en Francia: venta no quita renta ⁵²⁶; pero para que el arrendamiento perjudique a tercero es necesario que se le inscriba en el Registro inmobiliario ⁵²⁷. Se entiende así que el derecho del arrendatario sea considerado al

Túvose para ello en cuenta que el propietario abdica cuando traspassa la libre disposición de la cosa arrendada, que esta abdicación es absoluta para él y para sus causahabientes [...]».

⁵²⁴ Cfr. HEINECIO: *Elementa juris civilis*, Venetiis MDCCLXX, § 926 (pp. 421-422): «Ex quo sequitur, ut vendita re, emptor conductorem possit expellere. Quod docet Germanorum paroemia: *keuff geht vor michte*, & Belgica: *koop breeke huur*, quamvis in Hollandia, Brabantia, Flandria, contraria obtineat paroemia: *Huur gatt voor koop*. Uvissenbach *de curat. bon. dand.* § 14. Gudel. *jur. noviss. Lib. 3. cap. 7*. Sed prior regula juris principii consentanea est. L. 9 C. *de loc. cond.* Conductor enim emptorem nec ex jure in re cogere potest, ut ne se expellat, quia nullum habet, nisi sibi forte hypothecam constituerit, nec ex jure ad rem, quia nunquam cum emptore contraxit; & hic tanquam successor singularis non tenetur praestare facta auctoris sui. Ergo adversus locatorem tantum agere potest ad id, quod interest».

⁵²⁵ GARCÍA GOYENA: *Concordancias ...*, cit., p. 790: «La ley romana se fundaba en sutilezas y en ápices de derecho riguroso. El arrendatario no adquiere sino una acción personal contra el arrendador, no derecho alguno *real* en la cosa arrendada, cuya propiedad y posesión queda en el arrendador; si éste enajena la propiedad, nada tiene que ver el nuevo propietario con las acciones personales de un contrato en que no intervino: adquiere la propiedad libre y puede disponer libremente de ella [...] Creyóse que dando al nuevo propietario la facultad de expulsar al arrendatario se prestaba favor a las ventas, y no se hizo más que desalentar los establecimientos de la agricultura y de la industria violando los principios».

⁵²⁶ Code, artículo 1743: *Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail*. Tras los retoques normativos de los años 1945 y 1946, el precepto suena como sigue: *Si le bailleur vendt la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier, le colon partiaire ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine*.

Il peut, toutefois, expulser le locataire de biens non ruraux s'il s'est réservé ce droit par le contrat de bail.

⁵²⁷ Ley sobre la Transcripción, artículo 2, 4.º: «Sont également transcrits: [...] 4.º Les baux d'une durée de plus de dix-huit années»; artículo 2: «Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble, et qui les ont conservés en se confor-

modo de una cuasi carga real que disminuye el valor venal de la finca arrendada y de cuya existencia debe ser advertido el tercero interesado en adquirirla ⁵²⁸. En tales condiciones, la inscripción sirve simultáneamente a la continuidad del arrendamiento, respecto a la cual se constituye en instrumento necesario, y a la claridad y transparencia del tráfico, al impedir que el interesado en la adquisición de la finca pueda decidirse a ella desconociendo la existencia de un derecho sobre la misma que él deberá respetar durante el tiempo de su vigencia. Apurando algo más, y supuesto que la continuidad del arrendamiento viene directamente ordenada por la ley como el modo normal de funcionamiento de la relación arrendaticia, podría decirse que en este esquema la publicidad de los arrendamientos sirve más al tercero adquirente de la finca arrendada que al propio arrendatario. Desde luego éste es el aspecto que resaltan los autores y comentaristas franceses cuando la justifican ⁵²⁹, y el que destaca Gómez de la

mant aux lois. Les baux qui n'ont point été transcrits ne peuvent jamais leur être opposés pour une durée de plus de dix-huit ans».

⁵²⁸ Es la idea que se expresa en el *Rapport* a la Ley francesa de Transcripción, como puede verse en TROPLONG: *op. cit.*, pp. 29-30: «Pour lui faire atteindre complètement son but, qui est de révéler d'une manière utile et pratique l'état vénal de la propriété, il faut même aller plus loin et assujettir à la transcription tous les actes qui, sans constituer des droit réels, imposent cependant à la propriété des charges qui sont de nature à en altérer sensiblement la valeur. Tels sont les baux à long terme et les quittances anticipées de plusieurs années de loyer. On sent toute l'influence que peut exercer sur la valeur d'une propriété l'existence de pareils actes: son utilité, son produit, sa jouissance sont affectés de telle sorte, qu'il y a pour l'acheteur ou le prêteur sur hypothèque un légitime intérêt à les connaître. [...] En matière hypothécaire, c'est la propriété qui emprunte; elle doit prouver sa solvabilité; le crédit personnel peut être élastique et ne pas se mesurer absolument à la fortune de celui qui emprunte; il y a dans les affaires une marge pour la confiance et l'avenir. Le crédit réel de la propriété se mesure exactement, au contraire, à la limite de sa valeur vénale; ses ressources ne peuvent aller au delà: tout ce qui intéresse cette valeur appartient donc à la publicité. Ce n'est que par une révélation entière des charges de la propriété, ce n'est qu'en donnant aux tiers intéressés la plus complète sécurité, que l'on peut assurer le développement si désirable du crédit immobilier». El mismo planteamiento, en DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 302: «Los arrendamientos por largo tiempo, los que se hacen anticipando algunas anualidades, deben considerarse como una desmembración de la propiedad, porque realmente la hacen desmerecer cuando se vende la finca con esa carga: permitir venderla sin ella, sería una injusticia que no tendría explicación en nuestro días, en que tantos capitales invierten frecuentemente en las heredades los que las arriendan por muchos años, o anticipan anualidades».

⁵²⁹ Cfr. TROPLONG: *op. cit.*, p. 281, en cuanto a los arrendamientos con anticipo de rentas: «Les paiements anticipés de loyers ou fermages sont une source de fraudes ou de surprises; il en est de même des cessions. Les acheteurs peuvent se trouver privés de revenus sur lesquels ils avaient compté; les créanciers peuvent se voir frustrés des fruits de leur gage. Il faut donc, dans un bon système de crédit foncier, que ces paiements et ces cessions ne puissent avoir d'effet, à l'égard des tiers, que lorsqu'ils sont révélés par la transcription»; *Id.*, en cuanto al arrendamiento de larga duración como situación perdurable tras la venta de la finca arrendada, pp. 372-373: «En principe, le bail de plus de dix-huit ans doit être transcrit, parce qu'il frappe la propriété d'une sorte d'indisponibilité, parce qu'il enlève au propriétaire, dans une mesure excessive, la faculté de changer la destination de sa chose, et qu'ainsi il influe sur la valeur vénale de l'immeuble; il faut donc que ce bail soit connu de ceux qui seraient disposés à faire crédit à la propriété»; MAZEAUD: *op. cit.*, p. 512: «Enfin les tiers ont besoin de connaître certains actes qui créent non des droits réels, mais des droits personnels, parce que ces droits personnels diminuent la valeur des immeu-

Serna, en explicación algo más unilateral que la presentada en la Exposición de Motivos, al decir que *es indispensable que los que tratan con él [con el propietario] hallen en el Registro la existencia de aquella limitación de la propiedad, cuando sea tan durable que pueda influir en el ánimo de otras personas*⁵³⁰.

Naturalmente, el planteamiento tiene que ser otro cuando distinta sea la regulación sustantiva y de fondo de la relación arrendaticia. Es lo que va a ocurrir al desecharse en el Código Civil el criterio proyectado en 1851, para volver al tradicional de la romana *Lex emptorem*. Desde 1889 lo proclama para nuestro Derecho —muy aisladamente, por cierto, en el panorama comparado⁵³¹— el artículo 1571: el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la

bles. C'est le cas des baux à loyer et des baux à ferme»; LEVIS: *op. cit.*, p. 204: «Pour ce qui est du sort des baux, on a observé que l'art. 1.743 du Code civil, en interdisant à un nouveau propriétaire d'expulser le preneur, engendrait une charge très lourde au détriment des acquéreurs d'immeuble lorsque le bail est d'une certaine durée: la disposition de l'art. 3 de la loi de 1855 apparaît ainsi comme un contrepois d'équité à celle inscrite à l'art. 1.743 du Code, justifié seulement en considération de cette charge, elle-même fonction de la durée du bail. Sous diverses formulations, la doctrine s'est satisfaite de la seule justification avancée dans les travaux préparatoires: ces baux constituant une lourde charge pour l'acquéreur, il importe que celui-ci en soit avisé [...]».

⁵³⁰ GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 301. De acuerdo con lo afirmado en el texto, debe advertirse la simplificación en que incurren GALINDO y ESCOSURA: *op. cit.*, p. 459, al afirmar que las razones consignadas en la Exposición de Motivos de 1861 para justificar la inscripción de los arrendamientos «pueden resumirse en una frase: salvar los intereses de los arrendatarios».

⁵³¹ Vid., como exponentes, con mayor o menos intensidad, del criterio contrario —venta no quita renta— además del ya citado artículo 1.743 del *Code*, y del igual numeral en el Código belga, en el Código Civil italiano de 1865, los artículos 1.597-1.599: (1597) *Se il locatore vende la cosa locata, il compratore è tenuto a stare alla locazione, quando questa sia anteriore alla vendita e consti da atto pubblico o da scrittura privata di data certa, semprechè il locatore stesso non siasi riservato il diritto di sciogliere la locazione in caso di vendita* (1598) *Quantunque il conduttore non abbia un atto pubblico o una scrittura di data certa, se il suo possesso è anteriore alla vendita, il compratore è tenuto a lasciarlo continuare per tutto quel tempo per cui si intendono fatte le locazioni senza determinazione di tempo [...]* (1599) *Se nel contratto di locazione si è convenuto che nel caso di vendita il compratore possa licenziare il conduttore, questi non ha diritto ad alcuna indennità nè verso il locatore nè verso il compratore, salvo che siasi pattuito il contrario; el vigente Código italiano, artículo 1599: (Trasferimento a titolo particolare della cosa locata) *Il contratto di locazione è opponibile al terzo acquirente, se ha data certa anteriore alla alienazione della cosa. La disposizione del comma precedente non si applica alla locazione di beni mobili non iscritti in pubblici registri, se l'acquirente ne ha conseguito il possesso in buona fede. Le locazioni de beni immobili non trascritte non sono opponibili al terzo acquirente, se non nie limiti di un novennio dall'inizio della locazione. L'acquirente è in ogni caso tenuto a rispettare la locazione, se ne ha assunto l'obbligo verso l'alienante; el § 571 del BGB: [Kauf bricht Miete] (1) *Wird das vermietete Grundstück nach der Überlassung an der Mieter von dem Vermierter für den von dem Erwerber zu ersetzenden Schaden wie ein Büge, der auf Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Erlangt der Mieter von dem Übergange des Eigentums durch Mitteilung des Vermieters Kenntnis, so wird der Vermierter von der Haftung befreit, wenn nicht der Mieter das Mietverhältnis für den ersten Termin kündigt, für den die Kündigung zulässig ist;***

venta. Es lo que corresponde a una relación obligacional de origen contractual (art. 1257). Si, establecida esta solución al permanente problema del enfrentamiento entre el derecho del arrendatario y el del nuevo propietario, va todavía a añadirse una salvedad en el mismo artículo 1.571 en favor de lo establecido en la Ley Hipotecaria, y si, con carácter más general, va a establecerse en el artículo 1549 del Código Civil que los arrendamientos inmobiliarios no inscritos no surtirán efectos respecto a terceros, es porque ahora, devuelta a la relación arrendaticia la eficacia que por su naturaleza le corresponde, su oponibilidad no puede venirle más que de la publicidad registral. Sin ella, nada tiene que temer el nuevo propietario; con ella, tendrá que padecer el arrendamiento. La inscripción sirve ahora exclusivamente al arrendatario y a la continuidad de su derecho; al eventual adquirente, en cambio, no le da ya noticia de la existencia de un derecho con vocación natural de afectarle y con posibilidad de imponérsele aunque no lo conozca. Utilizando las palabras antes transcritas de la Exposición de Motivos de 1861 habría que decir que el comprador de la finca arrendada no es ya automática o necesariamente sucesor del arrendador en la relación obligatoria nacida del arrendamiento, y, siendo ello así, la finalidad de avisarle sobre su existencia tiene que quedar ya fuera de la *ratio* de la inscripción. Claro está que lo dicho vale sólo en el plano general donde se mueve el régimen codicial de los arrendamientos inmobiliarios. En el especial de los arrendamientos rústicos (art. 74 LAR) y en el de los urbanos dentro del plazo mínimo legalmente asegurado de los cinco años (arts. 9, 13, 14 y 29 LAU), la inscripción registral resulta prácticamente inútil al imponerse, con total independencia de ella, la continuación de la relación arrendaticia sean cuales fueren los cambios de titularidad a que se vea sometida la finca arrendada. He aquí, ya concretada, la triple forma de instrumentación de la continuidad de los arrendamientos tal como ha sido barajada en nuestro Derecho: Por pura y directa disposición del legislador, que, haciendo violencia a la natural relatividad de la *lex contractus* y con absoluta independencia de la inscripción, la impone al nuevo propietario (legislación especial proteccionista); por disposición igualmente del legislador, ahora de carácter general, y supeditada a la práctica de la inscripción (Proyecto de 1851 y, sobre su base, esquema inicialmente adoptado por la Ley Hipotecaria); y, finalmente, con supeditación también a la inscripción, pero entendida ésta como soporte único de la proyección a terceros de una situación arrendaticia que, sin ella y en

artículo 259, párrafo segundo, del Código suizo de obligaciones, para los arrendamientos inmobiliarios: [...] *Ist jedoch der Mietgegenstand eine unbewegliche Sache, so hat der Dritte, sofern der Vertrag keine frühere Auflösung gestattet, den Mieter bis zu dem Termin, auf den nach den gesetzlichen Vorschriften gekündigt werden kann, in der Miete zu belassen und gilt, wenn er die Kündigung unterläßt, als in das Mietverhältnis eingetragen*; el artículo 1.057 del vigente Código portugués: (Transmissão da posição do locador) *O adquirente do direito com base no qual foi celebrado o contrato sucede nos direitos e obrigações do locador, sem prejuízo das regras do registro.*

tanto que derecho personal consistente en relación de vigencia puramente *inter partes*, cede, de suyo, cuando la finca pasa a pertenecer a persona distinta a quien la arrendó (art. 1571 CC). En este último caso, la inscripción del arrendamiento, que, supuesta la decisión política de promover su continuidad ⁵³², antes se orientaba principalmente a informar de su existencia a los terceros adquirentes de la finca arrendada, va a quedar limitada a ser el instrumento, ya único, para la obtención de dicha continuidad, de modo que al no producirse ésta sin aquélla, su finalidad es ya, tan sólo, salvar los intereses de los arrendatarios. Interesa retener el dato, por lo que tiene de orientador en la cuestión, hoy polémica, de los efectos pretendidos por nuestro legislador para la publicidad registral de los arrendamientos inmobiliarios; cuestión que, por ahora, debe quedar aplazada para que, previamente a ella, podamos abordar la relativa a la naturaleza del derecho nacido del arrendamiento para el arrendatario y a la posible repercusión en ella de su acceso al Registro. Tampoco aquí, como se sabe, las opiniones son pacíficas.

3. NATURALEZA DEL DERECHO DEL ARRENDATARIO Y REPERCUSIÓN DE LA INSCRIPCIÓN EN TAL DERECHO

La ocasión inmediata para el planteamiento de la cuestión ahora enunciada son las palabras, ya transcritas, de la Exposición de Motivos de 1861: *La Comisión no debe ocultarlo: en ellos [en los arrendamientos inscribibles] ha establecido implícitamente un verdadero derecho real.*

Claramente, se está señalando en estas palabras un fenómeno de transmutación o de transformación de algo a cosa distinta a la que es en sí y por sí misma. Se había dicho con anterioridad: *Ni los arrendamientos por largo espacio de años, ni aquellos en que se hayan hecho considerables anticipaciones, son generadores de un derecho real ... ¿Cuál puede ser el dato o elemento transformante: la norma sustantiva del Proyecto de Código Civil de 1851 tenida a la vista por los autores de la Ley Hipotecaria y según la cual el arrendamiento vigente se imponía en caso de venta al nuevo dueño de la finca, o la norma hipotecaria que, para conjugar los intereses enfrentados en dicho caso, daba acceso a tal arrendamiento el Registro de la Propiedad ⁵³³? Con gran probabilidad, para los*

⁵³² En el comentario de HERNÁNDEZ DE ARIZA —*op. cit.*, p. 509— aparece destacada tal decisión de política del Derecho: «En vista de estas y otras experiencias, convienen los economistas, en que nada contribuye tanto al fomento de la tierra y al desarrollo de sus productos como el cultivo de los mismos propietarios o de los arrendatarios con derechos equivalentes garantizados por largo tiempo, y a facilitar esto último se dirige la Ley Hipotecaria».

⁵³³ En el Proyecto de 1851 se contenían ya ambos datos: la subsistencia del arrendamiento se imponía como criterio general en el artículo 1502, I; en el segundo párrafo del

autores de la Ley Hipotecaria, ambas simultáneamente, ya que el Proyecto de 1851, como hemos visto, disponía la subsistencia del arrendamiento, en caso de venta, durante el plazo convenido, supuesta su inscripción en el Registro de la Propiedad. De todas formas, no es presumible que dichos autores hubieran modificado o suprimido las palabras que ahora provocan nuestra reflexión si hubieran sabido que, finalmente, el Código Civil restauraría el *venta quita renta*, expresivo del funcionamiento del arrendamiento como derecho personal, y que el único fundamento de su posible oponibilidad *ultra partes* quedaría limitado a la inscripción en los casos previstos en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria. Incluso así —se diría— el arrendamiento trasciende la relación *inter partes*, y, recordando el modo de juego de los derechos reales, terminaría por imponerse al adquirente de la finca arrendada.

Cuesta trabajo entender que autor tan escrupuloso como Gómez de la Serna, y tan preocupado por destacar la distinción entre el derecho real y el derecho personal —que tan nítidamente establece según los cánones de la doctrina clásica⁵³⁴—, caiga ahora en esta desconcertante inconsecuencia y se vea en la necesidad de confesar la transmutación que, en su concepto, el nuevo régimen viene a producir en el derechos del arrendatario: *La Comisión no debe ocultarlo: en ellos ha establecido implícitamente un verdadero derecho real*⁵³⁵. ¿Está justificada la afirmación de dicha transmutación? ¿Cuál es su fundamento? Todo da la impresión de que, relegada a un segundo plano, ya que no al completo olvido, la nota de la inmediatividad del poder que caracteriza al derecho real⁵³⁶, se la apoya en la oponibilidad a tercero que, a partir de ahora, va a reforzar la posición del arrendatario⁵³⁷; pero éste es un fundamento tan inane que su

mismo se hacía ya remisión al régimen hipotecario, que, por lo que hacía al mismo Proyecto, se encontraba en los artículos 1831, 5, que admitía a inscripción los arrendamientos por seis o más años y las anticipaciones de alquileres y rentas por más de un año, y 1858, anticipo del que después será el artículo 23 de la LH, y a cuyo tenor *ninguno de los títulos sujetos a inscripción [...] surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el registro público*.

⁵³⁴ Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 282-283.

⁵³⁵ Se reafirma GÓMEZ DE LA SERNA en estas palabras al comentar el régimen establecido en el artículo 2, 5.º, *op. cit.*, p. 302: «La Comisión ha dicho con sobrada razón que por la inscripción se ha convertido en estos casos el derecho *personal* implícitamente en derecho *real*» (subs. del a.).

⁵³⁶ A dicha nota hace alusión en mismo GÓMEZ DE LA SERNA algo más adelante, en la p. 303, refiriéndose a los arrendamientos exceptuados en P. 5. 8. 18 del romano *emptio tollit locatum*: «En estos dos casos, no hay duda que existe también un verdadero derecho real, puesto que el arrendamiento va de tal manera adherido a la finca, que la sigue donde quiera que vaya, y el que la adquiere es siempre con la obligación de respetar el contrato como si fuera él mismo el que lo hubiera celebrado», y, posteriormente, en p. 306: «Lo que hay que buscar aquí es señalar un límite igual en todas la fincas para que el derecho a la cosa venga a convertirse en derecho *en la cosa*, y examinar desde qué punto puede el arrendamiento considerarse como una desmembración de dominio, como una abdicación en mayor o menor escala del derecho de propiedad» (subs. del a.).

⁵³⁷ Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 308: «Ni los particulares que quieren tener la inscripción y dar el carácter de derecho *real* a una obligación personal, dejarán de poder hacerlo, pero

reducción al absurdo se impone imparablemente: si la oponibilidad bastara, serían reales todos los derechos o poderes que gozan de ella, incluso los que sin recaer sobre cosas, pueden perjudicar a terceros (Cfr., e.c., art. 1280, 3.º, 5.º y 6.º; 1526 ...).

De todos modos, el hecho es que los arrendamientos inmobiliarios –en determinadas condiciones, inicialmente; hoy sin necesidad de ninguna especial– se admiten a publicidad en el Registro de la Propiedad, y que ello ha provocado una polémica acerca de su naturaleza, que, viva aún en nuestros días, no es exclusiva de los tiempos modernos. En la tradición del Derecho Común es perfectamente detectable una línea de opinión que, excepcionando la concepción romana del arrendamiento como contrato generador de derecho personal, consideraba reales los arrendamientos *ad longum tempus* o de por vida⁵³⁸. Algún reflejo de ello puede verse todavía en el artículo 1655 del Código Civil. Es muy claro que esa línea resulta hoy extendida y generalizada cuando los arrendamientos que por ser inscribibles son considerados como reales no exigen ya la peculiaridad de esa nota de su larga duración; y que se la llega a extremar hasta límites difícilmente imaginables cuando se la fundamenta en razones distintas a la inscripción registral, ya que, entonces, lo que se viene a decir es que la condición del derecho del arrendatario es tal que de suyo basta para que pueda considerarse como auténtico derecho de naturaleza real⁵³⁹. Puestos en la pendiente, todos los arrendamientos se habrían deslizado hasta los dominios del derecho real: inscritos o sin inscribir, mobi-

estando en ello de acuerdo ambas partes contratantes, pues, según hemos dicho antes, bastará que al celebrar el arrendamiento se añada la cláusula de que continuará, aunque la finca cambie de dueño, porque entonces hay un verdadero derecho *real*, y el contrato por lo tanto puede inscribirse» (sub. del a.).

⁵³⁸ Cfr. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil español*, IV, Madrid, 1869, p. 428: «La segunda [excepción] tiene lugar cuando el arriendo se hizo por toda la vida del arrendatario o para siempre, también de él como de sus herederos. Gómez cree aplicable esta doctrina al arrendamiento hecho por diez o más años ... *Et infertur, quod si colonus, vel inquilinus conduxisset ad longum tempus, puta per decem annos, vel quoad vitam, quo casu habet jus in re saltem utile, talis colonus, vel inquilinus non posset expelli, si habet jus retentionis* (Núm. 9, id). De la misma opinión es Covarrubias, lib. II, Var., cap. XV, núm. 2. Gregorio López, en la glosa 7.^a, se inclina a lo contrario, recordando que algún texto del derecho romano había producido esta duda, y que tal vez para acabarla se dictó la ley con términos precisos: no creyéndose, sin embargo, seguro en su opinión, añade: *sed quia parum fido inventionibus meis, tu cogita*. El arrendamiento hecho de por vida, equivale a una concesión del dominio útil sobre la cosa, por lo que en sentir de este jurisconsulto compete al arrendatario una acción real: *transit enim utile dominium ex tali conductione ad longum tempus*. A esa línea histórica se refiere, en la doctrina francesa, TROPLONG: *op. cit.*, p. 277: «Lors de la confection de la loi, on est tombé d'accord sur la nécessité de publier les baux, que le tiers acquéreur doit respecter, et qui, par la durée excessive, contiennent une sorte de démembrement de la propriété et constituent tout au moins, comme dans l'ancienne jurisprudence, un droit réel immobilier».

⁵³⁹ Cfr. PAU PEDRÓN: *La protección del arrendamiento urbano*, Madrid, 1995, pp. 40-41: «2.º La doctrina discute si el poder del arrendatario es un disfrute directo sobre la cosa o una prestación que ha de satisfacer el arrendador. Pero por cualquiera de las dos vías se estrecha el cerco a la posición tradicional. Y aunque la segunda, a su vez, se bifurca –obli-

liarios o inmobiliarios, todos atribuyen al arrendatario un derecho real. Parece claro que no se puede ir tan lejos, y que la extremosidad de este resultado obliga a someter a rigor y crítica la tendencia que lo provoca. ¿Era en realidad tan cierto aquello que la Comisión redactora de la Ley Hipotecaria se creyó en la necesidad de confesar: que en los arrendamientos inscribibles había establecido implícitamente la ley un verdadero derecho real ⁵⁴⁰?

Atendiendo a la naturaleza y contenido del arrendamiento, tal como la historia nos lo ha transmitido ⁵⁴¹ y el Código Civil lo configura para la

gación de entrega de la cosa u obligación de mantenimiento en el disfrute-, por ambos caminos se contradice también esa rígida posición tradicional. Porque cuando la obligación de entrega recae sobre una cosa concreta y determinada, el derecho de obligación produce un *efecto de modificación jurídico-real*. Y cuando la obligación de mantenimiento es prolongada, lo que se está asegurando a la otra parte es el *aprovechamiento inmediato* de una cosa durante cierto tiempo» (subs. del a.). Contrasta este forzamiento de cosas con las siguientes palabras de DE LA SERNA, *-op. cit.*, pp. 304-305- no obstante ser éste defensor del carácter real de los arrendamientos inscritos: «La primera objeción que aquí puede hacerse a lo que aquí establece la Ley, es la de no haberse sujetado a la inscripción todos los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y sí sólo los que en este número y en el siguiente del artículo se mencionan. La contestación es porque no constituyen un derecho *real*. Mas esta respuesta puede dar lugar a otro nuevo argumento, a saber por qué no se han convertido en derechos *reales* todos los arrendamientos, como se ha hecho en los que exceden de seis años y los que tienen tres anualidades de renta anticipada. A esto contestaremos, que la declaración implícita de que todos los arrendamientos fueran derechos *reales*, no estaría justificada. El arrendamiento, según hemos dicho, sólo da un derecho personal: esta es su índole y su naturaleza: para justificar su conversión en derecho *real*, es menester que haya circunstancias muy especiales que lo aconsejen [...]. La Ley, pues, debe arreglarse a las necesidades reconocidas, no ser pródiga en sacar las cosas de sus condiciones naturales y ordinarias, ni transformar los derechos de una clase en otra, mientras no esté reconocida la conveniencia de verificarlo» (subs del a.).

⁵⁴⁰ Las palabras del *Rapport* a la Ley Francesa de Transcripción, aunque no impedirían que también en el país vecino se planteara la polémica sobre la naturaleza de los arrendamientos admitidos a inscripción, fueron más comedidas y exactas en el lugar paralelo al citado de nuestra Exposición de Motivos: «Les art. 1 et 2 établissent le principe de la transcription, en déterminant la nature des actes qui y seront assujettis. On peut les ranger en trois catégories: la première et la seconde comprennent les actes relatifs à l'établissement de la propriété ou de ses démembrements; la troisième se compose des baux et des quinquennaires anticipés de loyer. En première ligne figurent les actes translatifs de propriété [...]. Pour lui faire atteindre complètement son but, qui est de révéler d'une manière utile et pratique l'état vénal de la propriété, il faut même aller plus loin et assujettir à la transcription tous les actes qui, sans constituer des droits réels, imposent cependant à la propriété des charges qui sont de nature à en altérer sensiblement la valeur».

⁵⁴¹ Esto es algo que se reconoce como indiscutible punto de partida incluso cuando se plantea el problema de la naturaleza del arrendamiento. *Ni los arrendamientos por largo espacio de años, ni aquellos en que se hayan hecho considerables anticipaciones, son generadores de un derecho real, quedando siempre limitados a una obligación personal*: así comenzaba el párrafo dedicado a la materia en la Exposición de Motivos. Lo mismo puede verse en GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 301: «El contrato de arrendamiento ni transfiere el dominio, ni es generador de ningún derecho *en* la cosa, atendidos los principios del derecho. Sólo produce acciones personales a favor del dueño para que se le pague el arrendamiento en el tiempo y forma estipulados, para que el arrendatario cuide de la cosa de modo que por su omisión, o mal trato no se deteriore, para que le reintegre éste de los daños y perjuicios que indebidamente le haya ocasionado y por último para que cumplido el plazo del contrato, le deje libre y desembarazada la finca: y a favor del arrendatario, para que se le franquee la finca, y se le permita usar de ella por el dueño dentro de las condiciones del contrato. Ningún derecho *real* se crea por este contrato; ninguna acción

actualidad, no hay más remedio que concluir afirmando su carácter personal: ni atribuye al arrendatario un poder inmediato en la cosa, ni, de consiguiente, puede, *ratione sui*, imponerse, fuera de la relación *inter partes*, al tercero que suceda al arrendador en la titularidad de la finca arrendada. Interesa, aunque sea muy brevemente y con la atención puesta en nuestro actual Derecho, referirse separadamente a cada una de estas afirmaciones.

Que el arrendamiento constituye relación obligacional entre arrendador y arrendatario, y que no crea relación jurídico-real entre el arrendatario y la cosa arrendada, resulta inequívocamente de los artículos 1543 y 1554, 3.º del Código Civil⁵⁴². El primero de estos preceptos describe el resultado obligacional derivado del contrato de arrendamiento de cosas: *una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto*; el segundo, destaca la intermediación de conducta debida para que el arrendatario pueda ejercitar su derecho: *el arrendador está obligado [...] a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato*. A la vista de estos datos resulta difícil entender el exceso de tosquedad que ha llevado a veces a equiparar la situación y el derecho del arrendatario con la del usufructuario⁵⁴³. Pretenderla sobre la base de que uno y otro disfrutan cosa

real nace de él. Las relaciones que de él dimanar, son por lo tanto solamente entre el arrendador y el arrendatario, no entre el arrendatario y un tercero que tenga o adquiera el dominio de la cosa [...]» (subs. del a.).

⁵⁴² Con razón se hace fuerte en estos preceptos ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, III, cit., pp. 516-517, para combatir la tesis contraria: «A esta segunda tendencia [la que intenta encasillar el derecho arrendaticio entre los de naturaleza real] le ha entusiasmado esa labor destructora de tal clasificación tradicional, a base de dar relevancia, en el arrendamiento de cosas, al *contacto posesorio* del arrendatario con la cosa locada, pretendiendo que éste con su posesión se baste a sí mismo, por cuya razón huelga toda idea de cooperación en función del clásico compromiso obligacional por parte del arrendador o dueño de la cosa locada de “mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato”, de que hable, por ejemplo, el artículo 1554, 3.º, de nuestro Código civil, concordante con el artículo 1543 del mismo en cuanto afirma que el arrendador “se obliga a dar a la otra (parte, o arrendatario) el goce o uso de una cosa por tiempo determinado”, es decir, como obligación in *faciendo* que opera *quotidie et singulis momentis*. Con ello tal teoría procura eliminar en el arrendamiento toda idea de este tipo de prestación obligacional del arrendador y que es consustancial con el derecho personal o creditual [...]. Pero [...] esta argumentación [...] es inaceptable, porque está desmentida por los Códigos civiles y entre ellos por el español, conforme se ha comprobado con los artículos 1543 y 1554, 3.º, del mismo, entre otros». Con todo, partidario de la inmediatez del derecho del arrendatario, VALLET DE GOYTISOLO: *Hipoteca del derecho arrendaticio*, Madrid, 1951, pp. 20-29.

⁵⁴³ Se señala en esta línea, MORELL: *op. cit.*, pp. 419-420: «¡Extraña anomalía! El propietario, porque así le conviene, se desprende de uno de los derechos que integran el dominio, el derecho de usar o disfrutar. Si el que adquiere este derecho se llama usufructuario, nace un derecho real en el adquirente, la propiedad queda limitada, y los terceros, que no han sido parte en el acto o contrato, resultan obligados. Pero si el adquirente se llama arrendatario, porque media el pago de una renta, y la duración es más o menos limitada, todo cambia de aspecto: ya se trata de un derecho sin transcendencia real, ya no hay limitación en el dominio, o así aparece al menos, ya solamente los contratantes quedan obligados [...]. Esto no es justo, y sin embargo, éste es el resultado de la anomalía antes seña-

ajena supone detenerse en la más crasa e inmediata materialidad de las situaciones comparadas y pasar completamente por alto las importantes diferencias jurídicas que las separan. El usufructuario dispone de un *frui* propio en cosa ajena; el arrendatario aprovecha, cedido, el *frui* que conserva y continúa ejerciendo el propietario al percibir los frutos civiles de la cosa arrendada. El usufructo implica desmembración del dominio; el arrendamiento lo supone íntegro y completo en el propietario, que, tan sólo en el orden personal, sin alterar su derecho, se obliga a permitir que el arrendatario se aproveche del mismo ⁵⁴⁴. El usufructuario es titular de

lada [...]. Transmitedo por el propietario el goce o uso de la finca, como marca el artículo 1543, el arrendatario disfruta o usa una cosa ajena, y el propietario deja de usar o disfrutar esa misma cosa, aunque sea temporalmente y por cierta remuneración. Cierzo que el propietario sigue siendo dueño de las fincas arrendadas [...], pero cedido uno de los derechos que integran el dominio, sólo puede ceder los que le quedan; si como dueño dispone de las fincas, podrá dar lo que tiene, no ya lo que ha enajenado, y puesto que se ha desprendido, aunque sólo sea temporalmente, como en el usufructo, del derecho de disfrutar, cuando arrendó ese derecho, ni lo conserva, ni lo puede ceder hasta que vuelva a él, por expirar el arrendamiento. Ésta es la verdadera doctrina, y esto lo que enseña la lógica y la justicia. [...] Si el principio falso de que quiere partirse fuese cierto, ¿por qué respetar el usufructo constituido por contrato? El comprador a nada se obligó con el usufructuario, luego puede hacer cesar el usufructo, lo cual es desde luego absurdo. [...] La verdadera esencia del arrendamiento consiste en el derecho de gozar o usar las cosas ajenas, y como esta esencia es la misma que la del usufructo y uso, aquél es como éstos, un derecho real».

⁵⁴⁴ Así, en la doctrina más reciente, POVEDA BERNAL, Margarita Isabel: *La inscripción del derecho de arrendamiento en el Registro de la Propiedad*, Madrid, 1997, p. 91: «El arrendatario, en cambio, no ha adquirido en virtud del contrato de arrendamiento sino un derecho personal, el derecho a usar y disfrutar de la cosa por mediación del arrendador durante el tiempo fijado en el contrato; no se produce ninguna desmembración del dominio; las facultades del propietario sobre la cosa objeto de su dominio son plenas». Sin embargo, es en este punto donde la doctrina del siglo pasado, seguramente a la vista de la inversión legal del clásico y romano *emptio tollit locatum*, se muestra, cuando no más insegura, más contraria a los cánones recibidos. Inseguridad o duda parece haber en GARCÍA GOYENA: *op. cit.*, p. 790, cuando se pregunta: «¿Pero no es un principio de equidad y de jurisprudencia universal que nadie puede transmitir a otro más derecho del que él mismo tiene? El arrendador que por escritura pública, o de fecha legalmente cierta, se ha desistido por un tiempo convenido del uso y goce de su cosa, que ha prometido asegurar este uso o goce al arrendatario, y cuya obligación principal consiste efectivamente en hacérsela gozar, ¿puede acaso vender o legar a un tercero la propiedad, libre de esta obligación?». Decididamente, de desmembración o limitación del dominio, real y propia o por asimilación, hablan LUZURIAGA, CÁRDENAS y GÓMEZ DE LA SERNA. Según el primero —en *Concordancias ...*, cit., p. 946— «El propietario abdica cuando arrienda la libre disposición de la cosa arrendada, cuya abdicación es absoluta para él y para sus causa-habientes en virtud de lo dispuesto en los artículos 1486, 1500 y 1502; por consiguiente, es indispensable que los que tratan con él hallen en el registro los medios de conocer la existencia de aquella limitación de la propiedad, cuando sea tan durable que pueda influir en el ánimo de otras personas». Para el segundo —*Estudios jurídicos*, I, p. 195— «La servidumbre, el censo, el usufructo, la enfiteusis, y otros derechos considerados como reales, ¿qué son sino enajenaciones de una parte del dominio, o sea de la facultad de disponer de las cosas que son objeto de tales contratos, lo mismo que el arrendamiento?»; finalmente, para DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 302: «Los arrendamientos por largo tiempo, los que se hacen anticipando algunas anualidades, deben considerarse como una desmembración de la propiedad, porque realmente la hacen desmerecer cuando se vende la finca con esa carga». Con anterioridad, en la doctrina francesa, se había expresado en términos parecidos TROPLONG: *op. cit.*, p. 278: «La dispense de publicité comprend donc le bail de dix-huit ans. C'est seulement lors que cette durée est dépassée que commence l'obligation de transcrire; car alors la propriété est gravée d'un droit réel qui se rapproche de l'usufruit. Il y a une gêne, une charge que

un derecho real limitado o en cosa ajena, que, como tal, le otorga en ella un poder inmediato y directo; el arrendatario se mantiene en el uso y goce de la cosa arrendada a través de la prestación continuada por la que el arrendador se lo permite y proporciona. Es verdad que hoy y en nuestro Derecho, el arrendatario, alteradas las formas y el tecnicismo de la posesión romana que lo relegaban a la condición de simple detentador⁵⁴⁵, es poseedor; y que de aquí se ha querido deducir que el suyo es un poder inmediato en la cosa arrendada⁵⁴⁶. La deducción, en nuestra opinión, no es cierta. Ampliada la posesión a todo detentador (art. 446 CC), no siempre es consecuencia ni vehículo de un derecho de naturaleza real. No lo es el del arrendatario, que, por ello y según entiende la mejor doctrina, no es un derecho poseíble⁵⁴⁷. De ahí que, aun cuando pueda ser interdictalmente tutelado (art. 1560 CC), no sea posible su hipoteca (arts. 106, 107, 108 LH)⁵⁴⁸ ni su adquisición por usucapión (arts. 609, 1930,

l'acquéreur doit connaître pour n'être pas trompé; il y a une altération de la chose [...]; il y a tout à la fois un droit réel immobilier, ainsi que nous l'avons dit ailleurs, et un démembrement de la chose».

⁵⁴⁵ Cfr., e.c., ARIAS RAMOS, J. *Derecho Romano*, Madrid, 1951, p. 233; BONFANTE: *Instituciones de Derecho romano*, Trad. de la 8.ª ed. italiana por Luis Bacci and Andrés Larrosa, Madrid, 1965, p. 360; D'ORS: *Derecho Privado Romano*, Pamplona 1977, §§ 143 y 145; MIQUEL, J.: *Lecciones de Derecho romano*, Barcelona, 1984, p. 182; FERNÁNDEZ BARREIRO-JAVIER PARICIO: *Fundamentos de Derecho patrimonial romano*, Madrid, 1991, pp. 216-217.

⁵⁴⁶ DíEZ-PICAZO: *Fundamentos ...*, III, cit., p. 101: «Las cosas no se desarrollan así [al modo obligacional que propone la doctrina tradicional]. El arrendatario es un poseedor de la cosa arrendada y tiene sobre ella un poder directo e inmediato. Es quien utiliza la cosa conforme a su destino y quien extrae de ella sus utilidades y frutos»; PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 40: «Si las Partidas niegan el carácter de poseedor al arrendatario es porque el Derecho romano también se lo negó, pero sobre la base de una razón procesal: que sólo el arrendador podía ejercitar los interdictos. Pero, como se ha dicho certeramente, es más exacto afirmar que el arrendatario no era poseedor porque no podía utilizar personalmente los interdictos, que la afirmación contraria de que no los podía ejercitar porque no poseía la cosa. Por tanto, decaída la causa, ha de decaer el efecto. Pero, aunque la causa decae en nuestro Derecho a principios del pasado siglo, el efecto, curiosamente, persiste».

⁵⁴⁷ Por todos, en el sentido del texto, LACRUZ BERDEJO: *Derechos reales*, 1.ª, 1.ª Parte, Barcelona 1988, pp. 65-66; en contra, HERNÁNDEZ GIL, A.: *La posesión*, Madrid, 1980, pp., esp., 258-260 y 263-264, y, más específicamente, VALLET DE GOYTISOLO: *Hipoteca del Derecho arrendaticio*, cit., p. 22: «Cierto que hoy el ejercicio de dicho interdicto por el arrendatario contra el arrendador [...] podría explicarse sin necesidad de reconocer al arrendatario más que la mera tenencia de la cosa, puesto que el artículo 446 del Código Civil, con generosa amplitud, dispone que todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión. Pero nos parece más exacto sostener [...] que el arrendatario, además de tenedor de la cosa, es poseedor de su derecho, o, más exactamente, del uso y disfrute de aquélla».

⁵⁴⁸ Sobre la base, no obstante, de la moderna «recalificación» de los arrendamientos, la DGRN admitió la hipoteca del arrendamiento en RR. de 12 de marzo de 1902 y 15 de junio de 1929. En la doctrina han mantenido esta posibilidad: VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Hipoteca del derecho arrendaticio*, cit., pp., esp., 115 ss.; GARCÍA-ARANGO y CANGA: *Hipoteca de arrendamiento de inmuebles*, RCDI, 1948, pp. 563 ss.; GARCÍA GARCÍA, en *Comentario del Código Civil*, M.ª de Justicia, Madrid, 1993, II, p. 1898; PAU PEDRÓN: *op. cit.*, pp. 154-163. Curiosamente, POVEDA BERNAL, que tan cuidadosa y documentadamente se ha pronunciado por la concepción obligacional del arrendamiento (*op. cit.*, pp. 71-122), termina, en cambio, por decantarse en favor de la posibilidad de su hipoteca (pp. 498-502), sobre la base de que, a pesar del tenor literal del artículo 106 de la LH el carácter real no

1940 CC)⁵⁴⁹. Al goce del arrendatario le falta la nota de la inmediatividad que define al derecho real.

Precisamente por ello, tampoco el derecho del arrendatario es, de suyo, oponible *erga omnes*. Consistente en relación obligacional nacida de contrato, su eficacia queda limitada a las partes otorgantes (art. 1257 CC). Así lo concibe en nuestro Derecho el Código Civil, no sólo al describir el arrendamiento de cosas y al regular los derechos y obligaciones que nacen del mismo, sino, sobre todo, al consagrar la vieja regla romana *emptio tollit locatum* (art. 1571). Como al respecto afirmaba Heinecio, entre ésta y la contraria, *prior regula juris principii consentanea est*. Y su fundamento es claro: el arrendatario no puede imponer su derecho al comprador, ni en razón de derecho real alguno, pues no lo tiene; ni por derecho de carácter personal, pues nunca contrató en él⁵⁵⁰. El hecho de que, en contra de los *juris principia*, el legislador refuerce ortopéδικamente o extienda artificialmente los efectos del arrendamiento, en nada debe variar la calificación que intrínseca y naturalmente corresponde al derecho nacido de él en favor del arrendatario. De nuevo puede ser oportuno el recuerdo de la facilísima *reductio ad absurdum* de la afirmación contraria: ¿puede convertirse en jurídico-real la relación personal en la que la ley, extendiendo un contrato a tercero, impone la entrada de éste en la posición hasta entonces ocupada por quien inicialmente lo otorgó o con posterioridad ha venido a sustituirle? Basta repasar mentalmente alguno de los supuestos en que tal ocurre⁵⁵¹ para advertir su radical inadecuación con el presupuesto básico del derecho real. Tampoco, adjuntada a la relación arrendaticia, su oponibilidad extrínseca a terceros alcanza a transmutar su íntima naturaleza. Da la impresión de que ha sido dicha oponibilidad la que, principalmente, ha llevado a calificar como real el derecho del arrendatario⁵⁵². Sin embargo, examinado el asunto

es exigencia ineludible de los derechos que pueden ser hipotecados: «[...] no es la realidad lo que va a motivar la hipotecabilidad, sino su inscribibilidad y transmisibilidad, circunstancias ambas que se dan en el arrendamiento» (p. 501).

⁵⁴⁹ Por todos, MORALES MORENO, A.: *Poseción y usucapión*, Madrid, 1972, p. 124: «Aunque el título tenga una fuerte estabilidad (ejemplo, arrendamiento con prórroga forzosa), no deja de atribuir a la posesión la cualidad de posesión en virtud de licencia».

⁵⁵⁰ HEINECIO: *op. cit.* : *Sed prior regula juris principii consentanea est [...]. Conductor enim emptorem nec ex jure in re cogere potest [...] quia nullum habet [...], nec ex jure ad rem, quia numquam cum emptore contraxit.*

⁵⁵¹ Artículo, e.c., 44 del Estatuto de los Trabajadores, según el cual, el «cambio de la titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, no extinguirá por sí misma la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y deberes del anterior»; artículo 34 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro: «En caso de transmisión del objeto asegurado, el adquirente se subroga en el momento de la enajenación en los derechos y obligaciones que correspondan en el contrato de seguro al anterior titular [...]».

⁵⁵² Vid., e.c., OLIVER: *Derecho Inmobiliario Español*, textos manuscritos para el T. II [biblioteca ICNR], legajo IV, carpetilla XXVIII, pp. 5 y 6 (cita tomada de PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 32): «[...] es necesario determinar previamente cuál es la naturaleza del derecho del arrendatario: si, como se desprende de los efectos que la inscripción atribuye a este con-

con mayor detenimiento y rigor, hay que retener que, ni la oponibilidad produce por sí sola inherencia ⁵⁵³, ni, cuando se da sin ella, puede ser confundida con la que es propia de los derechos reales. En estos, inherencia y oponibilidad van de la mano: porque el derecho va adherido a la cosa, con él habrán de topar quienes entren en contacto con la cosa. En el arrendamiento, en cambio, la oponibilidad es puro resultado de una determinación positiva del legislador basada en la razón política de favorecer su estabilidad y duración ⁵⁵⁴. Y, al igual que en su fundamento, también en su intensidad y funcionamiento puede distinguirse entre la oponibilidad

trato, y como declaran los autores de la Ley, este derecho es real [...] o si la Ley, al permitir la inscripción de los arrendamientos, no ha pretendido alterar la naturaleza personal del derecho del arrendatario, sino que sólo se ha propuesto dejar a salvo este derecho personal contra los terceros que puedan adquirir la propiedad de la finca arrendada, y advertirles de la situación jurídica de la misma. Nosotros creemos que el arrendamiento, una vez inscrito, convierte en real el derecho personal del arrendatario; MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, X, 3.ª ed., Madrid, 1919, p. 659: «Consecuencia de estas disposiciones es que, cuando se trata de un arrendamiento inscrito en el Registro de la propiedad, se trata de un derecho real que, por virtud de su inscripción, surte efectos contra tercero»; CAMPUZANO: *op. cit.*, p. 181: «Al publicarse la Ley Hipotecaria se declaró inscribible el arrendamiento en determinadas condiciones, con lo cual se le daban, como es lógico, efectos contra tercero, y ya no se podía sostener que fuera un derecho puramente personal, aunque tampoco podía decirse que radicalmente se convertía en derecho real». Para la doctrina italiana, cfr. NATUCCI: *La tipicità ...*, cit., p. 149: «Dall'opponibilità della locazione [...] si è tratto però lo spunto (e l'argomento è tradizionale) per affermare la realtà del diritto del locatore [...]. Ma dal riconoscimento di tali requisiti non consegue però la realtà del diritto del locatario».

⁵⁵³ Resulta curioso que DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 303, considere que en los casos excepcionados en P. 5. 8. 18 respecto de la regla *emptio tollit locatum* (pacto entre arrendador y comprador de respetar el arrendamiento ya existente y arrendamiento por toda la vida del arrendatario), el arrendamiento se transforme en real e inherente a la finca, hasta el punto de que su inscripción sea posible al amparo, no del párrafo 5.º, sino del 1.º del artículo 2 de la LH «En estos dos casos –dice– no hay duda que existe también un verdadero derecho real, puesto que el arrendamiento va de tal manera adherido a la finca, que la sigue donde quiera que vaya, y el que la adquiere es siempre con la obligación de respetar el contrato como si fuera él mismo el que lo hubiera celebrado. No se hará en este caso la inscripción por lo que este artículo de la Ley Hipotecaria dice de los arrendamientos, sino por lo que antes deja establecido respecto a los contratos o actos en que se constituyen derechos reales. Y con razón, porque en tales casos existe una carga, y por lo tanto una disminución del valor que el adquirente o el prestamista deben conocer para no caer en engaño: la falta de expresión en este punto sería contraria al principio de publicidad que domina en toda la Ley Hipotecaria». Sin entrar a profundizar más, baste añadir la crítica de GALINDO y ESCOSURA –*op. cit.*, p. 460– a este párrafo de DE LA SERNA: «Aun cuando La Serna sostiene que en ambos casos se convierte la obligación personal del arrendamiento en derecho real, sólo lo encontramos en el segundo; porque cuando el vendedor se obliga con el comprador a no lanzar al arrendatario, queda obligado a ello por el pacto, pero sólo con obligación personal, sin que ni de la ley ni de la doctrina de los Comentadores pueda inferirse que la obligación pasa a los terceros poseedores, si el vendedor transfiriere la finca. No así cuando el arrendamiento es perpetuo; porque entonces sólo por este hecho, la subsistencia del arrendamiento pesa sobre la finca, fuere quien fuere el poseedor». En la doctrina italiana, cfr. NATUCCI: *op. cit.*, p. 150, quien, tras estudiar la oponibilidad del arrendamiento, añade: «Non vi è quell'inerenza del diritto che si traduce nell'opponibilità dei diritti reali».

⁵⁵⁴ Por esa razón, NATUCCI: *op. cit.*, p. 151, la considera excepcional: «Ed è, per i motivi detti, da considerarsi eccezionale. Eccezionale, ed espressamente attribuita dal legislatore, perchè non discendente logicamente dalla struttura fondamentale di diritto personale, che el legislatore ha tenuto presente».

del arrendamiento y la de los derechos reales. En el Derecho moderno, la de éstos, con capacidad para actuar por sí sola, únicamente se detiene cuando, omitida su inscripción, se hace necesario salir en auxilio de la buena fe de los terceros. La del arrendamiento admite variantes: a veces, cuando se la impone absolutamente, sin supeditación alguna a la inscripción registral (art. 74 LAR y 14 LAU, para los cinco primeros años de su duración), actúa con intensidad superior a la del derecho real⁵⁵⁵; a veces, cuando se la supedita a la inscripción (arts. 1549 y 1571 CC; 29 LAU, y 13 y 14 de la misma, más allá del mínimo protegido de los cinco años), actúa por imitación y al modo de la de los derechos reales, aunque sin el fundamento que en éstos la justifica. La oponibilidad es aquí una oponibilidad prestada, sin más soporte que la inscripción registral e insuficiente por sí misma para mudar de naturaleza y convertir en real el derecho del arrendatario⁵⁵⁶.

Sin inmediatividad de poder, pues, y sin oponibilidad intrínseca o natural, el derecho del arrendatario no puede, en buena doctrina, ser considerado derecho real. ¿Podrá, con todo, la inscripción mudar su naturaleza? Nosotros compartimos plenamente la opinión de quienes a esta pregunta responden negativamente. La inscripción, se dice, no puede alterar la naturaleza del derecho inscrito⁵⁵⁷. Con razón: su función, muy especial y nítidamente en nuestro Derecho, es exclusivamente publicadora. Limitada a dar publicidad al derecho, no llega a tocar su naturaleza. Y no se nos censure de apriorismo, objetándonos que los derechos son lo que son en razón de sus efectos⁵⁵⁸, y que la inscripción logra extender los del derecho arrendaticio más allá de donde alcanzarían como derecho puramente personal. La objeción sólo valdría si los efectos a tener en cuenta para la calificación del derecho fueran los que de él derivan de modo conatural; no los que extrínseca y artificialmente se les puedan adjuntar o añadir. En concreto —hay que repetirlo— la oponibilidad a terceros que hoy puede reforzar y extender el derecho del arrendatario por consecuencia de su inscripción (y que sin necesidad de ella impone también a veces el legislador), no basta a convertirlo en real. Ni por nacida naturalmente de tal derecho, ni por exigir su alteración transformándolo en poder inmediato en la cosa.

⁵⁵⁵ NATUCCI: *La tipicità ...*, cit., p. 148: «Si deve notare, anzi, che l'opponibilità della locazione è, per un certo aspetto, addirittura più forte di quella di un diritto reale. La locazione immobiliare, infatti, può essere fatta valere contro il terzo acquirente, nei limiti del novennio, indipendentemente della trascrizione. Prevale anche contro gli acquirenti che abbiano trascritto».

⁵⁵⁶ NATUCCI: *op. cit.*, pp. 148-149: «Deriva [la oponibilidad], invece, unicamente dalla trascrizione nel caso di locazione immobiliare ultranovennale; ed in ciò differisce da un diritto reale, (di godimento) il quale, nei limiti della sua validità è altresí efficace verso i terzi (salve le norme sulla trascrizione)».

⁵⁵⁷ ASÍ, CAMPUZANO: *op. cit.*, p. 182; ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 505; íd., p. 667.

⁵⁵⁸ Vid., con remisión a PUIG BRUTAU, PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 37, texto y nota 28.

Concluido, pues, el carácter no real del derecho del arrendatario –sin inscribir ni inscrito–, sólo nos queda añadir tres consideraciones complementarias:

La primera: que lo dicho debe valer hoy para todo arrendamiento inmobiliario, sin que ya quede lugar a la distinción histórica entre los de breve o larga duración y a hacer de éstos una categoría especial y distinta, asimilada, más o menos, al censo enfiteútico. Convenimos con Roca Sastre en que, disponiendo hoy del Registro de la Propiedad como instrumento de reforzamiento extrínseco de los arrendamientos, es innecesario e inútil pretender esta misma finalidad a través de la conversión en reales de los que se concierten por más allá de una determinada duración⁵⁵⁹. Mucho menos queda lugar para la distinción entre arrendamientos con pacto de subsistencia para el caso de venta –y en tal caso reales⁵⁶⁰ y autónomamente inscribibles⁵⁶¹– o sin dicho pacto, siendo entonces puramente personales. Hoy, como es sabido, el artículo 2, 5.º de la Ley Hipotecaria, reformado por la LAU de 1994, considera inscribibles, sin más, todos los arrendamientos inmobiliarios. Decae con ello el fundamento, si alguna vez lo tuvo, de la afirmación de Gómez de la Serna sosteniendo que los concertados por larga duración o con el indicado pacto, en tanto que constitutivos, *a se*, de derechos reales, tienen acceso al Registro por el cauce genéricamente previsto para estos en el artículo 2, 1.ª LH⁵⁶², quedando limitado el específico del 2, 5.º a los que, sin serlo de suyo, resultan convertidos en reales por obra de la inscripción. Los arrendamientos inmobiliarios, hay que mantener sin ningún género de duda para nuestro actual Derecho, acceden *todos* al Registro de la Propiedad, y *sólo* pueden hacerlo por la vía especialmente prevista para ellos: el párrafo 5.º del artículo 2 de la Ley Hipotecaria.

La segunda consideración: Que, por lo mismo que los arrendamientos no generan derechos reales, tampoco pueden considerarse con pro-

⁵⁵⁹ ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 515.

⁵⁶⁰ GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 303: «En estos dos casos –dice refiriéndose a los excepcionados respecto al venta quita renta en P. 5. 8. 18–, no hay duda que existe también un verdadero derecho real, puesto que el arrendamiento va de tal manera adherido a la finca, que la sigue donde quiera que vaya, y el que la adquiere es siempre con la obligación de respetar el contrato como si fuera él mismo el que lo hubiera celebrado».

⁵⁶¹ GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 308: «Ni los particulares que quieran tener la inscripción y dar el carácter de derecho *real* a una obligación personal, dejarán de poder hacerlo, pero estando en ello de acuerdo ambas partes contratantes, pues, según hemos dicho antes, bastará que al celebrar el arrendamiento se añada la cláusula de que continuará, aunque la finca cambie de dueño, porque entonces hay un verdadero derecho *real*, y el contrato por lo tanto puede inscribirse» (sub. del a.).

⁵⁶² GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 303: «No se hará en este caso la inscripción por lo que este artículo de la Ley hipotecaria dice de los arrendamientos, sino por lo que antes deja establecido respecto a los contratos o actos en que se constituyen derechos reales».

piedad como constitutivos de carga real ⁵⁶³ o de obligación *propter rem* ⁵⁶⁴. Mantenido la figura en el ámbito de lo obligacional, no puede provocar reflejos jurídico-reales que inmediatamente toquen la finca arrendada. Lo dicho, que en cuanto a la carga real puede resultar claro, pide algún tipo de explicación o aclaración respecto de la obligación *propter rem*. Nuestra exclusión sólo cuenta si de ella se hace algo similar a la carga real; si se la entiende como deber conectado necesaria e inmediatamente con la titularidad de una cosa e integrado en el estatuto del derecho recayente sobre la misma. Nada habría que oponer si la obligación *propter rem* se entiende ampliada a toda posible obligación cuyo sujeto quede extrínsecamente determinado por su relación con la cosa, aunque no derive del núcleo de su estatuto necesario.

Finalmente, tercera consideración: Que al igual que al derecho del arrendatario no cuadra el calificativo de derecho real, tampoco cabe sostener que, sin que lo sea, o, en todo caso, prescindiendo del problema de su naturaleza, la ley lo someta hipotecariamente al régimen de los derechos reales ⁵⁶⁵. Nos cuesta lógicamente entender esa forma de dislocamiento por la que un cierto derecho pueda ser llevado a un régimen que no sea el que por su naturaleza le corresponde. Algo de violencia se hace cuando se dice que el arrendamiento, sustantiva o civilmente personal, es hipotecariamente tratado como derecho real. Lo dejamos aquí, porque profundizar en este punto supone ya pasar al que, separadamente y como problema específico, nos habíamos propuesto tratar a continuación: el del efecto pretendido por el legislador para la inscripción de los arrendamientos.

⁵⁶³ Lo califica así ROCA SASTRE: *op. cit.*, II, p. 674: «La inscripción de estos derechos, o, mejor dicho, contratos en que ellos se establecen o pactan –dice refiriéndose a los de arrendamiento y opción de compra–, no los convierte en derechos reales ni mucho menos, sino tan sólo les atribuye, hasta cierto punto, el hecho de su publicidad registral, la categoría de *carga o gravamen* afectante a todo subadquirente» (sub. del a.).

⁵⁶⁴ Calificación ésta frecuente, que puede verse, e.c., en la doctrina suiza, en DESCHENAUX: *op. cit.*, pp. 536-537: «L'annotation des baux à ferme et à loyer, spécialement mentionnés à l'art. 959 al. 1, a pour effet de rendre les droits personnels qui en dérivent "opposables à tout droit postérieurement acquis sur l'immeuble" [...] La figure de l'obligation ou du rapport juridique *propter rem* vient ici également à la rencontre des postulats pratique: l'annotation du bail a pour effet d'attacher la qualité de bailleur à celle de propriétaire de l'immeuble, de sorte que l'acquéreur est, *ipso jure*, substitué au bailleur du seul fait de l'acquisition de la propriété».

⁵⁶⁵ Constituye esta idea uno de los criterios básicos –cfr. pp. 19-20– en la tesis de PAU PEDRÓN sobre la protección registral de los arrendamientos urbanos. La fórmula con mucha precisión en la nota 25, pp. 33-34: «Ningún autor da la respuesta que habría sido más lógica: lo que LH pretende al afirmar que el arrendamiento inscrito es un *verdadero* derecho real no es tanto variar la naturaleza del derecho arrendaticio –porque esa naturaleza es algo que corresponde determinar al Derecho Civil y no al Hipotecario, y la propia Exposición de Motivos lo reconoce–, como someter el arrendamiento inscrito al régimen hipotecario. El derecho de arrendamiento inscrito es –como dice con acertada fórmula P. CARDELLANCH Y BUSQUETS (*Jurisprudencia Práctica, o fórmulas contractuales comentadas según las leyes comunes y según la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1862, p. 1066)– *hipotecariamente real*» (subs. del a.).

4. EL EFECTO DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL EN SU APLICACIÓN A LOS ARRENDAMIENTOS

Sin duda es esta última la cuestión de mayor interés que plantea la inscripción de los arrendamientos en el Registro de la Propiedad. También, en nuestro Derecho, la que mayores dificultades suscita. Ambas afirmaciones se explican por sí solas. En cuanto al interés, es muy claro que, una vez admitida la inscripción de los arrendamientos, lo que principalmente importa es determinar cuáles son los efectos que de ella se siguen. Es verdad que, en el ámbito de la legislación especial, tan marcadamente proteccionista, impuesto a todo trance el arrendamiento al tercero que viniera a sustituir al arrendador en la titularidad de la finca arrendada con absoluta independencia de su inscripción en el Registro, aquel interés resultó completamente eclipsado en la práctica. Hoy vuelve a relucir —teóricamente, al menos, que en cuanto a la práctica, está por ver el uso que vaya a hacerse de la renovada y ampliada posibilidad de inscribir los arrendamientos— por obra del tono liberalizador de la nueva LAU, a cuyo amparo, los arrendamientos urbanos recobran en gran parte su propia normalidad. Y en cuanto a la dificultad, baste advertir que la mayor riqueza de efectos de la inscripción en nuestro sistema registral, frente a la más simple que caracteriza al sistema francés de publicidad, de una parte; y de otra, la indeterminación en que nuestro legislador ha dejado el problema, llevan al resultado de que en nuestro Derecho, la indicación precisa y cierta de los efectos de la inscripción de los arrendamientos tenga que moverse en márgenes de discutibilidad no planteables en Francia y positivamente evitados en Suiza. Ello advertido, nos queda todavía por añadir que en el tratamiento de este punto vamos a ocuparnos, en primer lugar, de su planteamiento general: el que tiene por base lo dispuesto al respecto en el Código Civil y en la Ley Hipotecaria; sólo después veremos hasta qué punto esta disciplina pueda resultar interferida, en su propio ámbito, por la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.

a) En el régimen del CC y de la LH

En el régimen del Código Civil y de la Ley Hipotecaria es muy claro que la función de la inscripción de los arrendamientos consiste en vehicular la oponibilidad de éstos al servicio de su estabilidad y duración y en interés del arrendatario. Así resulta, sin lugar a dudas y según ya tuvimos ocasión de ver, de la expresa declaración de los autores y comentaristas de una y otra ley. La variante, también ya indicada, entre la regulación sustantiva de la suerte del arrendamiento en caso de venta de la finca arrendada, que en 1851 se proyectó corrigiendo el tradicional y romano *emptio tollit locatum*, y que en 1889 quedó definitivamente fijada de

acuerdo con tal principio, no altera en lo sustancial, aunque la refuerza, la función atribuida a la inscripción. De coadyuvante necesario para que el arrendamiento, perdurable por sí mismo, se imponga al nuevo titular de la finca —y, en tal aspecto, en parte también en interés de éste—, queda convertida en soporte único de la posibilidad de dicha imposición, que, al no tener fundamento sustantivo ya en sí misma, no puede sin inscripción darse contra tercero. Ahora la inscripción sirve *tota quanta* al arrendatario, pero en este caso como en el anterior, lo que con ella se pretende en nuestro Derecho, al igual que en el francés y en el suizo, es que el arrendamiento pueda, sin sorpresa, ser opuesto a terceros. En la terminología de nuestro Código Civil, que pueda *perjudicarles* (art. 1280, 2.º) o *surtir efectos* (art. 1549) frente a ellos. Ello supuesto, la cuestión que aquí se suscita es si, además de ese efecto, la inscripción de los arrendamientos desencadena los demás que en nuestro sistema registral se siguen de la inscripción. ¿Provoca, por ejemplo, en favor del arrendatario las ventajas propias del principio de legitimación registral? ¿Lucra el arrendatario que inscribe su derecho la virtualidad sanante de la fe pública registral? ¿Genera la inscripción de su derecho esa misma virtualidad en beneficio de quien por cesión o subarriendo pudiera pasar a disfrutarlo? La respuesta a estas preguntas no es pacífica en nuestra doctrina, y en el Derecho comparado son distintos los elementos de solución de la cuestión suscitada.

En efecto, comenzando por el Derecho comparado, mientras en Francia la inscripción provoca en los arrendamientos iguales efectos que en los derechos reales, en Suiza expresamente se establece la diferencia: la de los arrendamientos produce sólo el ya indicado de hacerlos oponibles a terceros⁵⁶⁶. Claro está que el dato, con ser cierto e indudable, resuelve poco por sí solo nuestro problema. De una parte porque, siendo el Registro francés un Registro de publicidad negativa o preclusiva, ninguna cuestión puede plantearse en él respecto a efecto alguno de la inscripción de los arrendamientos que no sea el de su oponibilidad a tercero. De todas formas hemos de reconocer que cuando Troplong describe la virtualidad de tal inscripción y las consecuencias de su omisión permitiendo que ésta juegue en favor no sólo del adquirente de la propiedad de la finca arrendada sino en el de un segundo arrendatario que se adelante a inscribir⁵⁶⁷, está equiparando las consecuencias de la inscripción de los arrendamientos a la de los derechos reales; la equiparación, con todo,

⁵⁶⁶ Cfr. DESCHENAUX: *op. cit.*, pp. 536: «L'annotation des baux à ferme et à loyer, spécialement mentionnés à l'art. 959 al. 1, a pour effet de rendre les droits personnels qui en dérivent "opposables à tout droit postérieurement acquis sur l'immeuble". L'art. 260 al. 2 CO précise cet effet en disant que l'annotation "oblige tout acquéreur à laisser au preneur, en conformité du bail, la jouissance de la chose louée"; le nouveau propriétaire doit souffrir l'utilisation de l'immeuble par le preneur ("die Benutzung gestatten")».

⁵⁶⁷ TROPLONG: *op. cit.*, pp. 377-378: «Nous n'avons parlé de l'utilité de la transcription des baux que par rapport aux tiers acquéreurs et aux créanciers hypothécaires de

—limitada a los arrendamientos de larga duración y basada en la naturaleza real que se les atribuye— no nos saca en este caso del efecto preclusivo de la publicidad, prácticamente el único que conoce el sistema francés: lo no inscrito, no perjudica a tercero. De otra parte, y por lo que hace al sistema suizo, porque la limitación en él impuesta a la inscripción de los arrendamientos se corresponde muy bien en tal Derecho con un dato que, producido en él, no se da en el nuestro: los arrendamientos se publican en el Registro inmobiliario mediante anotación preventiva ⁵⁶⁸, no en la misma forma y por asiento idéntico al propio de los derechos reales. Insubsumible nuestra inscripción de los arrendamientos en ninguno de los sistemas comparados, la pregunta queda en pie: ¿cuáles son sus efectos en un Ordenamiento donde, desbordado el modelo de la publicidad preclusiva o negativa, la inscripción produce plenos efectos positivos y donde los arrendamientos no se anotan sino que se inscriben al igual que los derechos reales?

Y la doctrina, decíamos, no es pacífica. En la que más recientemente, a partir de la nueva LAU, se ha ocupado del problema, parece afirmarse la opinión favorable a la plena equiparación entre los efectos de la inscripción de los arrendamientos y la del dominio y demás derechos reales ⁵⁶⁹. En la anterior ⁵⁷⁰ estaba mayoritariamente asentada la contraria: la inscripción de los arrendamientos —como las inscripciones de incapacidad— comparte con las de los derechos reales sólo el efecto negativo que proclamaba el originario artículo 23 de la Ley Hipotecaria: *los títulos mencionados en los artículos 2 y 5 que no estén inscritos en el Registro, no podrán perjudicar a tercero*. A nuestro juicio, es esta opinión la que mejor responde a la finalidad pretendida con la admisión de los arrendamientos a inscripción; a la diferencia de naturaleza y efectos del derecho arrendaticio frente a los derechos reales, diferencia de la que es tributaria el dato de que la posibilidad de inscripción de aquel se disponga separadamente en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, en párrafo distinto a los que se ocupan de la de los derechos reales; y, finalmente, al dato hoy

l'immueuble objet de la location. Cette transcription a aussi de l'intérêt, dans le cas où le même immeuble serait loué successivement à deux personnes, pour plus de dix-huit années: c'est le bail transcrit le premier qui l'emportera sur l'autre. En effet, la loi admet à invoquer le défaut de transcription tous ceux qui ont des droit sur l'immeuble; elle ne fait aucune distinction entre les tiers. Or, nous avons démontré, dans notre Commentaire du *Louage*, qu'un locataire, surtout un locataire à longues années, a un droit réel sur la chose louée [...]».

⁵⁶⁸ Artículo 959 CC: *Persönliche Rechte können im Grundbuch vorgemerkt werden, wenn deren Vormerkung durch das Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, wie bei Vor- und Rückkauf, Kaufsrecht, Pacht und Miete [...]»*.

⁵⁶⁹ Es la tesis que sostiene PAU PEDRÓN: *op. cit., passim*; esp., pp. 19 y 35-36; íd.: *Manual de Derecho Registral Inmobiliario*, Madrid, 1996, p. 157. Antes de la reciente reforma de la LAU, esta tesis había sido propuesta, contra la doctrina mayoritaria, por VALLET DE GOYTISOLO: *Hipoteca del derecho arrendaticio*, cit., p. 36.

⁵⁷⁰ Por todos, ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 528. De todos modos, favorable a la aplicación de la fe pública en la inscripción de los arrendamientos, DE CASSO: *op. cit.*, p. 172.

suministrado por el artículo 13, 3. de la vigente LAU excluyendo el arrendamiento *a non domino* que sería natural consecuencia de la proyección sobre los arrendamientos de la totalidad de los efectos normalmente desencadenados por la inscripción registral de los derechos reales. La de los arrendamientos es, pues, una inscripción especial y de efectos menores, cuyo beneficiario directo es el arrendatario actual –no quien se proponga serlo y a tal fin compruebe en el Registro la titularidad del arrendador–, al que permite oponer su derecho a quien suceda al arrendador en la titularidad de la finca arrendada.

No creemos que contra el valor de las razones indicadas puedan prevalecer los argumentos que de contrario se esgrimen para fundamentar la extensión de los efectos generales de la inscripción de los derechos reales a la peculiar de los arrendamientos. Particularmente débil es el que se pretende extraer del tipo de asiento por el que estos últimos ingresan en el Registro: inscripción, y no anotación preventiva ⁵⁷¹. Podría admitirse la superioridad técnica del Registro suizo al reservar la inscripción para el asiento de los derechos reales y al hacer que de los derechos personales que excepcionalmente se admiten a publicidad se tome razón por medio de anotación preventiva (*Vormerkung*), y propugnarse ese mismo criterio como preferible para nuestro propio sistema ⁵⁷². De todas formas, aunque equiparados en cuanto al asiento por el que se registran, la peculiaridad de la razón de ser de la inscripción de los arrendamientos frente a la genérica de la de los derechos reales, y, consiguientemente, la reducción de sus efectos, resultan con claridad de la explicación que de ella se ofrece en la Exposición de Motivos de 1861. Aparte de ello, debe tenerse en cuenta que la anotación preventiva reviste en nuestro Derecho una carga de transitoriedad que no se avendría bien con la dilatada duración que inicialmente se exigió para que los arrendamientos pudieran ser inscritos en el Registro de la Propiedad; y, sobre todo, que no todo lo que en nuestro Derecho entre en el Registro a través del asiento de inscripción, produce

⁵⁷¹ PAU PEDRÓN: *La protección* ..., cit., p. 24: «En armonía con ese criterio expresado en la Exposición de Motivos, la LH dispone que el derecho arrendaticio acceda al Registro a través de un asiento de inscripción. De haber considerado al arrendamiento como un derecho real, o de haber querido sólo atribuirle *algunos efectos reales*, hubiera previsto su acceso a través de una anotación preventiva o incluso una nota marginal –como ordena el primer Reglamento Hipotecario que accedan los subarrendos a los libros del Registro (art. 5 RH)–. Pero, considerando que es un verdadero derecho real, ordena que se inscriba (art. 2, núms. 5 y 6)» (subs. del a.). La declaración al respecto contenida en el Preámbulo del Real Decreto 297/1996, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los Contratos de Arrendamientos Urbanos, carece de valor probatorio en el sentido indicado en el texto, y, en razón del valor que por jerarquía normativa corresponde al texto en que se inserta, resulta poco más que un *flatus vocis*: «[...] se ha tenido en cuenta que no hay motivos ni bases legales bastantes para estimar alterados los principios generales de nuestro ordenamiento inmobiliario registral, que exigen, como regla, la titulación pública de los derechos inscribibles y su reflejo en el Registro por medio del asiento principal de inscripción».

⁵⁷² Así, ROCA SASTRE: *op. cit.*, III, p. 521; DE CASSO: *op. cit.*, pp. 444-445.

la plenitud de efectos que sólo se sigue de la de los derechos reales. Pensamos, obviamente, en la inscripción de las resoluciones judiciales limitadoras de la capacidad. Insistimos en que el corte producido en la relación *juxta* artículo 2 LH de los títulos inscribibles entre los que documentan el dominio y los demás derechos reales y los que se refieren a los arrendamientos, al intercalarse entre unos y otros las resoluciones de incapacidad, es suficientemente indiciario de la diferencia que los separa. El único efecto común a todos ellos es el que expresaba el originario artículo 23 de la Ley Hipotecaria.

También nos parece débil la fundamentación de la tesis contraria cuando, en la argumentación de que el arrendatario goza de la fe pública registral, termina por confundirse ésta con los efectos de la simple inoponibilidad de lo no inscrito⁵⁷³ —lo que en nuestro Derecho resulta favorecido por el estado general de confusión reinante acerca de la relación entre los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria—, o cuando, con ocasión del tratamiento del artículo 13, 3 LAU, se afirma una protección del arrendatario *ex* artículo 34 LH que por ninguna parte aparece en ninguno de los dos preceptos⁵⁷⁴. Frente a ello, parece mucho mejor

⁵⁷³ Nos parece que esto ocurre en el siguiente texto de PAU PEDRÓN: *op. cit.*, pp. 115-116: «La LAU (art. 13. 1. 2.º) ha venido a confirmar la protección del arrendatario por el principio de fe pública registral. Tras formular la regla general de resolución del arrendamiento al extinguirse el derecho del propietario-arrendador, añade: «se exceptúa el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador». Luego si el retracto convencional, la sustitución fideicomisaria, la hipoteca, el embargo, la opción [...] no han accedido al Registro, y el arrendamiento sí, aquellos derechos no perjudican al arrendatario». Lo mismo puede decirse del texto de OLIVER, traído a colación por PAU PEDRÓN —*op. cit.*, p. 114— como prueba de que para este autor la fe pública protege al arrendatario: «¿Son terceros los arrendatarios? Entre dos arrendatarios de la misma cosa, ¿será preferido el que primero inscribió? Como es derecho real este arrendamiento, sí». Resulta oportuno recordar que ésta misma respuesta y con indicación de igual fundamento, era la que dada TROPLONG —*op. cit.*, pp. 377-378— a la cuestión suscitada, y, obviamente, en el sistema registral francés no es planteable el efecto de la fe pública registral.

⁵⁷⁴ PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 118: «Según los casos, actuará una u otra protección. Si se dan los *presupuestos registrales* del artículo 34 LH y se cumplen los *requisitos* exigidos por este artículo, el arrendatario adquirirá un derecho de arrendamiento que tendrá asegurada la duración que se haga constar en el Registro. Si se dan los *presupuestos registrales* del artículo 13.3 LAU y se cumplen los requisitos previstos en el mismo, el arrendatario adquirirá un derecho de arrendamiento que tendrá asegurada por la ley la duración de cinco años» (subs. del a.). Muy débil nos parece también el argumento que se pretende extraer —PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 113— de la literalidad del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, frente a la del artículo 32: mientras éste habla de derechos reales, el primero se refiere, en general, a derechos: «Se dice que el derecho arrendaticio es personal, y por ello el legislador sólo ha querido dotarle de oponibilidad frente a terceros, pero no protegerlo a través de la fe pública registral. Sin embargo, la terminología empleada por el legislador es la inversa a la que correspondería a estas ideas: de *derechos reales* habla el artículo 32 para referirse a los títulos no oponibles (y correlativamente a los oponibles); y sin embargo sólo de derechos habla el artículo 34 para referirse a los adquirentes protegidos. Ello prueba la coherencia del legislador: el derecho arrendaticio es un derecho real, y por eso es uno de los derechos oponibles (art. 32); el derecho arrendaticio, como derecho que es, está protegido por la fe pública registral».

fundado que los arrendamientos quedan, también en nuestro Derecho ⁵⁷⁵, al margen del efecto fuerte de la publicidad que denominamos como fe pública registral ⁵⁷⁶. Liberado éste efecto de toda contaminación procedente del aspecto puramente negativo de la publicidad, opera en el tráfico inmobiliario asegurando a los que adquieren derechos reales de quienes en el Registro aparecen como titulares, aunque en realidad no lo sean (adquisición *a non domino*). Los arrendamientos quedan fuera de esta perspectiva, y expresamente el artículo 13, 3 LAU excluye hoy el arrendamiento *a non domino* al limitar la protección de quien concierne arrendamiento de buena fe con persona que en el Registro aparezca como propietario a garantizarle un arrendamiento eficaz sólo por el plazo de cinco años; extraña y salomónica solución que si algo indica es que, más allá de ese plazo y como criterio general, no se produce en el arrendamiento el mantenimiento en la adquisición que en la terminología del artículo 34 de la Ley Hipotecaria expresa el efecto de la adquisición registral *a non domino* ⁵⁷⁷.

Con independencia de las dudas que acerca de la aplicación a los arrendamientos de ciertas manifestaciones del principio de legitimación puedan suscitarse ⁵⁷⁸, ello basta para poner de manifiesto que la inscripción de éstos es una inscripción especial y distinta a la de los derechos reales. Que, no obstante su indicación separada en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, la peculiar limitación de su efecto no se formule explícitamente en la Ley ni se destaque en la doctrina que más autorizadamente la comentó a raíz de su aparición, tiene una explicación perfectamente ase-

⁵⁷⁵ La cuestión no ofrece duda en Derecho suizo—cfr. DESCHENAUX: *op. cit.*, pp. 630-631: «La foi publique ne profite pas à celui qui se fait promettre une prestation ou qui acquiert un droit personnel. Ainsi celui qui conclut un contrat de bail avec la personne indûment inscrite comme propriétaire au registre foncier, et qui entre même en possession de l'immeuble loué ou affermé, n'a pas l'assurance d'être protégé dans ses droits de locataire ou de fermier»—ni a la doctrina alemana: Cfr. WOLFF-RAISER: *op. cit.*, p. 271: «La fe pública sólo garantiza la validez de los negocios de disposición sobre derechos inscritos. En cambio, no alcanza a ningún *negocio obligatorio*: así el arrendamiento de una finca otorgado por el inscrito como propietario sin serlo, no surte efecto contra el verdadero dueño, aunque se haya dado al arrendatario la posesión de inmueble».

⁵⁷⁶ Así. e.c., ROCA SASTRE: *op. cit.*, III, p. 528: «Empero, el arrendamiento inscrito no es protegido en su transmisión por la fe pública» (sub. del a.); PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en WOLFF, cit., p. 281; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 386; POVEDA BERNAL: *op. cit.*, p. 494.

⁵⁷⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., en la Introducción al *Comentario a la LAU*, ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 30-31: «[...] su derecho [el del arrendatario] no es un derecho real que pueda adquirirse *a non domino*. Lo demuestra patentemente el apartado 3 del mismo artículo 13: no hay otra adquisición *a non domino* de derecho arrendaticio que la del arrendamiento de vivienda por el plazo de cinco años. La necesidad de una norma como la contenida en el artículo 13. 3 LAU surge precisamente de que el principio de fe pública registral no sirve para adquirir *a non domino* derechos arrendaticios. Y es obvio que la nueva Ley de Arrendamientos no ha pretendido cambiar eso».

⁵⁷⁸ Admiten su aplicación a los arrendamientos, PAU PEDRÓN: *op. cit.*, pp. 85-108; sólo en algunos aspectos, POVEDA BERNAL: *op. cit.*, pp. 474-490. La niegan, SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones*, I, cit., p. 304; y, aunque dejando traslucir ciertas reservas, ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 530.

quible: dicha doctrina, muy influenciada por la francesa –para la que la distinción es impensable– y muy dependiente de la misma en su vocabulario, aunque admite la adquisición *a non domino* en virtud de la fe pública registral, apenas destaca ni formula explícitamente este principio, que, embebido en el de publicidad –único que, con el de especialidad, suele afirmarse– se presenta confusamente en sus manifestaciones entremezclado con el de inoponibilidad de lo no inscrito ⁵⁷⁹. La distinción más neta entre los efectos negativos y positivos de la publicidad es obra, aún inconclusa, de la doctrina posterior. Siendo ello así, se entiende fácilmente que en los primeros pasos de nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria y en la redacción de la Ley Hipotecaria no se explicitara a propósito de la inscripción de los arrendamientos esa peculiaridad de efectos que hoy resulta más hacedero distinguir y que de hecho, y a pesar de lo dicho, supo ya captar la doctrina hipotecarista de principios de este siglo. Claro está que para explicarla con plena coherencia y depurada técnica es preciso, además de reconocer al derecho del arrendatario el carácter que por naturaleza le corresponde, admitir en nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria registral la duplicidad de efectos que separadamente indican los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria ⁵⁸⁰.

b) En la LAU

Y del planteamiento general –desde el Código Civil y la Ley Hipotecaria– del problema de los efectos de la inscripción de los arrendamientos, debemos pasar ahora, de acuerdo con lo que antes nos proponíamos, a su consideración desde la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. Dos grandes finalidades se propone en ella el legislador, ambas de extraordinario interés a nuestro propósito: liberalizar los arrendamientos, en clara reacción contra el excesivo proteccionismo de la regulación especial anterior ⁵⁸¹, y favorecer su acceso al Registro de la

⁵⁷⁹ Nos remitimos a lo que al respecto expusimos en *Bases del Derecho de Cosas* ..., cit., págs., esp., 577-579.

⁵⁸⁰ Convenimos con POVEDA BERNAL: *op. cit.*, p. 371, cuando afirma: «El estudio pormenorizado de los efectos hipotecarios del arrendamiento inscrito –en los mismos términos que otros derechos personales inscribibles, como la opción cuando se configura como derecho personal–; el cuidadoso deslinde de los efectos de la inscripción de un derecho personal, puede constituir un nuevo argumento, hasta ahora no considerado, en pro de la tesis dualista o de la defensa autónoma del principio de inoponibilidad de lo no inscrito, consagrado en el artículo 32 LH y 606 CC».

⁵⁸¹ Cfr. Preámbulo de la Ley: «[...] En general, se trata de contratos con rentas no elevadas y, en el caso de los contratos celebrados con anterioridad a la Ley de 1964, aproximadamente el 50 por 100 del total, con rentas que se pueden calificar como ineconómicas. Las disfunciones que esta situación genera en el mercado son tales que han convertido al arrendamiento en una alternativa poco atractiva frente a la adquisición en propiedad en relación con la solución al problema de la vivienda [...] Por ello, la finalidad última que persigue la reforma es la de coadyuvar a potenciar el mercado de los arrendamientos urbanos como pieza básica de la política de la vivienda [...] La consecución de este objetivo

Propiedad⁵⁸². Las dos, evidentemente, están interconectadas: porque desaparece la prórroga forzosa de carácter indefinido, y la protección del arrendatario –sólo del de vivienda– se limita al plazo mínimo de los cinco años⁵⁸³, se hace necesario de nuevo el recurso a la publicidad para asegurarle, en caso de venta de la finca arrendada o de sucesión del arrendador en la titularidad de la misma, la mayor duración que las partes quisieran darle. Se trata, en definitiva, de devolver el arrendamiento a su régimen natural u ordinario; de volverlo a acercar al Código Civil y a la Ley Hipotecaria.

Lo dicho aparece con claridad meridiana en el artículo 13, 1. LAU. En los cinco primeros años de su duración, el arrendamiento es insensible a cualquier circunstancia que provoque la extinción del derecho del arrendador y su sucesión por un tercero. Pasados los cinco años, depende: si el arrendamiento no estaba inscrito, se extinguirá con el derecho del arrendador; si estaba inscrito, continuará por toda la duración pactada, debiendo soportarlo en lo que de ella quede el nuevo propietario⁵⁸⁴. Innecesario resulta destacar la perfecta adecuación de este régimen al que

exige una modificación normativa que permita establecer un equilibrio adecuado entre las prestaciones de las partes [...] En este sentido, al mismo tiempo que se mantiene el carácter tuitivo de la regulación de los arrendamientos de vivienda, se opta en relación con los destinados a otros usos por una regulación basada de forma absoluta en el libre acuerdo de las partes. [...] en la regulación de los arrendamientos para uso distinto al de vivienda, la ley opta por dejar al libre pacto de las partes todos los elementos del contrato, configurándose una regulación supletoria del libre pacto que también permite un amplio recurso al régimen del Código Civil».

⁵⁸² *Ibíd.*: «Al mismo tiempo se consagra expresamente la posibilidad de todos los contratos de arrendamiento, cualquiera que sea su duración, de acceder al Registro de la Propiedad, intentando, por otro lado, potenciar esta posibilidad de acceso mediante la vinculación de determinadas medidas de fomento o beneficio al hecho de la inscripción. Este hecho no sólo contribuye a reforzar las garantías de las partes, sino que incrementa la información disponible para el Estado, permitiéndole el diseño y ejecución de aquellas medidas que puedan contribuir a la mejora de la ordenación normativa y de la práctica de los arrendamientos». A través de estas últimas palabras parece reaparecer el espíritu de las viejas normas que, con anterioridad a la Ley Hipotecaria y al Código Civil, habían impuesto la inscripción de los arrendamientos. De ellas daba noticia GÓMEZ DE LA SERNA –*op. cit.*, pp. 299-300–, quien, siempre tan contrario a toda contaminación del Registro de cualquier finalidad que no fuera puramente civil, concluía al respecto: «Basta lo dicho para comprender que las disposiciones emanadas del Ministerio de Hacienda respecto a la inscripción de los arrendamientos, no llevaban en sí ningún interés puramente civil, y que estaban dominadas exclusivamente por el interés fiscal. Muy diferente fue el aspecto bajo el cual se consideró esta cuestión en el proyecto de Código civil, en que se adoptó la misma idea que ha prevalecido en la Ley hipotecaria, si bien con alguna diferencia en su aplicación; en él, como era natural, el interés civil fue el principalmente consultado».

⁵⁸³ En el mismo Preámbulo: «En este sentido, se ha optado por establecer un plazo mínimo de duración del contrato de cinco años, por entender que un plazo de estas características permite una cierta estabilidad para las unidades familiares que les posibilita contemplar el arrendamiento como alternativa válida a la propiedad. Al mismo tiempo, no es un plazo excesivo que pudiera constituir un freno para que tanto los propietarios privados como los promotores empresariales sitúen viviendas en este mercado».

⁵⁸⁴ Hemos expuesto con detalle este régimen en nuestro comentario al artículo 13 LAU, en *Comentarios a la Ley de Arrendamiento Urbanos ...* Coord. C. LASARTE, cit., pp. 303 ss. Baste aquí la remisión a lo allí dicho.

antes hemos venido indicando como el efecto propio de la publicidad registral inmobiliaria en su aplicación al arrendamiento. Le proporciona extrínsecamente una oponibilidad de la que por naturaleza carece.

¿Y en cuanto a la fe pública registral? ¿Qué hay sobre ella en la nueva LAU? Nos ha salido ya al paso. De acuerdo con el artículo 13, 3., hay que responder que el arrendatario no se beneficia de ella. Mientras que el adquirente del artículo 34 LH es mantenido en la adquisición de su derecho según éste constaba en el Registro, el arrendatario del artículo 13, 3 LAU, adquiriendo también su derecho de quien en el Registro aparece como legitimado para concederlo, sólo es mantenido en el arrendamiento durante el plazo mínimo de los cinco años; al igual, por cierto, que si hubiera contratado con no propietario que ni siquiera apareciera como dueño en el Registro de la Propiedad. El camino que desde la legitimación registral discurre hacia la fe pública, queda truncado cuando se trata de la protección del arrendatario. Ni la inscripción de propiedad produce ese efecto en su favor —esto lo dispone expresamente la Ley—, ni, a la vista de esta norma y en defecto de toda otra de signo contrario, la del arrendamiento lo provoca en favor del cesionario o del subarrendatario⁵⁸⁵. El artículo 13, 3 resulta hoy una norma regresiva. Ante una actuación de buena fe llevada a cabo en la confianza suscitada por una situación objetiva de apariencia jurídica, niega al arrendatario la protección que en tales condiciones y de modo general concede el Ordenamiento al tercero (el arrendatario lo es, en principio, respecto al defecto de titularidad del arrendador)⁵⁸⁶. Quizá, porque se entienda que el concierto del arrendamiento es acto cuya seguridad no interesa tanto al buen orden del tráfico como la de los de transmisión y gravamen de la propiedad. La misma razón, probablemente, que, dependiente de la naturaleza del arrendamiento, llevó en la concepción de la Ley Hipotecaria a atribuir a su inscripción —en los limitados supuestos en que se la permitía— el sólo efecto de hacer posible su oponibilidad al sucesor o sucesores del arrendador.

Ahora bien, establecido sin dificultad lo anterior, el problema aparece a la vista de lo que en la misma LAU disponen los artículos 14 y 29 para el caso de enajenación de la finca arrendada. Sustancialmente, el supuesto regulado en estos preceptos es el mismo que se resolvía en el artículo 13, 1.: la sucesión del arrendador por un tercero en la titularidad de la finca arrendada; y, ello no obstante, la solución que ahora se dispone parece ser

⁵⁸⁵ Cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *Arrendamientos Urbanos*, Madrid, 1928, p. 53: «La ley Hipotecaria afianzó la situación del arrendatario, pero no pensó en concederle un derecho independiente y cesible sin restricciones. Si para la Comisión redactora el derecho de usufructo no es comunicable ni transmisible, y únicamente porque el usufructuario puede enajenar los frutos le permite hipotecar el *derecho de percibirlos*, ¿cómo iba a sancionar la enajenación *absoluta* de los derechos del arrendatario, mucho más teñidos de *personalidad*, entrelazados íntimamente con las obligaciones recíprocas y sin ninguna de las garantías clásicas (fianza, inventario) del usufructo?» (subs. del a.).

⁵⁸⁶ Volvemos aquí a remitirnos a lo dicho en los *Comentarios* ..., cit., pp. 360-373.

la contraria: la subrogación del adquirente en el arrendamiento por la totalidad, incluso, de la duración pactada. La antinomia resulta sorprendente, y especialmente llamativa en el caso de los arrendamientos para uso que no sea de vivienda, en los que ni hay tutela legal de tiempo mínimo de duración, ni intervención legal imperativa que sustraiga el contrato a la libre voluntad de las partes. Sin embargo, es ésta la interpretación que, a raíz de la aparición de la Ley, viene prevaleciendo en la doctrina que la comenta: la enajenación de la finca, en principio, no extingue el arrendamiento; la LAU no habría vuelto en este punto al artículo 1571 del Código Civil ⁵⁸⁷. Claro está que entenderlo así plantea problemas muy graves de coherencia, no sólo entre los artículos 13 y 14 de la Ley ⁵⁸⁸, sino, por encima de ellos, entre la finalidad que el legislador confiesa haberse propuesto al reformar el régimen del arrendamientos urbanos y los resultados a que llevaría su nueva regulación. Con razón, nos parece, la subrogación del adquirente en el arrendamiento concertado por el enajenante de la finca ha sido fuertemente criticado como frontalmente contraria a lo que el legislador declaró ser el espíritu

⁵⁸⁷ ASÍ, ALONSO PÉREZ, M.: *Comentarios ...*, cit., p. 375: «La LAU de 1994 determina la subrogación como principio, por el plazo legal o pactado, con matices y limitaciones»; 403: «Tampoco en esta hipótesis [enajenación de vivienda arrendada por más de cinco años] la enajenación del inmueble arrendado extingue el derecho del arrendatario a continuar en la locación por el tiempo convenido (*emptio non tollit locatum*). Una vez más queda invertido el supuesto contemplado en el artículo 1.571 CC, aunque, como ya hemos tenido ocasión de examinar en páginas anteriores, se trata más bien de convertir en normal la pervivencia del arrendamiento, que en aquel precepto del Código Civil se manifiesta con notables limitaciones»; PANTALEÓN: *op. cit.*, p. 31: «Como regla, el arrendamiento urbano (también si para uso distinto del de vivienda), por disposición de la Ley (arts. 14 y 29 LAU), aunque no esté inscrito, continúa durante el tiempo pactado frente a todo cambio de titularidad de la finca arrendada, por enajenación ya voluntaria, ya «forzada» que no obedezca a un derecho con eficacia real anterior al arrendamiento (es el caso del art. 13. I LAU, salvo por lo que al derecho de opción de compra no inscrito respecta); a no ser que el adquirente del inmueble sea un tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (lo que la inscripción del arrendamiento, eso sí, impedirá caso de que la finca haya sido inmatriculada [...]); PRATS ALBENTOSA: *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Coord. VALPUESTA FERNÁNDEZ, Valencia, 1994, p. 139: «El precepto objeto de comentario [el art. 14 LAU] previene una nueva regulación en esta cuestión para los arrendamientos urbanos, que vuelve a sujetar a excepción los preceptos del Código civil, aunque, como veremos, ni se aparta en exceso de lo en él contenido, ni tampoco de lo previsto en el TR de 1964 —un ejemplo de eclecticismo [...]—».

⁵⁸⁸ Cfr. ROJO AJURIA: *Comentario ...*, ed. Civitas, cit., p., esp., 186: «Pero conviene diferenciar con nitidez ambos problemas cuando la Ley proporciona soluciones distintas, cuando no opuestas: la extinción del contrato de arrendamiento en caso de resolución del derecho del arrendador, salvo las excepciones establecidas en el artículo 13; y la subrogación del adquirente, salvo las excepciones establecidas en el artículo 14. La única coincidencia entre el artículo 13. 1. 1.º y el artículo 14 es el respeto en todo caso del plazo mínimo de cinco años, porque la protección a toda costa del plazo mínimo es principio general de la LAU»; 188: «El caso más absurdo sería el de la opción de compra, que no deja de ser una forma de articular la celebración de la venta definitiva. Si en vez de vender el arrendador concede una opción de compra que se inscribe y aplicamos al supuesto lo establecido en el artículo 13. 1. 2.º *in fine*, el arrendamiento no inscrito se extinguiría en el momento de ejercicio de la opción. Por el contrario, si aplicamos el artículo 14. 2.º, en la hipótesis más probable de que el adquirente conozca la existencia del arrendamiento, el adquirente se subrogaría por la totalidad de la duración pactada».

y finalidad de la nueva Ley ⁵⁸⁹. Nosotros pensamos que, aunque favorecida su apariencia por la confusa y defectuosa redacción del texto legal, tal contradicción no existe. Por lo pronto, hay que convenir que en la referencia de los artículos 14 y 29 LAU al 34 de la Ley Hipotecaria subyace una lamentable confusión entre el sentido propio de este precepto y el del artículo 32 de la misma Ley Hipotecaria ⁵⁹⁰. Siendo ello así, el camino hacia la evitación de la contradicción y la antinomia queda allanado. Cuando los artículos 14 y 29 LAU establecen que en la enajenación de la finca arrendada –por tiempo superior a cinco años, o sin consideración a dato temporal alguno, respectivamente– el adquirente no queda subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador (salvo en lo que quede para el transcurso de los cinco primeros años, en el art. 14) si en él concurren los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no está diciendo sino que el arrendamiento no le es oponible si no le resulta registralmente cognoscible. La solución establecida para el cambio de titularidad de la finca arrendada no es distinta en el artículo 13, 1 y en los artículos 14 y 29 LAU; ni diferente el fundamento y mecanismo por el que a ella se llega. Al tercero adquirente de la finca arrendada se le impone en los artículos 14 y 29 la subrogación en el arrendamiento por la misma razón y en las mismas condiciones que llevan en el artículo 13 a sancionar su continuación por toda la duración pactada en perjuicio de quien sucede a propietario cuando su derecho queda resuelto. Esta interpretación, a nuestro juicio, perfectamente encajable en el texto de la Ley ⁵⁹¹, tiene a su favor la conformidad del sentido atribuido a la norma con la naturaleza de la relación arrendaticia, con la finalidad pretendida por el legislador en la reforma de la LAU, y con la función atribuida por el Código Civil y la Ley Hipotecaria a la publicidad registral de los arrendamientos inmobiliarios. En la contraria, y más extendida, la contradicción entre el que se entiende ser el mandato de los artículos 14 y 29 LAU y la filosofía general de la Ley, se lleva al extremo al admitirse que el conocimiento extra-registral del arrendamiento priva al adquirente de la buena fe que, exigida en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, le permitiría verse libre de la subrogación legal; esto es: de tener que padecer el arrendamiento ⁵⁹². Nosotros no lo entendemos así. Con la que nos parece

⁵⁸⁹ DE LA PUENTE ALFARO: *op. cit.*, pp. 71-72; POVEDA BERNAL: *op. cit.*, p. 402.

⁵⁹⁰ Nos referimos a ello más detenidamente en nuestro comentario al artículo 13 LAU, *cit.*, p. 324; la misma opinión sostiene, con su habitual brillantez, en el comentario al artículo 14, ALONSO PÉREZ: *op. cit.*, pp. 398-403. Anteriormente a la reforma de la LAU, GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, 1993, p. 219, refiriéndose al artículo 57 de la ley anterior y, sobre todo, al 74 LAR, en el que, antes que en los preceptos ahora criticados, se produjo tal confusión.

⁵⁹¹ Lo hemos razonado con más detenimiento en nuestro comentario al artículo 13 LAU, *cit.*, pp. esp., 317-318, 324-325, 338, 348.

⁵⁹² Así lo entienden, e.c., ALONSO PÉREZ: *op. cit.*, pp. 405-407; FUENTES LOJO: *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos de 24 de noviembre de 1994*. Barcelona 1994, p. 70; DE LA PUENTE ALFARO: *op. cit.*, pp. 70-71; ROJO AJURIA: *op. cit.*, p. 188.

ser la mejor doctrina ⁵⁹³, y con la Sentencia de 8 de julio de 1993 ⁵⁹⁴, consideramos que no puede afirmarse de los arrendamientos lo que, efectivamente, se impone tratándose de los derechos reales. Éstos, al acompañar a la cosa, tienen vocación de imponerse a quien quiera que la adquiera; distinto es cuando se trata de una relación obligacional, como tal, de vigencia *inter partes* y sin entidad natural para imponerse a tercero (art. 1.571 CC). La publicidad da a los arrendamientos una oponibilidad que repetidamente hemos venido calificando de extrínseca. No teniéndola propia, y sin que le advenga prestada por la publicidad, el conocimiento efectivo no es bastante a sustentarla. En los términos al uso: el conocimiento extra-registral del arrendamiento no convierte al adquirente de la finca arrendada en adquirente de mala fe. Otra cosa es, evidentemente, que, cuando en la adquisición se mueve en connivencia fraudulenta con el arrendador, la ley no pueda amparar su actuación en detrimento del derecho del arrendatario ⁵⁹⁵.

Sustancialmente en esta línea, pero exigiendo mayor rigor, PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 61: «En el caso de los inmuebles arrendados, la prueba frente a la presunción de buena fe del artículo 34 no debe considerarse simplificada o facilitada por el hecho de que el arrendamiento pueda tener una cierta publicidad por el contacto posesorio [...] Es necesario probar que el adquirente tiene plena seguridad sobre la existencia del arrendamiento no inscrito. Cualquier manifestación o acreditación de una persona, o cualquier situación de hecho, no son suficientes para desvirtuar el silencio del Registro sobre la existencia del arrendamiento».

⁵⁹³ ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 7.^a ed., 1979, p. 529: «La afeción arrendaticia en este caso sujeta subrogativamente a terceros adquirentes, no por el mero conocimiento de estos terceros de la relación jurídica del arrendamiento, sino por obra de la inscripción registral, de suerte que a nuestro entender sólo tal inscripción afecta, mas no el mero conocimiento extrarregistral de la situación arrendaticia, a los efectos de los artículos 1541 y 1571, 1, del Código Civil»; AMORÓS GUARDIOLA: *Prohibición temporal de disponer ...*, cit., pp. 985-986: «En este caso concreto —dice, comentando el artículo 1571 CC— nuestro derecho atribuye a la publicidad registral una eficacia oponible que no reconoce a la mera exteriorización posesoria del ejercicio de aquel derecho [...]. Por eso creemos, tratando de armonizar el artículo 1571 CC con el artículo 2-5.^o LH, que para que el arrendamiento urbano sometido al régimen del CC sea oponible a terceros debe ser previamente inscrito en el Registro de la Propiedad [...] Nuestro derecho pudo estimar suficiente la publicidad posesoria para fundar la subsistencia arrendaticia en todo caso. Pero no ha sido así. A pesar de esa exteriorización, el comprador de la finca arrendada puede desconocer al arrendamiento anterior, que frente a él carecerá de eficacia»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 219-220: «la posesión arrendaticia —destaca— no es suficiente, a efectos de publicidad en el tráfico jurídico moderno».

⁵⁹⁴ «El quinto motivo versa sobre la infracción del artículo 606 del Código Civil, y se funda esencialmente en que el arrendamiento de que se trata no se hallaba inscrito en el Registro de la Propiedad, por lo que, a juicio del recurrente, no le podía ser opuesto ni debe perjudicarle: así es, pero ha de señalarse que la situación jurídica a este respecto del comprador de la finca arrendada y los derechos del arrendatario se hallan definidos en el artículo 1571 del Código Civil, que es especialmente aplicable al caso, conforme al cual «lo dispuesto en la Ley Hipotecaria» —se refiere a los efectos de la inscripción practicada según lo prevenido en su artículo 2. 5.^o— puede impedir el ejercicio por el comprador del derecho a terminar el arriendo, por lo que, en el supuesto de no inscripción, como es el que nos ocupa, el comprador puede ejercitar el derecho a poner fin al arrendamiento, de donde, en estos términos, procede la estimación del motivo».

⁵⁹⁵ POVEDA BERNAL: *op. cit.*, p. 382: «No obstante debe exigirse por aplicación de los principios generales (art. 7. 1 CC) y por analogía con el artículo 37 LH, al tercero del

5. INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE RETORNO ARRENDATICIO

Lo dicho baste en cuanto a la inscripción de los arrendamientos. Tras ello sólo nos queda añadir alguna indicación muy general acerca de la del retorno arrendatio. Sobre él ⁵⁹⁶, siguiendo de nuevo el esquema anterior, vamos a limitarnos a hacer algunas consideraciones sobre la finalidad pretendida con su inscripción, sobre la naturaleza del derecho inscrito y sobre los efectos de su inscripción.

En el primer punto vuelven aquí a plantearse los mismos problemas que nos surgieron al estudiar la admisión a inscripción de los arrendamientos; problemas dependientes de la intensidad con la que el legislador proteja el derecho en cuestión. Si, como ocurría en el artículo 94 del Texto Refundido de la LAU de 1964, y en la Disposición Adicional Cuarta, 3.ª del de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, el retorno arrendaticio, de origen legal, se impone coactivamente y en todo caso –aun sin inscripción– al tercero que suceda al arrendador en la titularidad de la finca sobre la que ha de ejercitarse, su inscripción tendrá como finalidad y justificación advertir a tal tercero acerca de su existencia y, en tal sentido, dar seguridad al tráfico evitando la clandestinidad de un derecho que al final va a terminar por imponerse al modo de los antiguos gravámenes ocultos. Por el contrario, si el retorno es de origen convencional, o si, siendo legal, la ley no lo impusiera a tercero sin supeditación a su inscripción, la finalidad de ésta, en beneficio exclusivo del arrendatario, quedaría reducida a dotarle de la oponibilidad de que por sí mismo carece como derecho personal. Nuestro legislador de 1959 no fue del todo coherente en esta materia al hacer decir al artículo 15 del Reglamento Hipotecario que, sin constancia registral, el derecho de retorno «no perjudicará a terceros adquirentes» y simultáneamente explicar ⁵⁹⁷ que con la posibilidad de tal constancia «se defenderá por igual al propietario y al inquilino».

Lo que la admisión a publicidad del derecho de retorno en el Registro de la Propiedad no ha provocado –y pasamos así al segundo punto– ha sido una polémica doctrinal sobre su naturaleza jurídica comparable a la

artículo 32 el requisito de «buena fe-falta de fraude», que es un concepto más grave que el de «buena fe-desconocimiento». Sólo en caso de fraude podría entonces privarse al tercero que inscribe de la falta de oponibilidad del arrendamiento no inscrito; ésta sería la formulación correcta, a nuestro juicio».

⁵⁹⁶ Sobre él y sobre su inscripción, cfr., esp., DÍEZ-PICAZO: *Protección registral del derecho de retorno*, ADC, 1961, pp. 589-613. Para su concreto régimen en la actualidad: PAU PEDRÓN: *La protección ...*, cit., pp. 127-132; DE PABLO CONTRERAS, en *El nuevo arrendamiento urbano*, Dir. PAU PEDRÓN, Madrid, 1996, pp. 417-429; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.ª, en *Comentarios a la LAU*, Coor. LASARTE: cit., pp. 1181-1191; POVEDA BERNAL: *op. cit.*, pp. 260-272.

⁵⁹⁷ E. M. del Decreto de 17 de marzo de 1959.

suscitada por la de los arrendamientos. Ha contribuido a ello, además del propio contenido del retorno y de su conexión con el derecho arrendaticio, la evidencia lógico-conceptual del absurdo de un derecho real sobre cosa futura⁵⁹⁸. Si la posibilidad de inscripción de los arrendamientos llevó a la duda sobre la naturaleza del derecho del arrendatario, la del retorno arrendaticio debería conducir a la quieta admisión de que el Registro de la Propiedad, aunque destinado a la publicidad de los derechos reales, puede también acoger, de modo excepcional, derechos personales cuando el legislador considera justo reforzarlos dándoles oponibilidad frente a terceros⁵⁹⁹.

Y con lo dicho hemos ya entrado en el tercer punto, donde, de nuevo, nos reaparece el distingo que anteriormente hicimos al tratar de la inscripción de los arrendamientos. No puede ser el mismo el efecto de la publicidad del derecho de retorno cuando el legislador lo impone directa e imperativamente a terceros que cuando, respetando el modo de funcionamiento correspondiente a su naturaleza, supedita a su inscripción la posibilidad –regalada– de que se les pueda oponer. En el primer caso, la inscripción es pura cortesía para con el tercero, al que permite la noticia de un derecho que, de todas formas, con inscripción o sin ella, terminará imponiéndosele; para el arrendatario, su titular, es de nula utilidad, lo que en nuestra doctrina se ha expresado –no con plena corrección, a nuestro juicio– diciendo que el derecho de retorno ha de considerarse como patente y que su publicidad legal desplaza a la registral⁶⁰⁰. En el segundo, la admisión del retorno al Registro produce, positivamente, el efecto de dotarlo de oponibilidad, y, negativamente, como si de un derecho real se tratara, el de privarle de ella cuando no se le publica. En el retorno arrendaticio anotado, la condición de sujeto pasivo queda conectada, no personalmente al arrendador, sino, *ob rem*, al dueño de la finca en la que ha de hacerse efectivo. La que, de suyo y antes de su publicación, era una obligación puramente personal, queda convertida por la publicidad en una obligación extrínsecamente *propter rem*⁶⁰¹. Es lo propio de la apli-

⁵⁹⁸ DíEZ-PICAZO: *Fundamentos*, III, cit., p. 349; *id.*, *fusius*: *Protección registral del derecho de retorno*, cit., pp. 590-595. Contra esta doctrina, prácticamente común, y desde un concepto muy poco aquilatado del derecho real, MENÉNDEZ, José: *El derecho de retorno arrendaticio y los problemas que suscita*, RDP, 1977, p. 431.

⁵⁹⁹ Así concluye DíEZ-PICAZO: *Protección registral ...*, cit., p. 593: «Esto [que el derecho de retorno no sea derecho real], sin embargo, no es óbice para que tenga acceso al Registro y goce de la protección registral. El acceso al Registro no queda, en nuestro ordenamiento jurídico, limitado a los derechos reales, sino que se extiende a las situaciones jurídicas inmobiliarias destinadas a ser eficaces frente a terceros, pudiendo, en este sentido, decirse que la publicidad registral es una condición o requisito para la oponibilidad frente a terceros de las situaciones jurídicas que, de alguna manera, afectan al tráfico inmobiliario».

⁶⁰⁰ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1984), p. 238; DE PABLO CONTRERAS: *op. cit.*, p. 424.

⁶⁰¹ DíEZ-PICAZO: *op. cit.*, p. 595: «Este derecho de crédito [el derecho de retorno] y el correlativo deber de prestación forman una obligación que debe ser tomada como una

cación del efecto negativo o preclusivo de la publicidad registral a un derecho de naturaleza personal, tal como inequívocamente para el retorno la dispone el artículo 15 del Reglamento Hipotecario al permitir su constancia en el Registro de la Propiedad y establecer que «sin esta constancia no perjudicará a terceros el expresado derecho»⁶⁰².

«obligación *propter rem*», puesto que la deuda no recae en una persona individualmente determinada, sino sobre la persona que en cada caso sea propietario del inmueble».

⁶⁰² Así, equiparando los efectos de esta publicación a la de los arrendamientos, ROCA SASTRE: *op. cit.*, III, p. 540. Así también, Díez-PICAZO: *op. cit.*, p. 692, aunque tomando como apoyo el tipo de asiento por el que se toma registralmente razón del derecho de retorno. Con el mismo apoyo, pero dando mayor amplitud a los efectos de su publicación, PAU PEDRON: *op. cit.*, p. 135.