

ración, divorcio o nulidad. Lo que implica que tácitamente se modifiquen los artículos 95 y 1.392 del Código Civil. *finality of the separation, divorce or annulment decision. This implies that articles 95 and 1392 C are tacitly amended.*

1.3. Derechos reales

LA ESPECIALIDAD DE LOS DERECHOS REALES COMO REQUISITO CIVIL Y REGISTRAL Y SU EXTENSIÓN A TODAS LAS SITUACIONES JURÍDICAS INSCRIBIBLES.

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija

I. LA ESPECIALIDAD COMO PRINCIPIO CIVIL: REQUISITO DEL DERECHO REAL

Los caracteres de los derechos reales son suficientemente conocidos por todos, su inherencia o inmediatividad y su absolutividad y oponibilidad *erga omnes*, son incuestionados.

nes, junto con los pactos antes aludidos, nos lleva a la realidad de admitir y aplicar el trámite del Capítulo II, Título II, Libro IV de la nueva Ley Procesal, a la liquidación del régimen económico de separaciones de Catalunya. El artículo 806 hace una referencia general a "liquidación de cualquier régimen económico-matrimonial" y exige que "determine la existencia de masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligación". La masa común puede estar constituida por bienes afectados por el régimen de comunidad matrimonial de bienes (*ad exemplum* arts. 1.347 y 1.362 del Código Civil), pero también por la constitución voluntaria de bienes adquiridos en copropiedad (art. 392) o en sociedad civil (arts. 1.670, 1.672 y 1.673 del Código Civil), con la creación de responsabilidad patrimonial (art. 1.911 del Código Civil) y por tanto no es requisito *sine qua non* para la aplicación de las reglas de procedimiento liquidatorio contenidas en los artículos 806 a 811 de la LEC, que se trate de régimen de comunidad matrimonial de bienes. La misma dicción del párrafo segundo del artículo 809, *in fine*, al hablar del "régimen económico-matrimonial de bienes de que se trate" y la expresión que contiene el artículo 43 del Código de Familia, de poder ejercitar la acción de división en matrimonios sujetos al régimen de separación de bienes, para obtener la división de los bienes que tengan en "proindivisión", tanto si se trata de uno o de más de uno (considerados en conjunto), nos da la clave para resolver la cuestión; el procedimiento liquidatorio puede ser el de la LEC actual al que nos referimos, y dentro de la ejecución de sentencias matrimoniales, tal como expresó la sentencia de AP de Barcelona, de 6 de abril de 1989 (y recoge ahora el art. 807 LEC vigente); y ello porque la mayoría de veces los esposos adquieren en forma conjunta y como cotitulares, derechos y obligaciones, bienes concretos en lo que se ha venido denominando comunidad "primaria" de bienes de consumo para la familia (vivienda, vehículos, electrodomésticos, suministros, etc.) obligándose en proindiviso; lo cual ya es suficiente, dentro del espíritu de la ley, para poder acogerse a las reglas de liquidación que comentamos.

¿Podemos añadir la determinación o especialidad como otro de sus requisitos? Según la doctrina y tesis más tradicionales, el derecho real es el derecho subjetivo o poder jurídico directo e inmediato, oponible *erga omnes* que recae sobre una cosa concreta y determinada (1).

Partiendo de esta definición de derecho real, parece que la misma esencia del derecho exige que se determine con claridad, desde luego, el objeto (cosa) sobre el que recae ese poder. Y del mismo modo, por la oponibilidad y el deber de respeto o abstención que genera, es preciso, para poder cumplir esos deberes, conocer exactamente las facultades o contenido de ese derecho. Pues, obviamente, no podré respetar, por ejemplo, una servidumbre de paso por mi finca, si no sé en qué parte recae tal servidumbre; o, mucho menos si no se especifica en qué consisten las facultades que atribuye un derecho, por ejemplo, se constituye un derecho de uso sin determinar qué facultades comprende tal uso (paso, saca de aguas, luces y vistas...).

Creo que no hay duda que la propia configuración del derecho real como oponible *erga omnes*, hace necesaria la determinación del objeto y del contenido del derecho (facultades, limitaciones, etc). Esto alcanza su máximo exponente en la hipoteca, donde el derecho real sólo puede hacerse efectivo sobre los bienes concretos sobre los que recae, y por la cantidad expresamente determinada. Pero, también, es necesario con respecto a otros derechos reales; por ejemplo, para el usufructo puede deducirse de manera indirecta la necesidad de determinar su objeto, del artículo 491 del Código Civil, que exige la formación de inventario y tasación de los bienes sobre los que recae dicho derecho. Por otra parte, en los derechos reales que conlleven un desplazamiento posesorio, su objeto queda determinado siempre, aunque sólo sea por ese efectivo desplazamiento que individualiza el objeto.

En el derecho de crédito o personal, probablemente, no sea tan necesaria la determinación objetiva. Es cierto que el objeto de un derecho de crédito no puede ser absolutamente indeterminado, pero sí que se admite una cierta indeterminación inicial —siempre que más tarde sea determinable—. De esta forma, son perfectamente admisibles las obligaciones genéricas en las que el objeto de la prestación está indeterminado hasta su posterior especificación. El Código Civil recoge esta idea en el artículo 1.273 al decir que: «El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre las partes». Igualmente el artículo 1.271 admite como objeto del contrato cosas futuras, que pueden no estar perfectamente determinadas.

En este sentido, Díez-Picazo, al hablar sobre la determinación del objeto de la relación jurídico-real añade que «en la relación jurídico-real el requisito de determinación del objeto se traduce en la necesidad de una absoluta indi-

(1) No olvidemos que, hoy, la clara distinción entre derechos personales y crédito no es tan fácil, pues hay derechos que implican un poder inmediato y directo sobre la cosa que, sin embargo, no son oponibles frente a todos (derecho arrendamiento mientras no esté inscrito); y otros derechos que sí son oponibles, pero que carecen de dicha inmediatividad (opción). Luego, es preferible hablar de situaciones jurídicas con oponibilidad frente a terceros y las que no la tienen, más que de derechos reales *versus* derechos de crédito.

En este sentido: Díez Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil*, III, ed. Tecnos, Madrid, 2001, págs. 31-37.

visualización objetiva. La naturaleza misma del derecho real, que es un poder directo e inmediato, excluye que un derecho de este tipo pueda nacer si el objeto no está plena e íntegramente determinado. De aquí que el principio de especialidad sea un principio con vigencia no sólo hipotecaria, sino también de todo el ámbito de los derechos reales» (2).

Este autor va más allá, afirmando, a continuación, que si existe un negocio que establece solamente criterios de determinabilidad del objeto de la relación jurídico-real que prevé (vgr., lego el usufructo sobre una de las dos casas que poseo a elección del legatario), nos encontramos con una relación jurídico-real en estado de pendencia o previa a la relación jurídico-real definitiva. No existe, por tanto, derecho real si no está determinado su objeto.

En cuanto al titular del derecho real, de nuevo, creo que su determinación es necesaria, pues ese poder concreto e inmediato debe atribuirse a un sujeto específico que es el único que puede ejercitar el derecho y las facultades que lo componen. Aunque considero que aquí es más factible cierta indeterminación inicial del mismo, siempre y cuando con posterioridad pueda determinarse, o se establezcan los criterios de esa identificación (por ejemplo, aprovechamientos forestales en mano común, montes vecinales).

La doctrina coincide en señalar que la especialidad (en este caso, más bien determinación, en cuanto que se refiere únicamente a la concreción del derecho) es un principio básico del Derecho de cosas, necesario para la formación de los derechos reales. En este sentido, GORDILLO CAÑAS (3), en su artículo «Bases del Derecho de cosas y Principios Inmobiliario-registrales», enumera entre esas bases del Derecho de cosas la «rigurosa especialidad de todos los derechos reales», que consiste en que «los derechos reales recaigan concretamente sobre cosas determinadas atribuyendo sobre ellas poderes igualmente concretos». Igualmente, SANZ FERNÁNDEZ (4) clasifica al principio de especialidad como un principio que gobierna «la fijación de los derechos reales». MANUEL PEÑA (5) sostiene que es «necesario que quede determinada la cosa sobre que recae el derecho real», y, asimismo, la porción material en que la cosa deba quedar afectada por el derecho real si el derecho requiriera de una localización más precisa. Son expresivas las palabras de GÓMEZ GÁLLIGO (6) que afirma que «la necesaria determinación del derecho no es tanto una exigencia del Derecho hipotecario como del Derecho civil en general, hasta el punto de que son muchos los civilistas que reiteran la necesidad de perfiles claros en la configuración del derecho para que éste pueda ser conceptuado como derecho real».

Por último, conviene traer a colación la abundante doctrina de la DGRN, exigiendo que para que un derecho pueda calificarse como real y por tanto inscribirse en el Registro ha de estar perfectamente determinado en cuanto a su contenido, a su alcance y duración. Estas afirmaciones se encuentran en

(2) DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. II, ed. Tecnos, Madrid, 1978, pág. 133.

(3) GORDILLO CAÑAS, A., «Bases del Derecho de cosas y principios inmobiliarios-registrales», en *ADC*, 1995, abril-junio, pág. 566.

(4) SAN FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, Instituto Editorial Reus, 1947, pág. 231.

(5) PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo I, Madrid, 200, pág. 69.

(6) GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «El principio de especialidad», en *RCDI*, 1994, noviembre-diciembre, pág. 2404.

distintas resoluciones que resuelven sobre la posibilidad de un sistema de *numerus clausus o apertus* en los derechos reales.

Pues bien, la DGRN (7), proclive a la admisión del *numerus apertus*, eso sí de forma limitada, establece los siguientes requisitos para la creación de un nuevo derecho real:

- No basta la mera voluntad para la configuración de los derechos, aunque se reconoce su importancia en la misma, sino que la nueva figura debe reunir los requisitos típicos del derecho real (poder inmediato sobre la cosa o semejanza con otros derechos reales).
- Es necesario cumplir unos requisitos de fondo y forma que imponen la especial naturaleza de los derechos reales y las características externas que trascienden los terceros. Sobre todo, en cuanto a la forma necesaria para su acceso al Registro (documento público).
- Es necesaria la determinación del objeto y contenido del derecho (facultades del derecho). Lo que significa la perfecta descripción del objeto gravado y del derecho (principio especialidad).
- Es necesario que exista una causa o razón que los justifique: como cumplir una necesidad socio-económica.

En consecuencia, si para ser considerado verdadero derecho real (nuevo derecho real), es necesaria su determinación, parece que a la vista de todo lo aquí expuesto se puede mantener que la especialidad es un requisito del propio derecho real, y por tanto un principio civil del Derecho de cosas; pues sólo si está determinado, podrá ser considerado como tal (amén del resto de circunstancias descritas).

Ahora bien, cuando esos derechos reales son inmobiliarios y pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad para su plena oponibilidad, ¿es suficiente esa determinación civil, derivada de su propia naturaleza de derecho real?

II. LA ESPECIALIDAD COMO PRINCIPIO REGISTRAL: REQUISITO DE LA INSCRIPCIÓN

Cuando un derecho real inmobiliario accede al Registro debe de estar determinado, pues hemos dicho que su propia naturaleza de derecho real le exige esa cualidad.

Ahora bien, esa especialidad o determinación básica del Derecho se convierte en radical en el Registro.

Muchas veces el derecho real que accede al Registro está perfecta y exhaustivamente determinado en el título formal que se presenta, y el Registrador inscribe el derecho sin necesidad de especificar o concretar nada más, pues la situación jurídico-real inscribible, es decir, aquello que debe ser oponible a terceros, está perfectamente determinada, y la publicidad podrá pro-

(7) Véase, en este sentido: RRDGRN de 11 de abril de 1930, 23 de noviembre de 1934, 13 de mayo de 1936, 1 de marzo de 1939, 25 de febrero de 1943, 21 de diciembre de 1943, 4 de mayo de 1944, 27 de marzo de 1947, 27 de octubre de 1947, 7 de julio de 1949, 19 de mayo de 1952, 29 de marzo de 1955, 1 de agosto de 1959, 20 de septiembre de 1966.

ducir sus efectos. Luego, si el objeto del documento que recoge el negocio jurídico real coincide con el objeto de la inscripción (situación jurídica oponible), en este caso, sí podríamos decir que la especialidad del derecho, del negocio, coincide o es la misma que la especialidad registral.

Pero esto no siempre es así. Podemos encontrarnos con situaciones en las que la escritura recoja un derecho real determinado, pero que esa especificación no baste para su oponibilidad plena frente a terceros a través de la inscripción. Es decir, que el contenido del documento (del negocio) no coincida con el de la inscripción:

Por ejemplo, supongamos una escritura en la que consta que A vende a B. Está claro que se produce una transmisión de dominio en favor de B, que es el nuevo titular dominical. La determinación del derecho real entre las partes está clarísima; sin embargo, y para terceros, es el dominio de B lo que tiene que ser oponible frente a C, posible primer adquirente de esa misma finca. Es decir, la situación jurídica (objeto del Registro) no es la compraventa, la transmisión del derecho de propiedad, sino el propio dominio a favor de B.

En este sentido, PAU PEDRÓN (8) recoge otros supuestos en que puede no coincidir el documento presentado con la inscripción, por ejemplo:

- Escritura de transmisión del dominio de una finca (vgr., compraventa), pero lo que se inscribe es la nuda propiedad por existir vigente una inscripción de usufructo sobre la misma finca.
- Falta en la escritura de la expresión del carácter con que se adquiere el derecho: por ejemplo, adquisición por retracto de colindantes, siendo el retrayente casado y el inmueble privativo.

Otros supuestos, también serían:

- Escritura en la que se establece un condominio entre varias personas sin asignación de cuotas. El Registrador debe establecer dichas cuotas numéricamente para su inscripción (art. 54 RH).
- En el documento presentado, las partes dan al derecho un nombre que no se corresponde con el contenido de las estipulaciones. En este caso el Registrador debe cambiar el nombre de ese derecho, aunque suponga ir, en principio, en contra del artículo 51.5 RH. Lo contrario sería otorgar publicidad y por tanto oponibilidad a lo que no debe tenerla.

Es decir, el principio de especialidad hipotecario actúa en la inscripción, y más en concreto todavía en el acta de inscripción, que no es sino «la determinación oficial de la efectiva producción de la situación jurídica» (9). El acta de inscripción es el núcleo de la inscripción, y, como añade PAU PEDRÓN (10), determina con precisión los derechos que son objeto de publicidad. Continúa este autor diciendo que el acta revela la función de la publicidad inmobiliaria, y esa función consiste en la constatación de que se ha producido una determinada situación jurídica, para publicarla por el Registro. La situación jurí-

(8) PAU PEDRÓN, A., «El acta de inscripción», en *La publicidad registral*, CER, Madrid, 2001, pág. 796.

(9) PAU PEDRÓN, A., «El acta de inscripción», *ob. cit.*, pág. 791, citando a R. NICOLO: *La Trascrizione*, Milán, 1973, pág. 9.

(10) PAU PEDRÓN, A., «El acta de inscripción», *ob. cit.*, págs. 795-796.

dica que el Registrador lleva a los libros (objeto del acta de inscripción) resulta de dos precedentes: la situación previa que consta en el Registro y el nuevo negocio que consta en el documento presentado.

Esa nueva situación jurídica que se inscribe es la que va a gozar de la publicidad registral y va a ser, por tanto, oponible frente a terceros.

La necesidad de determinación de la situación jurídica, como hemos visto, puede no ser la misma que la del derecho real contenido en el documento presentado a su inscripción; puesto que el título justifica la inscripción, pero no la determina. Luego, sí podríamos hablar de un principio de especialidad propiamente hipotecario, como requisito de la inscripción, diferente (a veces) de aquél del derecho real.

Esa especialidad registral es necesaria en toda situación jurídica que se inscribe, o sea, en el objeto de la publicidad. Pues sólo así se hace posible la oponibilidad de la misma y la seguridad del tráfico.

Si, además, tenemos en cuenta que, muchas veces, el contenido de esa relación o situación jurídica inscribible no son derechos reales, ni siquiera a veces, derechos, sino situaciones que son oponibles por que así lo determina la Ley (demandas, declaraciones de incapacidad, prohibiciones de disponer, condiciones suspensivas o resolutorias, modificaciones formales de fincas, derechos reales en formación, derechos personales: crédito hipotecario, pagos garantizados con garantía real, derechos personales simplemente oponibles, como el arrendamiento) (11), hemos de concluir que el principio de especialidad registral no es, o no coincide, con el básico principio de especialidad civil. Cuando hablamos del principio de especialidad hipotecario lo hacemos como requisito de la inscripción y no del documento, porque mal va a ser la especialidad propia de los derechos reales la que se exija en la inscripción, cuando éstos no son el objeto único de la misma (o sea, de la publicidad registral).

Por tanto, el principio de especialidad registral sólo puede consistir en la necesidad de determinar todo aquello que deba tener oponibilidad *erga omnes*; es decir, la necesidad de concretar los elementos de la situación o relación jurídico-registral.

Lo cual no implica que no exista el principio de determinación civil, que sí es necesario para el Derecho de cosas, y para definir un derecho real, pero es que no siempre ese derecho real documentado coincide con la situación jurídica publicada.

La especialidad del derecho real (previa al Registro) es también necesaria; a veces, mínimamente, pero, otras, la determinación del documento debe ser máxima (caso del derecho real de hipoteca). El Registrador puede, como ejercicio de su labor calificadora, adaptar el contenido del documento a la inscripción (como en los casos que hemos dicho antes), pero no puede por sí determinar en su totalidad o en aspectos básicos y fundamentales el derecho que se presenta a inscripción cuando éste esté totalmente indeterminado: por ejemplo, si falta el titular, si falta el objeto. Si lo que se inscribe son meras situaciones jurídicas, el Registrador tampoco podrá suplir determinadas ausencias, por ejemplo, la falta de plazo en condición resolutoria, etc. En estos casos

(11) Véase, en este sentido, sobre la oponibilidad de determinados derechos personales y su inscripción en el Registro a: PÉREZ GARCÍA, M. J., *Derechos de crédito y Registro de la Propiedad*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.

debe calificar negativamente y rechazar o suspender la inscripción por falta de determinación y en contra del principio de especialidad registral.

En resumen y como conclusión, la especialidad es un principio inherente a los derechos reales, y básico o necesario para su perfecta oponibilidad; sin embargo, esa especialidad civil es, a veces, distinta de la especialidad registral, necesaria para poder inscribir el derecho y que éste produzca sus efectos *erga omnes*. Efectos que también se predicarán de toda situación jurídica inscribible (no sólo derechos reales), que necesitará como base aquella especialidad o determinación.

RESUMEN

PRINCIPIO ESPECIALIDAD

Los derechos reales que acceden al Registro deben quedar perfectamente determinados, tal y como exige el principio de especialidad registral. No obstante, se defiende en este trabajo que dicha especialidad es también un requisito o un carácter propio de los derechos reales; es decir, es un carácter esencial de aquellos. Además, se examina cómo la especialidad necesaria para la inscripción, debe exigirse no sólo en la perfecta determinación de los derechos reales, sino en la de toda situación jurídica inscribible, lo que nos lleva a pensar que la especialidad propia de los derechos reales (civil) es distinta de la especialidad hipotecaria (principio de especialidad registral), pues afecta a elementos distintos.

ABSTRACT

PRINCIPLE OF SPECIALITY

Real rights must be thoroughly defined in order to be eligible for registration, as required by the principle of speciality in registration. Nevertheless, this paper defends the thesis that speciality is also a requisite or trait proper of real rights; i.e., it is an essential trait of real rights. In addition, the paper examines how the speciality necessary for registration must be demanded not only in the thorough definition of real rights, but also in the thorough definition of all registrable legal situations. This leads us to regard the speciality characteristic of real rights (civil speciality) as being different from mortgage speciality (principle of speciality in registration), because it affects different elements.