

La facultad de disposición

FRANCISCO F. VILLAVICENCIO AREVALO

Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Determinación positiva del concepto de disposición. Administración. Disfrute. Enajenación.* 3. *El concepto del derecho de propiedad. La propiedad como derecho subjetivo típico y como derecho real básico.*—4. *Las facultades del propietario. Facultades llamadas materiales.*—5. *La facultad de disponer y su rango especial.*—6. *La facultad de disposición como extraña al contenido del Derecho.*—7. *Caracteres y función de la facultad de disponer.*—8. *Construcción de la facultad dispositiva.*—9. *Noción de las causas de indisponibilidad.*—10. *Facultad dispositiva y capacidad de disponer.*

1. Es principio general, desarrollado sobre todo por la doctrina y la legislación germánicas, que el negocio obligatorio—productor de simples obligaciones—exige en el sujeto capacidad para obligarse, y que, por el contrario, el negocio dispositivo—causa de la alteración patrimonial—requiere no sólo la capacidad de obrar, sino también un poder específico. Este es el *poder o facultad de disposición*.

Por mucho que quiera discutirse, este principio, cuya base jurídico-técnica es evidente, no pertenece sólo a legislaciones de tipo determinado, sino que se proyecta también en nuestro sistema civil. Pueden existir variantes, muchas de ellas nacidas de la relación causal—a veces exagerada—entre título y modo. Pero la admisión es incontestable. En virtud del artículo 1.457 Código civil, por ejemplo, para celebrar el contrato—obligatorio: artículo 1.445 C. c.—de compraventa, es necesario que los contratantes puedan *obligarse*. Pero, para producir la alteración patrimonial—manifestada en la adquisición de la otra parte mediante la tradición: arts. 609, 1.095 C. c.—, es necesaria la *persistencia de la capacidad* y además un elemento nuevo antes no exigido: la facultad para disponer libremente de la cosa. Así se deduce de la racional interpretación del artículo 1.160 del Código civil.

El pago de una obligación de dar cosa no fungible—al menos—es en nuestro Derecho un verdadero *negocio dispositivo* (1). Son las *dos vertientes* del hecho de la entrega, que, entre otras cosas, explican el mecanismo de la consignación: vertiente *solutoria* y vertiente *dispositiva*.

Si, además, el pago es negocio abstracto, y si nuestro negocio dispositivo equivale al acuerdo—*Einigung*—del Derecho alemán, son cuestiones distintas. Por lo menos es de observar que su vertiente de solvencia—pago—es causal, y su faceta de transmisión—*disposición*—puede ser abstracta. Conviene advertir aquí que la *abstracción* de un acto jurídico admite varias acepciones a su vez. Entre ellas, escojamos estas dos: 1.^a Se puede afirmar que el negocio es abstracto en el sentido de que se le considera desvinculado de otro negocio—su normal antecedente—. Es la abstracción que pudiéramos llamar *formal* porque señala la independencia del negocio respecto a su causa *material*. En nuestro sistema jurídico, es difícil apreciar este tipo de abstracción en el negocio dispositivo en relación con el obligatorio (2), pero no en otra especie de negocios (3). 2.^a Por regla general, dentro del sistema de nuestro Derecho positivo, sólo cabe concebir como abstracto al negocio dispositivo en el sentido de que a veces es independiente de su causa *eficiente*, o sea del poder de disposición de quien transmite. Dado que el negocio dispositivo exige dicho poder, la abstracción sólo es posible atendiendo a consideraciones de orden

(1) Las reiteradas alusiones de la ley a «entrega de la cosa», a poner «en poder y posesión», etc.—asi como otras consideraciones expuestas por la doctrina—, no impiden considerar el pago como verdadero negocio dispositivo. El artículo 1.463 C. c. admite, por ejemplo, que la entrega en determinados casos se efectúe por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes. Por mi parte, tengo la convicción de que el *pactum reservati dominii*, como otras posibles cláusulas del contrato, no pertenece a la fase obligatoria, sino al momento dispositivo. Y no sería posible si el pago no entrañase un negocio jurídico.

(2) Del negocio obligatorio derivan efectos personales. Del dispositivo (que comprende el *animus dominii transferendi*), efectos reales. Desvinculados ambos negocios, el efecto real del negocio dispositivo se produce independientemente de la validez o existencia de la causa obligatoria. Estos principios, hoy en descrédito dentro de la doctrina alemana—ajenos por completo a la conciencia popular hasta el punto de que HECK (vide Cossío, *Lecc. Der. Hip.*, Barcelona, 1945, pág. 51) propugna por ello la vuelta al sistema causal—, tuvieron éxito en el sistema de inscripción, constitutiva del derecho alemán, pero son inaplicables al nuestro, si bien la nulidad de la inscripción registral exige la declaración previa de nulidad del negocio obligatorio antecedente y ligado a la misma en relación de causa a efecto (por lo que la inscripción no convalida los actos y contratos nulos, salvo la protección de terceros).

(3) La independencia de las causas formal y material se manifiesta no sólo en el campo negocial (negocio cambiario, por ejemplo), sino también en otras situaciones. Considérese, v. gr., el artículo 41 L. hip.; la seguridad de los derechos inscritos exige una acción rápida para su efectividad, y la rapidez misma requiere simplicidad: se provee de un procedimiento parecido al ejecutivo de la Ley procesal, en el cual las estrictas excepciones *abstraen procesalmente* la situación jurídica aparente de la real, de forma más o menos absoluta.

superior, como es el caso de la protección a la *apariencia jurídica*. En efecto, es notable cómo, cuando se habla de apariencia jurídica, se acentúa el aspecto de protección a la buena fe, y se olvida casi siempre el instrumento de dicha tutela, que es, precisamente, la *abstracción* del negocio productor de la apariencia. La consideración del negocio como abstracto—en la acepción expuesta—, es lo que hace posible la protección a la buena fe interviniente.

El negocio dispositivo es abstracto, pues, en principio, en cuanto se considera el efecto transmisivo desvinculado de la existencia del poder de disposición. Mas como esta abstracción sólo se produce con la mira de proteger la buena fe del adquirente, apenas tiene por sí misma otro efecto que el de hacer recaer la carga de la prueba sobre el disponente. Por ello, salvo los casos en que la ley convalida de modo expreso la adquisición de no titular, el principio general derivado del artículo 1.160 del Código civil permanece en pie: para transmitir la titularidad de un derecho es necesario poder de disposición en quien lo transmite (4).

Esto nos coloca ante un problema central: el de determinar en qué consiste ese poder o facultad (5).

2. La voz *disposición* se emplea a veces en el sentido de una declaración de voluntad con trascendencia jurídica, sea como voluntad legal o testamentaria (6). Pero adquiere un interesante relieve cuando viene a expresar el efecto o resultado de determinados actos. Equivale entonces disponer a enajenar, en el lenguaje corriente (7), y tanto enajenación como disposición califican a determinados actos que la doctrina contrapone a los llamados actos de *administración* (8). Estos últimos son actos conservati-

(4) Valgan aquí estas someras indicaciones. Al estudiar la concurrencia de la facultad dispositiva en la conclusión del negocio de disposición (v. nota siguiente), consideraremos más ampliamente, junto a la concurrencia de una facultad limitada, la ausencia de tal facultad; y, en ambos casos, los efectos de la apariencia de derecho creada.

(5) Mi intención es estudiar sucesivamente los diversos aspectos de la *disposición* conforme al siguiente esquema: 1.º *Breve determinación positiva del concepto de disposición*. 2.º *La facultad de disposición*. (A estos dos puntos se contraerá el presente trabajo.) 3.º *Concurrencia de la facultad de disposición al acto dispositivo. Limitaciones a la facultad de disponer. Determinación negativa del concepto de disposición. Ausencia de la facultad dispositiva en la conclusión del negocio*.

(6) Legal: arts. 12-1.º, 1.090, 1.092, 1.093, por ej. Testamentaria: 763, 785-2.º, 787, 790.

(7) El Diccionario de la Real Academia Española (16.ª ed., Madrid, año de la Victoria) asigna a *disponer* dos acepciones principales: «deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse»; «ejercitar en las cosas facultades de dominio, enajenarlas o gravarlas, en vez de atenerse a su posesión y disfrute». Y de *enajenar* dice: «pasar o transmitir a otro el dominio de una cosa o algún otro derecho sobre ella». En la práctica se emplean las voces *disponer*, *enajenar*, *traspasar*, *ceder* o *transmitir* con significado análogo y poco preciso.

(8) Cfr. PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de D. civ. fr.*, I, París, 1925, páginas 326 y sigs. Vide art. 1.713 C. c. esp. Sobre acto de administración en general, puede verse recientemente GITRANA, *La admón. de herencia en el*

vos de un patrimonio que tienden sólo a conservar los derechos obteniendo el disfrute de que los bienes son susceptibles. A pesar de esta definición comúnmente aceptada, los autores convienen en estimar la dificultad de señalar con precisión las fronteras entre la conservación y la distracción de los bienes, quizá porque no haya acuerdo entre ellos sobre el ámbito de la conservación. En principio, sin embargo, se puede afirmar que es conservativo todo acto que no implique por sí mismo la constitución sobre los bienes o derechos propios, de otro derecho fundado sobre un interés de los que Heck (9) ha llamado *conservativos*. Y de esta manera podemos afirmar provisionalmente que los actos de disposición crean siempre en cabeza de otro sujeto un derecho que para el nuevo titular tendrá carácter eminentemente conservativo.

No he dicho que todos los actos que creen titularidades conservativas sean actos de disposición, pero sí lo contrario. Nuestro Código civil, y otros que siguen al napoleónico, hablan de los derechos de disfrutar y de disponer como de facultades de igual rango que competen al propietario. Carnelutti (10), empero, concibe a los términos disposición y *disfrute* como pertenecientes a planos distintos, en el sentido de que el disfrute es el objeto de la disposición. Aunque no coincido enteramente con la argumentación por él efectuada, creo, sin embargo, que en el fondo es susceptible de cierto desenvolvimiento. Es decir: la disposición

Derecho esp., Madrid, 1950, págs. 9 a 19; estima que es la idea de conservación la que diferencia al acto de administración del dispositivo, pero concibe al primero como acto que no compromete en modo alguno ni el valor del bien o bienes a los que se aplica, ni su individualidad, ni *a fortiori* su existencia en el seno del patrimonio (pág. 18), con lo cual ha de volverse a la enumeración de las condiciones del acto, tal como últimamente lo hace PIÑÓ, en *Enciclopedia jur. esp.* (Seix), v. *Administración*, II, en prensa. Vide bibliografía citada en ambos.

(9) *Grundriss des Sachenrechts*, Tübingen, 1930, págs. 1 y sigs. Esta expresión, que recuerda demasiado la de «intereses absolutos», es empleada por HECK para determinar los caracteres del derecho real en su función protectora, contra los intereses de tráfico dignos de menor protección. No sólo desarrollada esta idea, sino superada por LÖNING. *Die Grundstücksmiere als dingliches Recht*, Jena, 1930, págs. 18 y sigs. Algo aproximada a la que establezco es la idea del fin de conservación aplicada al acto de administración en NATOLI, *L'amministr. dei beni eredit.*, 1947-49, I, pág. 151, al que cita el propio GITRAMA.

(10) *Teoría general del Derecho*, 1.ª ed. trad. esp., Madrid, 1941, págs. 182 y siguientes: «cuando el artículo 476—dice—define a la propiedad como el derecho a disfrutar y disponer de la cosa, desarrolla imperfectamente, como permitían los tiempos, un germen fecundo, que consiste en distinguir entre disposición y disfrute. Son éstos, en realidad, los dos elementos, psicológico y económico, de que se compone no sólo la propiedad, sino todo derecho subjetivo. Los defectos en el desarrollo de estos gérmenes son dos, imputables uno y otro al atraso de la técnica jurídica cuando la definición fué concebida. El más grave consiste en poner disposición y disfrute en un mismo plano». (Paridad que establece también, por ej., PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e dir. sostanziale*, Milano, 1935, pág. 870.) Por lo demás, es posible encontrar en el concepto de disposición de CARNELUTTI ciertas reminiscencias de BALDO, «quandoque pro proprietate accipitur» respecto al usufructo (*ad l. l. D. 7. 1. n. 3*).

presupone el disfrute en el sentido de que los actos dispositivos —como los enajenativos— no operan más que sobre masas de disfrute, y no puede hablarse de disposición sino cuando el titular de un derecho haya procurado que con su acto salga del patrimonio una posibilidad fructífera de aquél. Por ello, la constitución de un derecho real de garantía o de adquisición no implica la realización de un acto dispositivo propiamente dicho. Recuérdese que lo que intento ahora es determinar *positivamente* los conceptos de disposición y enajenación, y no determinar qué actos no puede realizar el titular cuando se le haya prohibido disponer o enajenar, pues esto constituiría una determinación *negativa* que ya se intentará al estudiar las limitaciones a la disposición. Y, *positivamente*, los actos de constitución de un derecho real de garantía, por ejemplo, no son actos de disposición propiamente dichos; no basta afirmar que se haya constituido un derecho real, sino que es necesario demostrar que este derecho merece *conceptualmente* tal calificación, y que no se le concede por consideraciones históricas o de seguridad jurídica (11).

En principio, por tanto, la disposición como la enajenación implican la salida de un patrimonio de alguna posibilidad de disfrute que cree en poder de otra persona un derecho protector de un interés de conservación.

Pero, a partir de aquí, es necesario dar un concepto concreto de cada uno de los dos términos: *enajenación* y *disposición*. Pueden utilizarse varios criterios, suministrados unos por la doctrina sobre la base del concepto romano de *alienatio*, y otros por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

a) En primer lugar, se afirma que enajenar significa sólo transmitir por actos *inter vivos*, abarcando la disposición además a los actos *mortis causa* (12). La enajenación—como indica Ba-

(11) El derecho real, en sí, requiere ser considerado *conceptualmente* como tal. Mas no es sólo una categoría conceptual como pretendiera SOHM (*Grünhut's Zeitschrift*, v. pág. 35), porque es necesario admitir que se da el nombre de derecho real a determinados derechos que conceptualmente no lo son, por imperiosa protección del tráfico. Ello no quiere decir, sin embargo, que el concepto del derecho real sea variable hasta convertirse en una mera categoría histórica (comp. BEKKER, *System d. heut. Pand.*, Weimar, 1886, pág. 82). El patrimonio cumple dos funciones fundamentales: la natural de disfrute y la de sustentáculo de la responsabilidad. Con los derechos que comprende sucede lo mismo. Los derechos constituidos sobre el disfrute son los derechos reales en sentido estricto, siempre que protejan un interés conservativo. Los derechos de garantía, por ejemplo, no suponen más que una concreción de la función de responsabilidad concediéndose una posición *preferente* a un sujeto, por lo cual, necesariamente, hay que proteger al derecho contra todos. Pero no reúnen las características del derecho real, y pertenecen más al campo de la acción. Tampoco puede hablarse de un «derecho real de disposición», como veremos.

(12) Así parece entenderlo la S. T. S. 23 de diciembre de 1940, al interpretar una prohibición absoluta de enajenar con encargo de reserva a favor de hijos del testador para caso de segundas nupcias de la cónyuge heredera, como prohibición supeditada a la supervivencia de los hijos a aquél «y como

rassi (13)—implica, si se hace por negocio jurídico, la forma contractual. Verdaderamente, no hay ningún índice legislativo ni razón lógica que constriña a admitirlo; nada impide que se llame enajenación a la disposición por causa de muerte. Pero así ocurre en el uso común del vocablo.

En realidad, no es éste un criterio seguro, puesto que, si concebimos al testamento como negocio jurídico verdaderamente traslativo, tanto se le puede llamar de enajenación como de disposición, por más que su carácter unilateral pudiera ser un obstáculo. En definitiva, sólo la vulgar apreciación de las gentes nos impide llamar enajenación al acto de disponer *mortis causa*.

b) Savigny intentó identificar—sobre una personal interpretación de la *translatio in alium*—a la enajenación con la donación (14). Sin embargo, al menos en nuestro Derecho, la conclusión podría ser precisamente la contraria, ya que nuestras leyes y nuestra jurisprudencia emplean la locución *enajenar a título oneroso* y a veces sólo la de *enajenar* con acepción similar (15). Parece, pues, que para nosotros «disposición» quiera significar transmisión tanto a título oneroso como lucrativo. Con todo, tampoco este criterio es definitivo, porque tanto uno como otro término implican la misma idea de transmisión tanto gratuita como onerosa.

c) Finalmente, debemos volver al sentido romano de la *alienatio* para encontrar una diferencia apreciable. En el sentido de las fuentes, enajenar equivale a hacer de otro, transmitir o transferir un derecho, comprendiendo los actos de traspaso traslativo con salida de un patrimonio y entrada en otro por medio de un único negocio jurídico; pero no los actos de traspaso constitutivo—falta la preexistencia—ni la renuncia—porque falta una verdadera y propia transmisión—.

De otra manera parecen pensar Fadda y Bensa (16), pues ha-

institución de usufructo a favor de la heredera y de nuda propiedad a favor de sus hijos, toda vez que la discutida cláusula no prohíbe en términos genéricos disponer, sino sólo *enajenar*, o sea, en el estricto significado de la palabra, *transmitir por actos inter vivos*. (Realmente bastaría haber aplicado el principio de la interpretación restrictiva de las normas prohibitivas, sin necesidad de asignar un significado ciertamente dudoso al vocablo.) En parecido sentido, S. 6 de mayo de 1927: «El concepto específico de transmisibilidad de lo propio... adopta... dos modalidades distintas, según que el sujeto de derecho que realiza la transmisión se proponga establecer una relación jurídica de presente, esto es, durante su vida o inter vivos, o para después de su muerte o *mortis causa*». Parece abonar esta interpretación el artículo 785 C. c., al referirse a la prohibición de *enajenar*, que sólo produce la indisponibilidad *inter vivos*, junto a la sustitución fideicomisaria que impide también la transmisión *mortis causa*.

(13) *I Dir. reali nel nuovo C. c.*, Milano, 1943, pág. 418.

(14) *Comp. DEL PRETE, v. Alienatio*, en *N. Dig. it.*, I, 1937.

(15) Particularmente por lo que se refiere a las diversas especies de retracto, junto con la interpretación amolía propugnada por la Jurisprudencia respecto a los actos de disposición que determinan la posibilidad de su ejercicio.

(16) *Anot. a WINDSCHEID*, trad. it *Dir. delle Pand.* IV, Torino, 1926,

blan del traspaso constitutivo dentro de la *alienatio* diciendo que Justiniano (*De fundo dotati*, 4, 51, 1) «dispone en general que la prohibición de enajenar, sea legal, testamentaria o convencional, comprende *non solum dominii alienationem vel mancipiorum manumissionem*, o sea las dos figuras de completa separación de una cosa de nuestro patrimonio, sino también *usufructus dationem vel hypothecam vel pignoris nexum*, y añade: *similique modo et servitutes minime imponi nec enphiteuseos contractum*». Sin embargo, no creemos que con ello quiera decir Justiniano que el término *alienatio* comprenda la constitución de los *iura in re aliena* (puesto que no emplea la palabra para *usufructus dationem*, por ejemplo, antes únicamente para *dominii alienationem*), sino sólo que, cuando se prohíba la enajenación, es lógico *presumir* que también quieren prohibirse los demás actos, tan comprometedores para la titularidad dominical aunque dejen a ésta intacta como derecho subjetivo (17).

A ello puede agregarse que el Código civil emplea con frecuencia la palabra enajenar en oposición a la acción de constituir servidumbres y gravámenes, siguiendo una pauta que ha recogido la jurisprudencia (18).

Con las necesarias reservas—en relación con lo que ya anteriormente sostuve—, podemos admitir este criterio como válido. Y afirmar en consecuencia que es acto dispositivo aquel por el cual salen del patrimonio a que pertenece un derecho o unas posi-

pág. 372-73: «Quien repare en la etimología de la palabra *alienare* (*alienum facere*), se persuade de que el significado ordinario y propio de la enajenación lleva consigo no sólo la separación de un derecho de nuestra esfera jurídica —o sea, una simple negación como observa HÖLDER (*Pand.*, pr. 36, pág. 183)—, sino al mismo tiempo su atribución a la esfera jurídica de otro. Equivale a decir que, en rigor, consiste en una *translatio in alium* (cfr. SENECA, *De ben.* 10, 5)... Y también en nuestro común lenguaje, como advierte el Vocabulario de la Crusca, enajenar equivale a "transferir a otro el dominio de cualquier cosa"».

(17) GUTIÉRREZ ALVIZ, *Dic. Der. Rom.*, Madrid, 1948, define la *enajenación* como «traspaso de un derecho o titulación jurídica de un sujeto a otro por voluntad de quien lo pierde en favor del adquirente»: *alienare* como «enajenar, transmitir, transferir, vender»; y *alienatio* como «enajenación, transmisión, cesión o venta de una cosa de una persona que venía siendo su titular a otra que pasará a serlo en adelante; también, abandono de una cosa o de un derecho en favor de otra persona (*D. 24-1-38; D. 14-6-9-1; C. 5-23-1*)». Más adelante veremos los caracteres de unidad y simplicidad del derecho subjetivo, que hacen imposible la *desintegración* del mismo.

(18) C. c. artículos 59-3.º, 164, 269, 270, 399, 1.361, 1.387, 1.388, 1.444, etcétera. S. T. S. 6 de mayo de 1927 cit.: «En el concepto genérico de disponibilidad, como facultad substancial del derecho de propiedad, según el artículo 348 C. c., en virtud de la cual el propietario se desprende de todos o de parte de sus atributos dominicales, sustituyendo o modificando el destino jurídico de lo suyo, están comprendidos los actos específicos de transmisión, imposición de cargas y de subordinación a una responsabilidad, a la que sirve de garantía». Vide Res. 10 de junio de 1924. Presentan como equivalentes los términos «enajenación» y «venta», artículos 186-3.º, 317, 1.367, 1.522, etc., todos del C. c. Anómalamente, contraponen «disposición» y «gravamen», artículo 189 C. c. de redacción reciente.

bilidades de disfrute que vienen a constituir un nuevo derecho en cabeza de otra persona (19).

En cambio, no debe hablarse técnicamente de enajenación sino cuando con referencia a un derecho *ya existente* en un patrimonio se produzca su salida del mismo y su integración en un patrimonio diverso.

Una cosa absolutamente distinta es afirmar que cuando se limita la enajenación pueden entenderse también limitadas algunas posibilidades dispositivas no estrictamente de enajenación, y de la misma manera puede ocurrir que al limitarse la disposición en general, se impida también la realización de actos que no hayan por ello de considerarse precisamente como dispositivos (20). Todo ello pertenece al momento de la integración *negativa* de los conceptos de disposición y enajenación, cuyo estudio no corresponde en este lugar.

También hemos de advertir que el efecto antonomástico de la disposición es la salida de un derecho del patrimonio a que pertenecía. El efecto constitutivo de derechos reales es una consecuencia necesaria del poder de disposición—por tratarse de actos dispositivos menos acentuados—, por el principio de que quien puede lo más puede lo menos.

3. La facultad de disposición, como la disposición misma, se aplica sobre toda clase de derechos de contenido patrimonial, y no sólo sobre la propiedad en el sentido estricto de la palabra. Sin embargo, para las sucesivas consideraciones tomaré por base el derecho de propiedad, en relación con el cual habla el artículo 348 del Código civil del *derecho de disponer*, y tratan los autores de las limitaciones a la facultad dispositiva. Pero no se pierda de vista que, en realidad, propiedad no es sólo el derecho de dominio, sino cualquier otro derecho patrimonial—al menos—, que no dejará por ello de ser *propio*. En definitiva, «la noción de

(19) También admite en principio la acepción amplia del acto de disposición (modificación, gravamen, transmisión, extinción) GORLA, *L'atto di disposis. dei dir.*, en *Studi Tommasone, An. Perugia*, 1936, ser. 5.^a, vol. XIV, sep. Padova, 1937, pág. 10, nota. En cuanto a la renuncia, habrá asimismo que concluir que se trata de un acto de disposición que no es enajenación en sentido estricto, pues aun en el caso más discutible, como es aquél en que supone el abandono de un derecho en favor de tercero, la entrada del derecho renunciado en el patrimonio ajeno no se opera por el propio acto de renuncia (cfr. FADDA y BENSÀ, *loc. cit.*, pág. 379—un estudio excepcional—; STOLFI, *Teor. del neg. giur.*, Padova, 1947, pág. 50). También PIRAS, para quien la facultad de renuncia está lógicamente encuadrada y comprendida en la de disposición (*Sull'esercizio della fac. di disporre*, *N. Riv. Dir. comm., Dir. del'econ., Dir. soc.*, 1947, I, 1-4, págs. 23 y 26).

(20) Este es el sentido del texto de JUSTINIANO, de nuestra Ley de *Partidas* (VII, 33-10)—«aquél a quien es defendido de non enagenar la cosa, no la puede vender, ni canviar, nin empeñar, nin puede poner servidumbre en ella, nin darle a censo a ninguna de aquellas personas a quien es defendido de la enagenar»—y de nuestra jurisprudencia (cfr. Ss. ya citadas). Así ha de interpretarse, p. ej., el artículo 225 C. c.

derecho subjetivo no es más que la de la extensión de la propiedad», como decía Renard (21), y su valor simbólico permite afirmar que la propiedad es el ejemplo típico de derecho subjetivo (22).

A partir del Derecho romano, de sentido eminentemente jurisprudencial y práctico, los esfuerzos de filósofos y juristas han cristalizado en una serie de intentos de definición de la propiedad. Con gran parte de las definiciones producidas, podemos integrar dos grupos básicos (23):

A) El primero es de carácter empírico, y se reduce a considerar a la propiedad como a la suma de los poderes o facultades que la titularidad del derecho concede. Así, el derecho de propiedad podrá ser el derecho de gozar y de disponer de una cosa como titular de la misma. Con ello, se confunde el concepto de propiedad con su contenido, es decir, con su extensión objetiva, *dando a base de ésta la definición de aquélla*. A veces, como en el Código de Napoleón, se agrega el carácter absoluto del derecho, y no creo que por convicción ideológica, sino por verdadera necesidad, ya que la definición decía tan poco y era aplicable a tal número de figuras distintas de la propiedad (derecho subjetivo), que no hubo más remedio que calificar a la propiedad con su nota más vulgar (si bien a continuación paradójicamente limitada).

Esta postura es la más extendida, tanto en la doctrina como en el Derecho positivo, hasta el punto que nos parece inútil citar sus numerosas expresiones (24). De ella se ha querido ver un precedente valioso en el Derecho romano; injustamente, por cierto, porque los textos romanos no nos han legado definición alguna

(21) *Théorie de l'institution*, 1930, pág. 33, n. 1; cit. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Parte general, T. I, Libro preliminar, Valladolid, 1942, página 483.

(22) CARNELUTTI, op. cit., pág. 182.

(23) Fácilmente se comprende que no pretendo entrar aquí en la polémica alrededor de la naturaleza del derecho real, ni establecer la clasificación de las definiciones de la propiedad sobre la base de la postura que en tal problema adoptaran sus autores. Intento sólo determinar la forma de concebir el contenido de poder que cada sector acentúa. Con lo cual, concibiendo desde luego al derecho de propiedad como derecho subjetivo, quedan al margen de mi estudio aquellas teorías totalmente desintegradoras que han representado SCHLOSSMANN, THALLER y DUGUIT (cfr. RIGAUD, *El der. real*, trad. esp. Madrid, 1928, páginas 145 ss.). Puede verse también BARASSI, *La proprietà nel nuovo Codice civile*, 2.ª ed., Milano, 1943, en la que sistematiza las definiciones de la propiedad de modo muy completo, págs. 3 a 6, y J. ROTONDI, *Istit. Dir. privato*, Milano, 1945, pág. 230 y siguientes.

(24) En el derecho positivo, Código francés, artículo 544; italiano de 1865, artículo 436, nuevo, artículo 832; español, artículo 348; a más de ellos, incluyen el elemento de la disposición, el austriaco, artículo 354; Landrecht prusiano (I, tit. 8, pr. 1). Para un amplio estudio, cfr. PICCINELLI, *Studi e ricerche in torno alla definizione adominium et ius utendis*, Firenze, 1886. Como expresión relativamente moderna de esta dirección, ROGUIN, *La science juridique pure*, Paris-Lausanne, 1923, III, pág. 834. (V. también artículos 624 y 116-1.º C. c. esp.)

de la propiedad (25), ni la concepción expuesta encaja en el tecnicismo del Derecho de Roma.

De este tipo de definiciones del derecho de propiedad arrancan una serie de consecuencias notables:

La primera es que cada uno de los derechos que la integran tiene una cierta individualidad, hasta el punto de que su separación del derecho que pudiéramos llamar *matriz* es un verdadero acto de enajenación (enajenación *parcial*) y no de constitución (por ejemplo, de usufructo, cuando lo separado es el disfrute).

En segundo lugar, se considera a los derechos reales sobre cosa ajena como derechos *desmembrados*, con lo que el derecho de propiedad viene a ser un mosaico al que con la misma facilidad se le separan o se le devuelven sus partes; hasta el punto que se ha llegado a llamar fenómeno de *desintegración* al de constitución de *iura in re aliena*.

Nunca concibió así a la propiedad el Derecho romano; baste decir—aunque posteriormente insistiré sobre ello—que en sus textos no se encuentran jamás las expresiones «*ius*» *fruendi*, «*ius*» *abutendi*, sino sólo los sustantivos *usus*, *abusus*, o los verbos *uti-frui*, *abuti*, expresivos de *acción* y no de *derecho* (26).

B) Otra dirección doctrinal concibe al derecho de propiedad de un modo más abstracto, independientemente de las facultades o derechos que conceda. No busca analíticamente los miembros o atributos del derecho para sumarlos y lanzar con la suma su definición, sino que intenta obtener un concepto más filosófico (27)

(25) Ello, a juicio de DUSI (*Istituzioni*, I; cit. Castán, Dro. Civil. Notarias, II, Madrid, 1941, pág. 56 nota), porque le hubiera sido difícil reunir en una definición perfecta especies como el dominio quirritario y la propiedad bonitaria. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1928, página 263, estima la razón, agregando que en definitiva los jurisconsultos romanos no se preocupaban mucho de las definiciones.

(26) El Derecho romano no habló jamás de *derechos* que formasen el contenido de la propiedad. Empleó, sí, los sustantivos *usus*, *abusus* e incluso los verbos *uti-frui*, *abuti*. Pero no se encuentran en los textos las expresiones *ius utendi*, *ius abutendi*, etc. (Cfr. PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, I, París, 1920, núm. 2.322). Concedió, pues, el Derecho romano un *contenido de hecho característico* a la propiedad, pero no una serie de derechos. La razón fué simplemente que, aceptando en el fondo de su sistema las mismas notas de voluntad y pertenencia que propugnan los modernos autores, no necesitó elevar a la categoría de *derechos* funciones no privativas de un propietario, y que sólo tomaban este carácter por la unión y sentido especial que aquellas notas le señalaban. Esto, dicho sea de paso, explica suficientemente por qué en Derecho romano no puede encontrarse base alguna a la teoría de los derechos reales como desmembraciones de la propiedad. Contrariamente, la definición tradicional elaborada: «*Dominium est ius utendi, fruendi, abutendi, possidendi, alienandi, quatenus iuris ratio patitur*».

(27) Al separarse de la anterior concepción tradicional entre los juristas, los autores de esta segunda tendencia hacen frecuente aplicación de la doctrina del derecho subjetivo, con lo que se muestra aún más evidentemente la importancia simbólica del derecho de propiedad. Incluso en nuestros días BARRASSI, *La proprietà...*, cap. II, pr. 9, pág. 149 y siguientes, «La proprietà come diritto soggettivo».

y, si se quiere, más metafísico. Por lo pronto, no le interesa saber cómo es el derecho, sino qué es; parece que si se logra saber qué es el derecho, no hará falta indagar su contenido: se le habrá adivinado.

Para este segundo grupo (28) de definiciones, en la esencia del derecho de propiedad se descubren dos caracteres fundamentales:

a) En la relación del hombre con su derecho existe una *razón de pertenencia* (29).

b) La propiedad es un derecho sometido a la posibilidad de una decisión, y esa decisión proviene de la voluntad libre del hombre (30).

Hay, por tanto, en la propiedad un elemento *sometido* y una voluntad *que manda*. Windscheid (31) habla de un *poder de de-*

(28) Prescindimos al estudiarlo de la dirección que acentúa la nota absoluta de la propiedad, como derecho de exclusión y que a todos se impone, tanto por no encuadrar carácter definitorio como porque tal característica se desprende de la libertad de acción del sujeto del derecho dentro de los límites concedidos por el ordenamiento (ámbito de lo lícito). Vide FERRARA, *Trattato di Diritto civile italiano*, I, I, Roma, 1921, 1.325; y VAN BEMMELEN, *Notiones fondamentales de Droit civil*, Amsterdam, 1892, pág. 177 y siguientes. Para su puntualización y crítica, DE CASTRO, op. cit., I, págs. 500 y siguientes.

(29) WIRTH, al afirmarlo (*Beitrag zur Systematik des römischen Rechts*, ed. 1856, pr. 12 y 23), personaliza el derecho y excluye la idea de dominación. SCIALOJA señala la pertenencia como *momento estático* de la relación jurídica (*Teoría...* I, pág. 272). También BRINZ y PUCHTA.

(30) *Momento dinámico* de la relación en oposición y complemento del anterior para SCIALOJA (op. cit., I, pág. 272), que define la propiedad (idem, página 273) como la «relación de derecho privado, por la cual, una cosa, como *pertenencia de una persona*, está completamente *sujeta a la voluntad de ésta* en todo lo que no sea prohibido por el derecho público o por la concurrencia del derecho de otros».

Sin embargo, también el Derecho romano que, como dijimos, no definió la propiedad, vislumbró este concepto. Por ello, el significado de soberanía atribuido a *dominium* y la aplicación del término en GAYO (II, 7) (dulcificado en *Inst.* II, 40; comp. SCIALOJA, op. cit. I, pág. 255) al más perfecto tipo de propiedad: la quiritaria. Nótese que siendo el sentido de dominación propio y general del derecho subjetivo, tal vez en ello se encuentre la explicación de por qué con frecuencia se cree encontrar la definición de propiedad en *Inst.* I, 3: «Et libertas quidem est, ex qua etiam liberi vocantur naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid aut vi aut iure prohibetur» (Comp. *D.* I, 5. pr. 4): precisamente el dominio incluye este concepto de libertad dentro de límites. RUGGIERO, al afirmar (*Istituzioni di Diritto civile*, Napoli, 1921, I, página 474) que la propiedad «no es una serie de facultades... sino un señorío general», estima como expresión de este concepto en Derecho romano, *dominium*, y como acentuador de la pertenencia, *proprietas* (pág. 473). Para la relación entre libertad y derecho subjetivo, cfr. CARNELUTTI op. cit. pág. 180. Una concepción extrema en el «Nichtverbotensei», expresión de THON. (*Rechtsnorm und subjektiven Rechts*, pág. 158 ss.), que según parece apuntar ROGUY (*La règle d. dr.*, Lausanne-Paris, 1889, pág. 239) influyó en el giro de WINDSCHEID, tan comentado. Vide también RIGAUD, op. cit., páginas 144 ss. Pero no estará de más notar que a juicio del propio KIPP (en la 8.ª edición, pág. 142) nunca negó WINDSCHEID que el derecho real consistiese en un poder sobre la cosa (contra, el mismo RIGAUD, pág. 338, n.).

(31) Op. y ed. citados: vol. I, pág. 590 (§ 167): «... que una cosa sea

cidir acerca de la cosa. En nuestra Patria, recoge De Buen (32) este concepto, definiendo la propiedad como «el derecho de *decidir* sobre el pleno aprovechamiento de una cosa...». Para Rosset y Mentha (33), la propiedad lleva consigo una *dominación* general o soberanía, a ella inherente (34). Pero, por el avance que supone en la doctrina francesa (dada la técnica jurídico-privada típica respecto de la legislación napoleónica) y por la conexión que con otras definiciones más filosóficas (35) que de orden positivo ha tenido, citemos de manera particular a Planiol (36), para el cual la propiedad es «el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra *sometida*, de manera absoluta y exclusiva, a la acción y a la *voluntad* de una persona».

Indudablemente, está más cerca de la verdad y, sobre todo, tiene más densidad científica la teoría que considera al derecho de propiedad como un poder de actuación en el que se manifiesta la voluntad del hombre sobre una cosa del mundo exterior. La propiedad es un derecho unitario y simple y «atribuye a su titular una posición jurídica unitaria y homogénea» (37). Las facultades no son *partes* del derecho de propiedad, sino simples *posibilidades de actuación*—como las califica Barassi (38)—, que no constituyen derechos subjetivos, sino subordinados poderes secundarios expresados por verbos diversos (precisamente la expresión

propia de alguno quiere decir, en términos jurídicos, que, en relación con ella, *la voluntad de aquél es decisiva en la totalidad de sus relaciones*».

(32) DE BUEN, *Derecho Civil*. Madrid, 1922, pág. 140.

(33) ROSSET Y MENTHA, *Manuel de Droit civil suisse*. Lausanne-Genève, 1912, II, n.º 1.196.

(34) Sentido etimológico, histórico y doctrinal de *señorío*. Comp. FERRARA, op. cit., I, pág. 361, y SOHM, *Instituciones de Derecho privado romano*, traducción esp. de la 17.ª ed. Madrid, 1936, pág. 258. Este afirma que las limitaciones son siempre externas a la propiedad; de ahí la elasticidad. V. también C. sajón, § 217.

(35) Comp. BOISTEL, *C. de Philosophie du droit*, 1899, n.º 205 s. Su influencia (aun cuando su repudiación de la doctrina clásica sobre el derecho real no fue absoluta; cfr. MICHAS, *Le d. r. consid. comme oblig. passiv. univ.*, París, 1920, pág. 79, y RIGAUD, op. cit.) hace que con PLANIOL reciban cuerpo las teorías personalistas que por sucesivas derivaciones poco prudentes llevarán a la completa disolución del concepto del derecho real, e incluso del derecho subjetivo.

(36) PLANIOL, lugar y obra cit. Reafirma con RIPERT (*Traité pratique*, III, París, 1926, § 211). Notable coincidencia con la definición del Código civil argentino, art. 540: «La propiedad es el derecho real, en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad de una persona».

(37) BARASSI, *La proprietà* pág. 21 s. Comp. DE CASTRO, op. cit., página 485, nota 2: «la unidad típica del derecho subjetivo le hace adquirir un nuevo valor: el de situación jurídica unitaria»; y v. TUHR, citado por él. En el mismo sentido, CARNELUTTI, op. cit., pág. 182.

(38) Como *posibilidad de actuar* garantizada a la persona como consecuencia de una situación jurídica, concibe DE CASTRO, op. cit., pág. 513, a la facultad jurídica. Comp. BARASSI, op. últ. cit., pág. 22, que estima que las facultades no son más que las múltiples *posibilidades de actuación* comprendidas en el derecho subjetivo.

gramatical de la actuación), o, como dice Lecompte (39), poderes jurídicos del hombre accesorios a una situación jurídica permanente.

Concebir a las facultades como derechos parciales, equivale a concederles rango de derechos subjetivos, *inflacionando* el concepto de derecho subjetivo, como afirma De Castro (40). De ahí a considerar que los derechos reales constituídos mediante su separación del derecho-matriz son verdaderas desmembraciones del dominio, no hay un paso. Y esto es muy discutible. A mi juicio, los derechos reales distintos al unitario-dominio, no se constituyen mediante *extracción* (41) de derechos preexistentes en aquél, sino por cesión de todo o parte del *contenido económico*, es decir, por cesión del *ejercicio* de una facultad. La facultad subsiste, si bien sin posibilidad de ejercicio por el titular del derecho de dominio; precisamente en esta *persistencia* del derecho como tal (42), reside la llamada *elasticidad* del dominio (cualidad aplicable a toda clase de derechos subjetivos, puesto que, desaparecida la fuerza que impedía al titular ejercer una de sus facultades, ésta recobra toda su potencia).

Por todo ello, en principio, el derecho de propiedad es un *poder confiado a una persona sobre un bien*, que, perteneciéndole de esta manera (por la *atribución* de poder, generadora de todo derecho subjetivo), está sujeta a su voluntad de decisión dentro del orden jurídico (ámbito de lo lícito).

La propiedad, además, como todo derecho subjetivo *patrimonial*, tiene como razón de existencia la satisfacción de necesidades humanas de *carácter económico*. Es decir, se concede *como poder* para que su titular obtenga con el ejercicio de esta atribución un beneficio de tipo material que le ayude a enjugar sus necesidades y a desarrollar su vida humana (43). Precisamente la

(39) LECOMPTE, *Essai sur la notion de faculté en Droit civil*, Paris, 1930, página 70. Niega asimismo a la facultad carácter de derecho subjetivo.

(40) DE CASTRO, pág. 513 de su obra y tomo ya citados.

(41) La idea de la desmembración del dominio aplicada a la constitución de los derechos reales derivados, fué específicamente repelida por el Derecho romano: *D. VII, 6,5; XV, 16, 25; XXXI, 66,6*.

(42) Cfr. MICAS, op. cit., pág. 226.

(43) Consideración comúnmente defendida por la filosofía jurídica cristiana; Cfr., p. e. CORTS GRAU, *Principios de Derecho natural*, Madrid, 1944, página 129, s. No resisto la tentación de copiar aquí el brillante párrafo con que FILOMUSI-GUELFI, (*Enciclopedia jurídica*, 7.^a ed. Napoli, 1917, página 212 s.), explica el *concepto racional* de la propiedad: «La propiedad es la sujeción de la cosa al señorío del querer para hacerla servir a los fines humanos, y constituye la esfera externa, dentro de la cual, como libre para querer, opera y encuentra el hombre las condiciones materiales para su vida y desenvolvimiento físico. Sin éste, el desenvolvimiento moral es imposible. Si la libertad es la que da al hombre su carácter de persona, el hombre, sometiendo la cosa, conectándola con un vínculo físico y ético a su persona, imprime sobre aquélla la propia personalidad. Todo lo que se fundamenta en la humana naturaleza debe ser garantido, y la garantía de lo mío y de, lo

base de todo esto es la indudable función que a juicio de todos los autores cumplen los bienes (por eso se llaman bienes) (44) en la vida del hombre. Afírmase atinadamente que las cosas del mundo exterior no tienen razón de ser sino por su función o destino, que no es otro que entrar en la órbita de actuación material de un sujeto que de ellas necesita y para el que signifiquen *bienes*. Dentro de este punto de vista, nos es completamente indiferente el modo de aprovechamiento, sea colectivo o bajo la forma de propiedad privada; y dentro de la propiedad colectiva, si el disfrute se efectúa de modo exclusivo por los particulares, o no (45). Lo interesante es que este disfrute es una realidad y que el individuo se aprovecha de los bienes.

Y más aún. Por lo mismo que significa un poder, el derecho de propiedad, por definición, requiere ejercitarse sobre un objeto actual y determinado (46) en cuanto a su especie, con una homogeneidad interna que traiga consigo la uniformidad en el ejercicio del poder. Consecuencia, no necesaria, sino contingente y dependiente de la política jurídico-positiva y del estado de la cultura de un pueblo, es la exclusividad del derecho de propiedad. La exclusividad es la cualidad, común por otra parte a todo derecho subjetivo y derivada de la determinación del objeto, por la que el titular puede impedir a los demás hombres su injerencia en la atribución de poder que se le ha confiado. El propietario, al decir que la cosa le pertenece de modo exclusivo, quiere expresar que todos los extraños deberán reconocer la propia individualidad de su poder, único, simple y total.

El poder, pues, abraza y rodea completamente a su objeto, defendiéndole de injerencias extrañas (faceta de exclusividad, que se proyecta hacia fuera), y al mismo tiempo opera hacia dentro, en esa cara interna de posibilidad de acción, explotando a su objeto y satisfaciendo con ello las necesidades del hombre.

4. El poder se ejerce sobre su objeto por medio de una serie de facultades o poderes accesorios, que más bien son manifestaciones concretas del actuar, órganos ejecutivos a los que provee la savia y la fuerza vital del propio poder.

tuvo es el derecho de propiedad... Apenas una cosa satisfaga una necesidad humana, es útil: el propietario tiene derecho a obtener todas las posibles utilidades de la cosa en relación con sus fines, y tal concepto se ha incluido por algunos juristas en la propia definición de la propiedad. Finalmente, en esta misma utilidad de la cosa se encuentra el valor económico de ella, por lo que cuanto mayores sean las utilidades de una cosa, tanto mayor será la cantidad de necesidades humanas que con la misma serán satisfechas.

(44) Cfr. DE BUEN. op. cit., pág. 123.

(45) El carácter de aprovechamiento exclusivo es el que conforma a la propiedad privada, y no la posibilidad de disponer; si bien la exclusividad es imprescindible para la existencia de la disponibilidad, no siempre el uso exclusivo conduce a la posibilidad de disposición.

(46) La determinación es necesaria para toda adquisición, sea originaria o derivativa. Por ello, es también necesaria para la existencia de la propiedad. Y para la disposición de un derecho cualquiera.

A estas facultades se les ha llamado *posibilidades de actuación*. No son en sí mismas derechos subjetivos, ni existen con independencia del poder principal, sino que con él nacen y con él mueren. No es posible separarlas, aunque sí impedir su ejercicio por su titular. El derecho subjetivo no ve mermada su integridad jamás, aunque dichas facultades no puedan ejercitarse, porque el derecho es único y simple, no compuesto de partes (47). Y, por otro lado, la creación de derechos que tengan por objeto el contenido económico sobre el cual se ejercitaba alguna de dichas facultades, no implica que el derecho subjetivo tipo se haya mermado ni haya sufrido cambio alguno esencial (48).

Las facultades no son, en general, derechos subjetivos. Tampoco lo son, en especial, las facultades de contenido material aun cuando formen parte de un derecho subjetivo y pongan en ejecución el poder de actuar que aquél encarna. El uso del lenguaje—dice Enneccerus (49)—califica de derecho a toda facultad jurídica aislada (derecho del propietario o del usufructuario a usar de la cosa o a percibir los frutos). Pero si tales facultades se manifiestan sólo como *efectos aislados* de un concepto unitario de poder, únicamente estos han de calificarse como derechos en sentido más preciso (la propiedad, el usufructo). Así, pues, *se distinguen el derecho y la facultad singular*. Si el derecho—añade—consiste en una sola facultad, como, por ejemplo, el derecho del mutuante a la restitución del mutuo, ambos conceptos coinciden (50).

La cualidad más característica de estas facultades es que tienen por función realizar *actos materiales* sobre el objeto del derecho. En efecto: nadie podrá decir que cuando *yo* empleo *mi* pluma realizo un acto jurídico, por más que jurídicamente se me proteja la utilización de aquélla. Es decir, al acto, lógicamente lo califica de material su propia función y no la ilegitimidad de su desarrollo. En definitiva, mi acción de goce o disfrute de lo

(47) Aunque existan derechos de otros sobre la cosa—dice ENNECCERUS, *Derecho Civil*. P. gral., trad. esp. 1.º. Barcelona, 1934. pág. 310—. *no le faltan al propietario las correspondientes facultades*, sino que su propiedad se halla en rango posterior a aquel derecho ajeno, sólo en esos aspectos, y tan pronto como desaparece aquel derecho ajeno recobra su plena eficacia. Ello no tiene más razón de ser sino la simplicidad del derecho subjetivo y concretamente de la propiedad. La propiedad no se escinde en tantos derechos como son sus elementos, sino que *queda un derecho único*, como derecho de señorío general (FILOMUSI-GÜELFI, op. cit., pág. 250, nota 1).

(48) También el derecho constituido es *exclusivo*; y el titular del mismo es el único para el que, en cierto modo, no juega la exclusividad del derecho principal. He aquí una manifestación interesante de la llamada *filiación* de los derechos subjetivos. Vide PIRAS, *loc. cit.*, págs. 21-43.

(49) ENNECCERUS, op. cit., pág. 200.

(50) En el sentido de que el contenido del derecho subjetivo está representado, en el caso concreto, por una sola facultad. Este supuesto, sin embargo, no es corriente, ni muy concebible tampoco, dada la indeterminación general de las facultades en todo derecho subjetivo.

mío no se diferencia en nada del goce del intruso o del que disfruta con mi consentimiento.

Pues bien: así como al comparar *conductas* atendemos a la legitimidad y protección jurídica de las mismas, cuando queremos comparar *conductas protegidas* atendemos a su función. De ello, pues, se desprende que siendo las facultades que contiene el derecho de propiedad poderes secundarios destinados a una función de aprovechamiento *material*, podemos decir de ellas que son *facultades materiales*, expresión sintética en que no queremos expresar que tal sea la *naturaleza* de dichos poderes, sino el destino de los mismos; con lo que equivale a llamarlas *facultades que tienen por función realizar actos de contenido material*.

En resumen, podemos concretar el cuadro doctrinal de la facultad o facultades dominicales señalando sus caracteres:

a) Son simples *poderes secundarios* de actuación que no constituyen derechos subjetivos, sino que, por el contrario, dependen de un derecho principal.

b) Tienen una función de carácter *material*, cual es el aprovechamiento del objeto del derecho.

c) Combinando su interioridad y su dependencia, podemos afirmar que no pueden ser separadas del derecho subjetivo que les comunica su savia y su vida, pero sí puede suspenderse su ejercicio por el titular, permitiendo a un tercero aprovechar todo o parte del contenido del derecho, es decir, cediéndole la preferencia en el disfrute.

Las facultades en que se diversifica y por las que obra el poder subjetivo son indeterminables, como lo son las diferentes especies de actos que pueden llevarse a cabo sobre una cosa.

El Derecho romano habló de *usus* y *abusus*, y de *uti-frui* y *abuti*, es decir, del contenido y del acto de dos posibilidades de verificarse el derecho. Los modernos Códigos, sobre todo los cortados por el patrón napoleónico, emplean los conceptos *disfrutar* y *disponer*, incluyendo este último impulsados, indudablemente, por la desorientación de los glosadores. Incluso muchos romanistas modernos, por el sistema de la enumeración, agregan otros términos (como *vindicar*, recogido por nuestro Código civil, aunque no con sentido definitivo). Finalmente, se ha llegado a hacer listas interminables de las facultades integrantes del dominio, como la de Sánchez Román (51).

Hoy, sin embargo, la generalidad de la doctrina se muestra conforme en que no es posible determinar a priori las posibilidades de actuar que el titular del derecho tiene (52). Si con el poder se confiere una libertad de actuar, esta esfera de libertad no cabe determinarla sino desde el punto de vista negativo—como dice

(51) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*. III. 2.^a ed. Madrid, 1891. pág. 92 y siguientes.

(52) BARASSI, op. cit., pág. 24.

Ferrara (53)—, «en cuanto la ley que atribuye el poder, determina el ámbito del obrar estableciendo lo que el titular *no puede hacer*». Consistiendo el derecho de propiedad en un señorío *en principio* absoluto sobre los bienes destinados al provecho del hombre, éste podrá ejecutar toda clase de actos encaminados a dicho provecho, dentro de lo dispuesto en la ley, única que puede juzgar sobre la acomodación de los actos a su propio destino.

5. Como hemos visto, hay definiciones de la propiedad y enumeraciones de las facultades dominicales, que tratan *en el mismo plano*, con la simple separación de una partícula copulativa, de las facultades de disfrutar, vindicar, etc., y de la *facultad de disponer*. Ello equivale a sostener que la facultad o derecho de disponer pertenece al contenido del derecho de propiedad y que, por tanto, ocupa un lugar paralelo y semejante al de las facultades materiales que hemos estudiado. Pero las diferencias entre la facultad de disposición y las demás es patente y rotunda.

En primer lugar, la facultad de disponer es de rango distinto a las demás. En segundo término, dicha facultad no pertenece al contenido del derecho, sino que es una facultad externa y común a casi todos los derechos subjetivos patrimoniales.

Decimos que es de naturaleza distinta a la de las facultades de que antes tratábamos, porque *su función es jurídica*, es decir, porque la facultad de disposición está destinada a realizar actos jurídicos, en que la voluntad del hombre declara una decisión con eficacia en la esfera del Derecho y que repercute en su propia titularidad. Ya PLANIOL (54) esbozó una teoría de los actos del propietario, en virtud de la cual estimaba que el propietario ejecuta: 1.º, *actos materiales* de goce y consumación (recuérdese el binomio romano: *usus, abusus*); 2.º, *actos jurídicos* de transferencia total o parcial (55). Entre estos actos se encuentran, indudablemente, los de disposición, que requieren una facultad que los ejecute: y esta facultad es precisamente la facultad dispositiva.

La facultad dispositiva tiene, por tanto, una individualidad. No se emplea por el propietario el mismo poder para disfrutar de lo suyo que para transferir su derecho a tercera persona. La misma naturaleza de las cosas nos hace pensar convencidos en que la facultad de disposición ocupa en el ámbito de la actuación del hombre un lugar bien distinto al de las demás facultades que

(53) FERRARA. op. cit., pág. 362. Lo que no quiere decir que la libertad sea absoluta (loc. cit.). Nótese la exactitud terminológica del insigne autor al designar al derecho subjetivo como «poder reconocido por el orden jurídico». Comp. DE CASTRO, op. cit., pág. 482.

(54) PLANIOL, op. cit., n.º 2.337. DE BUEN, op. cit.

(55) Es éste un término inaceptable, porque la constitución de Derechos reales no encarna *desmembración*, como afirma PLANIOL en el mismo lugar. Comp. FERRARA, op. cit., pág. 327.

como propietario pueden corresponderle; y si se quiere, un lugar preferente.

En definitiva, ello demuestra hasta qué punto los fenómenos jurídicos encajan entre sí a través de sus diversas facetas. Anteriormente hemos afirmado que la vertiente patrimonial relacionada con el derecho real es la de disfrute, y no la de responsabilidad, si se quiere dar a los vocablos un sentido conceptualmente exacto. De ahí que exigiésemos al derecho real un contenido material de disfrute (expresión normal de la relación económica directa con la cosa de la doctrina clásica). Pues bien: la facultad de disposición carece en absoluto *en sí* de dicho valor, por lo que es imposible sostener que pueda existir un verdadero derecho real, cuyo contenido específico sea una posibilidad de disposición. No existe el derecho real de disposición, propiamente dicho (56), ni aun en figuras de tipo fiduciario. Esto acentúa la

(56) Sostuvo su procedencia FOÁ, al afirmar que la cesión de bienes implica la constitución de un derecho real de disposición a favor de los acreedores (*Cess. di beni ai credit.*, en *Riv. Dir. comm.*, 1934, I n.º 11 sig.). El problema arranca en estas épocas de crisis económica—como un negocio autorizativo para disponer (vide CANDIAN, *Società. comm., partecip., procura*, *ibid.*, 1931, II, pág. 658 sig.) Pero es un extremo insostenible. No hay que perder de vista el carácter de liquidación amistosa de la cesión, que puede convertir a los acreedores en representantes—como parece aceptar STOLFI, *Nat. giur. della cess. volunt. dei beni ai credit.*, en *Riv. it. per le sc. giur.*, 1936, I, pág. 20—, sin necesidad de llegar a la absurda figura del derecho real de disposición. (Recientemente, a favor de la autorización como medio de transferencia del poder de disposición, BIGIARI, *Note minime: Surrogaz. reale, «conversion», prestaz. indir. nella donaz.*, en *Giur. it.*, 1946, IV, col. 10.) Y no sólo no puede constituir derecho real la facultad de disposición, sino que por su carácter accesorio de la titularidad que luego veremos, tampoco puede ser objeto de transmisión. No cabe, como ha creído CHIOVENDA (*Istit. dir. proc. civ.*, I, Napoli, 1933, págs. 265-272. Vide también CALAMANDREI, *La sentenza come atto di esecuz. forz.*, en *Ser. in o. di A. Ascoli*, Messina, 1931, separ., páginas 14-15) considerar que, en caso de ejecución forzosa, el Estado «expropia» la facultad de vender (disponer). Y no tanto porque—como objetó FERRARA (*Rec. en Riv. Dir. comm.*, 1933, I, pág. 834)—sea inconcebible y además artificioso hablar de expropiación de una simple manifestación de la capacidad de obrar que es la facultad dispositiva, sino sobre todo porque ésta no constituye un derecho, sino una facultad y no puede ser objeto de actos jurídicos (ver CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, pág. 52). No tiene entidad pasiva, sino meramente activa; so pena de llegar lógicamente a admitir en algún caso (como hace CHIOVENDA, *Sulla natura dell' esprop. forz.*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, págs. 85 y sigs.) la posibilidad de «disponer de la facultad de disposición». Por la misma razón no puede admitirse la disposición del *derecho a traspasar* un local de negocio, ni el embargo del mismo derecho. Se dispone (o se embarga) el *derecho arrendaticio* (derecho subjetivo del arrendatario, como la propiedad del propietario), a cuya disposición se le llama tradicionalmente traspaso. De otra forma, debería sostenerse que objeto de embargo son siempre las distintas facultades de disposición y no los derechos mismos. Por otra parte, considérese que admitir como embargable el derecho a traspasar equivaldría a hacer ilusorio, a voluntad del arrendatario, el tanteo, participación, etc. del arrendador, una vez realizada la subasta, a *pesar del lucro* que aquí obtiene con ello.

diferencia establecida entre las facultades materiales y la facultad dispositiva por razón de su distinta naturaleza.

6. Pero, a los efectos de mi argumentación, importa muchísimo más fijarnos en la segunda de las diferencias que apuntaba: mientras las facultades de disfrute, etc., *pertenecen* al derecho, están contenidas en el mismo, dependen de él y desarrollan una labor interna casi totalmente desvinculada del mundo jurídico, la facultad dispositiva es extraña al contenido del derecho y no está en manera alguna sometida a él; de modo que el derecho subjetivo viene a ser el objeto de la acción de la facultad dispositiva.

Tradicionalmente, según vimos, se ha venido sosteniendo que el derecho de propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de una cosa. El hecho de incluir a la facultad de disponer entre las que integran el contenido del derecho, coincide en su aparición con el de la definición de la propiedad como *derecho compuesto* o suma de facultades diversas. Así, los glosadores primero, y andando el tiempo, el Código napoleónico y la mayoría de las legislaciones que siguieron sus pasos, e incluso otras de distinta filiación. Hasta tal punto llegó la doctrina en este aspecto que, comprendiendo que nunca podría dar un concepto científico de la propiedad mediante una simple enumeración de sus facultades, puesto que constantemente se ofrecían a la vista situaciones dominicales en que *aparentemente* faltaba alguna de las *materiales*, quiso determinar en qué facultad residía la esencia del dominio, inclinándose alguna vez por la de *enajenar*, siguiendo la pauta de Aristóteles: «La propiedad... se define por la potestad de enajenar; llamo enajenar al vender o donar» *Retórica*, I, 5, 7.

Cuando contra este concepto tan poco científico y tan inorgánico comenzó a estudiarse a la propiedad desde el punto de vista del *derecho subjetivo*—considerándola como uno *típico*, pero en definitiva derecho subjetivo, es decir, poder integral—, también se estimó revisable la idea de la facultad de disponer que antes había preponderado. El desarrollo del nuevo punto de vista dió lugar a la tesis de la facultad dispositiva como extraña al contenido del derecho subjetivo, y concretamente al derecho de propiedad.

La cuestión se plantea en estos términos, según expone Barassi (57): «El titular que dispone del derecho, ¿se limita a ejercitar una facultad *comprendida en el contenido del mismo derecho*? Vieja cuestión; los más responden afirmativamente: si yo vendo una cosa mía, no hago más que ejercitar mi derecho de propiedad, así como lo haría si, por el contrario, me limitase a gozarla».

Planiol (58), con su claridad de siempre, observó con aten-

(57) BARASSI, *I Diritti reali*, cit., pág. 424.

(58) PLANIOL, op. cit., n.º 2.337. En el mismo sentido, LECOMPTE.

ción los fenómenos que se operan en el desarrollo de una titularidad, y con relación a la propiedad expresó así su pensamiento: «En sí mismo, el derecho de propiedad no autoriza más que los actos materiales de goce o consumación..., estos forman únicamente el objeto del derecho. Los *actos jurídicos*, es decir, los de disposición *son simplemente el ejercicio de una facultad de ceder su derecho, común a casi todos los derechos reales e incluso a los de crédito*».

Si la facultad de disponer es jurídica, y, como dice Planiol, el reflejo o actuación de la general facultad de ceder los derechos, ha de ser algo extraño, algo con individualidad distinta al propio derecho de que se dispone. El derecho que se transmite no puede ser la fuente y el fundamento del poder de transmisión, por una necesidad que podríamos llamar de ubicación. Si realmente el poder de disposición se encuentra dentro del derecho; ¿cómo podremos concebir que al mismo tiempo pueda *arrojarlo* de un patrimonio? La lógica se impone: «Es un error evidente—dice Ferrara (59)—el sostener que la facultad de disposición es un poder *que entra* en el derecho de propiedad. De hecho, el propietario que enajena transmite la propiedad, en cuanto la propiedad es *objeto de enajenación*. Pero la fuerza que transmite la propiedad no pueda formar parte de ella. Lo que se transmite no puede ser al mismo tiempo lo que transmite». El mismo autor pone un ejemplo, que toma de Thon (60): «Yo puedo arrojar lejos una piedra, pero nadie dirá que es la piedra la que me da la fuerza para arrojarla; *la fuerza estaba en mí antes*, la piedra formaba sólo el objeto de su aplicación».

Este símbolo es clarísimo y explica muy bien la tesis. Precisamente, a Thon le objetó Jellinek (61), afirmando que el tiro

op. cit., pág. 140: El poder de transmisión, por no resultar del propio derecho, no puede, en consecuencia, sino originarse y *derivarse* directamente de la *facultad general* común a todos los hombres de disponer de sus bienes y de sus derechos.

(59) FERRARA, op. cit., pág. 327. También *I neg. sul patrim. altrui*, en *Riv. D. comm.*, 1937, I, págs. 199 y sigs. (rec. a CARIOTA-FERRARA, mismo título, Padova, 1936). En el mismo sentido, KRÜCKMANN, *Ermächtigung*, en *Arch. civ. Pr.*, 1934 (139), págs. 35 y sigs.; GORLA, loc. cit., pág. 10, nota; recientemente, CARRARO, op. cit., págs. 50-51. Contra, afirman que el poder de disposición es parte del contenido del derecho o facultad inherente al mismo. CARNELUTTI, *Lez. di dir. proc. civ.*, *Proc. di esecuz.*, II, Padova, 1931, número 266, págs. 176 y sigs.; PUGLIATTI, *L'atto di disp. e il trasf. dei dir.*, en *An. Messina*, 1927 (I), pág. 160; IDEM, *Intr. a una teor. dei trasf. coatt.*, ibid., 1930-31 (V), págs. 48-50; MESSINEO, *Dott. gen. del contr.*, 3.^a edición, Milano, 1948, pág. 48; v. TUHR, *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Monaco y Lipsia, 1914, II, 1, n.º 60, pág. 365; y DE MARTINI, *La cess. dei beni ai credit.*, en *Riv. Dir. comm.*, 1942, I, pág. 314, nota 11.

(60) THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, pág. 327. Vide también: JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Recht*, Tübingen, 1910, págs. 55, nota 1, y DE WISSCHER, *Le ajus abutendis*, en *Revue Trim. de Droit civil*, 1913, pág. 341.

(61) JELLINEK, loc. cit.

de la piedra no viene determinado sólo por la fuerza motriz, sino también por la naturaleza del objeto lanzado. Esta observación sagaz; la estima De Visscher (62) irrelevante, diciendo que, ciertamente, todo ejercicio de una fuerza está necesariamente condicionado por las propiedades del objeto a que se aplica, pero que esta fuerza en sí misma es exterior al objeto. Indudablemente De Visscher ha sabido refutar la objeción, pero el pensamiento de Jellinek iba más hondo de lo que sus palabras, aparentemente, expresaban (63); y es que hay situaciones en que la inhabilidad del derecho subjetivo, para ser objeto de disposición, impide no sólo el ejercicio, sino la misma existencia de la facultad dispositiva; por lo que uno de los requisitos de esta es la aptitud del objeto de la disposición. Jellinek, a mi parecer, al afirmar que la disposición está condicionada no sólo por la fuerza que la ocasiona, sino, también, por la naturaleza del objeto, entreveía la posibilidad de un error—tal vez él mismo lo padeciera—que más adelante he de considerar, esto es, el que proviene de independizar tanto la facultad dispositiva del derecho subjetivo sobre el cual opera, que llegue a confundírsela con la *capacidad de disponer*. Es como una llamada de alerta; parece decir: «¿Cómo me explican que a veces la cualidad del objeto impida o modifique las condiciones normales de la disposición? No se afirme que la facultad de disponer no tiene nada que ver con el objeto, cuando tal influencia tiene éste en el ejercicio de aquélla». Y con esto, casi insensiblemente, nos advierte contra la equiparación que he señalado y cuya improcedencia estudiaremos.

A esta tesis se ha objetado que el derecho no puede ser desprendido de su objeto, por lo que disponer es tanto como decir que un derecho subjetivo cesa en el disponente y otro derecho subjetivo, idéntico, surge en el adquirente. Esta postura, como dice Barassi (64), es inadmisibles. Es verdad que la frase «esta cosa es mía» hace pensar que de lo que se dispone es de la cosa, de tal manera—y sobre todo cuando el derecho que se cede consiste en el disfrute completo de la cosa—que, como observa Planiol (65), la cesión del derecho parece ser la enajenación de la

(62) DE VISSCHER, loc. cit.

(63) He aquí la frase de JELLINEK en el lugar repetidamente citado: «Existe en cada disposición capacidad para disponer, por lo que el objeto únicamente presupone un momento causal en el proceso de la disposición, de la misma manera que cuando se tira una piedra debe tenerse en cuenta, no sólo la fuerza del que la arroja, sino también la naturaleza del objeto arrojado.» Para PUGLIATTI, *L'atto*, pág. 160, el poder de disposición consta de dos elementos: uno subjetivo (facultad activa de disposición) que queda absorbido por la capacidad de obrar con la cual se identifica, y otro objetivo (capacidad pasiva de disposición) que queda absorbido por el contenido del derecho subjetivo.

(64) BARASSI, *I Dir. r.*, pág. 426.

(65) PLANIOL, op. cit., I, nota al n.º 2,337. El establecer que el acto de disposición se efectúa sobre el derecho y no sobre la cosa, es el primer paso para concluir que la facultad de disponer es extraña al contenido del dere-

cosa misma. Mas un error vulgar no es base idónea para sostener una tesis jurídica. Si el derecho de propiedad es tan absorbente que se confunde con la cosa en el lenguaje común, ello es, precisamente por eso, por su naturaleza totalizadora; por ello, cuando no se trata del derecho de propiedad, sino de un derecho real limitado, si hablamos del acto de su disposición es necesario especificar de qué derecho se dispone para darnos cabal idea de lo que se separa de un patrimonio para penetrar en otro (66). En realidad, el derecho subjetivo no es una abstracción, ni una cobertura difuminada de los bienes. El derecho subjetivo nació al atribuir la Ley el *poder concreto* por primera vez a un primer titular—adquirente por cualquier título originario—; mas desde entonces, el derecho ha seguido las vicisitudes de su vida sin dejar de ser un poder concreto, sin perder su propia individualidad, pasando de un titular a otro como elemento patrimonial idéntico. No era la cosa la que pasaba de patrimonio a patrimonio, sino la *atribución de poder* sobre la cosa, es decir, el derecho subjetivo. De donde la cosa viene a ser, no el objeto de la disposición, sino del propio derecho; el titular no lo es de la cosa—lo cual no tendría sentido—sino de una *concesión* para el aprovechamiento exclusivo de la cosa (67).

cho. Contra la tesis de PLANIOL, vide VAREILLES-SOMMIERES, *La définition et la notion juridique de la propriété*, en *Rev. Trim. de Droit civil*, 1905, páginas 443-495, especialmente págs. 449-455. Cfr. SCIALOJA, op. cit., I, página 260: «*Hæc res mea est este meum esse*, que representa la pertenencia de la cosa a la persona, es la razón de por qué la propiedad aparece, generalmente, como incorporada en su objeto... De la incorporación de la propiedad en la cosa que es su objeto, deriva que, en el mayor número de textos, la propiedad, más que como un derecho sobre la cosa, sea considerada como la cosa misma.» En el mismo sentido, también SCIALOJA, pág. 302. BARASSI, *La proprietà*, pág. 11, expresa que en el lenguaje común se llama adquirir *una cosa a adquirir la propiedad de la cosa*.

(66) Cfr. BARASSI, *I Dir. r.*, págs. 424 y sigs.

(67) El derecho subjetivo, y, por tanto, todo derecho subjetivo no es en principio sino una concesión de poder otorgada por la Ley. Esta «forma» jurídica no se destruye por la transmisión: permanece hasta que se produzca una alteración *sustancial* del derecho equivalente a la pérdida de la cosa o producida por ésta. El hecho de que las leyes y los autores hayan confundido el llamado derecho de propiedad y la cosa misma, y consiguientemente la transmisión de la cosa con la del derecho, lo explica DUGUIT con su teoría demolidora del derecho subjetivo, sustituido por él mediante su personal concepción de los *estados*. La propiedad no es, con arreglo a ello, un derecho subjetivo, sino un hecho económico—manifestación de riqueza—en atención al cual la ley concede más o menos poderes objetivos: «un estado evolucionando constantemente, como la propia regla de derecho que implica» (*El Estado...*, págs. 205 y sigs.). Para RIGAUD, op. cit., pág. 282, nota, en el fondo, los derechos no son susceptibles de transmisión. Compramos o vendemos el valor que resulte de las cosas o de la actividad humana: no se compran ni se venden derechos. (Confunde este autor el objeto del contrato con el efecto.)

En definitiva, la cuestión de la persistencia del derecho está íntimamente ligada al concepto que se tenga del derecho real. La tesis tradicional del señorio directo, combatida tan ferozmente por las teorías personalistas en torno al mito de Robinsón, está hoy relegada a segundo plano, incluso por los autores más moderados, en lo referente a su concepto de la vinculación *meramente*

La tesis antecedente, al ser esbozada por Planiol, fué violentamente combatida por Vareilles-Sommieres (68). De Vissscher (69) no cree que haya en esta polémica otra cosa que un equívoco fácil de disipar; según él, de ello convence el siguiente razonamiento. El derecho de disponer es el poder de modificar los derechos que constituyen nuestro patrimonio. El ejercicio de esta facultad no es legítimo ni se concibe sino dentro de los límites de nuestros derechos. De otra parte, quien dispone de su derecho pone de manifiesto su extensión. De que, normalmente, nuestros derechos sirven de límite a la libertad de disponer y dejan apreciar su extensión al tiempo de su ejercicio, se ha deducido, por una ilusión bastante natural, que cuando esta libertad faltaba era el propio derecho el que se aniquilaba o disminuía. Y de aquí a hacer de la facultad de disponer un elemento esencial, una parte integrante de nuestros derechos, no había más que un paso.

No creemos, sin embargo, que la cuestión se centre en un simple «equívoco fácil de disipar». Sostener que la disposición se opera sobre la cosa, no es sólo afirmar que la facultad dispositiva se integra en el derecho subjetivo, sino negar a éste todo valor por sí. Porque, si concebimos al derecho subjetivo como una suma de facultades diversas, dígasenos qué pasa cuando estas facultades desaparecen. Si un propietario sufre una prohibición de disponer y constituye usufructo a favor de otra persona, ¿qué le queda?, ¿deja de ser propietario?, ¿en qué consiste su derecho? El derecho subjetivo tiene un valor intrínseco, es una realidad

lineal entre persona y cosa. Aun sin aceptar las teorías personalistas, y aun conservando la concepción del señorío, se admite generalmente la existencia de una *cobertura* jurídica de aquella vinculación inmediata. Ello ha llevado a NEPPI a la distinción que señalamos seguidamente y que en definitiva corresponde a la establecida entre el derecho subjetivo (forma jurídica que confiere el poder) y la relación de hecho sobre la cual se basa: relación que no es jurídica ni entraña en sí poder *jurídico*, sino *de mero hecho*. NEPPI sostiene (*Il valore intrinseco del dir. di propr.*, Padova, 1934, pág. 32), contra lo que vengo exponiendo, que la facultad de disposición de un derecho, cuando existe, debe entenderse comprendida en el mismo derecho (hasta el punto de que en página 45, nota, afirma que «la revocación del poder—de disposición—hiere ya mortalmente al derecho»); pero al mismo tiempo comprende con CARNELUTTI (*Lcz., Proc. di esec.*, cit., págs. 176 y sigs.) y con PUGLIATTI (*Intr. teor. trasf. coatt.*, cit., págs. 8 y 14) que el ejercicio de la facultad no puede constituir al mismo tiempo ejercicio del derecho de que se dispone. Por ello, propone (páginas 30 y 33) una distinción: «la potestad de disposición del derecho de propiedad—dice—no ha de confundirse con el *poder de disposición material* de la cosa». Para mí, sin embargo, *poder material* es un absurdo, porque si bien cabe concebir facultades de función material, no cabe hablar de facultades materiales, y menos cuando su función es jurídica. Y *disposición material*—si es ello lo que el autor quiere expresar—es un contrasentido, a menos que se confunda el *ius disponendi* con el *ius abutendi*. Y, en este caso, ya no se trataría del poder de disposición, porque el *ius abutendi*, de suyo, pertenece al campo material del disfrute aunque produzca indirectamente efectos semejantes a los de la verdadera disposición.

(68) VAREILLES SOMMIERES, loc. cit. en nota 55 de esta parte.

(69) DE WISSCHER, loc. cit., pág. 344, comenta la crítica de VAREILLES SOMMIERES a PLANIOL, a través de las páginas 344, 345.

jurídica; cuando se dispone del derecho, éste no desaparece de la realidad, sino del patrimonio del disponente; el derecho subjetivo es una entidad—dice Barassi (70)—que *presupone* un sujeto, pero tiene también una propia razón de ser, un *valor objetivo*; la cosa se transfiere por la posesión, por ello la venta transfiere la propiedad, y la tradición transmite la cosa. Sólo así—afirma—se entiende que con el derecho se transmitan los derechos accesorios (71).

Si el derecho subjetivo tiene una entidad propia y goza de valor objetivo es, por tanto, el objeto de la transmisión. Y si, por otro lado, como ya ha quedado demostrado en su lugar, dicho valor real lo tiene independientemente de las facultades que lo integran, volviendo al hilo de la argumentación, podemos afirmar que cuando disponemos *de un derecho* no ejercitamos un poder *incluido* en ese derecho. Lo transmitido—repito—no puede

(70) BARASSI, *I Dir. r.*, pág. 426.

(71) Este problema está vinculado a una cuestión que ha apasionado siempre a los autores: la de la transmisión de la propiedad en la compra-venta. No es lugar de estudiar a fondo el problema, pero sí de hacer unas advertencias sobre su encaje. A mi parecer, el planteamiento es distinto en la teoría y en la práctica (ni siquiera un problema a bifurcar en derecho constituyente y en derecho constituido). No cabe duda de que el sistema de nuestro derecho de cosas parte de bases especialísimas. Para nuestro Código civil, la adquisición y transmisión de la propiedad *no se verifica por el poder de la voluntad del hombre*; la ley, aplicando hasta sus últimas consecuencias la distinción conceptual entre situación de hecho y eficacia jurídica, viene a establecer (carácter formal del art. 609, Código civil) que, puestos los *prerrequisitos* indispensables por las partes, ella les *concede* valor transmisivo de la propiedad. O sea, que perfeccionado el contrato en su fase obligatoria, y consumado en la dispositiva, la consecuencia jurídica se produce *por imperio legal* (lo que no impide la posibilidad de que las partes excluyan el efecto: negocio fiduciario, *pactum reservati dominii*, etc.). De manera que la cuestión está—al menos gramaticalmente—mal planteada *en cuanto a nuestro Código civil* se refiere, cuando se pregunta si existe *obligación* de transmitir la propiedad. El vendedor no tiene más obligaciones que las establecidas por la ley y por la obligación. Está obligado a entregar *la cosa* y a responder cuando el comprador sea poseído *del todo o parte de la misma*. Pero no está obligado—*no puede* estarlo—a la producción de un resultado jurídico *que la ley establece*, si bien sabe que *necesariamente* ha de producirse el resultado; pero él no lo produce, sino la ley. De manera que la propiedad se transmite, pero, en aparente paradoja, no hay *obligación* de transmitirla. Ello implica que, en la consideración concreta de nuestro derecho positivo, el derecho subjetivo de propiedad pueda parecer que muere y que otro derecho igual nace en el adquirente por nueva creación legal, lo cual estaría en contradicción con lo que ha sostenido en el texto. Pero, en primer lugar, téngase en cuenta que ello se debería al sistema especial de la adquisición en nuestro derecho. Y, en segundo término, que bien mirado el hecho de que la ley no conceda a la voluntad humana *en sí* poder suficiente para transmitir inalterado el derecho, no ha de llevar consigo, necesariamente, la consecuencia de que el derecho muera y vuelva a nacer. El propio artículo 609 del Código civil admite que el derecho de propiedad y los demás derechos reales *se transmiten* (luego perviven). Lo que pasa es que el particular no puede poner de su parte más que la materia de la transmisión (y en esta materia florece el contenido material del derecho); y es la ley la que impulsa a la cobertura jurídica de forma automática.

ser al mismo tiempo lo que transmite. Si realmente la facultad de disposición *perteneciera* al derecho transmitido, el acto de disponer sería mero ejercicio de este derecho; pero el ejercicio de un derecho no debe destruirlo para su titular, sino conservárselo (72). Ello equivaldría—como acertadamente observa De Visscher (73) refiriéndose a la renuncia—a consagrar la teoría del *suicidio de los derechos*; más bien—diría yo—de la *autolocomoción* de los mismos. El derecho entrañaría en tal supuesto el principio de su vida y de su muerte, y el principio de contradicción nos detiene en el camino.

Concluyo, por tanto, con Barassi (74): el poder de disponer no es una de las facultades contenidas en el derecho. Y por esto es extraño al mismo; quien enajena la propiedad de una cosa no transfiere con ello la facultad de disponer, por el contrario, la potestad de disponer queda en él, y el adquirente pone en servicio, respecto a este derecho, *su* facultad de disponer.

7. La facultad de disponer, ni es interna ni *tampoco privativa* del derecho de propiedad, sino un reflejo de la general libertad para disponer. La facultad por la que se dispone del derecho de usufructo, de un derecho de crédito, no es por naturaleza diferente de aquélla por la que se dispone de un derecho total de propiedad: todas tienen un denominador común (75). El hombre puede adquirir bienes y tiene, aun antes de adquirirlos, capacidad para disponer de ellos; cuando esta capacidad se concreta en una facultad de disponer *actual y determinadamente*, el poder que ha nacido no es distinto esencialmente, según la naturaleza del derecho sobre el cual opere. De ahí que algunos identifiquen a la facultad dispositiva con la capacidad de disponer (76).

(72) BARASSI, op. cit., pág. 424.

(73) DE VISSCHER, loc. cit., pág. 431.

(74) BARASSI, op. cit., págs. 425 y sigs.

(75) Cfr. PLANIOL op. cit., n.º 2.337 y nota. En idéntico sentido, LECOMPTE, op. cit., pág. 140. Cfr. también BARASSI, *La proprietà...*, pág. 9: «El poder de disponer es sólo un modo de ser del poder general, que tiene una persona de disponer de sus derechos...», e *I Dir. r.*, pág. 23: «disposición es la facultad de disponer del derecho en general (no sólo de la propiedad) con actos jurídicos que la transfieran a otro o la limiten a favor de tercera persona».

(76) Para CHIOVENDA, la facultad de disposición tiene su fuente en el general derecho de personalidad, y más precisamente en la capacidad de obrar; pero esta capacidad, puesta en contacto con cada derecho subjetivo disponible, da lugar a otras tantas facultades concretas de disposición, que viven paralelamente junto a los derechos, autónomas no obstante su carácter instrumental (*Sulla nat. espropri.* cit.): exacto salvo el último inciso: ver nota 57. Contra, PUGLIATTI, *L'atto*, págs. 172 y sigs.; IDEM, *Esecuz. forz.*, págs. 283 y sigs.; NICOLÒ, *Delegazione e proc. esecut.*, en *Ann. Messina*, 1931 (V), págs. 254 y sigs.; SATTÀ, *Sulla assegn. giudiz. del credito nella esec. forz.*, en *Riv. dir. e proc. civ.*, 1931 (II), págs. 200 y sigs.; M. STOLFI, *L'obbligo legale a contrattare*, en *Riv. dir. civ.*, 1932, págs. 140 y sigs.). A mi parecer, gran parte de los últimos absurdos doctrinales se deben en principio a que se dota a la facultad de disposición de una autonomía que no tiene (ver nota 57). Estimo acertado lo que afirma CHIOVENDA, excepto en cuanto otorga a las facultades concretas de disposición el carácter de *autónomas pero instrumentales*. Creo

a) La facultad de disponer es, pues, un poder accesorio a una situación jurídica determinada, que, por regla general, nace con ella y con ella muere. Su vinculación a la situación jurídica principal es *accesoria*, no tanto del derecho subjetivo sobre el que obra, sino de la *titularidad del mismo derecho*, de tal manera, que la transmisión del derecho no implica la transmisión de la facultad; sin embargo, la facultad desaparece porque la titularidad ha desaparecido al mismo tiempo. De este modo, la facultad acompaña a la titularidad durante su vida, sufriendo sus vicisitudes y sus internas modificaciones. Generalmente, con ella nace y muere con ella; e incluso, constituido un derecho limitado, la facultad de disposición sufre la limitación que proviene de dicha constitución: no puede operarse otra vez la constitución de un derecho *idéntico* mientras el primero continúe subsistente. Por otro lado, si la titularidad ha desaparecido y se ha creado una nueva titularidad en tercera persona, la facultad de disposición del primer titular se esfuma y aparece en el nuevo una semejante facultad, tan accesorio a esta titularidad como la otra lo fué con respecto a la extinguida.

b) El poder o facultad de disponer no es privativo del derecho total de propiedad, sino que es un reflejo de la libertad y capacidad general de ceder los derechos. Es una facultad única en esencia y común a todas las titularidades, excepto cuando por razón del sujeto o del derecho subjetivo, permanecen ausente de determinadas situaciones jurídicas.

c) Como reflejo de la libertad de obrar, la facultad dispositiva es normalmente *expansiva*; y, por su función accesorio, normalmente coinciden «titular del derecho» y «titular de disposición». Se admiten dos excepciones: en cuanto a su carácter expansivo, la posibilidad de limitaciones de distinto orden a la disponibilidad, lo que no obsta para que éstas, por ello mismo, hayan de ser interpretadas restrictivamente (y no por la pretendida razón de la función económica de la propiedad tan sólo). Y respecto a lo segundo, por la posibilidad de concebir, siquiera sea imperfectamente, una facultad de disposición sobre derechos ajenos. Estas dos excepciones están, sin embargo, desvinculadas entre sí. Hay que evitar el equívoco de suponer que la facultad de disponer sobre derechos ajenos *limita* el poder dispositivo del propio titular. Frecuentemente, sólo *lo completa* y es sólo origen de una acción llamada de anulabilidad (por ejemplo, actos de mujer casada).

d) La función de la facultad dispositiva es la de concurrir a determinados actos jurídicos junto con presupuestos necesarios,

que más que instrumentales son accesorias a la titularidad, y por ello en ningún caso autónomas. De ahí que no puedo admitir, como hace PUGLIATTI (*Consider. sul potere di disposiz.*, en *Riv. dir. comm.*, 1940 (I), pág. 536; contra, CARRARO, op. cit., págs. 59-60), que la facultad concreta de disposición se traspasa del disponente al adquirente una vez realizada la transmisión.

produciendo un acto dispositivo del propio derecho subjetivo. Así, el acto dispositivo requiere para su eficacia, no la capacidad en el sujeto, sino aptitud en el objeto, pero estos son prerequisites que permiten la *actuación* de la voluntad, por lo que la falta de la misma o la ilegitimidad de su ejercicio determina la ineficacia del acto, falta de fuerza suficiente para producir los efectos jurídicos previstos. Por ello, Piras (77), tras afirmar que la facultad de disponer es elemento *que normalmente acompaña a la titularidad* de una determinada posición jurídica activa y destinado a concurrir para dar eficacia a una manifestación de voluntad dirigida a determinado cambio jurídico respecto a aquella posición, considera en la generación del acto dispositivo estos estadios lógicos: a) facultad de disponer ligada (normalmente) a la titularidad de una posición jurídica activa (*situazione*); b) ejercicio de dicha actividad mediante el correspondiente negocio renunciativo (*fatto* o *evento*), que c) concurre con otros elementos constitutivos de la *fatti-specie* (78), cuyo complemento determina la eficacia de la misma, esto es, la producción del resultado querido.

Con lo cual podemos decir que la facultad dispositiva no es un elemento relevante desde el punto de vista de la *estática* del derecho subjetivo, sino que la figura *facultad jurídica*, aparece y despliega su vitalidad como *elemento esencial* cuando de la *estática* se pasa a la *dinámica* de la posición jurídica (79), pero aunque la facultad produce por sí el acto de disposición, en ello le ayudan y complementan otros elementos, algunos de los cuales son anteriores y otros coetáneos a dicho acto.

8. Hay derechos que bien por imposibilidad de adquisición, bien por imposibilidad de disponer de ellos en su titular, bien por ineptitud para ser objeto de disposición en sí mismos, no pueden ser adquiridos. Mas supuesta la posibilidad de disposición por su titular y de adquisición por quien figura como adquirente, todos los derechos pueden entrar a formar parte de un patrimonio, abandonando aquél en que se encontraban hasta entonces. La adquisición requiere, por tanto, la posibilidad de disponer de una situación jurídica y la posibilidad de adquirir en el nuevo futuro titular.

Consideremos a un derecho cualquiera una vez ya dentro del nuevo patrimonio, es decir, unido a él por una *nueva titularidad*. Este derecho puede haber entrado en dicho patrimonio con la nota

(77) PIRAS, loc. cit., pág. 25 y nota 14.

(78) Para el concepto de *fattispecie*, vide CARNELUTTI, op. cit., páginas 215 y siguientes.

(79) PIRAS, loc. cit., pág. 23. El citado autor entiende por *posición jurídica* «aquella situación de ventaja o desventaja en que un sujeto llega a encontrarse respecto a otros sujetos...; el concepto de derecho subjetivo—dice—se encuadra, como el menos en el más, en el de posición jurídica activa...» (página 23, n. 4).

de *disponible* o de *indisponible* (por ejemplo, el derecho de uso y habitación). De la misma manera, el sujeto adquirente puede ser *capaz para disponer* o *incapaz* para ello. Puede ser capaz para disponer, es decir, tener aptitud general para disponer de sus derechos, y, sin embargo, el derecho adquirido ser inepto para la disposición, por una razón de asignación personalísima. O puede carecer de la capacidad dispositiva, siendo, por el contrario, hábil el derecho adquirido para realizar sobre él la disposición. Puede, en fin, darse la hipótesis de concurrencia de la inaptitud objetiva (indisponibilidad del derecho) y la incapacidad del titular para verificar actos jurídicos de disposición. *En todos estos casos falta la facultad dispositiva*, porque para su nacimiento exige no sólo capacidad dispositiva en el sujeto, sino aptitud en el derecho adquirido para que de él se disponga. Sólo cuando ambos supuestos se dan, y *precisamente por su concurrencia*, surge la facultad como poder accesorio a la titularidad de un derecho.

A veces ocurre que el nacimiento o la extinción de la facultad dispositiva no concurren, respectivamente, con el nacimiento o extinción de la titularidad respectiva. El caso más típico del primer fenómeno es aquel en que, al adquirir un derecho, su titular es incapaz de disponer, llegando luego, sin embargo, a ser capaz. En tal supuesto, mientras el titular es *incapaz de disponer*, es decir, entre el momento de adquisición del derecho o nacimiento de la titularidad, hasta que la incapacidad cesa, los actos dispositivos respecto al derecho adquirido no pueden lograrse sino por medios determinados legalmente, como es la *representación*. El representante, en sus actos sobre el patrimonio del *incapaz*, no es una persona totalmente desvinculada de éste, sino una prolongación de su propia personalidad. El representante *da al incapaz su capacidad dispositiva*, supliendo con ella la que a éste faltaba. Al mismo tiempo, la aplica a algo completamente extraño a sí mismo, como es el derecho ajeno. De manera que entre las dos personalidades se crea una corriente común, como una derivación de la propia situación jurídica, merced a la cual, poniendo el representante el remedio subsidiario de su propia capacidad de disponer, y el representado con su titularidad de signo estático su derecho disponible, nace una *facultad de disposición* sobre el derecho del sometido (80). Esta facultad de

(80) Una facultad de disposición *que pertenece al incapaz* y que se ejerce *en representación del mismo*, aportando el representante su propia capacidad como sustentáculo de aquélla. Esto permite explicar cómo en los actos del representante no se manifiestan las alteraciones de capacidad del representado (p. ej., de imbecil o de menor a loco) y, en cambio, si las modificaciones de su facultad dispositiva (ej., si sufre una prohibición de disponer). De aquí también que, como dice CARRARO (op. cit., pág. 58), si es el incapaz el que ejerce el poder, el negocio es anulable, mientras que es nulo si lo ejerce el no titular (que tiene poder de disposición). El supuesto de los síndicos en la quiebra es absolutamente distinto, así como el del tutor del interdictado, por-

disposición es, por así decirlo, un producto de laboratorio; se alimenta, no de la capacidad de disponer de que el representado carece, sino de una capacidad prestada, que la hace un tanto artificial y enfermiza. Esta debilidad lógica se refleja en la necesidad de fortalecerla en determinados casos por medio de instituciones diversas, como son la intervención judicial o del Consejo de familia.

Otro caso del mismo tipo, en que se aprecia la divergencia entre el nacimiento de la titularidad y la aparición de la facultad dispositiva, es aquel en que un derecho entra en un patrimonio con el signo de *indisponible*, en cuyo caso, si después legalmente se permite su disposición por el interesado en la transferencia—sea un particular o la propia ley—nace la facultad dispositiva con respecto a aquella titularidad.

La incapacidad y la indisponibilidad objetiva sobrevinidas, pueden dar lugar, semejantemente, a la pérdida por el titular de la facultad de disposición.

9. La facultad de disponer, por tanto, es limitada en cuanto a su ejercicio, en el sentido de que ley puede determinar en algunos casos que el acto dispositivo verificado no tenga eficacia jurídica, o que para tenerla necesite de ciertos condicionamientos.

Es conveniente notar que no todas las causas de ineficacia del acto dispositivo revelan, aunque muchas aparentemente lo hagan suponer, una limitación de la facultad. En la mayoría de los casos, la no producción de los efectos queridos no se debe a que la facultad dispositiva falte. Si volvemos sobre el ejemplo de Thon, podremos observar que las causas de que la piedra no pueda ser arrojada son diversas. Con la aprehensión de *esta* piedra (titularidad) nace, accesoriamente, el *poder* para arrojarla (*facultad* dispositiva); pero la existencia de este poder requiere, a su vez, dos cosas: que el sujeto tenga *fuerza bastante* para arrojarla *independientemente* de que la tenga o no en su mano (*capacidad* de disponer), y que la piedra, por su tamaño y condiciones (*aptitud* del derecho para que de él disponga el titular) pueda ser arrojada por el sujeto. A ello podríamos añadir que es necesario también que ningún agente extraño impida la efectividad del acto conteniendo el impulso; pero ello corresponderá al estudio de la prohibición de disponer. En cuatro posibilidades, por tanto, puede manifestarse la limitación de la facultad dispositiva en sentido amplio.

10. A través de la exposición que antecede se ha podido

que ni uno ni otro son capaces en sentido estricto. Son casos, en realidad, de administración, aunque excepcionalmente se llegue a fenómenos de subrogación real, sobre todo en lo que concierne al patrimonio del quebrado (vide artículo 229 pr. Código civil, 1.218 L. enj. civ.). En todo caso, por su carácter forzoso (como las efectuadas en un proceso de ejecución) no son disposiciones en sentido estricto. Comp. ENNECERUS-NIPP., op. cit., II, Barcelona, 1935, pág. 34, n. 7.

apreciar cierta base para efectuar la distinción entre *facultad dispositiva* y *capacidad de disponer* (81).

La facultad dispositiva—hemos visto—no pertenece al contenido del derecho. Pero interesa que esta desobjetivación de la facultad dispositiva no traiga consigo el equívoco de identificarla con la capacidad de disponer. Jellinek, al comentar el ejemplo de Thon, que ya citamos, revelaba un temor ciertamente fundado. «Cuando se tira una piedra—decía—debe tenerse en cuenta, *no solamente la fuerza* del que la arroja, sino también la naturaleza del objeto arrojado». Es decir, no sólo la capacidad de disponer, sino también la aptitud y condiciones del derecho de que se quiere disponer; porque la facultad de disposición depende de ambos elementos.

Para mí, la facultad dispositiva no sólo depende de la capacidad de disponer y de la aptitud objetiva, sino que nace merced a la concurrencia de ambas en una titularidad. Con ello se reafirma la diferencia entre la facultad y la capacidad. Ciertamente, ambas aparecen íntimamente unidas en la estática y en la dinámica, es decir, en la situación jurídica y en la actuación tendente a modificarla; pero ciertamente son conceptos susceptibles de distinción.

Capacidad de disponer es aptitud personal, posibilidad, potencia. Es noción abstracta. Por su propia naturaleza equivale a *continente*, y por su etimología simbólica espera *llenarse*, es decir, efectuarse. Es pura medida, y por tanto, pura *forma*.

La facultad de disponer, por el contrario, es concreta; es la capacidad actuada, acompañando a una titularidad *actual* (82). Requiere, de un lado, la aptitud de un derecho para que de él se disponga; de otro, *la capacidad de disponer* en el sujeto; y, finalmente, también una titularidad, sin la cual la *concreción del poder* es imposible. Si únicamente cuando estos elementos se dan existe respecto a una titularidad la facultad de disponer, es claro que la capacidad dispositiva, reducida a presupuesto de existencia y de actuación de la facultad, se distingue esencialmente de ésta.

(81) Algún autor (COSACK) utiliza la expresión «capacidad de disponer» como sinónimo de «poder de disposición» o facultad dispositiva. Yo la empleo—como puede apreciarse—en sentido distinto, esto es, concibiéndola como *la capacidad de obrar en su concreta función dispositiva*. Se discute más si la facultad de disposición se fundamenta en la capacidad jurídica o en la capacidad de obrar. Sobre ello pueden verse las mutuas críticas de FERRARA y CARIOTA-FERRARA: el primero en su comentario al libro de C.-F., *I negoz. sul patrim. altrui con particol. riguardo alla vendita di cosa altrui*, Padova, 1936 (*Riv. dir. comm.* 1937 (I), pág. 180 y sigs.) y CARIOTA-F. en contestación al mismo. *Riv. d. comm.*, mismo volumen, pág. 383 y sigs.

(82) Esto parece que quiere decir v. TUHR (*Der Allgemeine...*, n.º 60, I princ.) cuando afirma que quien quiera producir efectos en determinada esfera jurídica, aparte de tener capacidad de obrar deberá estar *en cierta relación* con aquélla. A esta relación—en el supuesto dispositivo—la llama «poder de disposición».

a) *La capacidad de disponer es presupuesto de existencia de la facultad dispositiva.* Como presupuesto de existencia, sin la capacidad dispositiva *no puede nacer ni subsistir* la facultad de disponer. Es cierto que una persona puede adquirir un derecho, incluso disponible, sin tener capacidad de disponer; pero en este caso, no nace la *facultad concreta* de disponer del derecho, accesorio a la titularidad creada. «La capacidad de ejercicio supone necesariamente—dice Capitant (83)—la capacidad de goce» (más bien presupone la titularidad, que ya, de por sí, exige la capacidad para ser titular), «porque para poder ejercer un derecho es necesario ser capaz de llegar a ser titular. Por el contrario, la capacidad de goce se concibe sin la capacidad de ejercicio..., no puede haber nadie que tenga el ejercicio de derechos de los que no tiene el goce».

Aunque la terminología y parte del pensamiento de Capitant no se ajustan a mi postura, es claro que sostiene la razón de dependencia entre capacidad de ejercicio y de goce. Pues bien; a la capacidad de ejercicio (no propiamente de un derecho, sino de las posibilidades de una *situación jurídica*) pertenece en especial la capacidad de disponer. Y si ésta exige la existencia de capacidad de goce y de titularidad, también con esta misma se concreta en una facultad dispositiva unida de modo en principio permanente a dicha titularidad.

b) *La capacidad de disponer ha de persistir en el momento de verificarse el acto dispositivo*, o lo que es igual: no puede surtir efectos el acto dispositivo si el disponente no tiene capacidad dispositiva. En este sentido, la capacidad de disponer se distingue de la facultad dispositiva en que es presupuesto de su ejercicio. Ello deriva del concepto de la capacidad como *fuera abstracta* e independiente de su aplicación a una titularidad determinada, y de la facultad como *poder concreto* accesorio a la titularidad.

En este momento de la disposición se distinguen con más claridad ambas figuras, porque en él, por su carácter *dinámico*, cobra toda su integridad el cometido o función de la facultad de disponer. Tanto es así, que en el acto dispositivo no nos hará falta indagar si el disponente posee capacidad para ello; bastará investigar si tiene *poder concreto para disponer*.

La sutil distinción entre capacidad y facultad de disponer pueden referirse a la capacidad y al poder en sus respectivas acepciones *genéricas*: «El poder es *desenvolvimiento de una capacidad*, en cuanto implica un más o menos lato señorío de voluntad... El concepto de poder es muy próximo al de capacidad, pero más restringido: sea porque hace relación a un solo aspecto de ella, a la esfera activa y no a la pasiva, sea porque la capacidad en sí y por sí, en su aspecto más comprensivo, es estática, quieta, y

(83) *Introd. a l'étude du D. civ.*, Paris, 1929, pág. 169.

por eso *abstracta*, mientras el poder, que es una *manifestación de la capacidad*, se mueve, obra, se desenvuelve en una determinada dirección y por un fin dado...» (84).

Ambos conceptos, por tanto, no se presentan separados, pero sí son susceptibles de distinción. La capacidad mantiene a la facultad; y en virtud de ella—entre otros requisitos—es ésta posible. La capacidad en sí no es más que una esperanza, una posibilidad. Yo soy *capaz* de disponer, en general, de mis posibles derechos, pero no los tengo, y, por tanto, *no puedo* disponer de ellos; o los tengo, pero no son aptos para la disposición: me falta en ambos casos la facultad dispositiva, aun cuando mi capacidad de disponer sea íntegra.

Por eso, cuando se produce una limitación absoluta a la disposición, surge una especie de incapacidad dispositiva que hace morir todos los concretos poderes de disponer del sujeto que la sufre. Por el contrario, hay casos en que se limita el ejercicio de la facultad dispositiva en relación con determinados derechos o un conjunto de los mismos (y se trata, por tanto, de una limitación de *cada una* de las facultades dispositivas que corresponden a *cada* titularidad) y no ha de producirse, necesariamente, la extinción o suspensión de la capacidad de disponer, ya que sigue poseyéndola el sujeto.

Estas observaciones tienen especial interés porque sobre ellas hemos de estudiar—en un trabajo próximo, continuación del mismo tema—la diferencia existente entre prohibición, incapacidad e inaptitud (indisponibilidad) en relación con el fenómeno de la disposición.

(84) SANTI ROMANO: *Poteri. Potestá*, en *Främm. di un Diz. gur.*, Milano, 1947, pág. 191. En el mismo lugar, pág. 190: «la capacidad... es un *presupuesto* de todo poder, pero no es poder... Indica una cualidad de la persona».