

Vida jurídica.

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

Derechos reales (1)

Cursillo de conferencias pronunciadas por D. Juan Vallet

I

VALOR DE LA DISTINCIÓN DE LOS DERECHOS EN PERSONALES Y REALES DESDE PUNTOS DE VISTA HISTÓRICO, DOGMÁTICO Y REALISTA

El objeto de este cursillo es la determinación del valor que tiene la clasificación de los derechos en reales y de obligación. De paso, tal vez, podamos obtener consecuencias en el aspecto metodológico.

¿Qué valor debe atribuirse a la clasificación de los derechos en una u otra categoría?

En Derecho romano no pudo plantearse la cuestión. No existió distinción entre derechos reales y de obligación. La hubo, sí, de cosas en corporales e incorporales (Gayo), entre «res mancipi» y «nec mancipi»; se distingue el dominio de los demás derechos reales, pero en sus líneas actuales aquella clasificación apenas llegó a distinguirse. Por otro lado, abundan los supuestos de coexistencia de derecho real y derecho de obligación, especialmente en el dominio y la reivindicación, ya que en la época clásica, se sanciona, además del derecho real del propietario, el derecho de obligación que tiene contra los «ficti possessores» y contra quien dejó de poseer dolosamente.

En Derecho romano clásico la distinción clara fué la de las acciones: «in rem» et «in personam»; distinción que se difumina en Derecho romano justinianeo, según nota Alvarez Suárez, al querer incluir en estas dos categorías la totalidad de las acciones reconocidas por el Derecho. Pero, como es sabido, en Roma la acción precedió históricamente al derecho, en lugar de ser engendrada por él, y había derechos sin acciones y acciones que no suponían dere-

(1) Las presentes notas fueron tomadas a través de las seis conferencias pronunciadas por D. Juan Vallet de Goytisolo-Notario de Madrid—en el Curso de Derecho Privado de la Universidad de Verano de Santander, en colaboración con la V Semana Notarial (3-8 de septiembre de 1961).

El carácter, de simple esquema, con que se recogieron, motiva que no presenten unidad en la exposición; apareciendo en varios pasajes demasiado resumidas, e incurriendo en otros defectos, que la buena voluntad del lector sabrá subsanar.

chos. Así, por ejemplo: la pseudo-propiedad (la de cosas «nec mancipi») fué largo tiempo defendida por la publiciana y otras acciones antes de convertirse por Justiniano en una verdadera propiedad, e igualmente la propiedad peregrina.

Los glosadores, partiendo de la concepción escolástica de causa (fundamento), dieron un paso decisivo de la «actio in personam» a la «obligatio» (que consideraron como su «causa propinqua», así como en el contrato vieron su «causa remota») y de la «actio in rem», al «ius in re» («ius in re» que abarcaba el «dominium» y el «cuasi dominium», «causa propinqua» de la «actio in rem», cuya «causa remota» era el «titulus mediante quo fuit acquisitum dominium»).

Pero de esta distinción apenas sacaron consecuencias dogmáticas, ni fuera del Derecho procesal tuvo repercusiones prácticas.

Por seguir en la exposición el plan romano, Antonio Gómez coloca entre los contratos la hipoteca y los censos, a pesar de gozar de acciones reales, lo que perdura en nuestro Código civil.

Fueron los pandectistas los que quisieron sacar sus últimas consecuencias de la construcción de la figura del derecho real. Aplicando el método dogmático de inversión, ante un derecho dado y dudando de alguna de sus cualidades, se examinaba si las otras encajaban en el concepto general, para aplicarle luego aquella cualidad atribuida al hipotético concepto genérico. Olvidaban con ello que la lógica puede tener una virtud ordenadora, pero no creadora (Hernández Gil). Dualde también llama la atención sobre el método dogmático; se pretende dar mayor generalidad a la inversión que a la base tenida en cuenta para hacer la generalización, y así el cilindro se convierte en cono con la base invertida, resultando insostenible, igual en Física que en Derecho. Además, por ese procedimiento, igual que por una analogía puramente dogmática, se comete aquel error claramente expresado por F. de Castro: «Si A es semejante a B porque ambos tienen una común característica x, se concluirá que la calificación Z que se dé a A deberá concederse por analogía a B. El equívoco lógico está en que, para que se pueda aplicar a B el calificativo Z será preciso que Z se aplique en razón de x, y no, por ejemplo, de y; esto es, que de analogía no se quede en una mera semejanza, sino en la «ratio» de la semejanza».

Otra consecuencia, que se ha querido sacar con esa general clasificación, ha sido la determinación de qué derechos deben ser inscribibles. Con las consiguientes dificultades en los supuestos en que las características que la doctrina dominante atribuye al derecho real aparecen dispersas o dudosas. Olvidando que tal vez sería preferible que los casos dudosos fueran resueltos teleológicamente, mirando al interés general.

El método dogmático entraña graves peligros. A la construcción sólo puede concederse un valor de ordenación, de clasificación, e incluso de explicación, a la que no debe supeditarse la solución justa y teleológica del problema en cuestión. En la posible antinomia entre la solución o resultado de una construcción lógica y técnica y la que impone la realidad moral, social o económica no hay duda en que debe elegirse ésta, tanto más cuanto que hoy están en franca revisión casi todos los conceptos dogmáticos.

El error del método dogmático se hará más palpable con un ejemplo: en

Zoología se agrupan determinados ejemplares para formar una categoría dada. Aparecen restos de un animal prehistórico, se fijan sus caracteres por deducción según el parentesco de sus restos. Pero luego en lugar ignoto aparecen vivos ejemplares de aquel tipo que se creyó extinguido y alguno de sus caracteres que la ciencia le atribuyó resultan desmentidos por la realidad. En Derecho sucede igual, porque surgen figuras vivas distintas a las prefabricadas, y no vamos a destruir la que vive dando preferencia a la hipotéticamente creada por la razón. Ello sería tan absurdo como en Zoología lo sería rechazar como inexistente el animal vivo.

Además, los conceptos en la dogmática aparecen—como dice Pound—como las plantas en las colecciones botánicas, disecados, distintos a la realidad viviente. Gény nos previene contra el peligro de supervalorar la construcción jurídica, observando que no es más que «andamio».

II

EL CONCEPTO DE DERECHO REAL Y EL DE DERECHO DE OBLIGACIONES, SEGÚN LOS CONCEPTOS BÁSICOS DE RELACIÓN JURÍDICA, DERECHO SUBJETIVO Y OBJETO DE DERECHO

Para observar las deficiencias de la clasificación que estudiamos seguiremos dos caminos: 1. Cómo se llega a resultados distintos partiendo de conceptos básicos distintos. Los conceptos de derecho subjetivo, de relación jurídica, de persona jurídica, etc., son de los más discutidos por la doctrina jurídica, y, por tanto, variarán las consecuencias según se parta de uno u otro. 2. Examinaremos las categorías más importantes de derechos reales, viendo cómo responden a los datos que se señalan como característicos del concepto.

Comenzaremos por el primer camino.

La glosa creó los derechos reales, sin más valor que el meramente clasificatorio, como los que gozaban de acción real. Bastaba ver qué derecho tenía acción real para clasificarlo en aquella categoría.

Modernamente la doctrina no se ha conformado con eso; ha querido crear el concepto de derecho real de modo lógico, por deducción de otros conceptos más elementales, a su vez formulados lógicamente. Es claro que cualquier error deslizado en éstos repercutirá en aquél.

Sin duda que será distinto el concepto del derecho real, según se entienda o no que la relación jurídica es necesariamente una relación entre personas. En el primer caso, aquél desemboca a ser el lado activo de la obligación pasiva universal o de la sumisión al *jubere jussum* del titular activo.

La correlatividad del derecho y del deber, con Kant y Windscheid nos llevan también a aquella obligación, o, más científicamente, con Carnelutti, a los dos dualismos sucesivos: *derecho-sujeción* (al *vetere* y al *permíttere* del titular activo). *facultad-obligación* (que nacen de aquél *permíttere* y aquél *vetere*) y de nuevo *derecho-sujeción* (por el que se penetra en el campo procesal cuando el *vetere* no ha sido respetado). Mientras la concepción de la no correlatividad de derecho y deber y su configuración como relaciones distintas, nos se-

para el derecho y el deber de respetar los derechos ajenos (deber general que afecta a todos los derechos de cualquier naturaleza como relaciones distintas). O bien con Schreiber y Pachioni, se extiende Schult y Haftung a la dogmática de todo Derecho privado, más allá del campo del Derecho de obligaciones. En fin, la concepción del derecho como mero reflejo del deber nos lleva a la teoría puramente normativa de Thon.

También, según cual sea el concepto admitido de derecho subjetivo, será diferente el concepto del derecho real. La teoría del poder de voluntad puede llevarnos a opuestos resultados, según su contenido se imponga a otra voluntad o sobre las cosas del mundo exterior. A través de la doctrina del interés el derecho real adquirirá otro aspecto. No miraremos ya al sujeto pasivo, sino al interés defendido: derechos reales serán—según Manuel de la Cámara—los que nos proporcionen utilidades de las cosas.

Viendo en el derecho subjetivo tan sólo una proyección del derecho objetivo, los derechos reales únicamente serán «consecuencia de las prohibiciones impuestas por la norma a otras personas: a todo el mundo menos al titular». Según Kruckman, «no es la relación entre persona y cosa, sino entre la cosa y las demás personas». Para Schlossmann, «un expediente técnico sin verdad científica». Según caricaturiza Vinding, «el vacío de lo lícito jurídico». Y conforme la visión subrealista que pinta irónicamente Piscatore, «la propiedad sobre un plato de sopa consiste en el derecho a que nadie escupa en el mismo».

La noción del objeto del Derecho es también fundamental para la determinación de nuestro concepto. Con Savigny, el objeto (cosas o prestaciones) distingue claramente los derechos reales de los derechos de crédito. Pero Windscheid revisa esta doctrina en cuanto a los derechos reales, cuyo objeto enlaza con la obligación pasiva universal, que con Mischas y Queru basta que sea universal, aunque sea activa. Por ello, Gierke tiene que distinguir el objeto y el punto de referencia, y Gorotcheff el objeto del substrato de los derechos reales; y Carnelutti, para salvar la visión realista, separa el objeto del derecho de la relación de voluntad y la lleva a la relación de intereses. Simultáneamente, con Brinz se revisa el objeto de los derechos de crédito. Estos se descomponen en las relaciones de Schuld y Haftung, distinción que proyectada a los derechos reales lleva a fundir ambas categorías de derechos, que con Gaudemet sólo se diferencian por referirse a cosas determinadas o a un patrimonio ajeno, respectivamente.

III

ANÁLISIS DE LOS CARACTERES ASIGNADOS A LOS DERECHOS REALES

¿Cuáles son los caracteres que se señalan como típicos del derecho real?

I. *Inmediaticidad*.—Es la característica clásica del derecho real. ¿Reúnen todos los derechos considerados usualmente como reales esa característica de la inmediatez? ¿Existe en los censos, en la hipoteca, en las llamadas *servidumbres in faciendo*? ¿Son estos verdaderos derechos reales? Para salvar esos linderos clásicos, Rigaud cree que «se debe reemplazar esa fórmula corriente por esta otra: no es necesario, para ejercitar el derecho real, ningún intermediario».

personalmente obligado. Pero, ¿no oscurece eso la distinción? ¿Qué se entiende por intermediario personalmente obligado? ¿Cabe la inmediatez en el gún derecho personal? ¿Cuál es la posición del arrendatario?

2. *Absolutividad*.—Es la nota básica, según la concepción obligacionista, de los derechos reales, que los transforma en derechos absolutos. Nace de las ideas de Kant. ¿Son concebibles derechos en Robinson? Windscheid, Roguin y Planiol son los principales defensores de la construcción apoyada en la absolutividad. Pero esta concepción de la obligación pasiva universal se rompe en las manos de Demogue como un juguete en las manos de un niño demasiado curioso, al querer conocerlo por dentro, en su esencia.

Los llamados derechos relativos también deben ser respetados por todo el mundo. «Los actos que constatan y crean el derecho de obligación existen frente a todos», dice Demogue. Ciertamente que Roguin y Mischas quieren distinguir el deber de no *inmixción* y la obligación pasiva universal; y Alger pretende explicar aquel respeto como una consecuencia de la protección a la propiedad y a la libertad del deudor. Pero puede también jugar en beneficio del acreedor al brindarle una indemnización de daños y perjuicios contra el tercero. Claramente se ve también esa nota en el pago hecho a persona distinta del acreedor, en la acción Pauliana y en el concepto de mala fe de nuestro art. 1.473, § 2, que el Tribunal Supremo ha impuesto incluso al adquirente registral y que impone ese respeto un mero contrato que no ha dado lugar aún a situación real alguna (por aquí llegaríamos a la interesante cuestión de la repercusión registral de la acción del art. 1.124, C. c.).

La obligación pasiva universal no es una verdadera obligación. Es sólo un deber genérico de respeto. No constituye el derecho del titular activo, sino sólo un reflejo del respeto que se le debe.

Así lo demuestran los siguientes datos: *Históricamente*, los derechos precedieron a las obligaciones. *Técnicamente*, la llamada obligación pasiva universal, ¿puede decirse que sea jurídica? (Recordad nuestra titularidad pasiva respecto la casita de bambú de una gehisa en Yokohama, de que habla irónicamente González Palomino, o de derecho contra los cafres para defender nuestra propiedad, a que alude Cámara. La obligación pasiva universal, como dice Rigaud, no es patrimonial: no tiene valor pecuniario activo (en el patrimonio del titular activo), ni pasivo (en el patrimonio ajeno). Ni da la menor idea del contenido de los pretendidos derechos reales en cuestión.

¿Por qué las relaciones de derecho sólo pueden consistir en prohibiciones o en relaciones entre personas? ¿Es que para la ordenación de las relaciones entre los hombres no cabe que el Derecho atribuya a algunos de ellos determinadas facultades sobre las cosas, o sus utilidades totales o fragmentarias?

Positivamente, la acción concedida por el art. 1.002 del Código civil protege a todos los derechos, aunque no sean reales.

Además, ¿son absolutos, en el sentido clásico del concepto, todos los derechos reales limitativos? La historia nos presenta supuestos de derechos reales relativos, como el protegido por la acción publiciana, la fiducia germánica la propiedad no inscrita, el dominio sobre los bienes muebles, etc.

3. *Reipersecutoriedad*.—Para Rigaud es característica natural del derecho real, pero no lo es esencial. En Derecho francés carece de ella la propiedad mueble (art. 2.279, Código civil francés), e igual sucede con el art. 83 de nues-

tro Código de comercio. El art. 464 del Código civil no ordena una pérdida de propiedad, sino una limitación de su reipersecutoriedad. Otros casos de derecho real que carecen de ella pueden ser: la propiedad inmueble no inscrita frente al titular registral, la prenda, si el titular dejó de poseer. En el supuesto de hipoteca no reinscrita, tampoco existe reipersecutoriedad.

En cambio, pueden tenerla los derechos personales, v. gr.: los pretendidos tipos del *ius ad rem*, en el supuesto de la acción pauliana, en la *in rem verso*, etcétera. Finalmente, véase la acción del acreedor verdadero contra el acreedor aparente, poseedor del título, a quien el deudor pagó de buena fe.

4. *Preferencia*.—Igualmente es considerada por Rigaud como característica meramente natural del derecho real. Pero hay veces que el legislador da preferencia a unos derechos reales sobre otros del mismo género, infringiendo la regla *prior tempore, potior iure*. Y, en sentido inverso, el legislador puede reforzar el derecho de crédito dándole preferencia sobre los demás, e incluso sobre derechos reales. Así, en el art. 44 de la ley de Contrato de Trabajo señala la preferencia en el cobro de los jornales de la última semana sobre todo otro derecho, aunque sea de carácter real. Da así un *privilegium* o preferencia a unos acreedores personales sobre otros, aunque lo sean de carácter real. Semejantes preferencias sobre derechos reales posteriores pueden lograr los derechos de crédito a través de las anotaciones preventivas (ver artículos 1.921 y siguientes, Código civil).

5. *Perpetuidad*.—¿Es nota natural del derecho real? Pero, ¿cómo distinguir las relaciones obligatorias con tendencia a ser duraderas, de los derechos reales temporales?? Al decir de Löning, por la posibilidad de denuncia unilateral del contrato. Pero en realidad, vemos cómo la falta de pago del precio o canon es causa de comiso en la enfiteusis (1.648, núm. 1), y por pacto expreso cabe en el usufructo, uso, habitación, servidumbres (artículos 1.513, núm. 2; 529, 546, núm. 4), e incluso puede ser causa de resolución del dominio vendido y traido en virtud del juego *ex tunc* previsto en los artículos 1.504 y 1.505 del Código civil. La infracción de cualquiera de las condiciones pactadas en el contrato es causa de comiso en la enfiteusis (art. 1.648, núm. 2, ap. 1), así como el deterioro grave de la finca enfiteútica (art. 1.648, núm. 2, ap. 2.º), y el «abuso grave de la cosa y de la habitación» es causa de extinción de los derechos reales de uso y habitación.

6. *Transmisibilidad*.—Históricamente pudo normalmente significar una diferencia de los derechos de crédito y los reales. Hoy ya no lo es así. Se admite la transmisión de los créditos sin causar su novación. Por otra parte, siempre han existido derechos reales intransmisibles. Recordemos el usufructo en Derecho romano y los derechos de uso y habitación en nuestro Código civil.

También se dijo que era necesario el modo en la transmisión de los derechos reales y no en los de crédito. Pero recordemos lo que sucede hoy en las legislaciones orientadas hacia la desaparición del modo, que jamás fué exigido para transmitir la hipoteca ni las servidumbres constituidas convencionalmente. En cambio, en Derecho común, la *denuntiatio*, en la cesión de créditos, fué considerada equivalente al modo.

7. *Susceptibilidad de posesión*.—Esta no es posible en la hipoteca ni en las servidumbres discontinuas y no aparentes. ¿Puede dudarse, en cambio, de su posibilidad en el arrendamiento?

IV

EXAMEN DE LA NATURALEZA DE LAS PRINCIPALES FIGURAS CLÁSICAMENTE SEÑALADAS COMO DERECHOS REALES

La relatividad del concepto de derecho real se da no sólo frente a los derechos de crédito, sino también con las situaciones de hecho y, con relación al tiempo, con los derechos futuros y las meras expectativas. El examen de las líneas borrosas nos parece especialmente interesante para percatarnos de esa relatividad, obteniendo conclusiones.

Comencemos por el más sabido de los derechos reales.

Dominio.—Es el prototipo de los derechos reales, y tal vez él nos facilite la lista de cuáles son los derechos reales puros. Digamos antes unas palabras de tipo general sobre el dominio.

Propiedad, en sentido estricto, es equivalente a dominio. En realidad, en *sentido lato* la propiedad no sólo comprende el dominio, sino que abarca cualquier derecho patrimonial, que no dejará por ello de ser propio (Villavicencio). La noción de derecho subjetivo no es más que la extensión de la propiedad (Renard). En definitiva, es su *objeto* lo que separa el dominio de los demás derechos subjetivos.

Se ha definido el dominio:

a) Empíricamente, como una suma de facultades o poderes. Se confunde así el concepto con su contenido. De ahí se derivó la posibilidad de desintegrar el derecho de propiedad al constituir los *iura in re aliena*. No lo entendió así el Derecho romano, que habla del «usus, abusus, uti, frui, abuti», como acción, pero nunca de «ius fruendi, ius utendi», etc.

b) De un modo abstracto. La tendencia moderna es ver en el dominio un derecho de carácter abstracto, independiente de las facultades que concede; quiere verse en él un contenido de caracteres variables.

Los caracteres fundamentales son: a) la razón de pertenencia en la relación del hombre con el derecho, lo personaliza (corresponde al momento estático); b) la posibilidad de una decisión proveniente de la voluntad libre del titular. Desde este punto de vista, las *facultades* no son *partes* del derecho de propiedad, sino simples *posibilidades de actuación, poderes subordinados, no derechos parciales* (Villavicencio).

Los «*iura in re aliena*» no se constituyen mediante extracción de derechos preexistentes en el dominio, sino por cesión de una facultad, es decir, de parte o todo el contenido económico.

La facultad de disponer es de contenido distinto al de las demás facultades que integran el dominio. Tiene estos caracteres: a) No pertenece al contenido; es una facultad externa, común a casi todos los derechos subjetivos patrimoniales; no es interna ni privativa del derecho de propiedad, sino un reflejo de la general libertad de disponer. b) Su función es jurídica, no material (su contenido no es de disfrute).

Villavicencio ha llegado a estas conclusiones razonando así: La vertiente patrimonial relacionada con el derecho real es la de disfrute, y no la de responsabilidad; de ahí que el derecho real debe tener un contenido de disfrute, de que carece en sí en absoluto la facultad de disposición. Por lo que estima imposible

sostener que pueda existir un verdadero derecho real cuyo contenido específico sea una posibilidad de disposición. Además, el derecho que se transmite no puede ser la fuente y el fundamento del poder de transmisión, por una necesidad de ubicación. Si realmente el poder de disposición se halla dentro del derecho, ¿cómo podremos concebir que al mismo tiempo pueda arrojarlo del patrimonio? La fuerza que transmite la propiedad no puede estar dentro de ella. Lo que se transmite no puede ser a la vez transmitente. Esa fuerza se halla en el sujeto. Por ello, quien enajena la propiedad de una cosa no transmite con ello la facultad de disponer; por el contrario, la facultad de disponer queda con él, y el adquirente pone en servicio respecto al derecho adquirido su propia facultad de disposición.

Veamos otros aspectos. El derecho de propiedad que hemos examinado, ¿puede existir aplazado o condicionado? ¿Cabe un «dominium ad tempus» o un dominio suspensivamente condicionado o debe decirse solamente revocación de la propiedad?

De lo dicho hasta ahora se infiere que puede subsistir el dominio aunque todas sus facultades materiales de aprovechamiento hayan sido suspendidas por la atribución de derechos reales limitados; no implica que desaparezca la inmediatividad; sólo quedan en suspenso las facultades. Incluso ese dominio que no actúa materialmente puede reflejarse posesoriamente. Reflejo posesorio que no cabía en Derecho romano, pero admitido en el nuestro, al permitirse la posesión de los derechos, o ser posible la posesión mediata.

Pero el problema se complica cuando planteamos el supuesto de un dominio cronológicamente comprimido por otro dominio. De una parte, se duda si el actual, al faltarle la nota de perpetuidad, es verdadero dominio. Y de otra, se suscita igual duda con relación al futuro, en virtud de la falta actual de inmediatividad. He aquí otro problema de fronteras entre el derecho a un dominio futuro y el dominio aplazado o condicionado suspensivamente. Problema que se plantea igualmente en otros derechos reales, v. gr.: los usufructos sucesivos. En el dominio vemos estos supuestos: en los fideicomisos, en las reservas, en las reversiones legales y pactadas, en la consecuencia real de las retroventas. Varias soluciones se han sugerido para explicar la relación: Del derecho del reservatario y el fideicomisario se ha dicho que es una expectativa. Otros autores han afirmado que existe un «ius ad rem» que limita la propiedad actual. Para otros es un «dominium ad tempus». Alguno ha visto un mero usufructo en el dominio actual y una nuda propiedad en el titular futuro.

El automatismo de la adquisición en las reservas y fideicomisos nos indica que existe un dominio condicional o aplazado. La cuestión de la retroactividad queda eliminada admitiendo figuras híbridas de plazo y condición.

Se ha dicho que la más clara distinción entre derecho real y derecho de crédito se halla en los supuestos de ser propietario de una cosa y ser acreedor a la entrega de esta cosa. Pero, no obstante, no es ello tan fácil de precisar como en principio parece. Así llegamos a una interesante frontera del dominio, situada en esta escalera:

Obligación de entregar

«Ius ad rem».

Dominio tradido, pero no inscrito, en propiedad no inmatriculada.

Dominio tradido	}	instrumentalmente	en finca inmatriculada.
		fácticamente	

Dominio inscrito y no tradido.

Dominio inscrito y tradido.

La pretendida figura del *ius ad rem*, tiene su origen histórico en el Derecho canónico y en el Derecho feudal. El Landrecht prusiano la recogió en el caso de la doble venta, y se refleja en el art. 1.473 de nuestro Código civil.

Pero la explicación de este artículo 1.473 puede darse, sin recurrir al *ius ad rem*, como una sanción a la mala fe del segundo comprador que conozca la existencia de un primer contrato de compraventa concertado previamente con otra persona. Este efecto produce una zona difusa que ensombrece los límites entre la obligación de dar una cosa y el dominio de la misma.

USUFRUCTO, ARRENDAMIENTO Y ENFITEUSIS

1. *Usufructo*.—Plantea el problema del cuasi usufructo, y cabe entonces preguntar si el cuasi usufructo es sólo un derecho real limitativo y si el nudo propietario, en este caso, es algo más que titular de un crédito.

Se ha considerado el usufructo como un derecho independiente, como una facultad de goce (concepción romana primitiva).

Otra dirección ha considerado al usufructo como un «ius in re aliena» (concepción romana clásica).

En las fuentes tampoco falta apoyo para entenderlo como una «pars domini».

Para otros, el usufructo no es más que una propiedad temporal (Perozzi, Sánchez Giménez).

En realidad, el usufructo debe considerarse como una genérica facultad de goce. Si la propiedad se ofrece como la titularidad—prototipo de todo derecho subjetivo—, el usufructo puede considerarse como la facultad de goce: la atribución, a un sujeto distinto del titular, de la utilidad económica que supone el goce normal de un bien. Así se comprende la extensión del usufructo fuera del ámbito clásico del derecho real, sin que se escinda la figura. De este modo, lo mismo en el derecho subjetivo (como *su iubere*), como en el usufructo (o goce separado de *iubere*) el objeto determinaría su posible cualidad de derecho real, o por lo menos influiría sobre las características del derecho.

En el cuasi usufructo se oscurecen los linderos entre el usufructo y el dominio, y entre el dominio y un simple crédito personal. No obstante, la cuestión varía según las distintas concepciones del cuasi usufructo. De él se ha dicho que su constitución supone la transmisión de la propiedad con obligación de restituir, en su día, otro tanto en igual especie y calidad. Frente a esta posición clásica, Cicu dice que sólo se extingue la titularidad del propietario al consumirse la cosa: Barbero cree que ocurre en el supuesto de mezcla de los

objetos usufructuados con la propiedad del mismo usufructuante; Jordano Ba rea piensa que dicha mezcla sólo produce una copropiedad, debiendo aplicarse el art. 482 del Código civil (lo que podría requerir una complicada contabilidad de los posteriores aumentos y disminuciones). Esta cuestión tiene gran interés en los casos de quiebra y de pérdida de la cosa.

En realidad, la diferencia entre el usufructo y el cuasi usufructo lo determina su *objeto* respectivo. Cosas de utilidad reiterada, en el primero, y cosas de utilidad simple, en el segundo, que determinan su respectivo modo de goce.

Otro punto de fricción entre el usufructo y el dominio nos los ofrece el usufructo de disposición. ¿Es un usufructo más un derecho o poder de disposición? La explicación que antes hemos dado del poder de disponer aleja esa probabilidad. En realidad, la posibilidad de disponer del derecho implica su titularidad—aquí, además de su goce—. Si está limitada a actos inter vivos, y excluida la disposición por causa de muerte, nos hallamos con una propiedad temporal al modo de los fideicomisos de residuo, en los que al primer instituido se le autoriza para disponer. El nudo propietario viene a ser un fideicomisario de «eo quod supererit». Pero con una diferencia fundamental: si el fideicomisario premuere al heredero gravado y no transmite sus derechos (lo segundo siempre sucede si ocurre lo primero en los fideicomisos condicionales), son los herederos del primer instituido los que adquieren los bienes fideicomitidos: en cambio, en el caso de premorir el nudo propietario al usufructuario de disposición, no son nunca los herederos de éste, sino los de aquél, los que suceden. En la primera hipótesis, el dominio definitivo es para el fideicomisario si vive al fallecer el heredero gravado; de no ser así, el dominio «ad tempus» se consolida como perpetuo. En la segunda hipótesis, el dominio definitivo es, en todo caso, para el llamado nudo propietario o para sus herederos, si aquél premurió al usufructuario.

2. *Arrendamiento*.—¿Es cesión a título oneroso del disfrute a cambio de una prestación periódica de dinero o especie, o bien es obligación de facilitar reiteradamente, a título oneroso, ese goce a cambio de aquella prestación? Hoy día no puede dudarse de su inmediatividad, ni en las leyes especiales de su absolutividad, aun no estando inscrito, ni de su tendencia a la perpetuidad.

3. *Enfiteusis*.—Tal vez es, con el arrendamiento y el precario, y llegando a los censos (o bien partiendo de las servidumbres y llegando por las negativas a las «in faciendo»), donde vemos trazado un camino que nos lleva desde el derecho real al de obligaciones, e incluso entre las situaciones de hecho y de derecho.

Dogmáticamente: en el arrendamiento, sobre todo en los inscritos y en los protegidos, damos un paso hacia, o ya dentro, de los derechos reales. Otro se avanza pasando del arrendamiento a la enfiteusis como derecho real en el dominio de otra persona (concepción romana). Después ya es *dominio útil*—frente al dominio directo—en la concepción feudal. El dominio directo va desapareciendo, cuando el censo es redimible. Si se excluye el retracto, el laudemio y el comiso, desaparece el dominio del censalista y surge el censo reservativo. De ahí damos un paso más, en la renta vitalicia: dominio cedido a título de renta vitalicia garantizada o no con hipoteca o condición resolutoria.

Históricamente ha habido tres instituciones que han regulado las relaciones entre propietario y cultivador, y entre el casero y quien ocupe vivienda ajena:

precario, arrendamiento y enfiteusis. Su evolución ofrece una tendencia constante: por un lado, la tendencia a la prórroga forzosa de la situación del cultivador o del que ocupe la casa que acaba de desembocar en una situación que aproximándose al dominio impone la redención forzosa. De otro lado, el propietario que procura huir de esta constante, buscando la fórmula jurídica que menos merme sus derechos, recurriendo a otra cuando en la anterior se ha afianzado demasiado la situación de la parte contraria.

Los precarios significan otro tránsito, otra línea de frontera que existe entre el hecho y el derecho, que también se observa entre la posesión con derecho de retención y la prenda.

DIFERENCIA DE LA HIPOTECA Y LOS CENSOS PROPIAMENTE DICHOS

Covarrubias comparó la hipoteca y los censos. Pero cabe observar:

1. Que la hipoteca es accesoría, tiene por fin garantizar la satisfacción de un derecho de crédito, mientras que el censo es principal, lo que tiene importancia en el caso de perecimiento de la cosa.
2. El acreedor hipotecario puede hacer ejecutar la finca hipotecada, en cambio, el censalista antes sólo disponía del comiso, aunque hoy goce de acción personal y real para cobrar las pensiones.
3. Por abandono y falta de herederos no adquiere el dominio el acreedor hipotecario, a diferencia de lo que sucede en la enfiteusis.

VI

LAS SERVIDUMBRES PERSONALES Y LAS PREDIALES, LAS «IN FACIENDO» Y LOS CENSOS

Nuestro Código civil tiene un concepto más amplio de las servidumbres que el clásico de las servidumbres prediales de Derecho romano, e incluso que el B. G. B., porque si bien el párrafo primero del artículo 530 dice que «la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño», añade el artículo 531 que «también pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada»; incluyendo además las llamadas relaciones de vecindad. Más reducido, en cambio, excluye las servidumbres personales de usufructo, uso y habitación.

En realidad el concepto dado en el Código civil de las servidumbres es un cajón de sastre, en el que hoy se recogen una serie de limitaciones parciales del pleno goce del propietario. Hagamos algunas distinciones:

1. *Relaciones de vecindad*, medianería, distancias entre plantaciones, huecos, inmisiones, amojonamiento, cerramiento...
2. *Servidumbres prediales clásicas*, que en el Derecho romano (y en conformidad con el art. 530 del Código civil) se apoyan en el aspecto negativo de *limitación* cuando aún está sin elaborar el concepto de derecho real. Eso puede ponernos en guardia. Las limitaciones «in faciendo»—positivas—en relación a las «in non faciendo»—negativas—, ¿son siempre el reverso de un derecho real? Nada cabe alegar respecto a las primeras, que suponen una facultad inmediata sobre el fundo sirviente por el titular del dominante. Pero, ¿y las

negativas? Cámara, oponiéndose a la tesis de la sucesión constitutiva de Barasi, ha sostenido que en el caso de servidumbre *altius non tollendi* no existe un derecho real propiamente dicho, sino que el propietario del fundo sirviente está específicamente obligado a no edificar frente al propietario del fundo dominante, obligación que se conecta «*proper rem*» a las titularidades de ambos fundos. No es un interés en el goce del predio sirviente lo que directamente se protege, sino el que se tiene en que el propietario del mismo no edifique. Claro que puede alegarse que el titular del fundo dominante tiene interés y goce en las vistas y lucees del fundo sirviente. Más favorables a la tesis de Cámara son las discutidas *servidumbres de no ejercer industria*. ¿Cabe establecer limitaciones meramente económicas, o sólo puede serlo físicas, a través de las servidumbres?

3. *Servidumbres personales*.—Pueden ser regulares—usufructo, uso, habitación—e irregulares o impropias—artículo 531 del Código civil—, del que Mucius Scaevola dice que está en contradicción con el artículo 350 del cuerpo legal. De Diego las reduce a ser servidumbres prediales limitadas «*cum demonstratione personarum*». Ossorio Morales, sin negar que al amparo del artículo 594 cabe esta figura, cree que el artículo 531 permite verdaderas servidumbres personales. Concretamente las palpa en los artículos 603 y 604. Pero en éstos, ¿nos hallamos ante comunidades, ante servidumbres recíprocas o ante servidumbres cuyo sujeto activo es una comunidad?

4. *Servidumbres «in faciendo»*.—Ya fueron conocidas del Derecho romano, pese al repetido texto de Pomponio. Este mismo autor, en otro fragmento, se ocupa de la obligación del propietario del fundo sirviente de una servidumbre de paso, de retirar los árboles que en él derribó el viento. Tenemos, además, el «*reficere parietem*» de la servidumbre «*oneris ferendis*», aunque para Scialoja es sólo la consecuencia de un supuesto de enriquecimiento sin causa. En Derecho canónico están como ejemplo ciertos impuestos de tipo territorial, como los diezmos.

En realidad las servidumbres «in faciendo» nacen en Derecho germánico. En la Edad Media, el fundo se concibe como organización económica, un conjunto de cosas activas, productivas, comprendiendo las fuerzas que rinden trabajo (cosas, animales, siervos) y así se puede explicar el derecho del señor a estas cargas, no como un derecho de crédito contra sus tenedores, sino como un derecho real sobre el fundo, como unidad de producción.

Hoy, en la moderna doctrina, se debate si nos hallamos ante derechos reales *in faciendo* (Fadda, Bensa, Rigaud) u obligaciones *propter rem* o *in rem scriptam*. Cámara ha formulado esta pregunta: Si al titular activo no se le reconoce una actuación directa sobre el fundo sirviente, y sólo puede reclamar del propietario de éste el cumplimiento de la obligación de que se trata, y si éste voluntariamente no la realiza acudir a la vía judicial, ¿cómo puede hablarse de que aquél tenga un verdadero derecho real?

5. *Las cargas reales o censos*.—Así como por el camino de la enfiteusis, igualmente, por el de las servidumbres personales llegamos a los censos fructuarios (prestación de los productos del fundo) y de éstos a los pecuniarios.

Veamos la naturaleza jurídica de los derechos reales «in faciendo»—*servidumbres, censos*—:

a) Hay autores para quienes se trata de una «obligatio rei», determinada por la titularidad de la cosa (Van Bame'en).

b) Para otros es una obligación de carácter «propter rem», caracterizada por la no transmisibilidad a los herederos y su determinación por la titularidad de la cosa. Bonnecasse pone a su lado las obligaciones «in rem scriptam» que se liberan por el abandono anterior a su nacimiento (prestaciones futuras), pero sin que se extingan las causadas antes del abandono.

c) Fadda y Bensa admiten que se trata de verdaderos derechos reales «in faciendo».

d) Según Pachioni el titular de un fundo gravado no tiene deber alguno, sino sólo interés en pagar. Es un caso de «dover avere» sin «dover dare»; de Glaubigerschuld sin Schuldnerschuld, según la terminología de Pundschart.

En nuestro Derecho, en cambio, puede afirmarse que el propietario está personalmente obligado, en cada anualidad, al pago de la renta correspondiente, puesto que se concede al censalista acción personal para reclamarlas (art. 1.623, prop. 2.ª, C. c. y S. 16 de diciembre de 1925) además de la acción reipersecutoria derivada del censo. Una clara distinción de ambas acciones fué expuesta por el eximio Martí Miralles, en su trabajo «Sobre la acción para reclamar pensiones de censos». Tal acción personal, según Blas Pérez y J. Alguer, se dirige contra aquel poseedor en cuyo tiempo de posesión hayan vencido las pensiones que se reclaman. Existe, por tanto, una obligación o carga por razón de la titularidad de la cosa, que nace cada año, para quien en el momento del vencimiento sea el titular, de pagar la pensión correspondiente.

El abandono de la finca extingue el censo, pero no podrá extinguirse la obligación personal de pagar las pensiones atrasadas, de las cuales siguen respondiendo quienes fueron titulares de la cosa en los respectivos momentos de sus vencimientos, aun cuando no lo fueren ya en el instante de la reclamación. Se trata, pues, de auténticas obligaciones «in rem scriptam», conforme el significado que a esta designación atribuye Bonnecasse.

VII

LOS DERECHOS DE GARANTÍA

A) Hipotecas.

Uno de los derechos cuya naturaleza real se ha discutido más es el de hipoteca. Principalmente, por autores italianos, se ha mantenido que la hipoteca no es un derecho real, destacando en este sentido nombres tan prestigiosos como los de Carnelutti, Gorla, Biondi, etc. Ya antes, en Alemania, se afirmó que se trataba de una obligación «in rem scriptam»; y Brinz le aplicó la teoría del «Schuld» y del «Haftung».

Examinemos en qué efectos de la hipoteca se han querido hallar los caracteres de los derechos reales.

1.º *El «ius distrahendi adversus omnes».*—Pero ese «ius distrahendi» puede fundarse:

- a) En una titularidad sobre el valor en cambio de la cosa;
- b) En un derecho de realización de un valor;
- c) Ser consecuencia del derecho personal y público de ejecución del crédito hipotecario, igual al de cualquier otro crédito personal ordinario.

¿Cuál es el objeto de la hipoteca considerada como derecho real? Hay distintas teorías:

- 1) Los que afirman que el objeto de la hipoteca es *el valor en cambio de la cosa*—finca hipotecada—, o una parte del mismo;
- 2) Los que lo sitúan en *la realización del valor en cambio* de la cosa;
- 3) Los que lo centran en *la seguridad y garantía* que los bienes hipotecados ofrecen al acreedor de percibir el importe de su crédito.

a) La teoría de la atribución de valor fué formulada por Oberneck, para quien el propietario puede distribuir el valor de la finca en porciones independientes, mediante hipotecas a favor de distintos acreedores. Para Moxó, la hipoteca es un derecho real que recae sobre el valor en cambio de bienes inmuebles y garantiza la percepción de una suma pecuniaria. Pero el valor es una *medida* del objeto, que no puede confundirse con el objeto propiamente dicho.

b) La teoría del derecho de realización del valor es la que podríamos calificar de común entre nuestros hipotecaristas. Se dice, que la hipoteca es un derecho de realización de un valor, que recae sobre el «*ius disponendi*» de la cosa gravada. Roca habla del poder del titular de «hacer vender ejecutivamente» la cosa hipotecada. Carnelutti, objetó que el sujeto a quien se atribuye esta facultad no la realiza por sí mismo, sino que sólo puede accionar para que los órganos coactivos le hagan percibir la suma de dinero acreditada. Por lo demás, vimos como el llamado «*ius disponendi*» es extrínseco a la titularidad, y no forma parte del contenido del dominio, sino que es consecuencia de la posición personal de quien es titular respecto a su objeto.

c) Teoría del derecho de *garantía*: Maiorca, batiéndose en retirada, admite que el «*is distrahendi*» no individualiza a la hipoteca; pero ésta se caracteriza por el fin de asegurar con una vinculación en garantía.

2.º *La afección de la cosa al pago del crédito garantizado.*

La doctrina moderna, que quiere seguir manteniendo la hipoteca entre el cuadro clásico de los derechos reales, busca el objeto de ésta en la sujeción o afección de la cosa al pago del crédito asegurado.

Para esa afección se explica por cualquiera de estos tres caminos:

- a) Como un derecho real de garantía;
 - b) Como un efecto meramente procesal;
 - c) Como una dislocación de débito y responsabilidad (Schuld y Haftung).
- a) Para Wolff en la persecución «*erga omnes*» es donde se manifiesta claramente el carácter real del derecho de garantía.

Maiorca cree que la hipoteca es un verdadero derecho real, porque es un vínculo de los bienes que da al acreedor seguridad, un derecho que se arraiga en los bienes vinculándolos y les sigue por todas partes.

b) Carnelutti dice que la responsabilidad es un estado de sujeción al poder jurídico del Estado; el deudor está sujeto al Estado, al acreedor solamente le debe, le está obligado.

c) Para Gorla, lo que la garantía supone es una especial relación, que denomina «vínculo de indisponibilidad» del bien gravado, que supone la ineficacia de toda enajenación de la cosa con respecto al acreedor.

d) Para Cámara, de la hipoteca deriva una situación jurídico-procesal, y una situación jurídico-material, pero no es una situación jurídico-real. La hipoteca viene a ser un embargo anticipado.

(Carnelutti, Gorla y Cámara parten de que débito y responsabilidad están indisolublemente unidos.)

e) Frente a esta posición se halla la que estima que débito—Schuld—y responsabilidad—Haftung—son dos relaciones totalmente separadas y distintas (Brinz, Bonnacasse).

Según Pachioni, la hipoteca es una mera variedad o modalidad del segundo—Haftung—de los elementos en que se descompone la obligación. Y así, o todo Haftung supone un derecho real (Rocco) o de la hipoteca sólo entraña un derecho personal con su Haftung concretado y fijado en una cosa determinada.

B) Prenda.

Así como la hipoteca linda entre el derecho personal y el real, y entre lo civil y lo procesal, la prenda se halla además en los confines de la garantía de hecho y la de derecho, en un peldaño más próximo a esta última.

(Pero: ¿la posesión es un hecho o es derecho? Originariamente *hecho*, puede producir *derechos* en cuanto es protegida. Pero así como los derechos en general conceden la facultad de gozar de hecho, en la posesión es el *hecho* el que alimenta al derecho.)

La *prenda meramente posesoria* es siempre eficaz contra el acreedor. Contra tercero está supeditada al artículo 464 del Código civil. *Su pérdida acarrea la de la preferencia y reciprocidad*. La prenda viene así a ser un derecho real provisional en cuanto va unida a la posesión que muere frente a terceros con la pérdida de dicha posesión.

Pero al lado de esa posesión vemos la anticresis legal—art. 1.868 del Código civil—; la facultad de realización de valor—arts. 1.858, 1.872 del Código civil—y la preferencia—arts. 1.923, 1.926 del Código civil—que pueden tener igual explicación que en la hipoteca) y el general ejercicio de las acciones en defensa de la cosa pignorada—art. 1.869 del Código civil—pero sólo subrogándose en lugar del dueño

El derecho de retención («*pignus Gordianus*»), que hemos de separar de otros supuestos de retención, sólo tiene la garantía posesoria, no produce *preferencia*, según la sentencia de 16 de mayo de 1941. y deriva de la «*exceptio doli*».

C) Anticresis.

Ha sido el más discutido de los derechos de garantía—tal vez por su origen de mero pacto unido a la prenda—y posiblemente sea el que más claramente se halle en el campo real.

Se ha dicho por algunos autores que es un derecho real pleno. Para otros es un derecho real imperfecto; entendido: a) oponible a terceros pero sin preferencia (Pothier, De Diego, Campuzano, Gayoso); b) oponible a terceros pero con preferencia limitada (Brunswick); c) con preferencia, pero sin persecución (Planiol, Josserand, Bonnacasse). Finalmente, no falta quien crea es un mero derecho personal. Ni quien lo haya limitado a los frutos, salvando la cosa madre.

Parece que hay un usufructo más que una hipoteca («*viven gage*» o «*morten*»

gage»). Pero, ¿puede decirse lo mismo de ese disfrute anticrético, que de la facultad de pedir la administración en la hipoteca? Aquí no hay intermediación judicial. Sólo que por su fin difiere del usufructo. No es el goce de la cosa, sino la garantía del crédito lo que persigue. El disfrute no tiene existencia ni finalidad autónoma.

VIII

LOS DERECHOS DE DISPOSICIÓN O DE MODIFICACIÓN JURÍDICA

Ya hemos visto que el «ius disponendi» es extrínseco al dominio o a cualquier otro derecho subjetivo. Deriva de la titularidad y depende de la aptitud subjetiva y objetiva. Desde este punto de vista no puede haber derechos reales sobre el «ius disponendi».

A) Derecho de retroventa; no es derecho sobre «ius disponendi», sino un «distractus» *retroactivo* que afecta a todo tercero. a) Puede entenderse que el dominio sólo se ha extinguido suspensivamente y el comprador sólo lo ha obtenido bajo condición resolutoria. b) O entender que la resolución sólo afecta al título, aunque al caer éste repercute sobre todos los que de él deriven algún derecho (salvo juego registral).

B) Derecho de tanteo. Es sólo una «preemptio». La publicidad legal o registral pueden dotarle, no obstante, de efectos «ergo omnes».

C) Derecho de retracto. Es un derecho a subrogarse que, también, la publicidad legal o la inscripción registral (en el pactado) lo hacen oponible «ergo omnes».

D) Derecho de opción. Su naturaleza jurídica ha sido objeto de diferentes teorías:

- a) Precontrato unilateral.
- b) Contrato sometido a condición «si volet».
- c) Oferta vinculante.
- d) Poder irrevocable con facultad de autocontratar.

e) Facultad de decidir unilateralmente, sea la perfección de un contrato o del acto dispositivo (teoría que con F. de Castro, llega a encontrarse con la que mencionamos en primer lugar, al entender que el precontrato se define como poder de decidir los efectos de un contrato).

El efecto contra tercero de la opción sólo puede lograrse dotándola de una universalidad, únicamente justa si va unida a suficiente publicidad (concretamente a través de los Registros públicos).

E) Usufructo de disposición, del que ya antes nos ocupamos.

F) Cesiones fiduciarias: a) Transmisiones plenas fiduciarias (pero en ellas el transmitente es legalmente el dueño). b) Transmisiones plenas fiduciarias en pago de asunciones (también el fiduciario es dueño, a modo de comprador que paga con la asunción de una deuda). c) Poderes para disposición, irrevocables por su causa, que están fuera del campo de los derechos reales.

En resumen, ninguna de estas figuras supone un derecho sobre el «ius disponendi» de una cosa ajena. Son figuras heterogéneas, caracterizadas por un poder de decisión, inconfundible con el *ius in re*, aunque se refieran a cosas y su publicidad pueda dotarlas de efectos «ergo omnes».

IX

CONCLUSIONES

La relatividad de la clasificación examinada es lo que con mayor realce destaca de esa peregrinación realizada a través de las presentes figuras de derechos reales.

A) Bases del concepto.

Históricamente puede observarse el paralelismo de derechos reales y personales:

Derecho sobre la cosa	Derecho sobre la persona (esclavo).
Derecho a utilizar la cosa ajena (servidumbre)	Derecho a utilizar el esclavo ajeno (servidumbre «operarum servorum»).
Sujeción de la cosa (fiducia, pignus).	Sujeción de la persona («nexum»).

En la Edad Media adquiere relieve el concepto feudal del fundo como unidad productiva, de que hemos hablado ya, y que funde el penúltimo dualismo enunciado.

Acto del titular del fundo gravado, obligación «propter rem»	Acto de la persona: obligación con sujeción del patrimonio, que luego se concreta en una o varias cosas determinadas, con intervención judicial (embargo) o previamente a través del «pignus» y la hipoteca.
---	--

Dogmáticamente

El derecho real es relativo. Depende del aspecto que se examine. Puede intentarse basar su concepto en diversos datos:

Universalidad, ya vimos de qué modo era común a todos los derechos y recogimos la crítica que inutiliza ese criterio, al tratar los caracteres atribuidos a los derechos reales.

Inmediatividad.—Sólo es perfecta, en el dominio pleno y actual y en alguno de los derechos de inmediato disfrute.

Viene suplida por el automatismo en la adquisición en su día de la titularidad plena y goce en ciertos derechos que no autorizan de momento un disfrute actual (ejemplo, el derecho de fideicomisario, que automáticamente adquiere el objeto, una vez realizada la segunda delación).

Fin.—Atendamos a aquello que el derecho persigue: Si es alguna utilidad de una cosa, = derecho real; si es una conducta, = derecho personal (Cámara). De ahí que haya sostenido que la hipoteca no es derecho real, porque es un derecho dirigido a garantizar la percepción de una suma o cantidad de dinero debida.

Contenido económico del dominio.—El dominio, del que ya vimos su concepción como síntesis abstracta de toda facultad sobre la cosa, que puede existir aun faltándole transitoriamente algunas de ellas, o incluso todas, lo podemos tomar como base de otro punto de vista, considerando como reales aquellos derechos que atribuyen facultades que normalmente forman parte del contenido económico del dominio.

Objeto.—Con un punto de vista amplísimo podemos distinguir tres facetas de los derechos subjetivos en general: *Titularidad, goce y sujeción.* Su proyección sobre una cosa material (como *objetivo*—sea de la relación de voluntad o de la relación de interés) llevaría consigo la aparición de los derechos reales: dominio, derechos limitados de goce y derechos de garantía real, respectivamente. Así resultaría que la naturaleza real del derecho sólo dependería de cuál fuese el objeto.

B) *Clasificación de las figuras estudiadas.*—Siguiendo un orden de más a menos podría establecerse en esta forma:

I. *Titularidad y derechos de goce de una cosa física.*—A) Dominio: a), actual, que puede estar tradido de hecho, o haberse tradido instrumentalmente; b), pendiente (sometido a condición suspensiva, por ejemplo).

Todos los anteriores supuestos lo son de dominio absoluto; pero puede hablarse también de un dominio relativo (acción publiciana, posesión a título de dueño), en el que se debilita su absolutividad.

B) Derechos que autorizan a gozar de alguna utilidad de cosa ajena, reduciendo los derechos de su propietario (facultades materiales del dominio).

En ellos la atribución exclusiva del goce determina la absolutividad del derecho de su titular (amparado por los genéricos «alterum non laedere» y «suum quique tribuere»).

II. *Sujeción de una cosa concreta en garantía.*—Aquí la sujeción de la cosa determina la absolutividad del derecho.

III. *Obligaciones «propter rem»,* que pueden ser—como ya hemos dicho—positivas y negativas. Aquéllas normalmente consisten en un dejar hacer, pero pueden consistir en un hacer (muy frecuente en la Edad Media), o en un dar, ya sean de carácter fructuario o pecuniario, es decir, frutos o dinero. Las negativas pueden imponer limitaciones físicas o económicas.

En todas ellas, la forma de determinación del sujeto pasivo—con relación a una cosa—impone la absoluta sujeción al cumplimiento de quien quiera que sea el titular de dicha cosa índice.

IV. *Derecho a perfeccionar un acto traslativo, a subrogarse en una adquisición o a resolver una transmisión.*—En las dos últimas, porque hay resolución o hay subrogación de la retroacción al momento de la adquisición, resulta la oponibilidad del derecho contra los terceros adquirentes posteriores a la fecha a que se refiera la retroacción.

En la opción y el tanteo su eficacia contra tercero depende de la valoración teleológica que le otorgue la ley, y de la publicidad (legal o registral) del derecho de preferente adquisición que se ejercite.

X

PROTECCIÓN ESTÁTICA Y DINÁMICA DE LOS DERECHOS

No entramos en la interesante cuestión de la función social de los derechos y de la intensidad y dirección de su protección, según se atienda para ello preponderadamente al interés individual o al interés social a que responden. (Es interesante el límite de la función social de los derechos, no sólo en la propiedad, sino en todas las demás en general. Así, v. gr., la extraordinaria protección que hoy se otorga al inquilino debiera detenerse, por ejemplo, ante aquel que conserva vacío y sin utilizarlo el piso del que es inquilino, o ante quien sea propietario de otro similar, que puede ocupar y no lo ocupe solamente porque éste le renta más de lo que debe pagar de alquiler por el otro).

Sólo vamos a intentar sacar fruto de este cursillo, orientando sus consecuencias hacia la protección *estática* y *dinámica* de las categorías de derechos estudiados.

La protección estática de los derechos atiende a su goce, defiende al aprovechamiento de la riqueza nacional, la economía productiva.

La protección dinámica mira a la circulación de la riqueza, tiende a defender la economía circulatoria. Puede enfocarse especialmente, bien a la protección del comercio jurídico propiamente tal, o bien a la del crédito (v. gr., en el problema de la prenda sin desplazamiento de objetos de comercio aparecen en colisión la seguridad del crédito por ella protegido y la seguridad del comercio jurídico del objeto pignorado).

Varios medios ha utilizado el Derecho para proteger la seguridad jurídica. Unos atienden especialmente a la seguridad estática, otros a la seguridad dinámica. Algunos miran a ambas vertientes, aunque normalmente se decanten con preferencia a una de ellas.

Así tenemos la posesión, la usucapción, los signos sensibles, los títulos, la inscripción, etc.

La posesión principalmente atiende a la seguridad estática, pero a través de la tradición de bienes muebles vela por la seguridad dinámica, por el comercio jurídico. También la usucapción, enfocada en principio a facilitar la prueba del dominio y la estabilidad del cultivador, puede servir, gracias a la «accesio usucapionis», para proteger a quien adquirió de un poseedor en concepto de titular pero sin perfecta titularidad. Pero ni una ni otra institución sirven suficientemente a efectos de la seguridad dinámica en cuanto no exteriorizan los derechos que no sean de inmediato disfrute.

La inscripción registral atiende, por el contrario, con preferencia a la seguridad dinámica, protege al adquirente, defiende el crédito territorial o mobiliario. No obstante, desde el punto de vista de la seguridad estática, como no siempre refleja la realidad, sea por omisión o por falta de reflejo inmediato y de matices, no puede calificarse como medio perfecto de protección. Su defecto técnico es que protege mejor al prestamista que al labrador y al especulador que al habitante. También sufre defectos en la práctica por la imposibilidad de arbitrar un medio perfecto y seguro, a la par que fácil, de inmatriculación, y por las deficiencias de sus datos físicos y la petrificación de su

descripción mientras no sea corregida en los títulos (problemas de falta de inmatriculación, de inmatriculación múltiple y de falta de identificación).

La coordinación de la protección posesoria y la registral puede producir un mejor equilibrio de la seguridad estática y dinámica en los bienes inmuebles y de la seguridad del comercio y la del crédito mobiliario en los bienes muebles que se sujeten a prenda sin desplazamiento.

Un perfecto planteamiento de la cuestión exige una previa discriminación, según la naturaleza del derecho de que se trate. Vamos a establecerle brevemente con relación a las categorías analizadas en este cursillo.

a) *Derechos de inmediato disfrute*.—Su finalidad consiste en aprovecharse de las cosas, impone la protección de la inmediatividad entre el hombre y la cosa. La casa ha sido hecha para habitarla y la tierra es para labrarla, más que para venderlas o hipotecarlas. La protección de la producción debe imponerse al interés de la especulación o del préstamo, tratándose de la propiedad inmueble. Debe preponderar, por lo tanto, en ellos la protección de la seguridad estática. Por lo menos en los casos en que el disfrute se verifique de modo inmediato. Algo menos si éste se realiza en forma mediata.

Para las situaciones de disfrute inmediato sería suficiente, incluso para la protección dinámica en núcleos no demasiado populosos, la visibilidad de la posesión. En cambio, existen situaciones no visibles, para las que efectivamente no basta. Así sucede con las vinculaciones, fideicomisos, reservas, servidumbres, no aparentes o discontinuas. Estas sólo con la inscripción registral pueden obtener visibilidad suficiente para ser oponibles a terceros.

b) *Derechos de garantía*.—En ellos evidentemente debe predominar la seguridad dinámica, y en concreto, la protección del crédito. Pero para su eficacia «erga omnes», hay que darle una visibilidad. Esto puede ser *posesoria* en la prenda o en el derecho de retención, en cuyo caso debe completarse para obtener preferencia por razón de prioridad: fecha que el derecho conste en forma auténtica. O puede ser *formal*, como sucede a la hipoteca.

c) En las llamadas obligaciones *ob rem* aparece más equilibrado el juego de intereses, pero sin duda debe dotárseles de una visibilidad, que *per se* no tienen, para poderlas oponer a tercero.

d) Entre el heterogéneo grupo de los derechos de *modificación jurídica* debemos distinguir los de interés público y social, dotados de la publicidad de que les ignora la ley; los de interés privado, que requieren una publicidad adecuada si el tercero no ha tenido conocimiento por otro medio (notificación, mención en su título adquisitivo, etc.) de su existencia.

Frente a ese cuadro de derechos, más o menos necesitados de seguridad, los sistemas registrales se nos ofrecen con las siguientes facetas:

a) *Pfandbuchsystem*, registro de mera prioridad de cargas. Sólo los gravámenes sin visibilidad se encasillan en él como en una cola de acreedores a la puerta de la casa del deudor.

b) *Drittwirkung* o sistema de la ineficacia contra tercero registral de lo inscrito. Presenta diversos grados, según alcance o no a las acciones confesoria y reivindicatoria, o tan sólo no defienda de la reivindicatoria nacida de hechos no registrables (v. gr., de la usucapción).

c) *Buchstandsprinzip* o registro constitutivo que elimina toda realidad extrarregistral, incluso inter partes.

d) *Grundbuchsystem*, también constitutivo, pero que en caso de discordia entre *actum* y *dictum*, distingue la relación inter partes, en la que reconoce el predominio de legalidad y la situación respecto a tercero registral, en la que se impone la inscripción.

¿Cuál de estos sistemas resulta más adecuado ante cada categoría de derechos?

Lo cierto es que en cada caso la eficacia debe supeditarse a la clase de intereses más dignos de protección, según el derecho de que se trate.

En los derechos sin inmediato disfrute, sin visibilidad a través de un signo sensible o de la posesión y sin publicidad legal basada en su interés público, debe imponerse la inscripción con carácter determinante para la eficacia respecto a tercero.

En los de inmediato disfrute, debe coordinarse la seguridad estática y la dinámica, conforme resulta en nuestro derecho de una adecuada armonización de los arts. 38 L. H. y 449 C. c. y de los arts. 34 y 36 L. H. Así, el principio protector del tráfico del art. 34 L. H. sólo jugará con plena intensidad eliminando el derecho del titular extrarregistral en los siguientes casos:

a) En los casos de ir acordes la inscripción y la posesión en concepto de dueño.

b) Cuando el derecho del transferente no sea de inmediato disfrute.

c) Si, siendo de inmediato disfrute, hubo ocultación dolosa al adquirente de la posesión por parte del verdadero titular, o si la posesión de éste, nacida de una tradición meramente instrumental, no hubiese llegado a tener efectividad táctica

Por la recomisión:

Francisco SANCHEZ DE FRUTOS

Concesión del «Premio Jeronimo Gonzalez» a nuestro colaborador, D. Juan Vallet de Goytisolo

Con la alegría de algo propio damos cuenta en esta Sección del merecido honor de que ha sido objeto nuestro estimado colaborador el Notario de Madrid don Juan Vallet de Goytisolo. Con el propósito de que nuestro afecto no pueda herirle en su modestia, nos limitaremos aquí a reseñar el acta de concesión del indicado premio por el Colegio Notarial de Albacete. La Junta, reunida en sesión extraordinaria para juzgar las obras optantes al premio «Jeronimo Gonzalez», correspondiente al año 1951, ha decidido unánimemente concederlo, de entre las tres obras presentadas, a la titulada «Hipoteca del Derecho arrendaticio», de la que es autor don Juan Vallet de Goytisolo, Notario de Madrid. Se fundamenta el fallo, entre otras, en las siguientes consideraciones:

1.^a Se trata de un profundo estudio, en el que con notable sagacidad, abundante documentación e impecable método, se examina, revisa y completa la doctrina, legislación y jurisprudencia sobre la materia.

2.^a Destaca en él su fundamentación doctrinal y a la vez su finalidad prác-