

José Puig Brutau

**COMPENDIO
DE
DERECHO CIVIL**

VOLUMEN III

*Derechos reales
Derecho hipotecario*



BOSCH, Casa Editorial, S.A. - Comte d'Urgell, 51 bis - BARCELONA

XXI. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. La publicidad de los derechos reales	523
2. Sistemas de publicidad registral inmobiliaria ..	524
3. Derecho inmobiliario registral y Derecho hipotecario	528
4. El Registro de la Propiedad en España. Antecedentes y legislación vigente	529
5. Los principios hipotecarios	531
A. El principio de inscripción	531
B. El principio del consentimiento	533
C. El principio de especialidad	534
D. El principio de legalidad	535
E. El principio de prioridad	536
F. El principio de trazo sucesivo	537
G. El principio de rogación	539
H. El principio de legitimación	540
I. El principio de fe pública registral	541
6. Fincas, títulos y derechos inscribibles	541
A. La finca registral	542
B. Títulos inscribibles	542
C. Los derechos inscribibles	543
7. Legitimación y fe pública registral	543
A. La legitimación derivada del carácter fehaciente de los asientos registrales	545
B. La protección del adquirente que ha confiado en el Registro	549
8. Asientos que se practican en el Registro de la Propiedad	
A. Asientos en general	557
B. Asientos de presentación	558
C. Inscripción propiamente dicha	558
D. Anotaciones preventivas	559
E. Asientos de cancelación	563
F. Las notas marginales	564

EL DERECHO REAL

I

1. El Derecho de cosas y su posición en el Código civil

El Código civil regula los derechos reales o sobre las cosas en el Libro Segundo, dedicado a tratar «De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones»; pero algunas instituciones que también pertenecen al grupo de los derechos reales se hallan en el Libro Tercero, como sucede con la ocupación, y en el Cuarto, cuando se refiere a los censos y a los derechos reales de garantía: anticresis, prenda e hipoteca.¹

Por otra parte, numerosas disposiciones sobre derechos reales están fuera del Código civil. Basta mencionar la Ley Hipotecaria, las leyes sobre las llamadas propiedades especiales, la Ley de Propiedad Horizontal, la Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, la Ley sobre Régimen Jurídico del Suelo y Ordenación Urbana, etcétera.

Existen también numerosas disposiciones de Derecho público que afectan a la propiedad y a los derechos sobre los bienes, como las leyes que regulan los bienes de dominio público y los que pertenecen al patrimonio del Estado, la Ley de Expropiación forzosa, las que imponen limitaciones a la propiedad privada por causa de interés público, etcétera.

1. Como ya se indicó en el volumen I de este Compendio, seguimos el criterio de escribir la palabra Derecho con mayúscula cuando se refiere al objetivo, y derecho con minúscula para referirnos al subjetivo, como hace parte de la doctrina moderna, a pesar de que en los textos legales no se marca esta diferencia.

2. El derecho real

Existe un derecho real cuando el ordenamiento jurídico protege el interés de un sujeto sobre un objeto determinado con independencia de la actuación de otro sujeto personalmente obligado. Su primera rasgo peculiar es que recae de manera directa e inmediata sobre la cosa que constituye su objeto, y en este sentido el derecho real tiene carácter inmediato. Pero al mismo tiempo esta característica se ejerce no sólo frente a un sujeto pasivo concretamente determinado, sino también frente a todos (*erga omnes*), y en este sentido se afirma que tiene carácter absoluto.²

La concepción de que se trata de una relación directa e inmediata del sujeto sobre el objeto de su derecho, sin la intervención de otra persona que haya asumido una obligación personal a tal efecto, es la tradicional o clásica y la que corresponde a la tradición romanista.

Aunque en algunos casos, como en el derecho real de censo, el propietario del inmueble gravado ha de realizar unas prestaciones a favor del titular del derecho real, lo hace en su calidad de propietario del inmueble gravado y el derecho a las pensiones es independiente de la consideración personal de quien sea propietario del inmueble gravado. Si la finca se enajena será el nuevo propietario el obligado al pago de las pensiones porque éstas son manifestación o resultado de un derecho real sobre la finca.

A finales del siglo XIX varios autores, como Windscheid en Alemania y Plantol en Francia, opinaron que la descripción clásica del derecho real era falsa por la razón de que todo derecho sólo puede concebirse como una relación entre sujetos, y el derecho real, por tanto, no puede consistir en una relación entre una persona y una cosa.

2. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo II, volumen 1.º, 12.ª edición, Madrid, 1982, p. 31; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen 2.º, Madrid, 1978, p. 41; WOLFF, *Derecho de cosas*, en el Tratado de Derecho civil de ENNECCERUS, traducción española, tomo III, volumen 1.º, Barcelona, 1971, p. 12; ALBALADEJO, *Derecho civil*, tomo III, volumen 1.º, Barcelona, 1983, p. 17; O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, tomo III, Madrid, 1985, p. 15; SANTOS BRIZ, *Derecho civil*, II, Madrid, 1973, pp. 3 y ss., 8 y ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales-Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, pp. 13 y ss., con posterior edición de 1986; ALVAREZ CAPEROQUI, *Curso de derechos reales*, Madrid, 1986, I, pp. 17 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre Derecho de cosas*, Madrid, 1973, pp. 149 y ss.; ALGUER, *Ensayos varios sobre temas fundamentales de Derecho civil*, II, El Derecho real, Revista Jurídica de Cataluña, 1931, pp. 73 y ss.; JEAN DABIN, *Une nouvelle définition du droit réel*, Revue Trimestrielle de Droit civil, 1962, pp. 20 a 44.

1. El derecho real

Para por sí sola no puede pretender ni obedecer, por lo que todas las facultades que se tengan sobre ella han de traducirse en vínculos o relaciones jurídicas con respecto a otras personas. Si el derecho real permite actuar sobre una cosa, ello es debido a que prohíbe a los demás que lo impidan. En este sentido afirmó Windscheid que «el derecho real sólo contiene prohibiciones».³

En realidad ambas concepciones se complementan porque cada una subraya uno de los dos rasgos peculiares del *ius in re*. En el aspecto interno el derecho real recae de manera directa e inmediata sobre la cosa que constituye su objeto. En el aspecto externo se manifiesta con su carácter absoluto, en el sentido de que el titular del derecho puede oponerlo a todos los no titulares. Es cierto que el deber de abstención y respeto se da en todos los derechos subjetivos, pero en el derecho personal o de crédito lo que destaca es la figura del sujeto pasivo personalmente obligado, que no existe en el derecho real. Mas por ello será útil insistir un poco, a continuación, en la diferencia entre derechos reales y personales.

3. Derechos reales y derechos personales o de crédito

Derechos reales y derechos personales forman las dos grandes ramas de los derechos patrimoniales y son manifestación de las dos maneras básicas de dar protección a justos intereses. Su distinción no puede ofrecer dudas aunque en ocasiones se ha intentado subrayar el carácter relativo de la diferencia.⁴

3. ALGUER, lugar citado, p. 76, nota 71. José GONZÁLEZ PALOMINO, en su conferencia sobre el tema *La adjudicación para pago de deudas*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, I, Madrid, 1945, pp. 213 y ss., esp. 241 nota, había ironizado sobre la tendencia a convertir en derechos de crédito todos los derechos subjetivos, incluso los derechos reales, con lo que llamaba la atención del «sujeto pasivo indeterminado», que no es un elemento del derecho subjetivo, sino del concepto de imperatividad de la norma jurídica.

4. VALLET DE GOYTISOLO, *La distinción entre derechos reales y derechos de crédito-Notas sobre un estudio de E. Tillock*, ob. cit., pp. 151 a 158; ALVAREZ SUÁREZ, *Esquema de la distinción entre derechos reales y personales*, Revista de la Facultad de Derecho, Madrid, 1943, pp. 25 y ss.; ESPINAR, *Sobre la distinción entre derechos reales y obligaciones*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1962, pp. 614 y ss.; RAMÓN M.º ROCA SASTRE y LUIS ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 7.ª edición, Barcelona, 1979, tomo II, pp. 648 a 668; GINOSSAR, *Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel*, Revue Trimestrielle de Droit civil, 1962, pp. 573 a 589. J. L. DE LOS MOZOS, *Derecho Civil. Método, Sistemas y Categorías Jurídicas*, Madrid, 1988, pp. 312 y ss.

No hay duda que el propietario tiene lo que le pertenece bajo su directa dominación y puede ejercitar su derecho frente a todos. En el derecho de crédito, por el contrario, el acreedor sólo puede dirigirse contra su deudor personal y de la conducta de éste dependerá que se cumpla la obligación voluntariamente o deba recurrirse a la ejecución por vía judicial.

Si en lugar de tomar como ejemplo el derecho de propiedad nos referimos a los derechos reales de contenido limitado, como el usufructo, la servidumbre, etc., tampoco podrá dudarse de que se trata de derechos reales, aunque como observa Díez-Picazo, una gran parte del contenido de las facultades y deberes que les acompañan «no puede seguir otro rumbo ni otra dirección que la que es propia de una relación jurídica-obligatoria». Pero todo lo que, por ejemplo, usufructuario y nudo propietario pueden discutir acerca de quien ha de hacer determinadas reparaciones o ha de pagar ciertas cargas es un complejo de relaciones obligacionales adheridas al derecho real y que aparecen y desaparecen con la constitución y extinción de éste.⁵

El caso de los derechos reales de garantía es peculiar porque garantizan el cumplimiento de las obligaciones personales precisamente por su eficacia real. El derecho de hipoteca inscrito en el Registro de la Propiedad confiere al acreedor hipotecario el derecho a instar la venta judicial de la finca hipotecada si el deudor no paga la deuda a su vencimiento. El derecho de este acreedor tiene naturaleza real porque para instar esta venta no necesita contar con la voluntad del deudor o del tercero que haya hipotecado su finca en garantía de una deuda ajena, como permite el art. 1.857-2. C.civil.

En cambio, si el acreedor no tiene garantizado su derecho de crédito con un derecho real, sólo podrá recibir la cantidad que se le debe con un acto de cumplimiento de su deudor. Si este cumplimiento no se produce, el acreedor no podrá dirigirse directamente contra los bienes del obligado, sino que deberá demandarle para que un Tribunal dicte una sentencia condenatoria y en trámite de ejecución se decrete el embargo de bienes del obligado.

Todo ello permite destacar los siguientes rasgos diferenciales entre derecho real y derecho personal. El primero confiere un poder directo e inmediato sobre la cosa que tiene por objeto y las facultades que atribuye al titular se ostentan frente a todos y pueden hacerse valer respecto a quien sea. Por el contrario, el derecho personal se

dirige exclusivamente contra el obligado y no recae directamente sobre una cosa determinada, sin perjuicio de que todo deudor deba responder del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, como dispone el art. 1.911 del Código civil. Incluso en el caso de la compra de una cosa determinada, el adquirente sólo tiene, según nuestro Código, un derecho personal antes de la entrega (arts. 609 y 1.095 C.c.) y por ello ha sido necesario regular la posible venta de una misma cosa a diferentes compradores (art. 1.473 C.c.).

En la servidumbre negativa, que es la que impone al dueño del predio sirviente la prohibición de hacer algo que podría hacer sin la servidumbre (art. 533, *in fine*, C.c.), parece que no concurren los rasgos peculiares del derecho real, pues el propietario del predio dominante no puede actuar directamente sobre el predio gravado. Sin embargo, el carácter real se manifiesta en otro aspecto, pues tanto el derecho del dueño del predio dominante como la obligación del propietario del sirviente sólo les corresponden mientras sean dueños de una y otra finca. Si las enajenan, el derecho y la correspondiente obligación recaerán sobre los nuevos propietarios y el carácter real de la servidumbre negativa se manifestará al permanecer adscrita a los bienes afectados aunque cambien de propietario. Por ello, el obligado a consecuencia de un derecho real puede liberarse abandonando la cosa, mientras que en el derecho personal sucede lo contrario, pues el deudor no podría liberarse de una obligación personal aunque se desprendiera de todos sus bienes.

En síntesis, de la diferencia entre derechos reales y derechos personales cabe decir:

Por razón de los *sujetos*, el titular del derecho real es una persona física o jurídica que ejerce dominación sobre una cosa determinada con eficacia respecto a terceros (*erga omnes*), en cambio, en el derecho personal o de crédito existe una polarización entre personas determinadas, de manera que el sujeto activo o acreedor puede dirigirse contra el sujeto pasivo o deudor que ha contratado personalmente el vínculo o que está personalmente obligado.

Por razón del *objeto*, en el derecho real es una cosa determinada y en el derecho de crédito lo es la conducta del deudor o sujeto obligado a realizar la prestación debida.

Por razón de la *eficacia*, la del derecho real se manifiesta en el señorío o dominación directa sobre la cosa que tiene por objeto, con eficacia frente a todos, por lo que le es inherente el derecho de persecución cuando la cosa ha salido indebidamente de su poder. Por el contrario, en el derecho de crédito el poder del acreedor está limita-

5. Díez-Picazo, citado en la nota 1, en su p. 48.

do a la posibilidad de exigir de su deudor la prestación debida, y esta posibilidad, respecto a otros acreedores, sólo puede traducirse, en su caso, en un derecho de preferencia.

Finalmente, por su origen el derecho real se adquiere en virtud de un título o fundamento causal de la transmisión añadido a un modo o acto real de entrega o toma de posesión (arts. 609, 1.095 y 1.462 C.c.). Además, puede adquirirse por usucapción. El derecho de crédito nace de alguna de las fuentes de las obligaciones a que se refiere el art. 1.089 C.c., sobre todo en virtud del consentimiento prestado por quienes van a ser acreedores y deudores. En ningún caso pueden adquirirse los derechos de crédito por usucapción.

4. Posibles figuras intermedias entre los derechos reales y los derechos de crédito

A. *El ius ad rem*

El concepto de *ius ad rem* apareció en Derecho feudal. Para adquirir un feudo el vasallo debía recibir una investidura con posesión (ley IV, título 26, Partida 4.^a), aunque a veces se efectuaba sólo con la entrega del signo de jurisdicción. Baldo cita una opinión de Jacobo de Ravanis en el sentido de que «si el investido no tiene un derecho real antes de entregársele la posesión *ius non habet in re*, tiene, sin embargo, un derecho a la cosa *ius ad rem*». De manera parecida, en Derecho canónico se distinguía entre el derecho real adquirido por la colación como último acto en la transmisión de un beneficio *plenam ius* y el conferido por la mera designación *tenue ius*. De esta manera, dice Jerónimo González, queda introducido entre la obligación y el derecho real un tercer término, el *ius ad rem*, que no comporta un perfecto dominio de la cosa, pero que la mediatiza en forma mucho más energética que el derecho personal. Sin embargo, la denominación *ius ad rem* pierde su específica significación en los romañistas del siglo XVIII y se confunde durante el siguiente con la obligación.⁶

Modernamente el concepto ha sido objeto de nueva atención bajo otro nombre. Bussi dice que el *ius ad rem* corresponde a lo que ahora se llama «expectativa jurídica», que se refiere a la protección dispensada a la esperanza de adquisición de un derecho que no ha quedado

6. Jerónimo GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho civil*, tomo I, Madrid, 1948, pp. 300 y ss.

perfectacionado por falta de alguno de los elementos que exigen las leyes. En este sentido Raiser se refiere a los derechos de crédito asegurados con una anotación preventiva (la *Vormerkung* o «prenotación» del Derecho alemán), que garantiza la futura adquisición de un derecho sin dar al acreedor un poder directo sobre la cosa. Puede existir una protección jurídica eficaz contra terceros, sin que ello implique la existencia de un derecho real. En este sentido, la resolución de 30 mayo 1934 («Jurisprudencia Registral» de Roca Sastre y Molina Juyol, VII, p. 528) dice que «si las anotaciones preventivas, en general, consagran unas veces y crean otras un verdadero *ius ad rem* actual, que ascenderá a la categoría de *ius in re* o se cancelará, según triunfe o no el derecho que defiende, la demanda garantizará, por lo menos, que en el futuro podrá practicarse una inscripción o cancelación sin temor a los derechos adquiridos e inscritos con posterioridad a la misma». En el mismo sentido puede verse la resolución de 9 agosto 1943 (Ob. cit., VII, p. 644).⁷

B. Los derechos reales in faciendo

En tema de servidumbres es regla general que éstas no pueden tener por contenido una obligación positiva *servitus in faciendo consistere nequit*; pero, aparte de algún supuesto excepcional en relación con las servidumbres, no hay duda que existen otros derechos reales que consisten precisamente en que el propietario de un fundo está obligado a realizar ciertas prestaciones a favor del titular activo del derecho real, que por lo mismo es un derecho real *in faciendo*. Así ocurre con las llamadas cargas reales, que obligan al propietario del inmueble gravado a realizar ciertas prestaciones, generalmente reiternadas y periódicas, de cuyo cumplimiento responde con su valor el mismo inmueble. Así ocurre con los censos consignativos y reservados (arts. 1.606 y 1.607 C.c.).⁸

La denominación de «cargas reales» el Código sólo la emplea incidentalmente en algunos artículos. Por ejemplo, el art. 336 exige que las rentas o pensiones para ser consideradas cosas muebles «no gravan con carga real una cosa inmueble»; el art. 504 habla de cargas

7. Emilio Bussi, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, Padova, 1937, p. 10; RAISER, *Dingliche Anwartschaften* (Expectativas reales), Tübingen, 1961, pp. 58 y ss.

8. WOLFF-RAISER, *Derecho de cosas*, volumen 1.º de la tercera edición española, Barcelona, 1971, p. 4; ARARD, *Algunas de las construcciones jurídicas que exige el desenvolvimiento técnico de nuestro sistema hipotecario*, Revista de Derecho Privado, 1924, pp. 272 y ss.

en relación con las que ha de pagar el usufructuario: el art. 508, último párrafo, establece que el usufructuario de una o más cosas particulares sólo estará obligado a pagar un legado de renta o pensión cuando estas prestaciones estuviesen constituidas determinadamente sobre ellas; el art. 788, párrafos segundo y tercero, se refiere expresamente a cargas impuestas sobre bienes inmuebles, en relación con obligaciones impuestas por el testador al heredero; el art. 1.086 se refiere a un supuesto de estar gravada alguna de las fincas de la herencia «con renta o carga real perpetua»; etc.⁹

Las cargas reales aparecen, por tanto, como gravámenes que imponen prestaciones positivas a cargo del propietario de un fundo. Del cumplimiento de tales prestaciones parece que sólo responde el valor del inmueble que soporta el gravamen, pues el obligado puede liberarse por transmisión del fundo o por renuncia o abandono. Sin embargo, en el caso de que el derecho real obligue a la realización de prestaciones periódicas, podrán reclamarse por acción personal las prestaciones atrasadas y vencidas mientras fue dueño del fundo el demandado. El art. 1.623, después de afirmar que los censos producen acción real sobre la finca gravada, añade que además «podrá el censalista ejercitar la personal para el pago de las pensiones atrasadas». El párrafo 1.108-1 del Código alemán dispone expresamente que el propietario responde, incluso personalmente, por las prestaciones que han vencido mientras duraba su derecho de propiedad.¹⁰

C. Las obligaciones propter rem

Son obligaciones de sujeto pasivo variable porque se individualiza o determina mediante la titularidad de un derecho real. Como advierte Francisco Hernández-Gil, la calificación de *ob rem* o *propter rem* no alude a la naturaleza real de la obligación, sino a la conexión entre el sujeto pasivo y la cosa sobre la que el derecho se ostenta. El deudor es variable y por ello estas obligaciones han sido llamadas ambulatorias, debido a que la posición jurídica de deudor está vinculada a una titularidad real.¹¹

9. Díez-Picazo, ob. cit., p. 54.

10. SCHULZ, *Derecho romano clásico*, traducción española de José SANTA CRUZ TEIGERO, Barcelona, 1960, p. 365, dice que hablar de «carga impuesta sobre una cosa» (se refiere a las servidumbres) es una expresión metafórica, cuya significación propiamente jurídica es «modificación de la propiedad».

11. FRANCISCO HERNÁNDEZ-GIL, *Concepto y naturaleza jurídica de las obli-*

Pero no todos los supuestos en que la persona del deudor queda determinada de semejante manera son obligaciones *propter rem*. Así, la obligación del propietario de una cosa de indemnizar los daños causados por medio de ella (arts. 1.905 a 1.908 y 1.910 del Código civil) carece de algunos rasgos peculiares de las obligaciones *propter rem*, como la transmisión de la obligación cuando se transmite el derecho sobre la cosa y su extinción mediante la renuncia o abandono de la titularidad del derecho real.¹²

Es una obligación *accessoria* en el sentido de estar conectada con determinada titularidad real. Ser titular del derecho real significa al propio tiempo ser sujeto pasivo de la obligación. Por esta razón, el obligado puede liberarse del vínculo mediante la renuncia o el abandono del derecho real. Pero, como subraya F. Hernández-Gil, ello no significa que la responsabilidad se limite y circunscriba a la cosa que es objeto del derecho real. Para que se produzca la liberación del deudor mediante el abandono o la renuncia es necesario que se realice antes de producirse el incumplimiento.¹³

Sin duda, como dice Díez-Picazo, no hay más obligaciones *propter rem* que las taxativamente previstas en la ley. Varios rasgos peculiares de éstas significan importantes desviaciones en relación con normas fundamentales de las obligaciones y no aconsejan que puedan nacer de la libre iniciativa particular. Constituyen una excepción a la regla de que el contrato sólo produce efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, como dispone el art. 1.257 C.C. Además, la posibilidad de abandono o de renuncia liberatoria puede entenderse como una excepción o derogación del principio de la responsabilidad patrimonial universal del art. 1.911, por lo que sólo ha de estar admitida en los casos en que la ley lo haya establecido. Otro supuesto excepcional es el de la transmisión de la obligación al adquirente del derecho real sin específica asunción de deuda, en contra de lo que dispone el art. 1.205 C.C.¹⁴

aciones propter rem. Revista de Derecho Privado, 1962, pp. 850 a 875; Díez-Picazo, ob. cit., pp. 55 a 61.

12. Acerca de la responsabilidad derivada de los arts. 1.905 y ss. C.C., véase el volumen II de este *Compendio*, pp. 636 a 641, y en *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II, volumen 3.º, Barcelona 1983, pp. 118 a 128.

13. F. HERNÁNDEZ-GIL, lugar citado, p. 862.

14. Díez-Picazo, ob. cit., p. 59. Acerca de la dificultad para diferenciar las obligaciones *propter rem* y las cargas reales, véase, el mismo autor y obra, pp. 61 a 64.

5. Clasificación de los derechos reales

La doctrina distingue en primer lugar un derecho real provisional, la *posesión*, y un derecho real pleno y definitivo que es la *propiedad*.

Ante a la propiedad aparecen los derechos reales de contenido limitado o limitativos de una propiedad ajena, los *ius in re aliena*, en los que cabe distinguir tres grupos: los derechos de disfrute, los que facultan para realizar una adquisición preferente y los derechos de realización de valor o de garantía real.¹⁵

A. Derechos de disfrute

Son los que consisten en el disfrute o aprovechamiento de cosas de propiedad ajena. Son el usufructo, las servidumbres, los derechos de uso y habitación, la enfiteusis y el derecho de superficie.

El usufructo concede unas facultades tan amplias de gozar de un bien de ajena pertenencia que el propietario de la cosa gravada queda generalmente reducido a ser titular de la *nuda propiedad*, que en lo esencial es su derecho a la futura readquisición del pleno dominio.

Los derechos de uso y de habitación son derechos reales de disfrute de contenido limitado, que en gran medida se rigen de manera supletoria por las normas del derecho de usufructo.

Las servidumbres atribuyen un derecho de contenido limitado sobre un predio ajeno, llamado predio sirviente, en beneficio del titular de otro predio, llamado dominante. Como veremos, también pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada.

El derecho real de *enfiteusis* existe cuando una persona ha cedido a otra el dominio útil de una finca, reservándose el dominio directo y el derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio (art. 1.605 C.c.).

Las cargas reales como los censos reservativo y consignativo confieren el derecho a recibir prestaciones reiteradas: las pensiones del censo, con la responsabilidad del inmueble gravado. En atención a que producen acción real sobre la finca gravada en garantía del pago (cfr. art. 1.623 C.c.), pueden ser considerados como derechos de realización de valor.

Los derechos de superficie, de vuelo y de subsuelo permiten apro-

vechar el espacio superior o inferior de un inmueble ajeno para realizar una construcción. El derecho de superficie en la actualidad aparece en los arts. 171 a 174 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 abril 1976 y en el art. 16 del Reglamento Hipotecario. En definitiva, se trata de un derecho de utilización del suelo ajeno, unido a una propiedad separada de la construcción.

B. Derechos de adquisición preferente

Son los que atribuyen la facultad de adquirir una cosa determinada con preferencia a terceras personas.

Con esta eficacia real puede constituirse el *derecho de opción* (art. 14 Reglamento Hipotecario), que permite al titular resolver acerca de la adquisición de una cosa determinada en las condiciones estipuladas y dentro del plazo previsto.¹⁶

El *tanteo* atribuye el poder o facultad de adquirir una cosa en el caso de que el propietario de la misma quiera transmitirla a título oneroso a un tercero.

El *retracto* permite igualmente adquirir una cosa cuando ya ha sido transmitida a título oneroso a un tercero.¹⁷

C. Derechos reales de garantía o de realización de valor

Son los de hipoteca, prenda y anticresis. El derecho de hipoteca recae normalmente sobre bienes inmuebles, o sobre bienes muebles

16. Como se ha dicho en el volumen II de este *Compendio*, pp. 321 a 325, el derecho de opción de compra inscrito actuará contra todo propietario del inmueble afectado y, por efecto de la publicidad registral, todo ulterior adquirente quedará subrogado en la misma posición jurídica del propietario concedente de opción. Díez-Picazo, ob. cit., p. 73, dice: «Es evidente que el derecho de la opción de compra inscrito posee una eficacia mucho mayor y que es eficaz contra u oponible frente a los terceros adquirentes, pero ello por sí solo no determina una modificación de la naturaleza del derecho en sí mismo considerado. El derecho de opción no confiere un poder directo e inmediato sobre la cosa, sino simplemente la facultad de decidir su adquisición, y en consecuencia no puede ser considerado como un derecho real.» Véase más adelante, p. 359.

17. También respecto al tanteo y al retracto opina Díez-Picazo, lugar citado en la nota anterior, que «son derechos de adquisición con un ámbito de eficacia que permite a su titular dirigirse contra terceros, pero ello no hace posible la calificación de estos derechos como derechos reales, por cuanto en ningún caso confieren a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa».

15. Díez-Picazo, ob. cit., pp. 65 y ss.; O'Callaghan, ob. cit., pp. 22 y ss.

en el caso de hipoteca mobiliaria, pero en todo caso sin desplazamiento del bien gravado. Se caracteriza porque «sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida» (art. 1.876 C.c.).

El derecho de *prenda* recae sobre bienes muebles cuya posesión pasa al acreedor, aunque también se halla legalmente regulada la llamada prenda sin desplazamiento.

El derecho de *antícresis* recae sobre bienes inmuebles y concede el derecho a percibir los frutos que produzca, pero no en concepto de derecho de goce, sino en función de garantía, para ser imputados al pago de una deuda.

6. Acerca de la posibilidad de crear derechos reales no previstos por la ley

Es tema de discusión si la lista de derechos reales es cerrada *numerus clausus* o abierta *numerus apertus*; es decir, si cabe admitir la creación de derechos reales atípicos o no previstos por la ley.¹⁸

En contra de esta posibilidad se alega que la constitución y existencia de los derechos reales no es tema de exclusivo interés particular o privado y que por ello no puede dejarse a la iniciativa de los particulares. Afecta a los terceros, al tráfico en general, y por tanto es una cuestión de orden público.

No cabe alegar el principio general de la autonomía de la voluntad, que rige en tema de contratos (art. 1.255 C.c.). Como advierte Díez-Picazo, esta autonomía es una autorregulación de los intereses privados y es regla fundamental de la contratación que lo convenido sólo ha de producir efecto entre los contratantes y sus herederos (art. 1.257 C.c.), mientras que la atribución de efectos reales a una creación de la voluntad privada significaría todo lo contrario.

A favor de la posibilidad se alega lo que dispone el art. 2.º de la Ley Hipotecaria, en su núm. 2, en el sentido de que en el Registro de la Propiedad se inscribirán «los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo,

uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres, y otros cualesquiera reales». De igual modo, el art. 7.º de su Reglamento afirma que «conforme a lo dispuesto en el art. 2.º de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en los que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos relativos a dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales».

Estas disposiciones parecen presuponer que existe la posibilidad de crear nuevos tipos de derechos reales. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia se muestran poco favorables a este criterio liberal. Lo que dicen las citadas disposiciones, observa Díez-Picazo, es que los derechos reales se inscriben en el Registro, pero señalar cuáles son tales derechos no es cuestión que corresponda a la Ley ni al Reglamento Hipotecario, sino al Código civil. Además, en todo caso sería necesario que existiera la posibilidad institucional de crear derechos reales diferentes de los conocidos y que no fueran meras variantes de éstos.

La Dirección General de los Registros no se ha mostrado favorable a esta posibilidad de constitución. La resolución de 11 abril 1930 declaró que «la doctrina condensada en la frase *numerus apertus* no autoriza la constitución de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y los efectos de un derecho real, ni significa que la voluntad pueda configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles...». En sentido equivalente otras resoluciones, como las de 27 marzo 1947 y 1.º agosto 1959.

El problema, ha dicho Díez-Picazo, no consiste en averiguar si pueden crearse derechos reales atípicos, sino en precisar los límites y requisitos de este poder. En todo caso sólo podrían consistir en derechos reales sobre cosa ajena, pues el dominio no admite formas atípicas. Caben limitaciones del dominio que necesariamente tendrían que consistir en derechos reales en favor de otros. Las posibilidades no son las mismas dentro de cada uno de los grupos de derechos reales que hemos examinado.¹⁹

En el grupo de los derechos reales de disfrute no cabe más derecho real de disfrute pleno en cosa ajena que el usufructo, sin perjuici-

18. A. HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, pp. 46 y 47; ALBALADEJO, *Derecho civil*, III-1.º, citado, p. 28; Ramón M.º ROCA SASTRE y Luis ROCA-SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 7.ª edición, Barcelona, 1979, tomo II, pp. 669 y 670; Díez-Picazo, *Autonomía privada y derechos reales*, Libro-Homenaje a Ramón M.º Roca Sastre, Madrid, 1976, volumen II, pp. 299 a 330.

19. Díez-Picazo, lugar citado en la nota anterior. Además, en su obra citada en la nota 2, II, pp. 78 a 94, esp. pp. 87 y ss.

cio de las posibles variaciones en su régimen jurídico que se hayan convenido en su título constitutivo.

En tema de servidumbres tampoco es posible la creación de un derecho real atípico, sin perjuicio de que la utilidad a obtener del fundo ajeno sea más o menos amplia.

En los derechos reales de garantía impera la tipicidad y el *numerus clausus* por la razón de que entrañan una facultad de realización de valor y una prelación o privilegio de carácter excepcional, en derogación del principio de igualdad de trato para todos los acreedores. Por ello ha de entenderse que no cabe la constitución de garantías con efectos reales al margen de las establecidos por la ley.

Respecto a los derechos de adquisición y a las cargas reales, no se trata propiamente de la posibilidad de creación de derechos reales atípicos, sino de dar efectos reales o frente a terceros al negocio de constitución del derecho.

II LA POSESIÓN

1. Concepto y fundamento

La palabra «posesión» referida a temas jurídicos es un término equívoco, que se aplica a cuestiones diversas, sustantivas y procesales. Se refiere a una compleja serie de normas que tratan de proteger situaciones jurídicas diferentes y difíciles de reducir a un esquema unitario.¹

En su acepción más elemental, posesión se refiere al señorío que se tiene de hecho sobre una cosa, el poder efectivo o dominación sobre ella. La ley parte de esta realidad y le atribuye consecuencias jurídicas; pero, además, atribuye las mismas consecuencias a otras situaciones de hecho que no se manifiestan como un poder efectivo y directo sobre la cosa poseída.²

La posesión es un hecho en cuanto se refiere al señorío efectivo sobre una cosa, con independencia del fundamento jurídico de este poder; pero, en virtud de la protección que la ley dispensa a estas situaciones de dominación, también es un derecho porque la ley regula ciertos efectos o consecuencias de este hecho de poseer. Por depender la protección posesoria de la voluntad del poseedor, la posesión aparece como un derecho subjetivo de un carácter peculiar.

1. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1978, p. 447; ALVAREZ CAPEPOCHI, *Curso de Derechos reales*, I, Madrid, 1986, p. 77.

2. JOSSEBRAND, *Derecho civil*, revisado y completado por A. BRUN, traducción, Buenos Aires, 1950, tomo I, volumen 3.º, pp. 55 y ss. La palabra latina *possidere* significa estar sentado sobre una cosa, y la palabra *possessor* significa que una persona domina una cosa. Las palabras alemanas *Besitz* y *Besitzen* significan igualmente posesión y poseer, a base de la misma raíz, *sitzen*, estar sentado.