

# Los derechos reales<sup>(\*)</sup>

SUMARIO: 1. La tradicional partición de los derechos patrimoniales en derechos reales y derechos de crédito.—2. Los derechos de garantía y las características del derecho real.—3. Las servidumbres negativas.—4. Los derechos de disfrute.—5. Los derechos reales y la absolutividad.—6. Los derechos patrimoniales desde el punto de vista del poder concedido al titular.—7. Los derechos reales y la inherencia con la cosa. La publicidad y la posesión.—8. Conclusiones sobre la distinción entre derechos reales y derechos de crédito. Las *obligaciones propter rem* y las cargas reales.—9. Las obligaciones reales y el moderno derecho de la edificación: la inscripción.

1. La categoría de los derechos reales se individualiza usualmente dentro de la más amplia de los derechos patrimoniales a través de la tradicional distinción de estos últimos en dos grandes ramas: de un lado los derechos reales y de otro los derechos de crédito. La doctrina dominante encuentra el fundamento de esta distinción en la presencia en las dos categorías citadas, de unas características diversas y contrapuestas. Mientras que en los derechos de crédito el poder del acreedor es *mediato*, en cuanto que la consecución del bien no es garantizada por el ordenamiento jurídico mediante una potestad sobre el bien mismo, sino únicamente a través del trámite (de la actividad) del deudor, y *relativo*, en cuanto que se ejercita y corresponde sólo frente a una persona determinada, el deudor; en los derechos reales, en cambio, el poder concedido al titular posee las características de *inmediatividad* sobre la cosa objeto del derecho y de *absolutividad*.

---

(\*) El original del trabajo que a continuación publicamos apareció por primera vez en el *Novissimo Digesto Italiano*. Su traducción al castellano ha sido posible merced a la amable autorización de la Unione Tipografico-Editrice Torinese.

El poder atribuido al titular del derecho real es *inmediato*, en cuanto que se concreta en un señorío directo sobre el bien, de tal manera que el ejercicio del derecho y la satisfacción del interés por este tutelado no implican la cooperación de otros sujetos.

La segunda de las características indicadas, es decir, la llamada absolutividad, es entendida en dos sentidos diversos. Con el primero de ellos se intenta usualmente designar el fenómeno consistente en que en el derecho real se verifica la instauración de una relación entre el titular y todos los demás miembros de la comunidad jurídica a los cuales incumbe un deber negativo. Más precisamente: al derecho real corresponde una obligación de no impedir el ejercicio del derecho, que pesa y está a cargo de los demás miembros de la comunidad. Tal deber se concibe como una consecuencia del reconocimiento del señorío de que goza sobre la cosa el titular del derecho real, esto es, como un deber de respetar su poder inmediato sobre el bien.

Por otra parte, al deber negativo de abstención a cargo de los terceros se le atribuye también un significado y un relieve más intenso. Considerándolo como un elemento fundamental y constitutivo del derecho real, que se identifica, por ello, como el resultado de un complejo de deberes negativos impuestos a los demás miembros de la comunidad.

Un significado diverso se atribuye al carácter absoluto del derecho real en contraposición a la relatividad del derecho de crédito, cuando se dice que mientras el primero es ejercitable *erga omnes*, el segundo sólo puede ejercitarse frente a la persona del deudor.

La doctrina dominante, sin embargo, no deja de encontrar dificultades al catalogar, con base en los indicados criterios, en una u otra categoría, determinadas situaciones particulares (las llamadas *obligationes propter rem*, las cargas reales), pues en ellas se encuentran algunas características propias del derecho real junto con otras propias del derecho de crédito. Se afirma así usualmente que existe una zona de frontera entre los derechos reales y los derechos de crédito, con lo cual disminuye claramente la importancia y valor de la distinción.

2. No han faltado tentativas, más o menos ilustres, de revisión de los términos antes referidos de la tradicional partición. Se

ha llegado así hasta a anular a uno u otro de los dos términos, reduciendo todos los derechos patrimoniales, ora a los derechos reales, ora a los derechos de crédito. A veces, incluso las tentativas de revisión han tocado la noción misma de derecho subjetivo.

A nosotros nos parece que—dejando intacta la noción común de derecho subjetivo—es posible individualizar entre los derechos patrimoniales la categoría de los derechos reales, pero que la individualización de esta categoría debe ser realizada usando un método distinto del tradicional.

A nuestro juicio, la distinción de los derechos patrimoniales en derechos reales y de obligación se encuentra ya anticuada en los términos en que comúnmente se la pone. Es conocida la dificultad con que la distinción tropieza para lograr clasificar algunas situaciones surgidas de las exigencias del tráfico moderno, como, por ejemplo, el derecho del socio en una Sociedad de capitales. En realidad, la distinción parte del presupuesto—probablemente cierto en una determinada era económica—de que tanto el derecho real como el derecho de crédito tienen por objeto una *res*, ya que en el primer caso el titular ha obtenido ya, mientras que en el segundo caso espera (*credere*, tener confianza) obtener por medio de la actividad del deudor. En otros términos, la distinción tradicional tiene presente sólo el paradigma de la propiedad de un lado y de otro el del crédito de un bien, frecuentemente de una suma de dinero. Así, los criterios sobre los cuales se apoya, se revelan como inidóneos para clasificar otras situaciones.

Es fácil demostrar que, por una parte, las características que la doctrina dominante considera como fisiónómicas del derecho real no se encuentran en algunas de las situaciones jurídicas que ella misma, tradicionalmente, coloca dentro de la categoría de los derechos reales; y, por otra parte, que aquellas características no son exclusivas de esta categoría, sino que, antes bien, se presentan en situaciones que la doctrina dominante coloca dentro de la categoría de los derechos de crédito. De esta manera, aunque puede considerarse legítimo establecer una distinción de los derechos patrimoniales con arreglo a la diversidad de la estructura del poder puesto a disposición del titular, no parece que sea posible clasificarlos en las dos tradicionales categorías.

Comencemos examinando la característica consistente en la lla-

mada inmediatividad del poder del titular, que constituye, según algunos, la principal de las características diferenciales del derecho real, y según otros, cabalmente la única.

Es posible encontrar situaciones jurídicas en las cuales, no obstante ser colocadas por la doctrina dominante entre los derechos reales, el interés del sujeto no se logra de hecho con un poder inmediato sobre la cosa. A la inversa: es posible encontrar situaciones jurídicas, comprendidas tradicionalmente entre los derechos de crédito, en las cuales, sin embargo, el instrumento que el Ordenamiento jurídico pone a disposición del sujeto para el logro de su interés está constituido justamente por un poder inmediato sobre la cosa.

Analicemos, de un lado, los llamados derechos reales de garantía (prenda e hipoteca) y las servidumbres negativas; de otro lado, el arrendamiento, el comodato y la anticresis.

Según la doctrina tradicional, en los llamados derechos reales de garantía se encuentra presente también la característica fisio-nímica de los derechos reales en general, consistente en la inmediatividad del poder del titular sobre la cosa. Se dice, de esta manera, que en la hipoteca la inmediatividad del poder del titular consiste en la posibilidad que tiene el acreedor hipotecario de ejercitar un derecho sobre la cosa sin necesidad de la cooperación del deudor. Sin embargo, la moderna doctrina, más sagaz, no ha dejado de poner de relieve que así entendía la inmediatividad del poder del acreedor hipotecario, resulta un concepto evanescente, y por otra parte, que, bien vistas las cosas, no puede considerarse como una característica exclusiva del poder del acreedor hipotecario comparado con el poder de los demás acreedores.

Por lo que se refiere al primer punto, hay que advertir que, si bien es cierto que el acreedor hipotecario puede ejercitar su derecho sobre la cosa sin necesidad de la cooperación del deudor, eso no significa que ejercite su poder inmediato sobre la cosa, dado que es necesaria, sino la cooperación del deudor, por lo menos la cooperación del órgano jurisdiccional. El Ordenamiento jurídico no permite que el acreedor hipotecario satisfaga su interés directamente sobre la cosa, sino que le impone la necesidad de reclamar al Estado la realización de su interés mediante la instauración del correspondiente procedimiento de expropiación (art. 2.808, C. c.). Más aún, la

Ley prohíbe expresamente el pacto en virtud del cual se estipule que, por la falta de pago del crédito en el término fijado, la propiedad de la cosa hipotecada (o dada en prenda) pase automáticamente al acreedor (art. 2.744, C. c.).

Por lo que se refiere al segundo de los puntos antes esbozados, se hace preciso observar que si fuese cierto que la hipoteca es un derecho real porque su contenido consiste en el poder de satisfacer directamente sobre el bien el interés del acreedor sin la colaboración del propietario de la cosa hipotecada—poniéndose así en la sombra la intervención del Estado y subrayando, en cambio, la falta de actividad del sujeto pasivo—, debería considerarse también como real el derecho atribuido a cualquier acreedor sobre los bienes presentes y futuros de su deudor (art. 2.740, Código civil), y más todavía el derecho del acreedor protegido por un título ejecutivo que le permite expropiar los bienes del deudor que ha incumplido (arts. 2.210, C. c. y 474, C. Proc. c.).

Las cosas no cambian en nada por lo que se refiere a la prenda.

3. Pasemos ahora a examinar las servidumbres negativas. ¿Puede decirse que en esta situación jurídica el interés del sujeto se satisface mediante la atribución al mismo por el Ordenamiento jurídico de un poder inmediato sobre la cosa? A nosotros nos parece que no.

Cuando se dice, a propósito de una hipótesis típica de servidumbre negativa, como es la servidumbre *altius non tollendi*, que el propietario del fundo dominante tiene un señorío (limitado) sobre el actual estado en que se encuentra el fundo sirviente, se pone de manifiesto abiertamente la dificultad con que se topa la doctrina tradicional. En realidad, en la *servitus non tollendi* el titular no tiene necesidad de ningún poder sobre la cosa para lograr la satisfacción de su interés. Si el interés del titular tiene por objeto la inalterabilidad del actual estado en que se halla el fundo sirviente, semejante interés negativo no puede, en nuestra opinión, ser conseguido mediante un poder que se ejercite sobre la cosa ajena, pues, en verdad, la actividad del titular del derecho no es ni suficiente, ni, por otra parte, necesaria para realizar el interés protegido. En la servidumbre negativa, el interés del

titular del derecho se realiza, en cambio, mediante una limitación de la esfera de libertad del propietario del fundo, es decir, mediante la imposición a este último de una obligación de no desplegar la actividad contraria al interés del propietario del fundo dominante.

Que se trata de una verdadera y propia obligación es algo que resulta del hecho de que la observancia del comportamiento negativo del sujeto pasivo de la relación, es por sí sola suficiente para satisfacer el interés del titular de la servidumbre, lo que constituye la característica peculiar de la relación obligatoria. Al titular de la servidumbre negativa no le corresponde, pues, un poder sobre la cosa ajena; poder que, por lo demás, no sería necesario ni idóneo para la satisfacción de su interés.

En definitiva, la servidumbre negativa se realiza por medio de una relación obligatoria. En seguida veremos en qué casos y por qué causas una relación obligatoria puede asumir también las características de un derecho real.

Hemos descubierto, de esta manera, dos grupos de situaciones jurídicas (derechos de garantía y servidumbres negativas), que la doctrina coloca usualmente entre los derechos reales y en los cuales, sin embargo, el interés del sujeto no se consigue por medio de un poder inmediato sobre la cosa.

4. Es posible de otro lado individualizar algunas situaciones jurídicas que tradicionalmente vienen quedando fuera de la categoría de los derechos reales, y en las cuales, sin embargo, el instrumento a través del cual el titular consigue la satisfacción de su interés está constituido justamente por un poder inmediato sobre la cosa (de otro). Tales situaciones son el arrendamiento, el comodato y la anticresis.

La doctrina tradicional afirma que del contrato de arrendamiento surge una relación obligatoria entre arrendador y arrendatario, en la cual el instrumento a través del que este último realiza su derecho de goce sobre la cosa es un deber que el arrendador está obligado a cumplir *quotidie et singulis momentis*.

Es evidentemente artificiosa esta idea de la existencia de un deber positivo a cargo del arrendador de hacer gozar al arrendatario momento a momento. Sobre todo por esta razón, la doc-

trina más moderna ha venido poco a poco asignando a dicho deber un contenido negativo y afirmando que el arrendador sólo está obligado a *dejar gozar* al arrendatario. Sin embargo, de esta manera se ha hecho pedazos aquella correspondencia entre el derecho del arrendatario y el deber del arrendador que estaba en la base de la doctrina tradicional y justificaba, aunque fuera artificiosamente, la afirmación de que el primero se realiza a través del segundo. Un deber puramente negativo del arrendador no es el cambio suficiente para realizar el interés del arrendatario, que consiste en el goce de la cosa; podría tener, todo lo más, la función auxiliar de no turbar al arrendatario en la satisfacción de su interés.

Hace falta, además, tener en cuenta otra consideración. Si fuese cierto que el arrendatario consigue la satisfacción de su interés a través de un deber (positivo o negativo) del arrendador, siempre que en un momento dado este último dejase de cumplir su deber, debería el arrendatario cesar en el goce: si esto no se verifica es porque en realidad el arrendador no cumple ninguna obligación de tal tipo.

En nuestra opinión, el arrendatario, como las personas investidas de un llamado derecho real de goce (enfiteusis, usufructo, uso, habitación, servidumbre positiva), consigue la satisfacción de su interés por medio de un poder inmediato sobre la cosa, que le es reconocido por el ordenamiento jurídico. Si confrontamos la posición del arrendatario con la del usufructuario, advertiremos en seguida que el interés de uno y otro son idénticos: el goce de la cosa ajena. Tal vez hubiera sido posible en abstracto que la Ley hubiese predispuesto instrumentos diversos entre sí para la obtención del mismo interés, esto es, en un caso una relación obligatoria y en el otro un poder inmediato sobre la cosa. Resulta, en cambio, de la regulación de ambas instituciones, que tanto el usufructuario como el arrendatario disfrutan de la cosa del mismo modo; tanto en un caso como en el otro, sin la cooperación de otra persona. Tal cooperación es necesaria únicamente en la fase inicial de instauración de la relación (entrega de la cosa) y eventualmente durante la vida de la relación con el fin de hacer posible el goce de la cosa, de conformidad con el uso de la misma (por ejemplo, reparaciones de la cosa).

Es superfluo advertir que unas consideraciones idénticas a las desenvueltas respecto del derecho del arrendatario puedan repetirse en lo que se refiere al derecho del comodatario o al del acreedor anticrético.

La investigación en torno a la primera de las características consideradas por la doctrina dominante como fisonómicas del derecho real, es decir, la inmediatividad del poder del titular, nos conduce al siguiente resultado: no se puede decir que el poder inmediato sobre la cosa (propia o ajena) como instrumento de satisfacción del interés del sujeto esté siempre presente en todas las situaciones jurídicas que usualmente se incardinan entre los derechos reales, y, por otra parte, ese poder inmediato se encuentra, en hipótesis, tradicionalmente excluido del territorio de los derechos reales y colocado, en cambio, entre los derechos de crédito.

5. Prosiguiendo el examen crítico de la doctrina dominante, es menester ahora cribar la segunda de las características consideradas como fisionómicas de los derechos reales, es decir, la llamada absolutividad.

Como hemos visto ya, de acuerdo con el primero de los dos significados con que tal característica es entendida, la absolutividad de los derechos reales designará la relación existente entre el titular del derecho y todos los demás miembros de la comunidad vinculados con aquél por un deber negativo de abstención. Según la doctrina dominante, esta característica expresaría la posibilidad de que los derechos reales, a diferencia de los derechos de crédito, sean violados por todos los miembros de la comunidad y no sólo por algunos sujetos determinados. Por esto, si se demostrara que tal posibilidad no existe en alguna de las situaciones que la doctrina dominante coloca entre los derechos reales, la característica indicada no podría considerarse ya como fisionómica de la categoría del derecho real.

La imagen del derecho real como idóneo para hacer surgir una relación que todos los miembros de la comunidad están obligados a respetar—aparte su legitimidad en el plano dogmático—conviene exclusivamente al paradigma de la propiedad. No se ve, cierta-

mente, cómo los terceros pueden violar los llamados derechos reales de garantía.

Bien visto, tampoco parece ser violado el derecho del titular de una servidumbre predial. El tercero extraño, que, por ejemplo, impide al titular el paso a través del fundo sirviente no viola la norma que le impone el deber de no perturbar el ejercicio de la servidumbre, sino más bien la norma que protege la libertad personal. A la misma conclusión se llega si se tiene en cuenta la consideración de que un tercero extraño puede, de igual modo, violar un derecho de paso que surgiese de una mera relación obligatoria existente entre los propietarios vecinos.

A alguno le ha parecido que la distinción entre derechos reales y derechos de crédito basado sobre la idea de que sólo los primeros pueden ser violados por todos, no tiene valor, porque también en los derechos de crédito existe esta posibilidad. Se implica de tal modo el delicado problema de la violación del derecho de crédito por parte de los terceros, que aquí no puede ser desflorado.

De acuerdo con el segundo de los significados, que, como habíamos indicado, se atribuye a la característica de la absolutividad de los derechos reales, ésta designa la ejercitabilidad *erga omnes* del derecho, en contraposición a la relatividad del derecho de crédito, que únicamente puede ser ejercitado frente a la persona del deudor.

No obstante, se ha observado justamente que existen dos excepciones a tal principio: una, en el sentido de que hay derechos que vienen siendo colocados en la categoría de los derechos reales y que no son ejercitables *erga omnes*; otra, en el sentido de que hay derechos que usualmente vienen siendo colocados entre los derechos de crédito y que son, en cambio, ejercitables *erga omnes*. Por un lado, se ha aducido el ejemplo de la propiedad inmobiliaria no inscrita, que no puede oponerse al sucesivo adquirente que, a su vez, ha inscrito (art. 2.644, C. c.) y el ejemplo de la propiedad mobiliaria, que no puede ser hecha valer frente al poseedor de buena fe (art. 1.153, C. c.); por otro lado, el ejemplo del arrendamiento por más de nueve años, e inscrito, que puede oponerse a cualquier tercero (art. 1.599, 2, C. c.).

6. Nos parece que con todo ello ha quedado suficientemente demostrado que la doctrina dominante que pretende fundar la distinción entre los derechos reales y las obligaciones sobre la base de las características examinadas no puede eludir las críticas. Es tiempo ahora de recoger el fruto de las críticas hechas a la doctrina dominante y de deleñar nuestro pensamiento sobre la ciencia de los derechos reales.

El hecho de que la doctrina dominante quiera realizar la distinción entre los derechos patrimoniales, teniendo presente la diversidad de la estructura del poder que la Ley pone a disposición del sujeto para la satisfacción de su interés, es algo que, como hemos observado más arriba, se encuentra perfectamente justificado. No parecen, en cambio, justificadas, por una parte, la pretensión de reducir la diversidad de la estructura de los varios poderes que la Ley pone a disposición de los sujetos para la satisfacción de sus intereses a dos únicos (derecho real y derecho de crédito), ni, por otra parte, la tentativa de distinguir los poderes mismos según que atribuyan al titular una potestad inmediata sobre una cosa o en cambio una potestad hacia una persona obligada a un determinado comportamiento.

El examen de los derechos patrimoniales, desde el ángulo visual de la diversidad de la estructura del poder puesto a disposición del sujeto para la satisfacción de su interés, debería conducir, en nuestra opinión, a una clasificación diversa.

Ante todo, en la obligación, el instrumento que la Ley predispone está constituido por el deber de observar un determinado comportamiento, puesto a cargo del deudor, al que corresponde un poder de pretender la observancia de dicho comportamiento a favor del acreedor. El deber del deudor es idóneo para realizar perfectamente el interés del acreedor, pues este interés tiene como objeto propio aquel comportamiento (arg. art. 1.174, C. c.); del mismo modo, también el poder del acreedor tiene como objeto el comportamiento del deudor.

Si examinamos, en cambio, la propiedad, resulta evidente que no puede encuadrarse dentro del esquema del derecho de crédito, por cuanto que el interés que con ella la Ley trata de proteger no es tal que pueda ser realizado mediante el comportamiento de otro u otros sujetos. Por ello, aunque se admita que al dere-

cho del propietario corresponde un *deber* de todos los demás sujetos (y no, más bien, como nosotros propendemos a creer, una *sujeción*), falta toda correspondencia entre tal deber y el poder del propietario. La imposición de un deber semejante a todos los miembros de la comunidad es simplemente una expresión del precepto genérico de *neminem laedere*.

El interés del propietario, que consiste en disfrutar de la cosa de un modo pleno y exclusivo, se realiza, en cambio, perfectamente mediante un poder inmediato sobre la cosa, es decir, a través del permiso de satisfacer directamente sobre la cosa el interés (de disfrute) protegido. Es cierto que la propiedad indica principalmente la pertenencia de una cosa material. Noten que este término (pertenencia) no sirve para señalar la *titularidad* del *derecho*. Desde este punto de vista, cualquier derecho pertenece al titular, y así se ha podido hablar de «propiedad literaria» o incluso de «propiedad del crédito»: la expresión de la «titularidad» es la facultad de disposición que constituye el atributo normal de cualquier derecho subjetivo. La idea de «pertenencia» cobra, sin embargo, un significado particular cuando se refiere a una *cosa*; sirve entonces para indicar que el titular realiza su interés, no sólo excluyendo a los demás, sino sobre todo mediante un poder de disfrute inmediato sobre la cosa.

Un fenómeno análogo se verifica en los derechos de disfrute menores: también en ellos el interés del titular se realiza mediante un poder inmediato sobre la cosa. Ello puede encontrarse, no sólo en la enfiteusis, en el usufructo, en el uso, en la habitación y en la servidumbre positivas, sino también, por las razones más arriba expuestas, en el arrendamiento, en el comodato y en la anticresis; mientras que, por el contrario, en la servidumbre negativa, como ya hemos tratado de demostrar, el interés del titular trata de ser realizado mediante una relación obligatoria, es decir, mediante la imposición de un comportamiento a una persona determinada.

Mediante un poder profundamente diverso de los que hasta ahora hemos encontrado se realiza el interés del acreedor hipotecario y el del pignoraticio; tal interés es doble en cuanto que, de un lado, tiende a la satisfacción de la pretensión sobre el bien, cualquiera que sea la persona a quien éste pertenezca, y de otro

lado tiende a la preferencia en relación con los demás acreedores sobre el reparto del precio obtenido con la venta del bien en cuestión.

Los derechos patrimoniales examinados podrían ser clasificados, por tanto, tomando en consideración la estructura del poder concedido al titular, del siguiente modo: obligaciones, derechos de disfrute (donde podría distinguirse entre derechos de disfrute sobre cosa propia y sobre cosa ajena), derechos de garantía (sobre cosa ajena), y, podría añadirse, derechos potestativos.

En esta clasificación no encontramos, sin embargo, los derechos reales, a los cuales pertenecen, como hemos visto más arriba, situaciones jurídicas profundamente heterogéneas desde el punto de vista de la estructura del poder concedido al titular, ya que es posible encontrar alguna de ellas en todas las categorías de la clasificación que acabamos de hacer.

No pretendemos que la clasificación propuesta agote todos los derechos patrimoniales. En particular, los derechos de disfrute tomados en consideración son, por las razones señaladas, exclusivamente aquellos que tienen por objeto una *res*; han quedado por ello excluidos de su número los derechos patrimoniales sobre bienes inmateriales, cuya clasificación, como es sabido, es muy controvertida, precisamente por la inadecuación de los dos polos (derechos reales y derechos de crédito) entre los cuales se debate la distinción usual de los derechos patrimoniales.

El derecho sobre los bienes inmateriales sólo puede encontrar una idónea cualificación cuando se acepte el principio de que en una clasificación de los derechos patrimoniales hecha sobre la base de la estructura del poder concedido al titular no puede encontrar ningún puerto el «derecho real», el cual indica, como en seguida veremos, una cualificación que prescinde de la estructura del poder del titular.

Se pueden hacer consideraciones análogas respecto de otras situaciones, como, por ejemplo, la del socio: es objeto de vivísima disputa, como es sabido, si el derecho del socio sobre los bienes que constituyen el patrimonio de la Sociedad es un derecho real, un derecho de crédito o un derecho *sui generis*. A nuestro parecer, la disputa podría resolverse teniendo en cuenta los criterios,

más arriba indicados, que deberían presidir la clasificación de los derechos patrimoniales.

7. A nuestro parecer, la calificación de derecho real es el resultado de una clasificación de los derechos patrimoniales completamente distinta de las anteriores. Además de examinar y clasificar los derechos patrimoniales sobre la base de la diversidad de la estructura del poder concedido del titular, es posible hacerlo desde otro punto de vista, que es el de la ligazón e inherencia del poder del titular respecto de una cosa.

Es posible, de esta manera, individualizar entre los derechos patrimoniales aquellos en los cuales el poder está ligado a una cosa determinada. Tal ligazón existe cuando el poder del titular tiene una íntima conexión con la cosa, bien en el sentido de que se ejercite directamente sobre ella (como ocurre en el derecho real por excelencia, la propiedad, y en los derechos de goce), bien en el sentido de que el interés del titular se satisface mediante un determinado destino de la cosa (como ocurre en los llamados derechos reales de garantía), o bien, finalmente, en el sentido de que la prestación, a que el titular tiene derecho, hace referencia a una cosa (lo que no es infrecuente en relaciones obligatorias).

Incidentalmente, conviene señalar que cuando en los derechos de crédito se produce la descrita ligazón con la cosa, la tutela del acreedor puede en determinadas situaciones hacerse más rica, por ejemplo, mediante la adquisición—como ya ha puesto de manifiesto la jurisprudencia—de acciones posesorias, mientras aumenta la posibilidad, usualmente excluida, de que el derecho del acreedor sea violado también por los terceros.

La descrita ligazón con una cosa no es, sin embargo, suficiente por sí sola para que el poder del titular pueda ser calificado como *real* en el sentido que a esta expresión atribuye tradicionalmente el Ordenamiento jurídico. Para ello es necesario que el poder sea inherente a la cosa, lo cual se verifica cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a la descrita ligazón funcional entre el poder y la cosa la virtud de hacer posible la satisfacción de su interés, cualquiera que sea la esencia de las relaciones jurídicas o de hecho que envuelvan la cosa. Tal característica de *inherencia* del poder respecto de la cosa la expresa a veces la Ley casi plásticamente,

sobre todo en materia de derechos reales *in re aliena*, cuando habla de *carga* o *gravamen* (art. 1.027, C. c.) o de bienes vinculados (arts. 2.808-09, C. c.).

Sólo desde un punto de vista meramente descriptivo, la *inherencia* se asemeja a lo que antes hemos llamado *absolutividad* o posibilidad de que el poder sea ejercitado *erga omnes*. Hay que advertir, sin embargo, que la *absolutividad* es una característica común a otros derechos patrimoniales—y entre ellos, a una serie de derechos personales—en los que falta la *inherencia* respecto de la cosa y que no pueden por ello ser calificados como reales, por ejemplo, los derechos sobre bienes inmateriales.

Apenas hace falta añadir que la *inherencia* no puede confundirse con lo que antes se llamó *inmediatividad*. Esta última se refiere a la estructura del poder del titular, esto es, al modo como éste persigue la realización de su interés, mientras que la *inherencia* se refiere al ligamen del poder con la cosa. Así, por ejemplo, la hipoteca no atribuye al titular un poder inmediato sobre la cosa para la satisfacción de su interés y, sin embargo, se da en ella una verdadera inherencia en el sentido de que el derecho sigue a la cosa, cualquiera que sea su propietario (art. 2.808, C. c.). Por el contrario, el arrendamiento de bienes muebles, aun atribuyendo al titular un poder inmediato sobre la cosa para la satisfacción de su interés, no se puede decir que sea inherente a la cosa misma, dado que es imposible al tercer adquirente de buena fe (art. 1.599, párrafo primero).

Hay que añadir que el problema de la noción del derecho real se complica con los principios de la publicidad y de la posesión, así como con los relativos a la eficacia de los contratos.

En cuanto al primer punto, hay que observar que, como quiera que la esencia del derecho real consiste, más que en la ligazón del poder con la cosa, en la inherencia de aquél respecto de la cosa misma, de modo que el titular pueda recibir la satisfacción de su interés prescindiendo de la situación de hecho o de derecho en que la cosa se encuentra, el Ordenamiento asegura tal satisfacción sólo si los terceros han sido puestos en condiciones de conocer la existencia de aquel poder, los medios más idóneos para tal fin son la posesión, por lo que se refiere a las cosas muebles, y la anotación en un registro especial para los inmuebles y para

cierto número de cosas muebles. En cuanto al segundo punto, que tiene numerosas zonas de conexión con el primero, hay que advertir que, aun cuando el contrato sólo produce efectos entre las partes, siempre que la relación surgida entre los contratantes dé lugar a una ligazón con una cosa, el Ordenamiento jurídico suministra los instrumentos necesarios, a fin de que tal ligazón se transmita—en concurso con los otros presupuestos—en verdadera y propia inherencia; es de advertir, sin embargo, que dicho fenómeno coincide sólo parcialmente con la distinción entre efectos obligatorios y efectos reales.

8. En conclusión, pues, la noción de derecho real y la contraposición entre él y el derecho de crédito, aparece fundada sobre unas bases completamente distintas de las comúnmente aceptadas. En realidad, estas bases tenían como presupuesto un determinado estadio de la historia de la economía en que prevalecía la propiedad (especialmente inmobiliaria), que constituía en el pensamiento de filósofos y de juristas el derecho perfecto por excelencia, al cual se contraponía el derecho de crédito, que constituía simplemente un estadio de expectativa respecto de la propiedad.

Una vez que los derechos distintos de la propiedad (especialmente el derecho de crédito) han enriquecido su número y su contenido con la evolución del sistema económico. Se impone una revisión de las bases mismas de la distinción.

De acuerdo con lo que hemos señalado anteriormente, ambas categorías serán fruto de una valoración de los derechos patrimoniales hecha desde dos puntos de vista distintos y absolutamente independientes el uno del otro. Por ello, puede ocurrir que una relación que sobre la base de la primera valoración puede situarse entre los derechos de goce, pertenezca, además con base en la segunda valoración a los derechos reales, y puede ocurrir también que una relación, que con base en la primera valoración se sitúa entre los derechos de crédito, pertenezca también con base en la segunda a los derechos reales. Efectivamente, el usufructo, que es un derecho de goce (primera valoración), es un derecho real (segunda valoración), cuando el título constitutivo ha sido inscrito; por el contrario, la servidumbre negativa, en

la cual, como nos hemos esforzado en demostrar, el interés del titular se logra mediante una relación obligatoria, es una obligación (primera valoración) y es además un derecho real (segunda valoración) cuando el título constitutivo ha sido inscrito: lo que no carece de consecuencias prácticas porque permite aplicar a las servidumbres negativas las normas relativas a las relaciones obligatorias y, concretamente, las relativas a las obligaciones negativas (por ejemplo, el art. 2.933, C. c.), además de las que regulan los derechos reales.

El resultado a que hemos llegado nos permite encuadrar exactamente la figura de la *obligatio propter rem* y la de las cargas reales, y puede tener importancia para solucionar los problemas que plantean la valoración y los límites de eficacia de algunos supuestos de hecho que cada día son más frecuentes. La doctrina ha aislado algunas hipótesis en las cuales la persona del deudor no queda determinada por sus notas físicas, sino con encontrarse en una cierta relación con una cosa y, más concretamente, con un fundo determinado. Hipótesis de este tipo son las previstas, por ejemplo, en los artículos 882, 883, 1.090 y 1.104, Código civil. Según algunos, deberían comprenderse también entre estas hipótesis las llamadas limitaciones legales a que está sometido el propietario en el ejercicio de su derecho, en el caso de que puedan considerarse como verdaderas y propias obligaciones, esto es, cuando al deber del propietario corresponda un derecho de otra persona. Estas hipótesis constituyen la categoría de las obligaciones *propter rem* u obligaciones reales.

Se discute si al lado de esta categoría puede tomar carta de naturaleza en nuestro Ordenamiento jurídico la figura de la *carga real*, institución esencialmente germánica. En virtud de la carga real (*Reallast*), el poseedor de un fundo está obligado frente a otra persona a cumplir una prestación, ordinariamente periódica (v., por ejemplo, 1.105, B. G. B). Según algunos, un caso de carga real admitido por nuestro Ordenamiento jurídico sería el canon enfiteútico. No es éste, en verdad, el lugar para afrontar la cuestión de la admisibilidad de la carga real y la de su diferenciación respecto de la obligación real.

Aquí nos interesa únicamente resaltar que, si son exactos los resultados que hemos obtenido anteriormente sobre la clasifica-

ción de los derechos patrimoniales, no tienen ninguna razón de ser las incertidumbres de la doctrina en punto a las categorías mencionadas. La doctrina dominante encuentra, efectivamente, una gran dificultad, como hemos recordado, para clasificar las obligaciones reales y las cargas reales, y afirma usualmente que estas dos categorías pertenecen a la zona gris de frontera entre los derechos reales y las obligaciones. Se propende, sin embargo, a considerar a las cargas reales como derechos reales en que la prestación está ligada con la cosa.

En cambio, toda dificultad desaparece si se tiene en cuenta que los conceptos de derecho real y de obligación son el resultado de dos valoraciones distintas de los derechos patrimoniales. Efectivamente, tanto la obligación real como la carga real, pertenecen, sin duda, a la categoría de las obligaciones si la clasificación se hace según el criterio ofrecido por la estructura del poder a través del cual el titular satisface su interés, pues en ellas el instrumento puesto a disposición del titular está constituido por una pretensión frente a otro sujeto obligado a observar un determinado comportamiento. En cambio, si la clasificación se hace según el criterio de la inherencia del poder del titular respecto de una cosa, se puede decir con seguridad que las obligaciones reales y las cargas reales pertenecen a la categoría de los derecho reales.

En la práctica, se han presentado algunas situaciones semejantes a la obligación real, frente a las cuales la doctrina y la jurisprudencia más reciente han propendido a afirmar su admisibilidad, y, por consiguiente, la posibilidad de lograr el intento práctico perseguido por las partes. Así, por ejemplo, al vender un taller, el vendedor pactó con el comprador que no sería nunca dedicado al mismo uso industrial a que antes sirvió, igual al de otro taller vecino del mismo propietario, el Tribunal de Casación de Roma (31 dic. 1917, v. en «Riv. Dir. Común», 1918, II, 486), decidió que, si el contrato había sido inscrito, el tercer adquirente estaba sujeto a la obligación en cuestión. El propietario de un fundo ribereño del Tiber asumió la obligación de mantener, con una serie de obras determinadas y con unas plantaciones de chopos, un dique con el fin de defender de las crecidas un fundo vecino; la casación (6 nov. 1928, v. en «Foro H.», 1929, I, 1) admi-

tió la eficacia de tal relación jurídica respecto de los sucesivos adquirentes de los dos fundos.

9. Hipótesis de obligaciones inherentes a una cosa se presentan cada vez con una frecuencia mayor en el moderno Derecho de la edificación. Las exigencias impuestas por las glomeraciones urbanas han ampliado en una medida creciente, como es sabido, las limitaciones al derecho de la propiedad sobre las áreas urbanas. Además de los deberes impuestos por las disposiciones de la autoridad administrativa (Reglamentos de edificación, planos reguladores, etc.), surgen también deberes en virtud de las llamadas convenciones de edificación estipuladas con los Ayuntamientos, con las llamadas «parcelaciones» o más simplemente mediante acuerdos entre dos o más propietarios vecinos. Materia de obligaciones inherentes a una cosa la ofrecen también los llamados Reglamentos de condominio, en los cuales, al establecer deberes negativos o positivos, a cargo de los condueños de casas por pisos.

Los deberes que surgen en los supuestos de hecho mencionados pueden tener el contenido más vario, como, por ejemplo, no construir más que a una determinada distancia de los linderos, o sólo en una fracción determinada de la parcela, o destinar una parte de la misma a «zona verde», construir y conservar calles y aceras privadas, destinar el edificio o el apartamento exclusivamente a vivienda o no destinarlo a ciertos usos, etc.

La doctrina y la jurisprudencia, seducidas por el viejo criterio de distinción entre derechos reales y derechos de crédito, han entendido que, atribuyendo a las relaciones descritas naturaleza de obligaciones, quedaba excluida la eficacia frente a terceros, es decir, frente a quienes adquiriesen el inmueble de quien había consentido la obligación. Y, por otra parte, resulta evidente que sólo con el traspaso de las limitaciones a favor o a cargo de todos los sucesivos subadquirentes se hace posible el logro de una plena satisfacción de los intereses tenidos en cuenta por las partes.

Hemos asistido, por ello, a una tentativa de colocar estas situaciones en el ámbito de las «servidumbres». Ello ha sido factible únicamente en aquellas hipótesis en las cuales las limitaciones se concretan en una mera inactividad del sujeto (servidumbres negativas). Muy pronto, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia

dencia han advertido que el contenido de las prestaciones derivadas de aquellas relaciones es tal que hace imposible su inserción en el esquema de la servidumbre. Es cierto que alguno discutíó la autenticidad del principio romanista *servitus in faciendo consistere nequit*, pero, en realidad, aquí no se trataba de investigar si aquel principio es o no es auténtico, sino de contrastar si las nuevas situaciones—seguramente desconocidas por el Derecho romano y por el Derecho menos reciente—pueden insertarse en el esquema de una institución como la servidumbre, que excluye en su estructura más íntima el instrumento de la obligación, si no es en la manifestación puramente marginal de la prestación negativa. Todo ello, sin decir que en algunas de tales situaciones faltan incluso los presupuestos más elementales de una servidumbre, como, por ejemplo, el fundo dominante.

Acaso por la consciencia de tales dificultades y acaso también porque esas insistentes críticas dirigidas a las posiciones tradicionales sobre la noción de derecho real han abierto en buena medida alguna brecha, la doctrina, y especialmente la jurisprudencia más recientes, han renunciado a calificar como servidumbres las situaciones antes mencionadas, limitándose a reconocer que en virtud de la inscripción se traspasan a todos los sucesivos adquirentes del fundo.

A nosotros nos parece que la evolución descrita de la doctrina y de la jurisprudencia sobre el tema de las relaciones jurídicas inherentes a una cosa, debe considerarse como altamente ejemplar. Efectivamente, se ha terminado por reconocer, por un lado, que aquellas relaciones se realizan exclusivamente por medio de una genuina relación obligatoria y, por otro lado, que las finalidades tenidas en cuenta por las partes pueden encontrar satisfacción a través de la inherencia de la obligación, es decir, a través de su automático traspaso a los sucesivos adquirentes de la *res*. En otros términos, se ha terminado por reconocer que se trata de una relación *obligatoria* desde el primer punto de vista y *real* desde el segundo. En el fondo, el paradigma no es nuevo: se encuentra exactamente en un viejísima institución, como es la carga real, cuya sistematización había sido objeto de eternas disputas precisamente por la falta de adecuación del tradicional criterio de distinción entre derechos reales y derechos de crédito.

Desde otro punto de vista, conviene observar todavía la evolución descrita de la doctrina y de la jurisprudencia en el tema que nos estamos ocupando. La obtención de las finalidades tenidas en cuenta por las partes se ha considerado posible, como se ha visto, a través de la *inscripción* del convenio. Este medio de publicidad cumple una finalidad conocida por el Código: la de garantizar la *inherencia* de una *obligación*. Ya con anterioridad había existido alguna manifestación jurisprudencial en tal sentido, en el terreno de las llamadas servidumbres irregulares, por ejemplo, en materia de luces toleradas. Finalmente, hay que señalar también que alguna Ley especial ha recurrido a la inscripción como medio de lograr la efectividad de la imposición al propietario de vínculos y obligaciones de carácter público.

#### BIBLIOGRAFIA

Ademas de los tratados y manuales, V. FUCHS, *Das Wesen der Dinglichkeit*, Berlin, 1889; VENEZIAN, *Lezioni sui diritti reali*, Bologna, 1903-1904; DEMOGUE, *Les notions fondamentales du Droit Privé*, Paris, 1911; CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni* («Riv. Dir. Com.», 1915, págs. 525 y sgts.); POLACCO, *Le obbligazioni*, 2.<sup>a</sup> edic., Roma, 1915; BRUNETTI, *Il diritto del creditore* («Riv. Dir. Com.», 1916, I, págs. 137 y sgts.); ROCCO, *Il fallimento*, Torino, 1917; CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteca e del pegno*, 2.<sup>a</sup> edic., Torino, 1918; ARANGIO-RUIZ, *Ius in re* («Dir. Prat. del Dir. Priv.», Milano, 1934, volumen III, parte II); MAROI *Obbligazioni* («Dir. Prat. del Dir. Priv.», volumen IV); PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, 2.<sup>a</sup> edic., Padova, 1935; BASSANELLI, *Note introduttive allo studio della locazione dei fondi rustici* («Scritti in memoria di Arcangeli», Padova, 1939, vol. II, págs. 613 y sgts.); BARBERO, *Il diritto soggettivo* («Foro Ital.», 1939, IV, págs. 1 y sgts.); GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento*, Milano, 1940; SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1950; GIORGIANNI, *L'obbligazioni*, reedición, Milano, 1951; BARASI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951; ID, *Diritti reali e possesso*, 4.<sup>a</sup> edic., Milano, 1952, vol. I; ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, 5.<sup>a</sup> edic., Torino, 1958.

Prof. MICHELE GIORGIANNI,

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Roma.