

LECCIÓN 1

SUMARIO

EL DERECHO REAL: CONCEPTO

Concepto

Sus distintas concepciones. Concepción clásica y actual. Concepción obligacionista. Concepción ecléctica. Concepción negativa

Regulación en Derecho español. Constitución española. Código civil. Leyes especiales

CARACTERES

Esenciales

Subjetivos, objetivos y eficacia

Caracteres diferenciadores con los derechos de obligaciones

Categorías intermedias. «*Ius ad rem*». Vocaciones al derecho real. Derecho real «*in faciendo*» y obligaciones «*propter rem*»

CLASES

Clasificaciones intrascendentes

Clasificación esencial

Clasificación discutible

DERECHOS REALES RECONOCIDOS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Derechos reales típicos

Sistema de «*numerus clausus*» o de «*numerus apertus*». Planteamiento. Sistema de «*numerus clausus*». Sistema de «*numerus apertus*» o libre creación de derechos reales. Conclusión

RÉGIMEN DE LOS BIENES Y DE LOS DERECHOS REALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

«*Lex rei sitae*»

Propiedad intelectual e industrial

EL DERECHO REAL: CONCEPTO

CONCEPTO

El derecho real se define como el *poder, otorgado por el ordenamiento jurídico, inmediato y absoluto sobre una cosa, que implica en su titular un señorío pleno o parcial sobre la misma.*

El derecho real es, por tanto, un poder directo de sujeto sobre objeto, al que acompaña un deber de abstención o respeto de tal poder por parte de todos, deber que tiene más la consideración de público que de privado, civil e integrante del concepto del derecho real.

Tal como destaca DÍEZ-PICAZO¹ el concepto de derecho real queda definido por su carácter inmediato y su carácter absoluto. El carácter inmediato significa que el poder del titular se realiza y ejercita de una manera directa sobre la cosa que constituye su objeto sin necesidad de la intervención de otras personas. El carácter absoluto significa que el titular del derecho satisface su interés, no sólo frente a un posible sujeto pasivo, concreto y determinado, sino también frente a terceros, *erga omnes*.

También en la definición anterior se distingue entre el *señorío pleno o parcial* que el derecho real concede sobre la cosa. El señorío *pleno* corresponde al derecho de propiedad; el *parcial*, a los derechos reales limitados.

SUS DISTINTAS CONCEPCIONES

CONCEPCIÓN CLÁSICA Y ACTUAL

El concepto de los derechos reales que ha sido expuesto responde a la concepción clásica de los mismos, como poder inmediato y absoluto sobre la cosa, que se contraponen al derecho de obligación, que implica una relación jurídica acreedor-deudor por la que el primero tiene el derecho de crédito a exigir y el segundo tiene el deber jurídico de cumplir una determinada prestación. El derecho real recae sobre una cosa; el derecho de obligación sobre una prestación.

¹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen III, 5.ª edición, Madrid, 2008, pág. 81-82.

Ésta es la concepción que actualmente se mantiene con práctica unanimidad, aun con una serie de matices que, sin alterar la idea esencial, destacan ciertos extremos que aclaran los conceptos. Pero, en todo caso, se mantiene la concepción clásica, hasta el punto de que los autores modernos ni siquiera tratan de las distintas concepciones, si bien hacen ligeras referencias a algunas de ellas.

CONCEPCIÓN OBLIGACIONISTA

A fines del siglo pasado y principios de éste se inició y tuvo cierta aceptación la concepción obligacionista.

Entendió que el derecho real no es tanto la relación del hombre con la cosa, como el deber de las personas de abstenerse de impedir o perturbar dicha relación. No se admitía que pudiera haber relaciones jurídicas hombre-cosa, sino que siempre son entre seres humanos. Y, por ello, el derecho real se concebía como la obligación de todas las personas de respetar la acción del hombre sobre la cosa.

Pero se olvida que toda relación jurídica, derecho real o de obligación, uno y otro, siempre llevan consigo, junto a su concepto intrínseco, la relación externa consistente en el deber de respeto por parte de los demás.

Mantuvieron esta concepción ORTOLAN, PLANIOL y RIPERT, en Francia; en Alemania, WINDSCHEID, DERNBURG, OERTMANN y THON; FERRARA, en Italia.

CONCEPCIÓN ECLÉCTICA

Intenta superar las anteriores, uniendo las ideas de una y de otra (y sumando, por ello, sus errores).

BARASSI mantuvo que el derecho real se compone de dos elementos: el poder del sujeto sobre el objeto y la relación del sujeto con los terceros, que consiste en el deber negativo de éstos de no invadir ni perturbar aquel poder.

CLEMENTE DE DIEGO siguió esta dirección, distinguiendo en el derecho real el lado interno –poder de obrar sobre la cosa– y el lado externo –pretensión frente a todos los demás de rechazar sus ataques y excluir su participación–, si bien destaca la mayor importancia conceptual del primero de sus aspectos². También ha sido seguida por CASTÁN, DE BUEN, ESPÍN CÁNOVAS y PUIG BRUTAU³.

² CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, edición revisada por Cossío y GULLÓN, Madrid, 1959, tomo I, pág. 364.

³ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo III, volumen I, 3.ª edición, Barcelona, 1989, pág. 10.

CONCEPCIÓN NEGATIVA

Se prescinde de las concepciones anteriores y se distinguen derechos absolutos y relativos. La propiedad es un derecho absoluto. Los derechos relativos pueden ser personales o reales.

Así, GINOSAR⁴ mantuvo que el derecho de propiedad y el de crédito se complementan con la obligación de todo tercero de respetarlos, el primero es absoluto y el segundo relativo; los derechos reales sobre cosa ajena son como créditos reales; la propiedad es la relación por la que una cosa pertenece a una persona, lo que es identificable con el crédito, que pertenece a una persona como acreedor.

Esta tesis, destacable por su originalidad por cuanto niega la distinción conceptual entre derecho real y de obligación, no tuvo aceptación en la doctrina, ni siquiera en su propia patria.

REGULACIÓN EN DERECHO ESPAÑOL

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

No da normas generales sobre los derechos pero sí contiene dos artículos que tienen importancia básica en esta materia.

El primero de ellos es de carácter muy general y se refiere al modelo económico que debe ser seguido, lo que afectará a los derechos reales, cuya dinámica será la correspondiente a la economía propia de cada país. Es el artículo 38: *se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*.

El segundo tiene carácter particular, ya que se refiere sólo al derecho de propiedad, si bien es el derecho real pleno y de más trascendencia social y económica. Hace el reconocimiento programático del derecho de propiedad el artículo 33, apartado 1: *se reconoce el derecho a la propiedad privada*, y declara que tiene una función social que determina su contenido, en el apartado 2: *la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes*. El apartado 3 de este artículo coincide sustancialmente con el texto del artículo 349 del Código civil: *proclama su protección y la posibilidad de su privación por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización*.

CÓDIGO CIVIL

Regula los derechos reales en su libro segundo (*de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones*), cuyos primeros artículos se refieren al concepto y clases

⁴ GINOSAR, *Droit réel, Propriété et Créance*, París, 1960.

de cosas y a partir del artículo 348 regula el derecho de propiedad, con sus variantes (copropiedad, propiedades especiales) y la posesión en los artículos 430 y siguientes. A partir del artículo 467 se regulan los derechos reales limitados.

Los sistemas de adquisición del dominio y los derechos reales se regulan en este libro segundo (la accesión) y en el libro tercero, dedicado especialmente a ello (*de los diferentes modos de adquirir la propiedad*): artículos 609 y ss., aunque incluye el contrato de donación y el derecho de sucesiones. Y un sistema de adquirir, la usucapión, está prevista al final del libro cuarto.

En el libro cuarto, entre los contratos, se regulan como si de contratos se trataran, los derechos reales de censo y enfiteusis (arts. 1604 y ss.) y los de garantía (arts. 1857 y ss.).

LEYES ESPECIALES

Numerosas leyes especiales tratan de derechos reales. Así, la Ley de propiedad horizontal y las que regulan las llamadas propiedades especiales: aguas, minas, propiedad industrial y propiedad intelectual. Las más importantes son las relativas al Derecho hipotecario, esencialmente la Ley hipotecaria y su Reglamento.

También son importantes las leyes que, perteneciendo al Derecho administrativo, tratan de derechos reales o imponen límites al derecho de propiedad. Son las Leyes de Patrimonio del Estado, del Patrimonio nacional, del Patrimonio histórico español y especialmente, la llamada ley del suelo.

CARACTERES

ESENCIALES

Los caracteres esenciales del derecho real se deducen del propio concepto y se han expuesto al tratar del mismo. Son el *carácter inmediato*, en el sentido de poder que se ejercita de manera directa sobre la cosa, objeto del derecho real, y *carácter absoluto*, como derecho que se tiene frente y contra todos –*erga omnes*–.

SUBJETIVOS, OBJETIVOS Y EFICACIA

SUJETO

El que tiene el poder inmediato y absoluto sobre la cosa, el señorío pleno o parcial sobre la misma es el *sujeto o titular* del derecho real.

Puede serlo una persona física o jurídica (art. 38: *Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases...*), bastando la capacidad jurídica, sin perjuicio de que si no tiene plena capacidad de obrar, necesite ser suplida o complementada para ejercitar las facultades inherentes al poder o señorío.

El sujeto puede ser individualmente determinado en una persona concreta, en cuyo caso se habla de derechos reales subjetivamente personales (el de propiedad, cuyo titular es Fulano de Tal; el de servidumbre a favor de la sociedad Tal) o bien puede corresponder a quien en cada momento sea propietario de una cosa: derechos reales subjetivamente reales (así, servidumbres prediales, art. 530, o derechos de adquisición preferente, tanteo y retracto cuyo titular sea el propietario del fundo colindante, por ejemplo).

Asimismo, pueden concurrir varios titulares de derechos reales sobre la misma cosa, lo que ocurrirá siempre en los derechos reales limitados: así, concurrirá el (nudo) propietario y el usufructuario, el propietario de una finca y el titular de una servidumbre sobre la misma, el propietario, un usufructuario y el titular de un derecho de hipoteca, todos sobre la misma finca.

Igualmente, pueden concurrir varios titulares en un mismo derecho real, en el caso de comunidad de bienes, que se estudia más adelante.

Anteriormente se ha hecho referencia al deber de abstención y respeto de todos frente al derecho real de un sujeto, pero no puede pensarse que aquéllos sean titulares o sujetos pasivos del derecho real, sino que tienen simplemente el deber –más público que privado– de respetar el derecho subjetivo –sea real o no– cuya titularidad corresponde al sujeto.

OBJETO

El objeto del derecho real es la cosa; el derecho real es un poder directo, inmediato, absoluto, sobre la cosa (el propietario puede reivindicar la cosa de quien la tenga ilícitamente en su poder; el usufructuario igualmente puede reclamar de quien la tenga, para ejercer su uso y disfrute sobre la misma; el acreedor hipotecario puede realizar la cosa hipotecada, sea quien fuere su titular actual).

Lo cual es una típica diferencia del derecho de obligación que permite al sujeto activo (acreedor) exigir una determinada conducta (prestación) al sujeto pasivo (deudor), y esta conducta puede ser, por ejemplo, la entrega de una cosa (como ocurre en la compraventa o la permuta), pero no tendrá el poder sobre la cosa que le permita reivindicarla a quien la posea.

EFICACIA

Se ha dicho –al tratar del concepto– que el derecho real implica un señorío sobre la cosa, objeto del mismo; señorío que será pleno en el derecho de propiedad

y parcial, en los derechos reales limitados. Señorío, poder que se puede hacer valer frente a todos (*erga omnes*), ya que recae directamente sobre la cosa.

Aunque pueden darse aparentes excepciones cuando un tercero no puede ser atacado por el titular, por estar protegido por el artículo 464 del Código civil, si es cosa mueble, o por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, si es cosa inmueble: son excepciones meramente aparentes, pues lo que verdaderamente se ha producido es una adquisición *a non domino* de este tercero.

CARACTERES DIFERENCIADORES CON LOS DERECHOS DE OBLIGACIONES

Los caracteres que diferencian los derechos reales de los de obligación, se desprenden de los que se han estudiado; son los siguientes:

Primero. El *sujeto* del derecho real, su titular, es una persona física o jurídica, directa o indirectamente determinada, individual, salvo en los casos de cotitularidad, que tiene el poder sobre la cosa, *erga omnes*; en el derecho de obligación, existe el sujeto activo o acreedor, frente al sujeto pasivo o deudor.

Segundo. El *objeto* del derecho real es una cosa; el objeto del derecho de crédito es una prestación, la conducta del deudor que le puede ser exigida por el acreedor.

Tercero. La *eficacia* del derecho real consiste en el señorío directo sobre la cosa, *erga omnes*. El derecho de obligación, por el contrario, no tiene más eficacia que sobre la conducta del deudor: es un poder no contra o frente a todos, sino contra la persona del deudor para exigirle una prestación.

Hay además, otros caracteres que diferencian los derechos reales de los de obligación:

Cuarto. El *origen* del derecho real –por lo menos, el susceptible de posesión– se produce por título y modo; en el derecho de obligación no hay tal sistema, y su origen se halla en un acto jurídico.

Quinto. La *publicidad registral* alcanza a los derechos reales sobre cosas inmuebles que pueden inscribirse y gozan así de la protección del Registro de la Propiedad, si bien, como excepción, cabe la inscripción de algún derecho de obligación (como el de arrendamiento, en algunos casos, art. 2.5.º, de la Ley Hipotecaria) o incluso de situaciones ajenas al derecho real o de obligación (como la resolución judicial de incapacitación, art. 2.4.º, de la Ley Hipotecaria).

El alcance de la distinción entre los derechos reales y los de obligación no es puramente conceptual, sino que, como observa ALBALADEJO⁵ tiene importantes efectos prácticos. Así:

⁵ ALBALADEJO, *Derecho civil*, tomo III, 11.ª edición, Barcelona, 2010, pág. 18.

Los derechos reales se adquieren por usucapión; no los de obligación. La prescripción extintiva, por el contrario, se aplica a ambos, pero tienen distintos plazos.

En los derechos reales –lo que no ocurre con los de obligación– fundamental el principio de *prior tempore, potior iure*, por el que prevalece el más antiguo, en caso de colisión.

Al recaer el derecho real sobre una cosa, se extingue si ésta se destruye; el objeto del derecho de obligación es una conducta, cuya imposibilidad de ejecutarla puede dar lugar a otra conducta, la de indemnizar.

Por último, del carácter absoluto, eficacia *erga omnes* del derecho real, se deriva el efecto práctico de poder dirigirse su titular frente a cualquiera que le prive o perturbe su derecho (*ubi rem meam invenio, ibi vindico*); en el derecho de obligación sólo podrá accionar el sujeto activo contra el pasivo.

CATEGORÍAS INTERMEDIAS

«IUS AD REM»

Nació su concepto en la baja Edad Media, en que el feudo era un derecho concedido a un vasallo que llevaba anejo el disfrute de unos bienes determinados; para su adquisición era necesaria la «investidura» del señor feudal o la «colación» del superior eclesiástico. Ocurría, con frecuencia, que se otorgaba el feudo o el beneficio eclesiástico sin una previa investidura o colación formal y, por tanto, el adquirente no gozaba todavía del *ius in re*, pero sí tenía un especial derecho que los demás debían respetar y que se llamó (BALDO) *ius ad rem*: situación jurídica en que se encuentra una persona que tiene un título que le da derecho para adquirir una cosa, aunque todavía no la ha adquirido mediante la necesaria toma de posesión formal de la misma.

Se consideró como una categoría intermedia, como un derecho más fuerte que el personal pero más débil que el real.

El derecho prusiano consagró la teoría del *ius ad rem*, pero en la época de la codificación no se aceptó esta doctrina y fue considerado *el ius ad rem* como un caso de puro derecho personal.

Hoy en día, bajo la denominación de *ius ad rem*⁶ se expresa una realidad jurídica distinta. Es una institución que explica el derecho de crédito dirigido a obtener el dominio de cosa cierta y determinada como derecho reforzado frente a los restantes derechos de crédito (así, p. ej., aquél, en demanda, podría obtener la anotación preventiva de la misma, pese a no tener el derecho real pleno sobre la cosa a

⁶ MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, *El ius ad rem*, en *Revista de Derecho Privado*, 1988, pág. 14.

que tiene derecho, derecho de crédito derivado de una compra-venta, permuta, etc., pero aún no adquirido el derecho real por la tradición)⁷.

VOCACIONES AL DERECHO REAL

Cuando para la constitución de un derecho real inmobiliario es precisa su inscripción en el Registro de la Propiedad, se presentan casos en que la inscripción no ha sido todavía practicada y, por consiguiente, no hay un verdadero derecho real, pero hay un derecho real en vías de inscripción que puede ser provisionalmente protegido mediante un especial asiento registral (anotación preventiva): no hay todavía un derecho real porque falta la inscripción, pero hay una anotación preventiva o un asiento de otro tipo que opera como una preinscripción.

Las vocaciones al derecho real son los *iura ad rem* en sentido estricto y técnico, sino que son simples derechos personales aunque con unos efectos más amplios, es decir, son derechos personales que tienen la posibilidad de transformarse en derechos reales. Es el caso de la hipoteca no inscrita.

DERECHO REAL «IN FACENDO» Y OBLIGACIONES «PROPTER REM»

Si el derecho real es un poder directo o inmediato sobre las cosas, teniendo toda la comunidad el deber pasivo o de abstención respecto al mismo, hay casos de derechos reales en que existe un sujeto pasivo obligado a la realización de una prestación positiva (caso de servidumbre, art. 533, y cargas reales, art. 1604).

Son derechos reales que excepcionalmente imponen al sujeto pasivo una prestación de carácter positivo (derechos reales *in faciendo*) y derechos de obligación en los cuales el deudor aparece determinado por el hecho de ser propietario o poseedor de una cosa, es decir, es deudor de la prestación quien en cada momento sea propietario de una cosa (obligaciones *propter rem*).

Derecho real *in faciendo* es todo aquel que conlleva un deber de una conducta activa en su titular. Así, las servidumbres que obligan al dueño del predio sirviente a realizar determinadas prestaciones, o el censo y enfiteusis que obligan al censatario o enfiteuta a pagar el canon.

Obligaciones *propter rem* son las obligaciones, en su sentido más puro de derecho de obligación, relación entre acreedor y deudor, que se constituye en función de una cosa o, más propiamente, de la titularidad del derecho real sobre la cosa. El caso más típico en Derecho español lo ofrece el artículo 21 de la Ley de

⁷ La sentencia de 26 noviembre de 1991 (Act. Civ., 349/92) dice, en su fundamento 2.º: *el ius ad rem no pasa de ser un derecho personal a la entrega de la cosa, que todavía no se ha producido.*

Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, que impone el cumplimiento de la obligación de contribuir a los gastos generales, según su cuota de participación (artículo 9.1.e), a quien *sea propietario del piso o local*, prescindiendo de si vive, ha hecho uso de los servicios generales, etc.⁸.

CLASES

CLASIFICACIONES INTRASCENDENTES

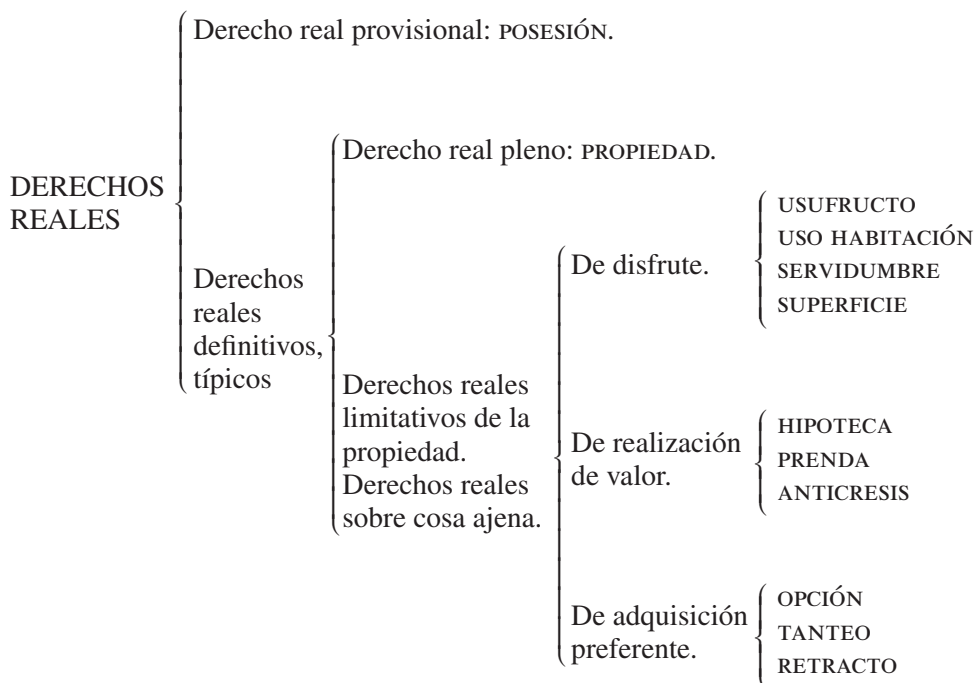
Se pueden distinguir clases de derechos reales, cuya distinción no tiene trascendencia alguna, tal como dice y clasifica CASTÁN TOBEÑAS⁹: *derechos subjetivamente personales*, que pertenecen a una persona individualmente determinada y *derechos subjetivamente reales* que corresponden al que, en cada momento, sea el propietario de una finca (como las servidumbres prediales); *derechos sobre cosas corporales*, *derechos sobre derechos* (como el usufructo de derecho o la subhipoteca) y *derechos sobre bienes inmateriales* (como la propiedad intelectual); *derechos reales inmobiliarios*, sobre cosa inmueble y *derechos reales mobiliarios*, sobre cosa mueble; *derechos reales transmisibles*, que son los normales, *intransmisibles* (como el uso y la habitación) e *intransmisibles separadamente del derecho principal* (como las servidumbres prediales); *derechos reales civiles*, que es la clase ordinaria y *derechos reales administrativos*, que son las titularidades sobre concesiones administrativas.

CLASIFICACIÓN ESENCIAL

Los derechos reales se deben clasificar partiendo del que puede considerarse provisional, que es la *posesión* y, a continuación, los derechos reales definitivos. El primero y más importante es el derecho real pleno, la *propiedad*, que implica un señorío total sobre la cosa que es objeto del mismo. Luego se deben incluir los derechos reales en cosa ajena, *ius in re aliena*, o derechos reales limitados o derechos fraccionarios, que son, en primer lugar los de disfrute o goce: *usufructo*, *uso* y *habitación* y *servidumbre*; en segundo lugar los de garantía o realización de valor, que son la *hipoteca*, la *prenda* y la *anticresis*; en tercer lugar, los de adquisición preferente, que son la *opción*, el *tanteo* y el *retracto*.

⁸ La sentencia de 14 de marzo de 2000 (Act. Civ., 662/2000) se refiere explícitamente a esta *obligatio propter rem* u *ob rem*; dice así: *Para el abono de los referidos gastos queda afectado el piso o local correspondiente, tratándose de una titularidad ob rem, que obliga al propietario a su pago, al ostentar la denominada titularidad deudora subjetivamente real.*

⁹ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo 2.º, *Derecho de cosas*, volumen 1.º, *Derechos reales en general*, 14.ª edición puesta al día por GARCÍA CANTERO, Madrid, 1992, pág. 61.



CLASIFICACIÓN DISCUTIBLE

El *arrendamiento*, sea común, sometido a la normativa del Código civil o bien sea urbano o rústico regulado por sus leyes especiales, pertenece al derecho de obligaciones; no es un derecho real. Sin embargo, se ha podido discutir su aproximación a este último por razón de la relación posesoria del arrendatario, que se parece al señorío derivado del derecho real y por razón de su posible inscripción en el Registro de la Propiedad, que permite el artículo 2.5.º de la Ley Hipotecaria.

El *derecho de retención*, como facultad del acreedor de mantener la posesión de la cosa que debe entregar al deudor, hasta que éste cumpla su obligación, es un medio de protección del derecho de crédito, sin naturaleza de derecho real, por más que dé derecho a retener la cosa, manteniendo la posesión *erga omnes*; carece de la facultad de persecución (*ius perseguendi*) y de preferencia (*ius distrahendi*)¹⁰.

La *opción*, el *tanteo* y el *retracto* son derechos reales y si se ha discutido ha sido porque su origen se halla en un precontrato (la opción) o contrato o ley (tanteo y retracto)¹¹. De la misma forma que la hipoteca que es un derecho real y se origi-

¹⁰ Así, se mantiene en este *Compendio*, tomo II, *Derecho de obligaciones*.

¹¹ No los consideran derechos reales Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, volumen III, 7.ª edición, 2001, págs. 45 y 46. Los tratan dentro de los *derechos reales discutidos*.

na por contrato nadie discute su naturaleza de derecho real pese a que el Código civil la incluye en el libro destinado a obligaciones.

Los *derechos reales administrativos*, derechos reales cuya titularidad corresponde a la Administración, no presentan especiales particularidades; sí las presentan, aunque no dejan de ser derechos reales, aquéllos previstos específicamente por el Derecho administrativo, como el derecho de la Administración sobre los bienes de dominio público¹².

Se ha hablado en la doctrina procesal de *derechos reales de constitución procesal*, como el embargo o la ejecución forzosa, pero no se pueden considerar como derechos reales, sino simplemente medios que la ley procesal pone en manos del juez para asegurar u obtener el cumplimiento de obligaciones.

Por último, en la doctrina civilista, se ha planteado la posibilidad de *derechos reales limitados en cosa propia*. En principio debe negarse, pues no tiene sentido. Sin embargo, se puede admitir su constitución como transitoria o sometida a condición suspensiva, en casos excepcionales¹³.

DERECHOS REALES RECONOCIDOS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

DERECHOS REALES TÍPICOS

Como derechos reales expresamente reconocidos en la legislación española, sin entrar en el análisis de cada uno de ellos (que se verá a lo largo de este libro), se pueden considerar los siguientes, como típicos.

Ante todo, como *derecho real provisional*, la POSESIÓN, no en el sentido de temporal, frente a los demás derechos reales llamados definitivos, sino en el sentido de poder más débil que los otros, poder que se otorga en condiciones más precarias que aquéllos, es decir, que cede o es vencido –cuando corresponda– por los derechos llamados definitivos.

A continuación, todos los *demás derechos reales, llamados definitivos*, previstos, calificados y regulados expresamente por el Ordenamiento jurídico y que, por ello, tienen la consideración de *típicos*, son los siguientes:

Primer grupo: *derecho real pleno*: PROPIEDAD. Es un poder pleno sobre la cosa, pleno no en el sentido de ilimitado, sino en el de poder más pleno que concede el ordenamiento (constitucional, administrativo, civil).

¹² Así lo expone, con más detalle, Díez-PICAZO y GULLÓN, en *Fundamentos...* IV, cit. pág. 120.

¹³ Conforme con Bernardo MORENO QUESADA que así lo expone en *Curso de derecho civil*, III, *derechos reales y registral inmobiliario*, 2.ª edición, coordinador Francisco Javier SÁNCHEZ CALERO, Valencia, 2004, pág. 42.

Segundo grupo: *derechos reales limitativos de la propiedad o derechos reales sobre cosa ajena (iura in re aliena)*, que recaen sobre una cosa que es propiedad de otra persona y, en consecuencia, implican una limitación a dicha propiedad. A su vez, en este grupo se pueden subdistinguir:

Subgrupo primero: *de disfrute*, que conceden a su titular la posesión y el disfrute (aprovechamiento de los frutos naturales o civiles, explotación) total o parcial sobre la cosa. Se consideran tradicionalmente los siguientes:

- Primero: USUFRUCTO. Es el más amplio poder de disfrute, hasta el punto que se dice que el titular del derecho de propiedad de la cosa sobre la que recae el usufructo la tiene desnuda (NUDA PROPIEDAD).
- Segundo: USO y HABITACIÓN, que son derechos reales de disfrute, semejantes al usufructo, aunque más limitados que éste, cuyas normas se les aplican subsidiariamente a las escasas propias.
- Tercero: SERVIDUMBRE, de variadísimo contenido, hasta el extremo que apenas se puede dar una definición exacta.
- Cuarto: CENSOS y ENFITEUSIS. Los censos consignativo y reservativo son verdaderas cargas reales que implican un parcial disfrute; distinta naturaleza tiene la enfiteusis, que se puede entender –como hace la mayor parte de la doctrina– como un derecho real de disfrute parcial (que permite el cobro del canon y otros derechos) sobre una finca ajena, propiedad del enfiteuta; aunque, según la normativa del Código civil, es realmente un caso de dominio dividido, cuyos copropietarios –censualista y enfiteuta– tienen distribución de facultades.
- Quinto: DERECHO DE SUPERFICIE, DERECHO DE VUELO, DERECHO DE SUBSUELO. Derechos de antigua raigambre, pero de importancia y difusión moderna, que permite utilizar –uso y disfrute– el espacio superior o inferior a la cosa inmueble ajena.

Subgrupo segundo: *de realización de valor*, en garantía del cumplimiento de una obligación, que permiten realizar la cosa –enajenarla y obtener su valor pecuniario– sobre la que recae, en caso de incumplimiento de aquella obligación. Son:

- Primero: HIPOTECA, que recae sobre bienes inmuebles (salvo la hipoteca mobiliaria) y no se produce desplazamiento de la posesión.
- Segunda: PRENDA, que recae sobre cosas muebles, desplazándose la posesión al acreedor (salvo en la prenda sin desplazamiento).
- Tercero: ANTICRESIS, que recae sobre bienes inmuebles y sobre los frutos de los mismos.

Subgrupo tercero: *de adquisición preferente*: derechos reales que recaen sobre una cosa, que implican la facultad de adquirirla, con preferencia a un tercero. Son tres:

- Primero: OPCIÓN: derecho que permite adquirir la cosa en el plazo previsto.
- Segundo: TANTEO: derecho que concede el poder de adquirir la cosa, en caso de transmisión onerosa a un tercero, con preferencia a éste.
- Tercero: RETRACTO: derecho sobre una cosa, que permite adquirirla, en caso de que se haya transmitido onerosamente a un tercero.

SISTEMA DE «NUMERUS CLAUSUS» O DE «NUMERUS APERTUS»

PLANTEAMIENTO

Se han visto los derechos reales reconocidos en la legislación española, *típicos*, es decir, contemplados explícitamente en el ordenamiento jurídico y con disciplina jurídica propia. Se plantea un tema ¿cabe la constitución de derechos reales atípicos? O, en otras palabras, se plantea el papel que juega, en la constitución de los derechos reales, el principio de la autonomía de la voluntad.

Según la teoría del *numerus clausus*, sólo existen los derechos reales que expresamente prevé la ley y regula expresamente; los derechos reales son tipos cerrados y no se permite ninguno ajeno al tipo.

Según la teoría del *numerus apertus*, los particulares pueden constituir y crear, en base al principio de autonomía de la voluntad aplicada al campo de los derechos reales, los que deseen, incluso distintos a los previstos por la ley.

SISTEMA DE «NUMERUS CLAUSUS»

Es el sistema vigente en los Códigos germánicos: B.G.B., suizo, austríaco y también el portugués. Según el Código civil francés es discutible. En Italia, según el Código civil de 1942, la doctrina entiende que rige este sistema.

Parte de la doctrina española entiende que es el sistema en nuestro Derecho vigente. Así, HERNÁNDEZ GIL¹⁴; CASTÁN¹⁵, aunque parece aceptar en nuestro Derecho la teoría del *numerus apertus*, se muestra partidario de la del *numerus clausus*; LACRUZ¹⁶ piensa que admitir como derechos sobre la cosa a cualesquiera influencias que pueda inventar el arbitrio humano, requeriría una regla que así lo dijera, como ocurre en el artículo 1255 para la contratación; a falta de un texto semejante –concluye dicho autor– hemos de limitarnos al elenco de derechos aceptado por las leyes o por la costumbre. PUIG BRUTAU¹⁷, si bien dice que nuestro

¹⁴ HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, págs. 46 y 47.

¹⁵ CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo II, vol. 1.º, 14.ª edición, Madrid, 1992, pág. 78 y ss. Es particularmente interesante la nota 3, de GARCÍA CANTERO, de la pág. 82.

¹⁶ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil, III, Derechos reales*, vol. 1.º, Barcelona, 1979, pág. 8.

¹⁷ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., págs. 32 y ss.

Derecho parece dar por supuesto el sistema de *numerus apertus*, con base en el artículo 2, número 2.º, de la Ley Hipotecaria y el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, añade que el legislador se limita a señalar que no hay prohibición legal en nuestro Derecho, pero es preciso que exista la posibilidad institucional que permita crear derechos reales diferentes. ROCA SASTRE¹⁸ afirma que en nuestro Derecho positivo viene a regir prácticamente la regla de *numerus clausus*, aunque formalmente se diga que impera la regla del *numerus apertus*, pues no es fácil, dado lo prolijo de nuestro sistema en cuanto al número de derechos reales nominativamente admitido, que los particulares pueden adoptar nuevos tipos de los mismos, pues ni hay un artículo semejante al 1255, ni ciertos pactos con trascendencia frente a terceros como carga o gravamen real llegan a atribuir al favorecido ningún derecho subjetivo de carácter verdaderamente real.

SISTEMA DE «NUMERUS APERTUS» O LIBRE CREACIÓN DE DERECHOS REALES

Los autores citados en último lugar –PUIG BRUTAU y ROCA SASTRE–, y el mismo CASTÁN, reconocen que nuestro Derecho recoge, en principio, el sistema de *numerus apertus* en la creación de derechos reales.

Más decididamente, ALBALADEJO¹⁹ afirma que caben, en principio, cualesquiera otros derechos reales concretos que los particulares quieran establecer. Basa, para nuestro Derecho, este sistema en: 1.º) No hay norma que lo excluya, 2.º) por contrato se pueden modelar figuras de derecho real distintas de las reguladas por la ley, 3.º) el artículo 2.2.º, de la Ley Hipotecaria se refiere a «otros (derechos) cualesquiera reales» que reitera el artículo 7 del Reglamento Hipotecario.

Aunque tanto este autor, como los demás que admiten el sistema de *numerus apertus* en nuestro Derecho, reconocen que en la práctica es difícil crear derechos reales absolutamente nuevos, pues fácilmente se crearán variantes de los existentes (especialmente, servidumbres). En todo caso, no hay duda que el nuevo derecho real tiene que reunir los elementos y el concepto mismo de derecho real, como poder inmediato y absoluto sobre la cosa.

DÍEZ-PICAZO²⁰ concluye que en nuestro Derecho positivo son admisibles los derechos reales atípicos y que, por consiguiente, rige el principio del *numerus apertus*, lo que es algo que no se puede dudar; el problema se plantea en saber bajo qué límites y en qué condiciones la autonomía de la voluntad puede eficazmente desplegarse.

¹⁸ ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, tomo I, 8.ª edición, Barcelona, 1995, pág. 261.

¹⁹ ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., pág. 27.

²⁰ DÍEZ-PICAZO, *Autonomía privada y derechos reales*, en el *Libro-homenaje a Ramón M.ª Roca Sastre*, vol. II, Madrid, 1976, pág. 321, y *Fundamentos...*, cit., a partir de la pág. 133.

ROMÁN GARCÍA²¹, en detallada monografía, también se inclina en favor del sistema de *numerus apertus*.

La Dirección General de los Registros del Notariado, en sus resoluciones, se ha inclinado decididamente, cada vez más, a favor del sistema de *numerus apertus*, como sistema que sigue nuestro Derecho²².

CONCLUSIÓN

Nuestro Derecho sigue el sistema de *numeras apertus* o de libre creación de derechos reales.

Pero lo mismo que ocurre con los derechos de obligaciones, cuyo principio de autonomía de la voluntad está consagrado explícitamente en el artículo 1255, las partes no pueden alterar los conceptos básicos y, por ello, tienen que constituir el derecho real de forma que concurren los caracteres –sujeto, objeto, eficacia– que lo integran, siendo, en definitiva, un poder inmediato y absoluto del sujeto sobre una cosa, *erga omnes*.

RÉGIMEN DE LOS BIENES Y DE LOS DERECHOS REALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

LEX REI SITAE

El artículo 10.1 del Código Civil dispone que *la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles (y muebles, añade el segundo inciso), así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen*. Se refiere, pues, a los derechos reales sobre bienes muebles o inmuebles. Impone el criterio, como único, del lugar de situación, *lex rei sitae*. Es una norma de conflicto bilateral, general, que utiliza, para localizar el ordenamiento jurídico aplicable, un punto de conexión único de carácter territorial²³.

²¹ Antonio ROMÁN GARCÍA, *La tipicidad en los derechos reales*, Madrid, 1994.

²² Así, resoluciones de 10 de abril de 1987 (*Act. Civ.*, 647/87); la de 5 de junio de 1987 (*Act. Civ.*, 815/87) dice en su fundamento 3.º: «*el numerus apertus, reconocido en nuestro Ordenamiento jurídico (cfr. arts. 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario) presupone la satisfacción de determinadas exigencias estructurales, tales como la existencia de una razón justificada suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real configurado, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc.*». La de 4 de marzo de 1993 (*Act. Civ.*, 1993, vol. 3, pág. 1129).

²³ Nuria BOUZA VIDAL, en su comentario al artículo 10 de *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, tomo I, pág. 106, y de *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, tomo I, vol. 2, 2.ª edición, Madrid, Edersa, 1995, pág. 526. *Vid.* también ORTIZ-ARCE, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. 1.º, Madrid, Tecnos, 1977, págs. 505 y ss. *Vid.*, asimismo, IRIARTE ÁNGEL, *Comentario del Código Civil*, coordinado por SIERRA GIL DE LA CUESTA, 2.ª edición, Barcelona, 2006, tomo 1, pág. 180.

Como excepciones, el mismo artículo 10, en su apartado 2, contempla los medios de transporte, que son los buques, aeronaves y ferrocarril, que se rigen por la ley del lugar del abanderamiento, matrícula o registro, en caso de constitución, transmisión o extinción de derechos reales sobre los mismos.

El ámbito de aplicación de la *lex rei sitae* abarca: la clasificación general de las cosas susceptibles de constituir el objeto del derecho real; clases de derecho real y sistema de *numerus apertus* propio del derecho español; contenido del derecho real, pleno o limitado; los modos de adquirir el dominio y los demás derechos reales; formas de publicidad, como el Registro de la Propiedad u otros Registros Públicos (de venta de bienes muebles a plazos, de hipoteca mobiliaria, de buques, de automóviles, etc.).

El artículo 22.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye al órgano jurisdiccional especial competencia exclusiva, *en materia de derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se hallen en España*.

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

El artículo 10.4 del Código Civil da una norma específica para dos tipos de las llamadas propiedades especiales. Dispone: *los derechos de propiedad intelectual e industrial se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la ley española, sin perjuicio de lo establecido por los convenios y tratados internacionales en los que España sea parte*.

Con lo cual se impone un doble criterio, con carácter subsidiario, en primer lugar, los convenios internacionales y, en segundo lugar, el principio de territorialidad²⁴.

El mencionado artículo 10.4 parte de la prioridad de la regulación convencional, que en esta materia es muy extensa. De la misma destacan dos aspectos: primero, todos los convenios parten del principio de territorialidad de los derechos sobre la propiedad intelectual y la industrial, pero imponen unos derechos mínimos que hacen que las normas de los distintos Estados nacionales concedan unos derechos semejantes entre sí; segundo, los convenios contienen una norma de Derecho internacional privado implícita que ordena la aplicación de la *lex loci protectionis*, que implica la aplicación de la ley del Estado cuya protección legal se reclama para la propiedad intelectual o industrial, es decir, del país donde se está utilizando la obra.

²⁴ VIRGOS SORIANO, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, tomo I, pág. 113, y *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo I, vol. 2.º, 2.ª edición, Madrid, 1995, pág. 588.

A falta de convenio, se aplica lo que dispone este artículo 10.4, que es el principio de territorialidad: *se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la ley española*. Es decir, la ley española protege la propiedad intelectual e industrial dentro de España, lo que significa que se reconocen y protegen dentro de España y según la ley española, la utilización y explotación y se persigue igualmente su violación, que tengan lugar en territorio español.