

Derechos reales y titularidades reales

por

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ
Registrador de la Propiedad y Mercantil

SUMARIO

1. PRESENTACIÓN: DERECHOS REALES, TITULARIDADES REALES Y CONEXIÓN INTERCONTRACTUAL.
2. LA CONCEPCIÓN PREDOMINANTE DE LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHOS PERSONALES Y DERECHOS REALES:
 - 2.1. LA INMEDIATIVIDAD DEL DERECHO REAL.
 - 2.2. LA ABSOLUTIVIDAD DEL DERECHO REAL.
3. LA ABSOLUTIVIDAD DEL DERECHO REAL ENTENDIDA COMO PROTECCIÓN DEL MISMO MEDIANTE UNA REGLA DE PROPIEDAD:
 - 3.1. PLANTEAMIENTO.
 - 3.2. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO MEDIANTE REGLAS DE PROPIEDAD (*PROPERTY RULES*), REGLAS DE RESPONSABILIDAD (*LIABILITY RULES*) Y REGLAS DE INALIENABILIDAD (*INALIENABILITY RULES*).
 - 3.3. REGLA DE PROPIEDAD Y ACCIONES REALES. REGLAS DE RESPONSABILIDAD Y ACCIONES PERSONALES.
 - 3.4. EL DERECHO REAL COMO DERECHO PROTEGIDO POR UNA REGLA DE PROPIEDAD.
 - 3.5. LA CUESTIÓN EN DERECHO ESPAÑOL: TANTO LOS DERECHOS DE CRÉDITO COMO LOS DERECHOS REALES ESTÁN PROTEGIDOS, EN PRIMER LUGAR, POR UNA REGLA DE PROPIEDAD Y, SOLO CUANDO NO ES POSIBLE HACERLA EFECTIVA, POR UNA REGLA DE RESPONSABILIDAD:
 - 3.5.1. *Planteamiento.*
 - 3.5.2. *La cuestión en relación a los derechos de crédito.*
 - 3.5.3. *La cuestión en relación con los derechos reales.*
4. EL GRADO DE PROTEGIBILIDAD EFECTIVA DEL DERECHO MEDIANTE UNA REGLA DE PROPIEDAD COMO FACTOR DETERMINANTE PARA SU CONSIDERACIÓN COMO *IUS IN REM*:
 - 4.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.

- 4.2. EL CONTENIDO MATERIAL Y EL OBJETO DEL DERECHO COMO FACTORES DETERMINANTES DE SU GRADO DE PROTEGIBILIDAD EFECTIVA:
 - 4.2.1. *El contenido material del derecho.*
 - 4.2.2. *El objeto del derecho. Bienes muebles e inmuebles:*
 - 4.2.2.1. Bienes muebles tradicionales: baja protegibilidad efectiva mediante una regla de propiedad.
 - 4.2.2.2. Bienes inmuebles: alta protegibilidad efectiva mediante una regla de propiedad.
- 4.3. BIENES MUEBLES E INMUEBLES: UNA RELACIÓN INVERSA ENTRE SEGURIDAD Y LIQUIDEZ DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO SOBRE LOS MISMOS.
- 4.4. LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DIRECTO Y EXCLUSIVO SOBRE BIENES INMUEBLES COMO DERECHOS MÁS SUSCEPTIBLES DE PROTEGIBILIDAD EFECTIVA MEDIANTE UNA REGLA DE PROPIEDAD Y, EN CONSECUENCIA, COMO *IURA IN REM* EN SENTIDO ESTRICTO.
5. LA TIPICIDAD COMO CARACTERÍSTICA PROPIA DE LOS DERECHOS REALES Y COMO LIMITACIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD CONTRACUAL:
 - 5.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.
 - 5.2. *NUMERUS APERTUS Y NUMERUS CLAUSUS:* DOS SISTEMAS APARENTEMENTE CONTRAPUESTOS, PERO SUSTANCIALMENTE COINCIDENTES, PARA LA CONSECUCIÓN DE UNA MISMA FINALIDAD: EL NIVEL ÓPTIMO DE ESTANDARIZACIÓN DE LOS *IURA IN REM*.
 - 5.3. JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD DE TIPICIDAD DE LOS DERECHOS REALES.
 - 5.4. LA EXIGENCIA DE TIPICIDAD —EN EL LIMITE, *NUMERUS CLAUSUS*— COMO DISPOSITIVO PARA CONSEGUIR EL NIVEL ÓPTIMO DE ESTANDARIZACIÓN DE LOS *IURA IN REM*. FUNCIÓN DEL SISTEMA REGISTRAL AL RESPECTO.
 - 5.5. LA CONFIGURACIÓN DE LA EXIGENCIA DE TIPICIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.
6. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS REALES:
 - 6.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.
 - 6.2. TITULARIDADES OBLIGACIONALES Y TITULARIDADES REALES.
 - 6.3. EL INTERCAMBIO IMPERSONAL: LOS DERECHOS REALES CON TITULARIDADES OBLIGACIONALES NO SON, PROPIAMENTE, DERECHOS REALES.
 - 6.4. EL INTERCAMBIO IMPERSONAL: EL CONFLICTO ENTRE LA PROTECCIÓN DE LAS TITULARIDADES DE LOS DERECHOS REALES MEDIANTE UNA ACCIÓN REAL —TITULARIDADES REALES— Y LOS COSTES TRANSACCIONALES.
7. LA SUPERACIÓN DEL CONFLICTO ENTRE LA PROTECCIÓN DE LAS TITULARIDADES DE LOS DERECHOS REALES MEDIANTE UNA REGLA DE PROPIEDAD INSTRUMENTADA MEDIANTE UNA ACCIÓN REAL —TITULARIDADES REALES— Y LOS COSTES TRANSACCIONALES (O ENTRE SEGURIDAD Y LIQUIDEZ DE LOS *IURA IN REM*):
 - 7.1. PLANTEAMIENTO.
 - 7.2. LA SUPERACIÓN DEL CONFLICTO EN EL ÁMBITO MOBILIARIO. LA SUPRESIÓN DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA EN RELACIÓN A ADQUIENTES INOCENTES FUNDAMENTADA EN LA ATRIBUCIÓN A LA POSESIÓN DE UNA FUNCIÓN LEGITIMADORA.

7.3. LA SUPERACIÓN DEL CONFLICTO EN EL ÁMBITO INMOBILIARIO. LA SUPRESIÓN DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA EN RELACIÓN A ADQUIERENTES INOCENTES FUNDAMENTADA EN LA PUBLIFICACIÓN DEL SISTEMA TRANSMISIVO:

- 7.3.1. *La imposibilidad de dotar a la posesión inmobiliaria del mismo alcance legitimador que a la mobiliaria.*
- 7.3.2. *La necesidad de intervención institucional del Estado mediante la creación del Registro de derechos.*
- 7.3.3. *La publificación del sistema transmisible:*
 - 7.3.3.1. El Registro de derechos como instrumento de intervención del Estado en el sistema transmisible dirigido a la creación *ex ante* de titularidades inmobiliarias con alcance *erga omnes*.
 - 7.3.3.2. El Registro de derechos como instrumento de intervención del Estado en el sistema transmisible dirigido a posibilitar el conocimiento de las titularidades reales por quien tenga interés legítimo.
 - 7.3.3.3. Fundamento de la exigencia de que deba adquirirse de un titular inscrito y, además, obtener la inscripción del derecho negocialmente adquirido, para quedar protegido por la fe pública registral.
- 7.3.4. *La superación del conflicto: derechos reales inmobiliarios más seguros y más líquidos.*

8. FUNCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS REALES INMOBILIARIOS.

1. PRESENTACIÓN: DERECHOS REALES, TITULARIDADES REALES Y CONEXIÓN INTERCONTRACTUAL

La distinción entre derecho personal —*ius in personam*— y derecho real —*ius in rem*— es nuclear en el Derecho Civil Patrimonial, a pesar de lo cual adolece de una evidente falta de claridad¹.

Este artículo no pretende ser una exposición erudita de las distintas concepciones existentes sobre el particular ni tampoco de las diferentes críticas formuladas al respecto². Por el contrario, parto del supuesto de que el lector es

¹ Para referirse a los derechos personales suelen utilizarse también las expresiones «derechos de crédito», «derechos obligacionales» o «derechos contractuales», entre otras. Igualmente, en el ámbito del análisis económico del derecho suele utilizarse la expresión *property rights* para referirse a todo tipo de derechos reales —según la concepción del *Civil Law*—, incluyendo tanto el derecho de propiedad como cualquier tipo de derecho real limitado.

² Puede verse una excelente exposición de las diferentes concepciones existentes al respecto en PENA LÓPEZ, J. M., *Concepto de derecho real (Revisión crítica de su caracterización en la doctrina moderna)*. Ed. Tórculo, 2009. Asimismo, es usual hacer una exposición de las concepciones fundamentales en torno a la distinción entre derechos personales y derechos reales en las obras generales de Derecho Civil. Entre ellas, destaca DÍEZ-PICAZO, L. *Funda-*

un buen conocedor de las unas y de las otras, por lo que omito su exposición, la cual solo serviría para alargarlo innecesariamente.

Este artículo pretende ser una contribución a la clarificación de ambos conceptos, muy necesaria en el mundo en el que vivimos, caracterizado por la contratación impersonal, esto es, aquella que tiene lugar entre personas que se desconocen entre sí y que, por lo tanto, requiere basarse en reglas e instituciones que hagan innecesario el conocimiento personal del sujeto o sujetos con quienes se contrata.

Clásicamente, el arquetipo del derecho real es el derecho de propiedad y, más concretamente, el derecho de propiedad sobre bienes inmuebles, y el arquetipo del derecho personal o de crédito, es el derecho a cobrar una determinada cantidad de dinero de un determinado sujeto. Desde esta perspectiva, ambos derechos no son sino los extremos opuestos de un *continuum* de derechos subjetivos de carácter patrimonial. La cuestión consiste en determinar cuándo un derecho traspasa la frontera y puede calificarse de real o de personal.

Desde una perspectiva muy general, puede afirmarse que derecho real y derecho personal implican un diferente grado de protegibilidad efectiva del derecho *in natura*, lo que implica, también, una diferente asignación de los riesgos derivados de la contratación para la titularidad del derecho. La protegibilidad efectiva del derecho no depende solamente de la naturaleza de su contenido sino, también, del desarrollo de las tecnologías físicas y jurídicas, de modo que, en ocasiones, un derecho podrá ser real o personal en función de las tecnologías disponibles. Adicionalmente, en la medida en la que derecho personal y derecho real implican reglas distintas de asignación de los riesgos derivados de la contratación, la clarificación de ambos conceptos puede resultar muy útil para facilitar dicha contratación sin, por ello, perjudicar la seguridad jurídica de la titularidad y tenencia de bienes.

La relevancia de la contratación impersonal³, caracterizada por la información insuficiente y asimétricamente distribuida, exige la incorporación del concepto de *titularidad real* como integrante del concepto de derecho real, algo innecesario desde una perspectiva estática, o en un mundo de contratación personal con información completa o incompleta solo marginalmente.

En efecto, la contratación impersonal se caracteriza por una *alta densidad* o, si se prefiere, *frecuencia contractual*, hasta el punto de integrar una red o *nexo de contratos* interdependientes. En este mundo, puede decirse que quien contrata con alguien la adquisición de un bien, en rigor de un derecho real sobre

mentos de Derecho Civil Patrimonial, I (Introducción. Teoría del contrato), págs. 75-90. Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007.

³ NORTH, D. C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, pág. 52. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1995. Los conceptos de intercambio personal e impersonal son esenciales para entender la evolución institucional y a ellos me referiré repetidamente a lo largo de este trabajo.

un bien, no está contratando solamente con su transmitente sino con todas las personas que, con anterioridad, contrataron la adquisición y posterior transmisión del bien, pues puede verse afectado por las vicisitudes que afecten a tales contratos precedentes y que estén protegidas por una acción real, concebida como instrumento de protección del *ius disponendi* del propietario. La *conexión intercontractual*⁴ implica, por tanto, una interdependencia *inter tertios*, esto es, entre personas que contrataron en relación al mismo bien, pero no entre sí, sino con otras personas en algunos de los sucesivos contratos referentes al mismo bien, y que normalmente se desconocen entre ellas.

El enfoque civil clásico, sin embargo, influido por la tradición del Derecho romano, relega esta perspectiva a un segundo plano, focalizando su atención en la perspectiva *intracontractual*, lo que da lugar a lo que, gráficamente, podemos denominar una concepción *insular del contrato*, de modo que lo relevante, casi lo único existente, son las relaciones entre las partes, hasta el punto de que los efectos del contrato en relación a terceros reciben la denominación de *efectos reflejos* del contrato. Esta perspectiva puede ser adecuada para un entorno de contratación personal con información completa —o incompleta solo en el margen— sobre los diferentes atributos cuyo conocimiento es necesario para contratar, en la que, como consecuencia, no puede haber sorpresas derivadas de contratos anteriores referentes al mismo bien. Pero es inadecuada para un entorno de contratación impersonal al que son consustanciales las asimetrías informativas y, por lo tanto, las incertidumbres sobre tales atributos. El entorno impersonal exige, por ello, que se preste a la vertiente *intercontractual* la misma atención que a la *intracontractual*. El mundo impersonal no está compuesto por un *archipiélago contractual* sino por una *red o nexo de contratos*.

Así, se parte del supuesto subyacente de que los efectos propios del contrato son los efectos *inter partes* y que los efectos frente a terceros son efectos *reflejos* o *indirectos* sin caer en la cuenta de que la propia función de la contratación y, por tanto, del contrato —facilitar la reasignación permanente de recursos— exige prestar tanta atención al contrato como a la conexión intercontractual, especialmente en un contexto de contratación impersonal pleno de asimetrías informativas.

Si se prestara la misma atención a ambos grupos de problemas, tal y como exige un contexto de alta densidad contractual impersonal y, por tanto, de alta conexión intercontractual, se hablaría de *efectos intracontractuales e intercon-*

⁴ Es necesario distinguir la conexión intercontractual a la que me refiero de los denominados contratos conexos. La primera es un hecho derivado de que ciertas vicisitudes contractuales están protegidas por acciones reales, así como el *ius disponendi* de los titulares de derechos reales, mientras que la expresión contratos conexos se refiere a una categoría jurídica. Véase, LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1994. BERNAD MAINAR, R., «A propósito de una pretendida teoría general de los contratos conexos», en *RCDI*, julio-agosto de 2010, núm. 720, págs. 1447-1485.

tractuales, lo que, a su vez, nos permitiría entender mejor el sistema transmisivo de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles y las reglas de protección de tales derechos.

Nuestra doctrina, sin embargo, sigue focalizando su atención en la bilateridad contractual, como sería lo propio en un contexto de contratación personal y, por lo tanto, de información completa —o incompleta solo en el margen—, lo que evitaría que la conexión intercontractual —de baja frecuencia, por otro lado, en un contexto semejante— pudiera producir consecuencias *desconocidas* para los contratantes. Ello justificaría, en efecto, prescindir del análisis de tales consecuencias en el estudio del proceso transmisivo.

Sin embargo, en un contexto de contratación impersonal —como tal, pleno de asimetrías informativas— no se puede relegar y, menos aún, prescindir del análisis de las consecuencias derivadas de la *conexión intercontractual*, a la hora de articular un sistema transmisivo que cumpla su función, cual es facilitar la permanentemente reasignación de recursos escasos hacia quienes en cada momento se hallan en condiciones de hacer un uso más eficiente de los mismos, sin poner en riesgo la seguridad del propietario.

Esta exigencia funcional exige situar los problemas derivados de la *conexión intercontractual* al mismo nivel, al menos, que los problemas que plantea la vertiente intracontractual.

Las repercusiones de la *conexión intercontractual* sobre los derechos de propiedad —en el sentido de propiedad y demás derechos reales, en los que centro el estudio— no solo pueden tener lugar por vía de *conexión intercontractual subjetiva* sino también por una vía contractual subjetivamente inconexa, pero *objetivamente* conexa; por ejemplo, cuando un tercero que ha adquirido de un *tradens* distinto reclama la titularidad del recurso. También pueden tener lugar por vía extracontractual: v.gr.: cuando la autoridad embarga un recurso por deudas fiscales.

Focalizaré mi atención, no obstante, en las repercusiones por vía de *conexión intercontractual*, especialmente la subjetiva, es decir, aquella en la que la conexión se da entre las personas en tanto que partes de diferentes contratos ligadas por un trato contractual relacionado con el recurso. La conexión *intercontractual objetiva* sería aquella en la que el único vínculo que liga a las partes es su pretensión sobre el recurso en virtud de diferentes contratos, sin que exista entre ellas un trato contractual.

En otras palabras, la propiedad privada sobre la tierra y la libertad de transferencia, instrumentada a través del contrato, implican la concepción del mundo como una red de contratos o como un nexo contractual, y, más exactamente, como un *nexo intercontractual impersonal* en la medida que interconecta a personas que no se conocen entre sí.

En este contexto, si la titularidad sobre un derecho real no es, a su vez, real, esto es, protegida mediante una regla de propiedad frente a las causas de pérdida

de la misma que puedan derivar de las conexiones contractuales *inter tertios*, puede afirmarse que el derecho como tal no lo es, porque, en caso de discutirse la titularidad sobre el mismo, las consecuencias para su titular serían similares a si el derecho fuese personal. Desde una perspectiva dinámica, en el mundo de la contratación impersonal, el concepto de derecho real incluye, pues, el de *titularidad real*, esto es, el de titularidad protegida por una regla de propiedad frente a las causas de ineficacia de la propia adquisición que pudieran derivar de actos y/o contratos precedentes relativos al mismo bien y que el adquirente de buena fe no ha conocido a pesar de haber observado un comportamiento acomodado a la diligencia exigible.

La protección de las titularidades de los derechos reales con acciones reales es el modo adecuado de protección de tales titularidades con una regla de propiedad en un entorno de contratación personal, con información completa sobre titularidades y cargas, o incompleta solo en el margen, pero, sin embargo, el mantenimiento de tales acciones en un mundo de contratación impersonal no solo no es el medio de protección adecuado de tales titularidades mediante una regla de propiedad, sino que la impide, generando inseguridad entre los «presuntos» titulares y produciendo, en consecuencia, un incremento de los costes transaccionales. Por ello, la protección de las titularidades mediante una regla de propiedad en el mundo de la contracción impersonal debe obtenerse mediante tecnologías jurídicas distintas de las acciones reales, de modo que desaparezcan las incertidumbres en cuanto a titularidades y cargas. Ello se consigue suprimiendo la acción reivindicatoria en relación a adquirentes a título oneroso y de buena fe, fundamentando dicha supresión en la atribución de un especial alcance legitimador a la posesión, en el ámbito mobiliario, y en los efectos atribuidos a la inscripción en un Registro de derechos, en el ámbito inmobiliario. Tal conjunto de tecnologías recibe el nombre de Derecho de la seguridad del tráfico jurídico⁵.

⁵ El derecho de la seguridad del tráfico jurídico regula las relaciones *inter tertios*, esto es, los conflictos entre personas de diferentes contratos que se refieren a un mismo bien —o servicio—. Es la tecnología jurídica dirigida a resolver los problemas propios de la contratación impersonal, a la que son consustanciales las asimetrías informativas sobre titularidades y cargas, entre otras. Usualmente, las soluciones del derecho de la seguridad del tráfico jurídico se fundamentan en la protección de la confianza derivada de la apariencia, lo que exige la adopción de medidas para que la apariencia sea veraz. Es la posición común entre civilistas, mercantilistas e hipotecaristas. La formulación de la teoría de la apariencia se debe especialmente a CANARIS, C. W., *Vertraueshaftung im Deutschen Privatrecht*, 1971.

Recientemente, ARRÚÑADA ha abordado desde una perspectiva de Economía Institucional, una explicación de las construcciones jurídicas que regulan estas relaciones.

Distingue entre transacciones originarias y subsiguientes. Enfatiza el análisis de las relaciones *inter tertios* propias de la alta densidad contractual, que denomina contratación secuencial, aspecto esencial de la especialización productiva. Pero mientras los economistas, en general, suelen tratar las transacciones subsiguientes como si fuesen originarias, en el sentido de que prescinden de los efectos que los contratos anteriores pueden tener sobre los posteriores, esto

Por último, me parece necesario realizar una advertencia sobre el alcance de este trabajo. La seguridad de la propiedad, esencial para que pueda cumplir su función, tiene dimensiones públicas y privadas. De las primeras se ocupan la Economía institucional, así como diferentes ramas del Derecho Público (Derecho Constitucional, Administrativo, Urbanístico, Penal, etc). De las segundas se ocupa el Derecho Patrimonial Privado, que se mueve en el ámbito propio del mercado. Este trabajo se sitúa en este segundo ámbito⁶. Desde esta perspectiva, aborda el estudio de los derechos reales —que son los objetos de intercambio—, así como de los derechos obligacionales —que forman parte de los mecanismos de intercambio— así como, por último, de los daños que se pueden producir para el propietario, o para el adquirente, como consecuencia de los fallos de información característicos de la contratación impersonal, si se carece de las instituciones jurídicas adecuadas.

es, de lo que he denominado la *conexión intercontractual*, ARRUÑADA introduce en el análisis económico las consecuencias derivadas de tal conexión y las explica utilizando el lenguaje de la relación principal-agente. Así se explicaría la regulación *inter tertios* de todo tipo de transacciones. Los terceros sufren mayores asimetrías informativas que si la incertidumbre se refiriese solamente a la calidad material del bien —o servicio— que el agente debe entregar. Y esta asimetría informativa sobre el título legal del agente o su poder para contratar debe ser superada para que el mercado pueda funcionar. El Derecho de la seguridad del tráfico jurídico permitiría así reducir los costes de transacción, por lo que disminuirían las posibilidades de actuación impune de los «agentes». En consecuencia, por un lado, los propietarios gozarían de mayor protección, y, por otro, fundamenta la protección de los terceros inocentes. ARRUÑADA, B., *Institutional Foundations of Impersonal Exchange*, especialmente el capítulo primero. Ed. Chicago University Press, 2012. Véase también, JENSEN, M. C. y MECKLING, W. H., «Theory of Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure», 1976, *Journal of Financial Economics*, 3, 305-60.

⁶ En este sentido, afirma ARRUÑADA que muchos estudios económicos, influenciados por COASE y NORTH fundamentalmente, se centran en analizar cómo los fallos políticos dan lugar a malas instituciones. Su preocupación fundamental consiste en que la propiedad puede ser dañada por fallos políticos porque muchos gobiernos no solo demuestran ser incapaces de asignar los derechos de propiedad claramente, de prevenir la violencia y de defender los derechos de propiedad contra las invasiones privadas, sino que, además, tienen tendencia a confiscar la propiedad de sus ciudadanos. El *property law*, por el contrario, focaliza su atención en aspectos privados, en particular en el hecho de que la propiedad pueda ser dañada por fallos de mercado, en especial cuando los individuos usan torticadamente las transacciones para quedarse con las propiedades de otros. Esto puede suceder porque los propietarios pueden celebrar contratos de transferencia con varios sujetos. Ello genera una desconfianza que desincentiva la inversión y el comercio. Por ello, una economía de mercado requiere instituciones que provean algo más que una inicial asignación de recursos. Deben proveer también un efectivo *enforcement in rem* y, en consecuencia, lo que en el análisis coasiano se denomina «recurrente asignación de derechos». ARRUÑADA, B., *Institutional Foundations of Impersonal Exchange. Theory and Policy of Contractual Registries*. Chicago University Press, 2012, pág. 23.

2. LA CONCEPCIÓN PREDOMINANTE DE LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHOS PERSONALES Y DERECHOS REALES

Como sintetiza adecuadamente DÍEZ-PICAZO⁷, de acuerdo con nuestra tradición jurídica, el concepto de derecho real viene definido por las coordenadas que forman el carácter *inmediato* y el carácter *absoluto* de este especial tipo de poder jurídico. Con lo primero —carácter *inmediato*— se entiende que el poder del titular se realiza y se ejerce de una manera directa sobre los bienes que constituyen el objeto del derecho sin necesidad de una especial colaboración o intermediación de otras personas. Con lo segundo —carácter *absoluto*— se suele entender que el titular del derecho hace eficaz este y satisface su interés, no solo frente a un especial sujeto pasivo, concreto y determinado, sino también frente a terceros, lo que se define, unas veces, como una efectividad del derecho frente a todos (*erga omnes*) y, otras, como efectividad frente a cualesquiera personas que se puedan encontrar en relación con la cosa objeto del derecho. Esta concepción es la dominante entre la doctrina española y europea continental, como ha puesto de manifiesto PENA LÓPEZ⁸.

De acuerdo con esta concepción, el derecho real confiere a su titular un poder directo e inmediato sobre las cosas e impone a todos —tanto a los extraños como a los que entran en relación con la cosa— un deber de respeto de dicho poder, llamado, por ello, deber universal de respeto, que se traduce, en general, en una conducta pasiva. El derecho personal, por el contrario, no confiere a su titular un poder directo sobre las cosas, sino una facultad para exigir un comportamiento determinado de una persona determinada en virtud de una relación jurídica previa. Se afirma, en consecuencia, que mientras el derecho real tiene un sujeto pasivo universal, el derecho personal tiene un sujeto pasivo determinado, por lo que mientras el primero es un derecho absoluto, esto es, exigible *erga omnes*, el segundo es un derecho relativo, esto es, exigible solo de determinadas personas.

Esta concepción tradicional ha sido objeto de innumerables matizaciones y críticas, pero, a pesar de ello, es la dominante en el pensamiento jurídico, la que late en el fondo de la mayoría de las concepciones vigentes.

⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. M., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. III, pág. 82. Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008. Abundando en esta misma idea, afirma: «A modo de recapitulación, debe retenerse que denominamos derecho real a un determinado tipo de derecho subjetivo que protege con carácter absoluto el interés de una persona sobre una cosa, otorgándole un poder directo e inmediato sobre ella y al mismo tiempo una eficacia general en relación con los terceros, entendiendo por terceros a los posibles adquirentes de la cosa y a las demás personas que se encuentran en relación con ella» (*op. cit.*, pág. 81). *Ibidem*. Sobre esta idea volveré posteriormente.

⁸ PENA LÓPEZ, J. M., *op. cit.*, págs. 33-67.

2.1. LA INMEDIATIVIDAD DEL DERECHO REAL

Como es sabido, la nota de inmediatividad fue criticada por THON⁹, basándose en que no cabe una relación jurídica directa entre una persona y una cosa, sino solo entre personas. Así, el derecho de propiedad no es tanto una facultad de goce cuanto una facultad de exclusión. La propiedad sobre un jardín no consiste tanto en lo que el propietario pueda hacer directamente en su jardín cuanto en la facultad de vallarlo, como expresión del poder de excluir a los demás del goce del jardín. En el caso de que los demás no respeten la facultad de exclusión, el propietario puede solicitar del Estado que utilice su poder para imponer por la fuerza tal exclusión. La pretensión del propietario va dirigida, en consecuencia, a obtener un determinado comportamiento de quienes entran en contacto con la cosa. Del mismo modo, el propietario que ejerce una acción reivindicatoria, no está ejercitando un poder directo sobre la cosa, sino que pretende obtener un determinado comportamiento del demandado, cual es la entrega de la cosa. No es posible, por ello, establecer una diferencia esencial entre la pretensión de un reivindicante y la de un acreedor, pudiendo llegar a afirmarse que el reivindicante no es sino un acreedor de restitución.¹⁰

Desde esta perspectiva, la propiedad —en tanto que paradigma de los derechos reales— estaría integrada por un conjunto de relaciones jurídicas entre personas en relación al uso y aprovechamiento de las cosas.

En cierto sentido, esta concepción es un precedente de la concepción contractual de los derechos de propiedad, entendidos como derechos reales en general, ampliamente difundida en el ámbito del análisis económico del Derecho, especialmente en el ámbito cultural angloamericano¹¹. Según esta concepción, el

⁹ THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1951, especialmente págs. 157-159.

¹⁰ Se suele afirmar también que determinados derechos calificados usualmente como reales —por ejemplo, servidumbres negativas— no llevan ningún poder directo. Véase, PEÑA LÓPEZ, J. M., *op. cit.*, págs. 16-18, o DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pág. 79. Sin embargo, este asunto no interesa en este trabajo, pues no se trata de adscribir figuras concretas a una categoría u otra, sino de establecer unos conceptos arquetípicos de derecho real y derecho personal, sin entrar en la discusión sobre si determinadas figuras deben encuadrarse en una u otra categoría.

¹¹ Véase MERRILL, T. H. y SMITH, H. E., «What Happened to Property in Law and Economics», en *The Yale Law Journal*, 2001, Vol 111: 357, págs. 359-360. CLAEYS, E., «Property 101: Is property a thing or a bundle?», en *George Mason University Law and Economics Research Paper Series 0909* (<http://ssrn.com/abstract=1338372>). Especialmente instructivos para ver el actual estado de la cuestión, los siguientes artículos aportados al simposium organizado por Econ Journal Watch, para discutir la cuestión *Eric R. Claeys: Bundle-of-Sticks Notions in Legal and Economic Scholarship* <<http://econjwatch.org/766>>. *Robert C. Ellickson: Two Cheers for the Bundle-of-Sticks Metaphor, Three Cheers for Merrill and Smith* <<http://econjwatch.org/751>> *Richard A. Epstein: Bundle-of-Rights Theory as a Bulwark Against Statist Conceptions of Private Property* <<http://econjwatch.org/756>> *Larissa Katz: The Regulative Function of Property Rights* <<http://econjwatch.org/767>> *Thomas W. Merrill: The Property Prism* <<http://econjwatch.org/757>> *Adam Mossoff: The*

propietario puede defender su derecho de propiedad mediante una acción reivindicatoria, la cual puede alcanzar a cualquier persona. Pero si alguien, intencionalmente o no, daña mi propiedad —v.gr.: comete un delito— entonces surge la obligación de indemnizar, del mismo modo que si una persona insulta a otra, y la acción para hacer efectiva la indemnización, en estos casos, es personal. Pues bien, la concepción predominante en el área cultural angloamericana, concibe el Derecho patrimonial en términos de derechos y deberes, y el deber de indemnizar el daño causado por el incumplimiento de un contrato deriva del deber previo de cumplimiento del mismo. Del mismo modo, existe un deber que incumbe a las personas en general de no dañar la propiedad, y, correlativamente, un derecho de los propietarios en relación con las personas en general, que forma parte del contenido del derecho de propiedad. En consecuencia, es una *actio in personam* la que protege el derecho de propiedad, que, por lo tanto, no sería un *ius in rem* sino un *ius in personam* y concretamente, un racimo de derechos —*bundle of rights*— en relación al uso de las cosas, de modo que la clásica distinción entre derechos reales y personales, se diluye, para existir solamente *iura in personam*.

Esta concepción tiene su origen en HOHFELD¹², a principios del pasado siglo, si bien ha sido COASE el que ha contribuido a su hegemonía presente en ese ámbito cultural. En su clásico artículo sobre *El problema del coste social*¹³ parte de la concepción según la cual los derechos de propiedad no tienen más función que la de servir de línea de partida para la contratación o para una imposición colectiva de los derechos de aprovechamiento sobre los recursos, y modela tales derechos de aprovechamiento exclusivamente en términos de disputas bipolares entre A y B, sin considerar que el recurso puede no pertenecer a A —por no haber adquirido del *verus dominus*— o que quien transmitió a A puede ver resuelto su derecho por haber incumplido, a su vez, el contrato de adquisición, o que A puede haber adquirido una obligación con C, que posteriormente incumplió, y C podía embargar el recurso, etc. En otros términos, en el análisis coasiano está ausente la repercusión de la conducta de los terceros

False Promise of the Right to Exclude <<http://econjwatch.org/760>> Stephen R. Munzer: A Bundle Theorist Holds On to His Collection of Sticks <<http://econjwatch.org/749>> James E. Penner: Potentiality, Actuality, and «Stick»-Theory <<http://econjwatch.org/754>> Henry E. Smith: Property Is Not Just a Bundle of Rights <<http://econjwatch.org/762>> EJW Audio: Troubles with «Bundle»: <<http://econjwatch.org/768>> Henry E. Smith of the Harvard Law School says that property is complex but nonetheless has core aspects, aspects not aptly handled in «bundle» theory. EJW Audio: The Market for Lemmas: <<http://econjwatch.org/748>> Philip Coelho and James McClure discuss their research showing, among other things, that papers with lemmas almost never generate propositions that are tested by any subsequent research.

¹² HOHFELD, W. N., *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 Law Journal, 16 (1913), citado por MERRILL, T. H. y SMITH, H. E., en *What Happened to Property in Law and Economics*, en *The Yale Law Journal*, 2001, vol. 111: 357, pág. 364. HOHFELD creía que derechos personales y reales eran un mismo tipo de derechos, que diferían únicamente por su duración y por el número de personas englobadas por la relación jurídica.

¹³ Véase COASE, R. H., *The Problem of Social Cost*, 3 J.L.& ECON, 1 (1960).

conectados por vía contractual con alguna de las partes del contrato —A o B—, o, si se prefiere, está ausente la *conexión intercontractual*, o *inter tertios*, y, por lo tanto, el análisis de las implicaciones derivadas de la misma en relación con los derechos y obligaciones —sea cual fuere su naturaleza— que conforman el contenido del contrato¹⁴.

Estas ausencias no supondrían limitación alguna de la concepción coasiana en un mundo de información completa sobre los atributos a los que me acabo de referir, pero, en cambio, en un mundo de alta densidad contractual caracterizado por la impersonalidad y por la información escasa y asimétricamente distribuida en relación a tales magnitudes, tales ausencias suponen una grave deficiencia del análisis coasiano. Ello se revela especialmente grave, precisamente, cuando el contrato entre las partes versa sobre la atribución de derechos de aprovechamiento sobre los recursos, pues, en estos casos, las posibilidades de que surja un conflicto *inter tertios* por la vía de la conexión intercontractual —y aún sin tal conexión— son mucho mayores que cuando el contrato versa sobre *iura in personam* que se limiten a imponer una determinada conducta a una de las partes exigible por la otra, sin relación alguna con el aprovechamiento de los recursos.

Como observan MERRIL y SMITH¹⁵, este planteamiento ha influido ampliamente en la concepción angloamericana de las últimas décadas sobre los derechos de propiedad o *property rights*¹⁶, especialmente entre los especialistas en

¹⁴ Obviamente, las repercusiones sobre los derechos de propiedad —en el sentido de *property rights*, en los que centro el estudio— no solo pueden tener lugar por vía de conexión intercontractual *subjetiva* sino también por una vía contractual subjetivamente inconexa, pero *objetivamente* conexa; por ejemplo, cuando un tercero que ha adquirido de un *tradens* distinto reclama la titularidad del recurso. También pueden tener lugar por vía extracontractual: v.gr.: cuando la autoridad embarga un recurso por deudas fiscales. Focalizaré mi atención, no obstante, en las repercusiones por vía de conexión intercontractual, especialmente la subjetiva, es decir, aquella en la que la conexión se da entre las personas en tanto que partes de diferentes contratos ligadas por un trato contractual relacionado con el recurso; la conexión intercontractual objetiva sería aquella en la que el único vínculo que liga a las partes es su pretensión sobre el recurso en virtud de diferentes contratos, sin que existe entre ellas un trato contractual.

¹⁵ Para una explicación pormenorizada, véase MERRILL, T. H., y SMITH, H. E., «What Happened to Property in Law and Economics», en *The Yale Law Journal*, 2001, vol. 111: 357, págs. 359-360.

¹⁶ Utilizo aquí la expresión *derechos de propiedad*, o su equivalente en inglés, *property rights*, en el sentido amplio en el que la utiliza la Economía Institucional y, por lo tanto, no solamente para referirme a la propiedad privada en sentido estricto, sino a todo el conjunto de derechos en los que se pueda aplicar la idea de exclusión del aprovechamiento. Incluye, por tanto, no solamente la propiedad, tal y como la define el Código Civil, sino también el usufructo, las servidumbres, los derechos de uso, las concesiones administrativas de uso exclusivo, hipotecas, patentes, etc. Por el contrario, los bienes considerados de libre acceso son aquellos sobre los que no se aplica exclusión alguna. Ahora bien, que un derecho sea exclusivo no quiere decir que no posea limitaciones, sino que tan solo se halla limitado por aquellas restricciones explícitamente establecidas por la ley. Véase, al respecto, el excelente trabajo de SAN EMETERIO MARTÍN, N., *Sobre la propiedad. El concepto de propiedad en la Edad Moderna*, págs. 32 y sigs. Ed. Tecnos, Madrid, 2005. Véase también, ACKERMAN, B.,

análisis económico del derecho, como racimos —*bundle*— de *iura in personam*, de manera que la propiedad sería simplemente un compuesto de relaciones jurídicas que tienen lugar entre las personas y que solo secundaria e incidentalmente afectarían a las cosas. La evolución postcoasiana ha seguido diferentes vías, si bien todas ellas relegan a un segundo lugar —cuando no niegan de plano— el aspecto *in rem* de los derechos de propiedad, es decir, el hecho de ser derechos sobre las cosas, pero no solo en relación a una persona con la que se disputa cualquier aspecto del derecho, sino en relación a todos o *erga omnes*.

Esta visión impide entender la propiedad como institución jurídica y económica, pues, como observan MERRILL y SMITH¹⁷, los derechos de propiedad hacen referencia a un conjunto de relaciones jurídicas entre las personas pero solo como intermediarias hacia la obtención del aprovechamiento exclusivo sobre una cosa, lo cual los dota de una impersonalidad y de una generalidad de la que carecen los derechos personales, por cuya razón no son tan ampliamente personalizables como aquellos, sino que, por el contrario, sobre ellos pesa una exigencia de tipicidad más o menos rígida, como veremos. En todo caso, Coase era consciente de que esta visión contractual de los derechos de propiedad no era adecuada cuando había un amplio número de sujetos afectados, lo cual exigía la intervención pública, pues, de lo contrario, se plantearía un problema masivo de coordinación¹⁸. Precisamente la exigencia de tipicidad propia de los derechos reales es el medio de resolver este problema, como veremos más adelante.

En esta primera aproximación podemos concluir que, ciertamente, las relaciones jurídicas tienen lugar entre personas, no entre personas y cosas, y que tienen por objeto la obtención de comportamientos determinados, por parte de un sujeto o de una pluralidad de sujetos. Pero tales comportamientos pueden

Economic Foundations of Property Law, Little Brown and Company. Igualmente, FURUBOTN, E. G. y RICHTER, R., *Institutions and Economic Theory. The Contribution of the New Institutional Economics*, The University of Michigan Press, Second Edition, 2008.

¹⁷ MERRILL, T. H., y SMITH, H. E., *Ibidem*.

¹⁸ En efecto, afirmaba COASE: «Ha quedado demostrado que el hecho de que las acciones puedan tener efectos perjudiciales sobre otros, no es obstáculo para la introducción de derechos de propiedad. Pero ello es posible porque los conflictos de interés tienen lugar entre individuos. Cuando hay un amplio número de gente involucrada el argumento para la institución de derechos de propiedad queda debilitado y, por el contrario, queda fortalecido el argumento para una regulación general... Si mucha gente resulta perjudicada y hay varias fuentes de polución, es más difícil alcanzar una solución satisfactoria a través del mercado». COASE, R., H., *La Comisión Federal de Comunicaciones en la empresa, el mercado y la ley*, Alianza Economía, Alianza Editorial, Madrid, 1994, pág. 107. Ello evidencia las limitaciones de la concepción de los derechos de propiedad como una colección de derechos *in personam* referentes al uso de los bienes. La concepción de los derechos de propiedad como un *bundle of rights* o racimo de derechos personales en relación al aprovechamiento de las cosas puede explicar la resolución de conflictos sobre los usos de los bienes mediante contratos cuando el número de personas implicadas es pequeño, pero cuando ese número aumenta, esta concepción no tiene más solución para solventar el problema de coordinación de intereses que la regulación pública. Véase MERRILL, T. H., y SMITH, H. E., en *op. cit.*, pág. 174.

estar relacionados con el uso y aprovechamiento de los bienes —escasos por definición— o no. Desde esta perspectiva, la expresión «derechos reales» debería quedar reservada, en una primera aproximación, para aquellas relaciones jurídicas —por tanto, entre personas— que versan sobre el uso y aprovechamiento de los bienes.

2.2. LA ABSOLUTIVIDAD DEL DERECHO REAL

Como he expuesto, la doctrina tradicional considera la absolutividad como un rasgo esencial del concepto del *ius in rem*. Tradicionalmente, ha venido siendo entendida como *erga omnicidencia* —en afortunada expresión de PAU PEDRÓN¹⁹—. Así, según PEÑA²⁰, los derechos reales son los derechos subjetivos de carácter absoluto que tienen por objeto cosas.

Absolutividad del derecho y ergaomnidencia del mismo serían, pues, términos que expresarían el mismo concepto.

Ahora bien, entendida la absolutividad como un *deber universal de respeto*, es preciso hacer notar que los derechos reales comparten esta característica con los derechos personales o de crédito, por la sencilla razón de que la existencia de un deber general de respeto es una característica de todo derecho subjetivo²¹, sea real o personal.

Como hizo notar DE CASTRO, los terceros adquirentes no solamente deben respetar los derechos reales existentes, sino también los de crédito anteriores al suyo²², excepto aquellos, como subraya PEÑA, que, de tener eficacia real,

¹⁹ PAU PEDRÓN, A., «Esbozo de una teoría general de la oponibilidad», en *La publicidad registral*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2001, pág. 297. PAU PEDRÓN asimila los conceptos de absolutividad y de ergaomnidencia a lo que considera rasgos estructurales de las situaciones jurídicas.

²⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. I. pág. 55. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1999.

²¹ Véase DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I, pág. 63. Ed. Civitas, Madrid, 1993. El autor sostiene esta posición al criticar la denominada concepción obligacionista del derecho real. En el mismo sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., siguiendo a DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 58, especialmente nota 3. En el mismo sentido, PEÑA LÓPEZ, J. M., *op. cit.*, especialmente págs. 19-22 y 151-206.

²² DE CASTRO pone varios ejemplos tomados del Derecho Positivo, el cual: 1) reprime la connivencia de los terceros en el fraude de acreedores —régimen de la acción pauliana, delito de insolvencia fraudulenta—; 2) sanciona la mala fe de un segundo comprador (art. 1473 CC); 3) por otro lado, los derechos de crédito, en cuanto bienes integrantes de un patrimonio, están también protegidos *erga omnes* por el artículo 1902 del Código Civil —ejemplo: derecho del arrendatario—, 3.1) ya se trate de actos o contratos con el tercero que menoscaban el crédito en cuanto afectan al débito específico —ejemplo: terceros adquirentes de la cosa o contratantes del servicio a que el derecho de crédito se refiere—, 3.2) ya se trate de actos o contratos con el tercero que menoscaban el crédito en cuanto afecten a la responsabilidad —menoscaban el patrimonio del deudor en perjuicio del acreedor—: cfr: arts. 6-2,1111, inciso

infringirían las normas estructurales del estatuto jurídico de los bienes. Por ejemplo, prohibiciones de disponer establecidas en negocios jurídicos onerosos (art. 27 LH)²³.

Así entendida, la *absolutividad* nos serviría para identificar al derecho real como derecho subjetivo pero no propiamente como derecho real.

Para ello, debemos profundizar en el concepto de absolutividad. Partiendo de que los *iura in rem* no constituyen una relación directa entre los hombres y las cosas sino una relación codificada entre los hombres que se refiere al uso de las cosas, se puede afirmar que tener un derecho real, especialmente el derecho de propiedad, consiste en contar con el acuerdo²⁴ de los demás miembros de la comunidad para actuar de una cierta forma en relación al uso y aprovechamiento de los bienes y confiar en que la sociedad impida que los demás interfieran con sus propias actividades en el ejercicio de ese derecho. En este sentido, tales derechos representan principios de comportamiento que todo el mundo debe observar, mientras que los derechos personales u obligacionales solo permiten exigir un determinado comportamiento de las partes contractualmente implicadas y, además, y, por ello mismo, solo pueden ser exigidos si no violan derechos reales²⁵. En este sentido, los derechos reales serían *absolutos*, mientras que los derechos personales serían *relativos*. Esta visión nos permite avanzar un poco más en la distinción entre uno y otro tipo de derechos subjetivos patrimoniales. Permite también avanzar en la comprensión de por qué existe un amplio margen de libertad en la configuración de derechos obligacionales, mientras que dicho margen se restringe considerablemente cuando se trata de crear derechos reales *ex novo*. Sobre este asunto volveré posteriormente. Por ahora, baste con hacer referencia a ello.

Para avanzar aún más, es preciso seguir profundizando en el concepto de absolutividad, que también se halla conectado con el tipo de protección que el ordenamiento jurídico —es decir, el Estado— dispensa a los diferentes derechos subjetivos patrimoniales, protección que, como veremos, no es igual para todos ellos y, lo que es importante subrayar, no puede serlo, por las razones que expondré posteriormente.

segundo, 1291, 1295-II, 1297 y 1298, 1124 y 1540, 1473, 643, 506, 1029, todos ellos del Código Civil. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *op. cit.* págs. 58 y 59.

²³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *op. cit.*, pág. 58, nota 3.

²⁴ Como observa acertadamente DE SOTO, la propiedad —y, por extensión los demás derechos reales— no es sino un consenso social acerca de cómo los activos deben ser poseídos, utilizados e intercambiados. DE SOTO, H., *El misterio del capital*, Ed. Península, Barcelona, 2001, pág. 184.

²⁵ Véase TEZÉNAS DU MONTCEL, H., y SIMON, Y., «Théorie de la firme et réforme de l'entreprise», en *Revue économique*, núm. 3, 1977.

3. LA ABSOLUTIVIDAD DEL DERECHO REAL ENTENDIDA COMO PROTECCIÓN DEL MISMO MEDIANTE UNA REGLA DE PROPIEDAD

3.1. PLANTEAMIENTO

La absolutividad definida en relación con el tipo de protección que el ordenamiento jurídico —esto es, el Estado— dispensa a los diferentes tipos de derechos subjetivos patrimoniales, puede servir para aislar el concepto de derecho real, si la entendemos como *protección del derecho mediante una regla de propiedad (property rule)* en lugar de mediante una *regla de responsabilidad (liability rule)*, lo que implica la posibilidad real de protección efectiva de un derecho subjetivo patrimonial, incluida la recuperación *in natura* del bien objeto del derecho, de modo que este no pueda quedar afectado sin consentimiento de su titular, en ninguna de sus dimensiones, esto es, ni en las facultades de aprovechamiento material, ni en las de disposición jurídica del mismo. De hecho, como se deduce del análisis clásico de CALABRESI y MELAMED, lo que denominamos propiedad privada no sería otra cosa que un derecho o un conjunto de derechos de aprovechamiento sobre las cosas protegidos por una regla de propiedad²⁶, al menos en las relaciones *inter privatos*, pues al Estado se le reconoce siempre la posibilidad de expropiación y, por lo tanto, frente a él, el derecho de propiedad privada —y, en general, los *iura in rem*— se halla protegido tan solo por una regla de responsabilidad.

3.2. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO MEDIANTE REGLAS DE PROPIEDAD (*PROPERTY RULES*), REGLAS DE RESPONSABILIDAD (*LIABILITY RULES*) Y REGLAS DE INALIENABILIDAD (*INALIENABILITY RULES*)

A fin de explicar con la debida claridad el alcance de la anterior afirmación, me parece conveniente exponer la distinción ya clásica sobre las diferentes reglas de protección de los derechos.

Es esta una distinción que debemos a Guido CALABRESI y DOUGLAS A. MELAMED, los cuales la formularon en un artículo que ha devenido un clásico entre los clásicos del análisis económico del Derecho: *Property Rules, Liability Rules, an Inalienability: One View of The Cathedral*, publicado en el ya lejano 1972 en la «Harvard Law Review»²⁷.

²⁶ Véase CALABRESI, G., y MELAMED, A. D., «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View on The Cathedral», en ACKERMAN, B. A., *Economic Foundations of Property Law*, Ed. Little, Brawn & Company, pág. 37, publicado originalmente en *Harvard Law Review*, 1089-1178 (1972).

²⁷ La versión que utilizo es la publicada en *Economics Foundations of Property Law*. Ed. Little, Brawn & Company, págs. 31-49. Originalmente fue publicado en la *Harvard Law Review*, 1089-1128.

Parten estos autores de que, en todo momento, el concepto de Estado se halla relacionado con la resolución de conflictos de intereses entre dos o más individuos o entre dos o más grupos de individuos, debiendo decidir a cuál de las partes en conflicto favorece. Si no hay decisión —si no hay Estado— el acceso a los bienes, a los servicios y la vida misma se decidirá sobre la base de que el «poderío hace el derecho» (*might makes right*). En consecuencia, la función fundamental de la ley —es decir, del Estado— consiste en decidir a cuál de las partes en conflicto se le debe conceder el derecho a prevalecer (*entitled to prevail*).

Una vez realizada esta elección, la sociedad debe adoptar decisiones de segundo orden dirigidas a conseguir que el derecho concedido (*entitlement*) sea efectivo, ya que la elección, por sí sola, no evita el problema de que el más fuerte imponga su voluntad. Ello significa que siempre es necesario, al menos, un mínimo de intervención estatal.

Mas concretamente, tales decisiones versan sobre el modo conforme al cual los derechos concedidos son protegidos y sobre si se autoriza a los individuos a vender o comerciar en general con el derecho concedido.

Así, en un conflicto dado, el Estado no solamente debe decidir qué parte gana sino también qué tipo de protección concede al ganador. Esta última decisión, además, configura las relaciones subsiguientes entre el ganador y el perdedor.

Partiendo de estas premisas, consideran que hay tres tipos de derechos —entendidos como *entitlement*—: derechos protegidos por reglas de *propiedad*, derechos protegidos por reglas de *responsabilidad* y derechos protegidos por reglas de *inalienabilidad*. Advierten que estas categorías no son absolutamente nítidas, pero afirman que tal categorización es útil a partir del momento en el que revela algunas de las razones por las cuales se decide proteger ciertos derechos de un modo determinado y no de otro.

Un derecho está protegido por una *regla de propiedad* cuando todo aquel que desee despojar del mismo a su titular, únicamente puede hacerlo adquiriéndolo de él en una transacción voluntaria en la cual el valor del derecho es acordado con el mismo por el comprador o adquirente.

Esta es la forma de derecho que requiere una menor intervención por parte del Estado²⁸: Una vez que el derecho original ha sido asignado, el Estado ya

²⁸ CALABRESI y MELAMED precisan que la protección de un derecho mediante una regla de responsabilidad requiere menos intervención estatal solamente en el sentido de que el Estado interviene para decidir la asignación inicial de derechos y el tipo de protección, pero no para decidir el valor del derecho concedido. De este modo, en el caso de que resulte especialmente difícil hacer efectivo (*to enforce*) un particular derecho protegido por una regla de propiedad —por ejemplo, el derecho a la seguridad personal en las áreas urbanas—, el coste real de la intervención estatal puede llegar a ser muy alto y podría exceder, quizás, del requerido por algunos derechos protegidos por reglas de responsabilidad fácilmente administradas, *op. cit.*, pág. 32.

no interviene para decidir sobre su valor. Por el contrario, deja que las partes decidan cuál es el valor del derecho para cada una de ellas y, si no hay acuerdo, concede al titular el derecho de vetar los deseos del comprador. La regla de propiedad supone, por tanto, una decisión colectiva sobre a quién se asigna inicialmente el derecho pero no sobre el valor del derecho asignado.

Un derecho está protegido por una *regla de responsabilidad* si en cualquier momento cualquiera puede destruirlo pagando por ello una suma objetivamente determinada.

Obviamente, la regla de responsabilidad supone un escalón más en la intervención estatal. En efecto, según CALABRESI y MALAMED, tales derechos se protegen y su transferencia y eventual destrucción se autorizan sobre la base de un valor determinado por algún órgano del Estado antes que por las partes mismas.

Un derecho está protegido por una *regla de inalienabilidad* cuando no está permitida su transferencia voluntaria. A diferencia de las reglas de propiedad y de responsabilidad, la regla de inalienabilidad no solamente protege el derecho sino que lo configura.

De lo expuesto resulta que la mayoría de los derechos concedidos sobre los bienes son mixtos. Si bien la casa de A está protegida por una regla de propiedad cuando B desea comprarla, sin embargo solo se halla protegida por una regla de responsabilidad si es el Estado el que desea adquirirla mediante expropiación forzosa, quedando protegida por una regla de inalienabilidad cuando A está ebrio o ha devenido incapaz.

Una vez que una sociedad ha elegido una asignación de derechos inicial debe determinar también si protege los derechos asignados mediante reglas de propiedad, de responsabilidad o de inalienabilidad. En nuestro sistema, muchos de los supuestos incluidos bajo la denominación de propiedad privada son derechos protegidos por una regla de propiedad.

Como veremos, esta categorización de los tipos de protección de los derechos concedidos o reconocidos —realizada sobre la base de la intensidad de la protección suministrada por el Estado a los mismos— resulta de gran utilidad para caracterizar adecuadamente lo que, entre nosotros, se denominan derechos personales o de crédito, por un lado, y derechos reales, por otro.

A los efectos de este estudio, nos interesa básicamente la distinción entre reglas de propiedad y reglas de responsabilidad en tanto que reglas de protección de los derechos subjetivos patrimoniales. En la medida en la que la protección de un derecho mediante una regla de propiedad —*property rule*— pretende que el mismo no pueda ser alterado sin consentimiento de su titular, puede afirmarse que la acción real —*actio in rem*— es un instrumento que pretende ese mismo objetivo, y, por ello, por definición, alcanza a cualquier persona que la posea o pretenda la titularidad del derecho, mientras que la protección del derecho mediante una regla de responsabilidad —*liability rule*— implica que

el obligado puede alterar el mismo contra la voluntad de su titular pagando la correspondiente indemnización, por lo que la acción personal —*actio in personam*— sería un instrumento adecuado para hacer efectiva dicha regla. Ello no quiere decir, sin embargo, que reglas de propiedad y acciones reales, por un lado, y reglas de responsabilidad y acciones personales, por otro, sean conceptos intercambiables, como veremos a continuación.

3.3. REGLA DE PROPIEDAD Y ACCIONES REALES. REGLAS DE RESPONSABILIDAD Y ACCIONES PERSONALES

Planteadas así las cosas, nos colocamos en una situación parecida —solo parecida— a la existente en el Derecho Romano, el cual no distinguió entre derechos personales y reales, sino tan solo entre *acciones in rem* y *acciones in personam*, o lo que es lo mismo, no distinguió entre derechos sino solo entre reglas de protección de los mismos, o, si se prefiere, los romanos, como afirma NICHOLAS²⁹, pensaban en términos de acciones no de derechos, si bien, en sustancia, una *actio in rem* afirma un derecho sobre una cosa, mientras que una *actio in personam* afirma un derecho en relación a una persona, en virtud de una relación jurídica previa. De ahí la posterior dicotomía entre derechos personales y derechos reales.

Obviamente, no puede haber una disputa jurídica entre una persona y una cosa y, por ello, incluso en una *actio in rem* tiene que haber un demandado, pero, en el caso de la *actio in rem*, el demandado no lo es por haber incumplido alguna obligación con el demandante, derivada de una relación jurídica previa entre ellos, sino por haber realizado o estar realizando un acto que niega el derecho del demandante sobre una cosa³⁰. Por ejemplo, en una acción reivindicatoria,

²⁹ NICHOLAS, B., *An Introduction to Roman Law*, pág. 99, Oxford University Press, 1961.

³⁰ Según VOLTERRA, las *acciones in personam* son las dadas para la protección de un derecho subjetivo de obligación, en la cual el sujeto activo que tiene la facultad de exigir una determinada conducta (positiva o negativa), y el sujeto pasivo que está obligado a realizarla, son individualizados sobre la base de una relación existente entre ellos *ex contractu* (esto es, en base a un acuerdo considerado *contractus*, que tuvo lugar entre ellos y que hace que surja una obligación), o bien *ex delicto* (esto es, en virtud de un acto ilícito considerado *delictum*, que hace surgir, a cargo de quien lo ha cometido, una obligación cuyo objeto es el pago de una suma de dinero a título de *poena*). *Acciones in rem* son las dadas para la tutela de un derecho subjetivo real, en el que el sujeto activo tiene la facultad de exigir una determinada conducta (siempre negativa) por parte de cualquier otro, en el derecho de propiedad, y, en los otros derechos reales, por parte de sujetos que pueden determinarse en base a una relación entre ellos y la cosa, conducta que consiste en abstenerse de interponerse entre el sujeto activo y la cosa que es objeto del derecho. En estas acciones, el demandante y el demandado están determinados, pues, no en virtud de una relación jurídica que haya tenido lugar entre ellos, sino en virtud de una relación con la cosa. VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, págs. 248-249, Ed. Civitas, 1986.

el demandado posee la cosa y niega la propiedad del demandante. Lo que identifica al demandado, sea quien sea, es su relación con la cosa, la cual niega los derechos que el demandante pretende tener sobre la misma. Se comprende así por qué en las *formulae in rem* —a excepción de la *actio negatoria*— no se menciona en la *intentio* el nombre del demandado —que aparecerá en la *condemnatio*— sino solamente el derecho del demandante sobre la cosa. En este sentido, suele afirmarse que el *ius in rem* se ostenta contra la generalidad de las personas, mientras que el *ius in personam* se ostenta solo en relación a personas determinadas en virtud de una relación jurídica previa.

Pero la cuestión clave, consiste en determinar cuál es la importancia práctica de esta distinción. Probablemente lleva razón NICHOLAS³¹ cuando afirma que la respuesta quizás pueda ser encontrada comparando dos construcciones jurídicas existentes en relación a una venta.

Si A y B celebran un contrato de compraventa por el que A vende a B un libro por un cierto precio, el Derecho Romano reconoce a B un *ius in personam* a que A le entregue el libro —igualmente reconoce a A el correlativo *ius in personam* a que B le entregue el precio—, pero no concede a B ningún *ius in rem* hasta que el libro le ha sido entregado efectivamente. En otros sistemas, sin embargo, B adquiere simultáneamente un *ius in personam* y un *ius in rem* sobre el libro, tan pronto como la venta se ha perfeccionado³². La diferencia entre ambas construcciones descansa en su efecto sobre terceros. A este respecto, podemos distinguir dos situaciones típicas³³:

- (1) A retiene el libro y rehusa entregarlo. En este caso, no hay diferencia entre que B accione *in rem* o *in personam*. En ambos casos, B obtendría una cantidad de dinero. Pero A podría ser insolvente y entonces la distinción deviene crucial. Si la reclamación de B es solo *in personam*, entonces es un acreedor más junto con todos los demás que tengan algún derecho frente a A, mientras que si B acciona *in rem*,

³¹ NICHOLAS, B., *op. cit.*, págs. 102-103.

³² NICHOLAS pone el ejemplo del Derecho inglés, si bien afirma que hay tantas excepciones que, en la práctica, es un sistema muy parecido al romano, *op. cit.*, pág. 102. Algo parecido sucede en Derecho francés. Véase SAINT-ALARY-HOUIN, *Reflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière*, Melanges Raynaud, París, 1985, pág. 733. Afirma que: «el principio de transmisión *solo consensu* comienza a declinar, sobre todo, en las transacciones inmobiliarias, de tal forma que se puede dudar incluso de su realidad..., no pudiéndose considerar hoy un principio general del Derecho Positivo francés».

³³ NICHOLAS advierte que hace abstracción de la regulación de la acción reivindicativa en Derecho Romano, en la que el demandado podía elegir entre restituir la cosa o pagar una cantidad de dinero, si bien el reivindicante tenía la ventaja de que correspondía a él la valoración del bien, por cuya razón el demandado optaba usualmente por la devolución. Este régimen se debe, según NICHOLAS, a la ausencia de medios de *enforcement* suficientes de los derechos por parte de lo que podría denominarse el Estado romano. NICHOLAS, B., *op. cit.*, págs. 100-101.

no le afectará la bancarrota de A y obtendrá una plena satisfacción de su derecho, pues es un propietario, no un acreedor.

- (2) El libro ha pasado de las manos de A a las de C. A ha convencido a B, por ejemplo, de que le pagara el libro anticipadamente y, después, lo ha vendido y entregado a C —este supuesto, con diferentes variantes, es la forma más común de fraude— o C lo ha robado, o lo ha adquirido de un ladrón. En estos casos, el Derecho Romano solamente concede a B acción contra A, mientras que la otra construcción le permite accionar también contra C. Una vez más, esta diferencia es de gran importancia solamente si A es insolvente o ha desaparecido.

Estos ejemplos ponen de manifiesto por qué los derechos reales son más valiosos que los derechos personales. Debe ser destacado que para gozar de una *actio in rem*, en el Derecho romano, debía haberse producido la adquisición de la propiedad y que el proceso transmisor requería alguna forma de publicidad, sea *mancipatio*, *in iure cessio* o, incluso, *traditio*³⁴, si bien la progresiva espiritualización de esta última y la falta de mecanismos complementarios de publicidad constituye una de las principales debilidades del sistema romano de adquisición de la propiedad, debido a las incertidumbres que genera para quien desea adquirir, lo que es un grave obstáculo para el comercio y, por lo tanto, para la asignación eficiente de recursos.

El problema que el Derecho tiene que resolver, como afirma NICHOLAS³⁵, es la versión legal del eterno triángulo. ¿Cuál de las dos partes debe sufrir las consecuencias del comportamiento deshonesto de un tercero? Puede que no haya ninguna solución enteramente satisfactoria, pero el Derecho debe elegir la que beneficia en mayor medida los intereses de la sociedad. Esta es la clave.

En estos ejemplos suministrados por NICHOLAS se pone claramente de manifiesto la diferencia sustancial entre que un derecho —en rigor, la titularidad de un derecho sobre una cosa— esté protegida por una acción solamente personal o por una acción real. Mientras que la acción personal instrumenta la protección de un derecho subjetivo patrimonial —en estos casos, su titularidad negocial— mediante una regla de responsabilidad, la acción real pretende que el derecho no pueda verse afectado en ninguna de sus dimensiones —en estos casos, la relativa a su titularidad— sin consentimiento de su titular. La acción real, es, por lo tanto, un instrumento para hacer efectiva la protección de un derecho subjetivo patrimonial mediante una regla de propiedad.

No debe confundirse, sin embargo, acción real con regla de propiedad, por dos razones esenciales. En primer lugar, porque una acción real, concretamente la acción reivindicatoria, instrumenta la protección de un derecho subjetivo

³⁴ NICHOLAS, B., *op. cit.*, págs. 103-108.

³⁵ NICHOLAS, B., *op. cit.*, pág. 103.

patrimonial mediante una regla de propiedad solamente en un contexto de contratación personal y, por lo tanto, con información completa sobre titularidades y cargas, o incompleta solo en el margen. Por el contrario, en un contexto de contratación impersonal, al que son consustanciales las asimetrías informativas sobre tales extremos, la acción reivindicatoria produce el efecto contrario: imposibilita la certidumbre sobre si el derecho adquirido negocialmente se halla protegido mediante una regla de propiedad contra las causas de pérdida del mismo derivadas de contratos anteriores relativos al mismo bien³⁶. En este contexto, el único instrumento de protección *ex ante* de la titularidad adquirida negocialmente mediante una regla de propiedad es la fe pública registral, como veremos posteriormente. En segundo lugar, porque la regla de propiedad es un concepto mucho más amplio que abarca todas las medidas del ordenamiento jurídico dirigidas a impedir efectivamente la vulneración de la voluntad del titular de un derecho subjetivo patrimonial y, en consecuencia, a restaurar, *in natura*, en su caso, el derecho subjetivo violado. La regla de propiedad abarca, por tanto, no solo las facultades de disposición, sino las de disfrute material, aunque normalmente focalicemos nuestra atención en las primeras. Por ello, en el orden civil, que es el que focaliza la atención a los efectos de este estudio, y, particularmente, en lo relativo al conflicto de titularidades al que puede dar lugar el tráfico jurídico, especialmente el impersonal, sí existe un mayor paralelismo entre derecho personal, regla de responsabilidad y acción personal, por un lado, y derecho real, regla de propiedad y acción real, por otro, en el sentido de que

³⁶ Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título», en *RCDI*, núm. 703, septiembre-octubre de 2007, págs. 2133 y sigs. En efecto, imaginemos una sociedad gobernada por el Derecho común —por tanto, sin Registro de derechos y bajo los principios *nemo dat quod non habet, res inter alios acta nobis nec nocet nec prodest, ubi rem meam invenio ibi vindico*, etc.—, desde una perspectiva dinámica, esto es en movimiento, e imaginemos, por un momento y como recurso analítico, que la detenemos.

En ese momento todos los propietarios lo son porque han adquirido de alguien; y, en esa sociedad, bajo el gobierno del Derecho común, todos ellos se encuentran eventualmente expuestos ante posibles reclamaciones de quienes se consideren verdaderos dueños —incluso aunque hayan adquirido a título oneroso y de buena fe de quien creían dueño— y, también, de anteriores transmitentes, por lo que, paradójicamente, lo que los dueños consideran su principal arma de defensa —la posibilidad de reivindicar su derecho de quien lo posea, aun cuando lo hayan adquirido a título oneroso y de buena fe— se convierte en su principal flanco vulnerable —pues tal norma actúa bidireccionalmente— sin que, por tanto, una vez adquirido el derecho puedan hacer nada por evitar tales reclamaciones, ya que la regla de la irreivindicabilidad ilimitada impide al Derecho común no solo garantizar a un adquirente el verdadero dueño de quien ha de adquirir, sino que ni siquiera puede ofrecerle un legitimado para disponer que garanticé la irreivindicabilidad a quien adquiera del mismo, por lo que la defensa del derecho puede suponer un coste muy elevado para el adquirente. En esa misma vulnerabilidad se subrogan el adquirente y, eventualmente, el acreedor hipotecario. El sistema no fomenta las transacciones ni los créditos y, tan solo por esa vía, facilita la retención de la propiedad en manos del dueño. Tal sistema dificulta, así pues, no solo la realización de transacciones eficientes, sino también, por las razones expuestas, la seguridad jurídica subjetiva.

se refieren a la protección jurídica de la titularidad de los derechos y no tanto a la protección de su aprovechamiento material.

3.4. EL DERECHO REAL COMO DERECHO PROTEGIDO POR UNA REGLA DE PROPIEDAD

Como observa acertadamente DÍEZ-PICAZO³⁷, la consideración de un derecho como real se encuentra en función de exigencias prácticas que, a su vez, se relacionan con la protección —en rigor, el grado de protección— que a tal derecho se le quiere conceder.

Esta opinión es, a mi juicio, acertada, si bien con una importante matización: el legislador no goza de un amplio margen de libertad para decidir con qué regla —de propiedad o de responsabilidad— protege un derecho, por dos razones. En primer lugar, porque no todos los derechos subjetivos patrimoniales admiten, de hecho, el mismo grado o tipo de protección en cuanto a su contenido material, como veremos, y, en segundo lugar, porque los derechos reales son los objetos de intercambio, mientras que los obligacionales forman parte de los mecanismos de intercambio.

Así, por lo que se refiere al primer aspecto, en caso de infracción del derecho, determinados derechos admiten su ejecución forzosa *in natura* —esto es, sin o contra la voluntad del infractor, el cual no puede impedir la misma—, pero otros derechos, en caso de ser vulnerados, no admiten la ejecución *in natura* sin el consentimiento del obligado u obligados, por lo que, en caso de negativa de estos, resulta inevitable sustituir la ejecución *in natura* por el *id quod interest*. Por lo que se refiere al segundo aspecto, los derechos obligacionales no suelen ser susceptibles de ejecución *in natura* contra la voluntad del deudor.

En determinados casos cabe, por tanto, la ejecución *in natura* del derecho aun contra la voluntad del infractor. Así, por ejemplo, si alguien entra en una casa ajena y se instala en ella, el dueño tiene derecho a exigir del juez que ordene al intruso que abandone la casa y, en el caso de que el intruso se niegue, tiene derecho a exigir del juez la ejecución forzosa consistente en ordenar a la policía que lo expulse, incluso por la fuerza física. La ejecución forzosa no consiste, en este caso, en forzar al intruso a indemnizar al dueño por haber decidido quedarse en una casa que no es suya, sino en expulsar físicamente al intruso —ejecución forzosa *in natura*—. Además, procederá una indemnización por los daños causados.

En otros casos, sin embargo, la ejecución forzosa *in natura* no es posible. Por ejemplo, si una determinada persona está obligada a observar una determinada conducta para con otra y se niega a ello, dicha conducta, en ocasiones, puede

³⁷ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos..., op. cit.*, T. III, págs. 111-112.

ser prestada por el juez —v.gr.: declaración de voluntad sustitutiva— o puede forzarse una conducta similar a costa del obligado —v.gr.: obligación de entrega de una cantidad de dinero mediante el embargo y subasta correspondientes, en su caso—, pero, en los demás supuestos, solamente es posible sustituir la conducta debida y no prestada por su equivalente económico.

El mayor grado de protección de un derecho consiste en que el ordenamiento jurídico disponga la ejecución *in natura* en caso de incumplimiento, cuando esta sea posible, por ser la que mejor satisface el interés del titular del derecho. Un grado menor de protección del derecho tiene lugar cuando, en caso de infracción, no es posible la ejecución *in natura* sin consentimiento del deudor.

Por lo que se refiere al segundo aspecto, la cuestión se centra en que proteger la titularidad de un derecho mediante una regla de propiedad instrumentada a través de una acción real no siempre es posible —v.gr.: la de un bien mueble cuya adquisición no se halle documentada, pues será difícil que pueda prosperar una acción reivindicatoria— y, en ocasiones, puede no ser conveniente —v.gr.: en relación a terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe— pues ello puede dificultar excesivamente el tráfico jurídico y, por lo tanto, la eficiente asignación de recursos.

3.5. LA CUESTIÓN EN DERECHO ESPAÑOL: TANTO LOS DERECHOS DE CRÉDITO COMO LOS DERECHOS REALES ESTÁN PROTEGIDOS, EN PRIMER LUGAR, POR UNA REGLA DE PROPIEDAD Y, SOLO CUANDO NO ES POSIBLE HACERLA EFECTIVA, POR UNA REGLA DE RESPONSABILIDAD

3.5.1. *Planteamiento*

¿Puede, entonces, afirmarse que la absolutividad de los derechos reales, esto es, su *erga omnia* consiste en que tales derechos están protegidos por una regla de propiedad, a diferencia de los derechos personales que lo están solo por una regla de responsabilidad? Desde luego, puede afirmarse, y, en general, es una afirmación que forma parte del núcleo de la distinción entre derechos reales y derechos personales, pero tal afirmación debe ser muy matizada, dado que, entre nosotros, la ley dispone que todos los derechos subjetivos patrimoniales —en principio— están protegidos, en primer lugar, por una regla de propiedad y solo subsidiariamente, por una regla de responsabilidad, por lo que tal afirmación, sin más, no nos serviría para distinguir conceptualmente entre derechos reales y derechos personales.

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, tal es la disposición legal: ambos derechos —derechos de crédito y derechos reales— están protegidos, en primer lugar, por una regla de propiedad y, subsidiariamente, por una regla de responsabilidad.

3.5.2. La cuestión en relación a los derechos de crédito

En efecto, como afirma DÍEZ-PICAZO³⁸, en nuestro Derecho, en el ámbito de los derechos de crédito, en el caso de que el deudor incumpla la prestación debida, se concede al acreedor —titular del derecho de crédito— la denominada *acción de cumplimiento* que es una acción de condena que entraña la pretensión, formulada ante el órgano jurisdiccional competente, de que le sea impuesto coactivamente al deudor el comportamiento debido. *Naturalmente, la viabilidad de la acción de cumplimiento presupone que se haya conservado la posibilidad de la prestación.*

La llamada *acción de cumplimiento*, si bien no aparece consignada de una forma categórica por el Código Civil, se encuentra recogida en múltiples preceptos del mismo, formando, por así decirlo, el centro de gravedad del sistema. El ejercicio de la pretensión de cumplimiento y la posterior condena no agotan, sin embargo, los mecanismos necesarios para facilitar o hacer posible la satisfacción del acreedor. Se precisa la ejecución forzosa, la cual tiene lugar, *in natura*, si ello es posible, y, de no serlo, la prestación es sustituida por el *id quod interest*.

El procedimiento de ejecución forzosa de la obligación viene regulado por los artículos 1094 a 1099 del Código Civil y artículo 526 y siguientes —especialmente arts. 699 y 703— de la LEC.

Tratándose de una *obligación de entrega de un bien inmueble*, la regla general es la condena a entregarlo y la obligación se ejecuta procediendo a poner al acreedor judicialmente en posesión de ella y practicando a este fin las diligencias conducentes a ello (art. 703 LEC). Hay que entender que en el caso de que fuere imposible —ejemplo: destrucción de un piso o que haya surgido un tercero protegido por el art. 34 LH—, la ejecución *in natura* deviene imposible y debe ser sustituida por el *id quod interest*.

Si la obligación consiste en entregar una cosa mueble «cierta y determinada», conforme al artículo 701 LEC, «el tribunal pondrá al ejecutante en posesión de la cosa debida, empleando para ello los apremios que crea precisos». Pero si la cosa no puede ser habida, entonces «ordenará el tribunal, mediante providencia, a instancia del ejecutante, que la falta de entrega de la cosa o cosas debidas se sustituya por una justa compensación pecuniaria, que se establecerá con arreglo a los artículos 712 y siguientes». Tales artículos regulan la indemnización por daños y perjuicios.

Si la obligación consiste en la entrega de cosas genéricas y determinadas, el artículo 702 LEC establece una regulación similar³⁹.

³⁸ DÍEZ PICAZO, L., *op. cit.*, T. II, págs. 678 y sigs.

³⁹ Dispone el artículo 702 LEC:

«1. Si el título ejecutivo se refiere a la entrega de cosas genéricas o indeterminadas, que pueden ser adquiridas en los mercados y, pasado el plazo, no se hubiese cumplido el

Tratándose de la *ejecución forzosa de obligaciones de hacer*, la regla general es, también, la ejecución forzosa *in natura*. Así, según el artículo 705 LEC: «Si el título ejecutivo obliga a hacer alguna cosa, el tribunal requerirá al deudor para que la haga dentro de un plazo que fijará según la naturaleza del hacer y las circunstancias que concurran».

En el caso de que el ejecutado no haga lo que debe dentro del plazo concedido al efecto, la LEC distingue según que el *hacer sea personalísimo* o no lo sea, procurando la ejecución en forma específica o similar en la medida de lo posible y reconociendo al acreedor el derecho a una indemnización por daños y perjuicios en todo caso —véanse arts. 701 a 709 LEC—. La LEC sigue, en este punto, la línea seguida con anterioridad por nuestra mejor doctrina que ya venía admitiendo la posibilidad de que el deudor fuera sustituido en su actividad por la autoridad judicial, en aquellos casos en que tal sustitución fuera suficiente para satisfacer el interés del acreedor, como ocurre cuando la obligación del deudor es una prestación de declaración de voluntad —art. 708 LEC—. Cuando lo debido por el deudor sean actos materiales *no personalísimos*, la LEC —art. 706— admite también que el acreedor ejecutante solicite que se le faculte para encargarlos a un tercero.

Si se trata de la *ejecución forzosa de una obligación de no hacer*, la LEC sigue un criterio similar en el artículo 710:

- «1. Si el condenado a no hacer alguna cosa quebrantare la sentencia, se le requerirá a instancia del ejecutante, para que deshaga lo mal hecho si fuere posible, indemnice los daños y perjuicios causados y, en su caso, se abstenga de reiterar el quebrantamiento, con el apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial. Se procederá de esta forma cuantas veces incumpla la condena y para que deshaga lo mal hecho se le intimará con la imposición de multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo.
2. Si, atendida la naturaleza de la condena de no hacer, su incumplimiento no fuere susceptible de reiteración y tampoco fuera posible deshacer

requerimiento, el ejecutante podrá instar a que se le ponga en posesión de las cosas debidas o que se le faculte para que las adquiera, a costa del ejecutado, ordenando, al mismo tiempo, el embargo de bienes suficientes para pagar la adquisición, de la que el ejecutante dará cuenta justificada.

2. Si el ejecutante manifestara que la adquisición tardía de las cosas genéricas o indeterminadas con arreglo al apartado anterior no satisface ya su interés legítimo, el tribunal determinará mediante providencia, el equivalente pecuniario, con los daños y perjuicios que hubieran podido causarse al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los artículos 712 y siguientes».

Una solución de este tipo había sido ya reclamada por algunos autores, pues, con anterioridad, la LEC no regulaba de manera directa la ejecución forzosa de obligaciones consistentes en entrega de cosas genéricas. En este sentido, véase DÍEZ PICAZO, L., *op. cit.*, T. II, pág. 680.

lo mal hecho, la ejecución procederá para resarcir al ejecutante por los daños y perjuicios que se le hayan causado».

3.5.3. *La cuestión en relación con los derechos reales*

En materia de derechos reales —afirma DÍEZ-PICAZO— la violación del derecho real en sentido estricto supone un conflicto entre el titular del derecho real y un tercero extraño a él. Por definición, la violación no es nunca omisiva, pues la pura omisión entraña siempre respeto de la situación jurídica del titular. La violación es siempre positiva y supone un obstáculo o una perturbación en la situación de específico ejercicio del derecho⁴⁰.

Para la defensa y protección del derecho real, el ordenamiento jurídico, confiere a su titular las denominadas acciones reales, las cuales se pueden clasificar como sigue⁴¹:

- a) Las acciones *estrictamente posesorias*, mediante las cuales se defiende al titular del derecho real frente a perturbaciones puramente posesorias consistentes en una privación plena de la posesión, una privación parcial o una mera inquietación. Tales acciones pueden ser interdictales —o sumarias— y no interdictales.
- b) Las *acciones declarativas*, mediante las cuales se defiende al titular del derecho real frente a las violaciones del mismo consistentes en su negación o desconocimiento, sin alteración del estado posesorio.

Estas acciones pueden ser:

⁴⁰ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, T. III. 5.^a ed., págs. 975-979. Como afirma este autor: «Un estudio o investigación sobre las características que presenta la violación o lesión de los derechos reales y los diferentes tipos que puede revestir, es algo que está todavía por hacer, por lo cual los resultados a los que en esta materia podamos llegar hay que considerarlos todavía muy provisionales... El incumplimiento en los derechos de crédito lo es de un deber central o primordial, que es el deber de prestación, que integra el derecho del acreedor. Es, por regla general, un deber de carácter positivo, consistente en la adopción del comportamiento previsto como prestación. En cambio, en materia de derechos reales, el incumplimiento que pueda existir lo es de una serie de deberes generales que son puros deberes de conducta y de respeto de la situación jurídica del titular, que contribuyen a que esta se pueda desarrollar pacíficamente, pero que no contemplan de manera directa la satisfacción del interés, pues el interés tutelado lo realiza el titular por sí mismo» (*op. cit.*, pág. 975). Quizá, por ello, algunos autores se centran en el estudio de la defensa del derecho de propiedad, analizando los medios de defensa que configuran su especial *protectio* frente a todos. Por todos, véase PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, T. I, págs. 329-347. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999.

⁴¹ DÍEZ-PICAZO, L., *Ibídem*, pág. 979.

- a') *Acciones confesorias*, que son acciones de declaración positiva, en virtud de las cuales el titular pretende que su derecho sea declarado frente a quien lo niegue o desconozca.
- b') *Acciones negatorias*, que son acciones de declaración negativa, por virtud de las cuales quien es titular de un derecho real pretende que se declare que otro carece de un derecho de la misma naturaleza sobre la misma cosa.
- c) Las *acciones petitorias*, mediante las cuales se defiende al titular del derecho real frente a las violaciones en las que el transgresor altera el estado posesorio y esgrime, para justificar su comportamiento, un título jurídico o pretende tener un derecho. El ejemplo más notorio de ellas es la *acción reivindicatoria*.

En materia de acción reivindicatoria, es especialmente importante resaltar, a los efectos de este estudio, (1) que en nuestro ordenamiento jurídico existen supuestos de *irreivindicabilidad*: son los comprendidos en los artículos 34 LH, 464 del Código Civil, 85, 86, 545 CdC, 9 de la Ley del Mercado de Valores, 19-2 y 127 de la Ley Cambiaria y del Cheque, y (2) que en materia inmobiliaria la irreivindicabilidad no procede en materia de propiedad no inscrita sino tan solo en materia de propiedad inscrita, lo que es decisivo para entender la función de la inscripción en el Registro de derechos o de tráfico que sustituye al Registro de documentos propio del antiguo régimen, el cual no protegía al contratante adquirente a título oneroso y de buena fe con la regla de irreivindicabilidad del bien adquirido.

Todas estas acciones van dirigidas a restaurar el orden jurídico vulnerado —el derecho real violado— y, por tanto, no son sino manifestaciones concretas de la protección del derecho real mediante una regla de propiedad.

Ahora bien, en todos aquellos casos en los que el derecho real haya desaparecido, o se haya extinguido como consecuencia del acto de violación o de lesión, el titular dispone de la posibilidad de reclamación del valor del derecho extinguido. Puede decirse que se transforma así lo que hasta ese momento era un derecho real en un derecho personal o de crédito a la obtención de una prestación pecuniaria y que, ante el fracaso de la protección mediante una regla de propiedad, el derecho ha pasado a estarlo por una de responsabilidad.

En otros términos, en nuestro ordenamiento jurídico, tanto los derechos de crédito, como los derechos reales están protegidos, primariamente, por una regla de propiedad, y solo cuando esta no resulta efectiva, quedan protegidos por una regla de responsabilidad.

4. EL GRADO DE PROTEGIBILIDAD EFECTIVA DEL DERECHO MEDIANTE UNA REGLA DE PROPIEDAD COMO FACTOR DETERMINANTE PARA SU CONSIDERACIÓN COMO *IUS IN REM*

4.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Hechas las consideraciones precedentes, si nos atenemos a la realidad de las cosas, observamos, sin embargo, que no todos los derechos subjetivos patrimoniales son susceptibles, *de hecho*, del mismo grado de protección, o, si se prefiere, no todos los derechos son susceptibles de ejecución forzosa *in natura* en caso de vulneración de los mismos sin el consentimiento de quienes los han destruido, desconocido o vulnerado. Y ello por lo que se refiere tanto al contenido material del derecho como a la titularidad del mismo.

Estaríamos, pues, ante una cuestión de *grado de protegibilidad efectiva* de los derechos. Todos los derechos subjetivos patrimoniales son protegibles, en mayor o menor grado, mediante una regla de responsabilidad pero no todos lo son mediante una regla de propiedad. Ello depende, esencialmente, del *contenido* del derecho y del *objeto* sobre el que recaigan.

4.2. EL CONTENIDO MATERIAL Y EL OBJETO DEL DERECHO COMO FACTORES DETERMINANTES DE SU GRADO DE PROTEGIBILIDAD EFECTIVA

4.2.1. *El contenido material del derecho*

Si el *contenido material* del derecho otorga a su titular un *poder inmediato y exclusivo* sobre una cosa, en principio es más fácilmente protegible tal contenido material por una regla de propiedad que si el contenido del derecho confiere a su titular el *poder de exigir una conducta personalísima* de una persona determinada.

Como sabemos, todo derecho subjetivo impone un deber universal de respeto para con el titular del derecho en cuanto tal, pero determinados derechos —los denominados derechos personales o de crédito— imponen, además, conductas específicas a determinadas personas en virtud de una relación jurídica previa con el titular. En estos casos, si el obligado se niega a observar la conducta debida —dar un inmueble, una cosa mueble, sea determinada o genérica, hacer algo, sea personalísimo o no, o no hacer algo— el ordenamiento no puede forzar físicamente al deudor a observar la conducta debida, sino que, a lo sumo, y solo en determinados casos, puede hacer que el juez o un tercero suplan la conducta del deudor de un modo satisfactorio para el acreedor y, en la mayoría de los casos, tan solo sustituir la prestación debida por el *id quod interest*, esto es, proteger tal tipo de derechos mediante una *regla de responsabilidad*.

Cuando el poder inmediato sobre la cosa incluye todas las posibilidades de aprovechamiento admitidas por el ordenamiento jurídico, se habla de dominio, cuyo sujeto pasivo es universal: todos están obligados a respetar la situación de señorío en que la propiedad consiste y nadie tiene un deber especial de respeto. Cuando el poder inmediato incluye solo alguna de las formas de aprovechamiento admitidas por el ordenamiento jurídico y concedida por el *dominus*, hablamos de derecho real limitado o de *ius in re aliena*.

A menor escala, la situación del titular del *ius in re aliena* es idéntica a la del propietario: su ámbito de poder inmediato debe ser respetado por todos por igual y puede actuarlo directamente sobre la cosa con independencia de quién sea el propietario⁴².

De todo ello resulta que cuando el poder en que todo derecho subjetivo consiste recae inmediatamente sobre una cosa —especialmente cuando esa cosa es difícilmente ocultable o destruible—, atribuyendo a su titular facultades de aprovechamiento exclusivo, la protegibilidad de tal contenido material mediante una regla de propiedad es mayor que cuando, para hacer efectivo el poder que todo derecho subjetivo confiere a su titular, se requiere la colaboración de un sujeto especialmente obligado, el cual puede rehusar su colaboración. Cuando esta puede ser suplida por el juez o, a elección del titular del derecho vulnerado, por un tercero, el derecho es protegible mediante *una regla de propiedad*. Cuando no puede ser suplida, sino únicamente sustituida por el *id quod interest* el derecho solo es protegible mediante una *regla de responsabilidad*.

4.2.2. *El objeto del derecho. Bienes muebles e inmuebles*

Pero, como he expuesto más arriba, la *protegibilidad* de un derecho mediante una u otra regla no depende solamente de su contenido sino también del *objeto* sobre el que recaiga, esencialmente de si el bien sobre el que recae es de naturaleza mueble o inmueble, hasta el punto de que esta ha sido históricamente —y aún hoy— la *summa rerum divisio* en el ámbito del Derecho Civil Patrimonial. Si el contenido material del derecho determina su grado de protegibilidad efectiva, el objeto sobre el que recae condiciona decisivamente el grado de protección efectiva de la titularidad del derecho.

⁴² La situación del titular de un *ius in re aliena* presenta, sin embargo, una diferencia importante con la del *dominus*. Mientras este ostenta el derecho y puede transmitirlo libremente a los herederos, los *iura in re aliena* tienen un límite temporal como consecuencia de las circunstancias que contribuyeron a la formación de la propiedad burguesa. Esta se proclama plena y perfecta, lo que hay que interpretarlo como propiedad libre de las vinculaciones perpetuas propias del antiguo régimen. De ahí la supresión de los mayoralazgos, los límites establecidos en el Código Civil para las sustituciones fideicomisarias, considerados, con carácter general, como límite para cualquier tipo de vinculación, o la fijación de un plazo para el derecho de superficie, entre otros ejemplos.

4.2.2.1. Bienes muebles tradicionales: baja protegibilidad efectiva mediante una regla de propiedad

En efecto, los bienes muebles *tradicionales* se caracterizan por su movilidad y su facilidad de ocultación, de sustracción e, incluso, de destrucción por parte de quien los posee, además de por la falta de documentación acreditativa de su adquisición en numerosos supuestos, lo que dificulta la protección de las titularidades de los derechos sobre ellos mediante una regla de propiedad, aun cuando otorguen a su titular un poder directo e inmediato sobre los mismos, pues las características citadas dificultan el ejercicio de la acción reivindicatoria.

Todo ello entorpece, además, su uso especializado, pues dificulta la separación entre propiedad y control con garantías suficientes. Además, las propias características físicas de tales bienes muebles imponen restricciones a sus posibilidades de aprovechamiento, las cuales dificultan la coexistencia de diferentes derechos de aprovechamiento concurrentes sobre el mismo bien, lo que, sin embargo, genera un efecto positivo desde la perspectiva de la circulabilidad de tales bienes: es poco probable que existan cargas ocultas sobre los mismos no reveladas por la posesión, lo que facilita la simetría informativa necesaria para que las partes puedan coordinar sus intereses y contratar. Tales características permiten dotar a la posesión mobiliaria de un alcance legitimador que facilita la circulabilidad o liquidez de los bienes muebles, sin disminuir, por ello, *de facto*, la seguridad del propietario. Este conjunto de atributos, históricamente, han convertido a tales bienes —los bienes muebles— en especialmente aptos para ser utilizados como *mercancías*.

4.2.2.2. Bienes inmuebles: alta protegibilidad efectiva mediante una regla de propiedad

Los bienes inmuebles —tradicionalmente, la tierra— presentan, sin embargo, caracteres bien distintos. Son bienes inmóviles, duraderos y poco deteriorables y, en ocasiones, son de gran extensión —piénsese en las explotaciones agrarias—. Su adquisición, así como la constitución de derechos sobre ellos, suele estar documentada con mucha mayor frecuencia que en el caso de los inmuebles. En consecuencia, los bienes inmuebles son difícilmente ocultables e, incluso, destruibles —aunque sí puedan serlo las cosechas, por ejemplo—.

Estas características facilitan que las titularidades de los derechos que recaen sobre ellos, especialmente si otorgan un poder directo e inmediato sobre los mismos, puedan ser protegidos por una regla de propiedad, pues la documentación de su adquisición, inamovilidad, inocultabilidad y difícil destructibilidad facilitan el ejercicio de la acción reivindicatoria.

Este conjunto de características facilita la separación entre propiedad y control y, en consecuencia, la coexistencia de diversos derechos de aprovecha-

mientos sobre tales bienes, lo que, a su vez, posibilita un uso más especializado y productivo de los mismos, especialmente como depósito de valor y como garantía de otras obligaciones⁴³.

Sin embargo, esta posibilidad de concurrencia de diversos derechos de aprovechamiento sobre los bienes inmuebles —protegibles mediante una regla de propiedad— impide dotar a la posesión inmobiliaria del mismo alcance legitimador que a la mobiliaria, pues, a diferencia de esta, la posesión inmobiliaria no revela siempre, y ni siquiera con la frecuencia suficiente, la propiedad ni los diferentes derechos recayentes sobre los inmuebles —tradicionalmente la tierra—, pues muchos de estos derechos no conllevan posesión, lo que constituye la fuente esencial de las *asimetrías informativas* existentes en relación a los bienes inmuebles, asimetrías que constituyen el obstáculo principal para que las partes puedan coordinar sus intereses y, por lo tanto, contratar. Todo lo cual dificulta la circulabilidad de los bienes inmuebles, o, en otros términos, disminuye su liquidez.

4.3. BIENES MUEBLES E INMUEBLES: UNA RELACIÓN INVERSA ENTRE SEGURIDAD Y LIQUIDEZ DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO SOBRE LOS MISMOS

De modo que los derechos de aprovechamiento sobre los bienes muebles *tradicionales* son, de un lado, más difícilmente protegibles mediante una regla de propiedad —debido a la frecuente falta de documentación acreditativa de su adquisición, de las dificultades para localizarlos en caso de ocultación, lo que, a su vez, exige otorgar a la posesión un papel más relevante que en materia de inmuebles, lo cual tiene como consecuencia, a su vez, dificultar su reipersecutoriedad y, por tanto, su protección mediante una regla de propiedad—, pero, de otro, circulan más fácilmente debido a la práctica inexistencia de asimetrías informativas. *Son derechos menos seguros que los inmuebles pero más líquidos.*

Al menos los bienes muebles tradicionales: su naturaleza impide un mayor nivel de seguridad, pues las medidas dirigidas a ello, en realidad, únicamente disminuirían su liquidez. Otro tipo de «bienes muebles» de más reciente creación, sin embargo —v.gr.: títulos representados mediante anotaciones en cuenta— presentan unas características que permiten un nivel de seguridad semejante al de los bienes inmuebles, sin, por ello, ver disminuida su liquidez, gracias a la técnica registral.

Inversamente, los derechos sobre los bienes inmuebles son, de un lado, más fácilmente protegibles mediante una regla de propiedad —debido a que sus características facilitan su reipersecución—, pero, de otro, tienen mayores dificul-

⁴³ Véase ARRUÑADA, B., *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*, págs. 46 y sigs. Ed. Palestra. Lima (Perú), 2004.

tades para circular, debido a la existencia de mayores asimetrías informativas, lo que impide dar a la posesión un papel tan relevante como en materia de bienes muebles. *Son derechos más seguros que los muebles tradicionales pero menos líquidos.* Inversamente a lo que sucede con los bienes muebles tradicionales, su naturaleza permite un mayor nivel de seguridad, aunque dificulta su liquidez.

Pero, tal y como sucede con algunos bienes muebles, la técnica registral permite mejorar el punto débil de los *iura in rem* inmobiliarios —la liquidez, al revés que en los mobiliarios, cuyo punto débil es la seguridad—, sin debilitar su punto fuerte —la seguridad, al revés que en los mobiliarios, cuyo punto fuerte es la liquidez—, mejorando sustancialmente la ratio seguridad/liquidez de los *iura in rem* inmobiliarios así como de los mobiliarios.

4.4. LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DIRECTO Y EXCLUSIVO SOBRE BIENES INMUEBLES COMO DERECHOS MÁS SUSCEPTIBLES DE PROTEGIBILIDAD EFECTIVA MEDIANTE UNA REGLA DE PROPIEDAD Y, EN CONSECUENCIA, COMO *IURA IN REM* EN SENTIDO ESTRICTO

Si admitimos —como es doctrina general y con las matizaciones a que hemos hecho referencia— que una de las características de los denominados *iura in rem* consiste en que otorgan a su titular un poder directo, inmediato y exclusivo sobre la cosa, la *absolutividad* de tales derechos hace referencia al *grado de protegibilidad efectiva* de los mismos mediante una regla de propiedad frente a cualquiera que los desconozca, grado de protegibilidad que debe incluir no solo las facultades de aprovechamiento material del bien, sino también las de disposición jurídica del mismo.

Siguiendo la caracterización de CALABRESI y MELAMED, podríamos decir que un derecho es real cuando atribuye a su titular un poder inmediato y exclusivo sobre la cosa susceptible de protección efectiva mediante una regla de propiedad y protegido por el ordenamiento jurídico mediante tal regla, de modo que el derecho no puede ser afectado por actos de sujeto alguno sin el consentimiento de su titular, ni en sus facultades de aprovechamiento material del bien ni en las de disposición jurídica del mismo⁴⁴.

En eso consiste precisamente la protección de un derecho mediante una regla de propiedad. En otros términos, de acuerdo con esta idea, si el derecho es real y es ignorado o vulnerado en cualquiera de las facultades que lo integran, su titular puede actuarlo exigiendo del juez la restauración del orden jurídico vulnerado —que sería el equivalente de la ejecución *in natura* en el ámbito de

⁴⁴ ARRUÑADA, B., *op. cit.*, pág. 51. Véase, también, MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*, págs. 48-50. Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.

los derechos de crédito—, sin que el infractor pueda impedirlo forzando una ejecución por el *id quod interest*⁴⁵. Ello significa que no puede afectar el contenido del derecho, en ninguna de sus dimensiones, sin consentimiento del titular del mismo. Cuando el derecho, *usualmente*, solo es susceptible de protección *de facto* mediante una regla de responsabilidad, ello significa que el contenido del derecho sí puede verse afectado por los actos del obligado o de un tercero sin consentimiento del titular del derecho y que, por tanto, el derecho no sería real sino personal o de crédito.

Así configurado, el concepto de derecho real se referiría a aquellos derechos subjetivos patrimoniales que otorgan a su titular un poder jurídico directo, inmediato y exclusivo —absoluto— sobre la cosa, especialmente cuando la cosa es un bien inmueble, debido a sus características propias⁴⁶. En materia de bienes muebles difícilmente podría hablarse, con rigor, de derechos reales, pues sus propias características —fácil destructibilidad, ocultabilidad, ausencia de documentación acreditativa de su adquisición, etc.— dificultan que los derechos recayentes sobre ellos sean susceptibles de protección efectiva mediante una regla de propiedad.

Ello explica no solo por qué el derecho de propiedad sobre bienes inmuebles es considerado el derecho real por autonomía, sino también por qué la figura de los derechos reales limitados o *iura in re aliena* se ha desarrollado especialmente —si bien no exclusivamente— en el ámbito de los bienes inmuebles.

En efecto, como observa acertadamente DÍEZ-PICAZO⁴⁷, puede afirmarse de un modo general que el régimen jurídico de los *iura in re aliena* es casi con exclusividad un régimen jurídico inmobiliario. Una gran parte de los derechos reales limitados necesita los bienes inmuebles como soporte material. Tal es el caso de las servidumbres, los censos, la enfiteusis, la superficie y la hipoteca

⁴⁵ Podría afectar el derecho sin el consentimiento de su titular en caso de destrucción del objeto del derecho, lo que resulta especialmente improbable en el caso de bienes inmuebles, especialmente tratándose de tierra (aun cuando puedan ser destruidas las cosechas o los árboles plantados), o de desaparición del mismo, lo que es posible en el caso de bienes muebles o de que, tratándose de un bien mueble, este hubiese pasado a un tercer poseedor protegido (art. 464 CC y 545 CdC), o tratándose de un inmueble haya aparecido un tercero protegido por el artículo 34 LH, lo cual solamente es posible, en este último caso, si el titular lo «consiente» mediante la no inscripción de su adquisición.

⁴⁶ Por ello, como observa DÍEZ-PICAZO: «En la tradición romanista y en la doctrina de los países latinos es usual llevar a cabo un estudio general de todos los derechos reales, haciendo abstracción de que recaigan o puedan recaer sobre cosas muebles o inmuebles. En cambio, en la tradición de los países germánicos y en especial en el Derecho alemán, se estudian con separación el Derecho de Cosas Inmuebles o Derecho Inmobiliario (*Grundstückrecht, Liegenschaftsrecht*) y el Derecho de Cosas Muebles (*Fahrnisrecht*). Con gran agudeza se ha observado que hay una total diversidad del régimen jurídico de la propiedad y de los derechos reales, según que las cosas sobre que recaigan sean muebles o inmuebles». DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, T. III, pág. 203.

⁴⁷ DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, pág. 204.

clásica o tradicional. Ello es así hasta el punto de que en materia mobiliaria solo existe normalmente el derecho real de garantía consistente en la prenda —ampliada hoy a la llamada hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión—. Y si, en parte, el derecho de usufructo puede recaer sobre bienes de naturaleza mueble, es cierto también que en la mayor parte de los casos —con la significativa excepción de los usufructos sobre títulos valores— este derecho recae también sobre bienes inmuebles.

En segundo lugar, esa *preponderancia inmobiliaria* en materia de *iura in re aliena* se debe a que las especiales características de este tipo de bienes —ser inmóviles, duraderos, poco deteriorables— permiten la coexistencia simultánea de diversos derechos reales sobre un mismo bien, lo que facilita la especialización productiva y el crecimiento económico⁴⁸.

5. LA TIPICIDAD COMO CARACTERÍSTICA PROPIA DE LOS DERECHOS REALES Y COMO LIMITACIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD CONTRACTUAL

5.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

En el ámbito de los derechos de crédito las partes gozan de una amplia libertad de configuración de su contenido⁴⁹. La razón estriba en que, por un lado, las partes contratantes son las que se hallan en mejor posición para evaluar los costes y beneficios de adoptar nuevas fórmulas jurídicas para gobernar sus relaciones y, por otro, la típica relación contractual bilateral que tiene por objeto derechos personales no produce efectos significativos frente a terceros asociados a las fórmulas jurídicas elegidas para gobernar sus relaciones⁵⁰.

En el ámbito de los derechos reales, sin embargo, hay un contenido típico. Esta tipicidad se manifiesta, bien en la configuración de un *numerus clausus*⁵¹, como sucede en un amplio número de países, bien, en el caso de que

⁴⁸ ARRUÑADA, B., *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*, pág. 46. Ed. Palestra. Lima (Perú), 2004.

⁴⁹ El artículo 1255 del Código Civil dispone: «Los contratantes pueden establecer los pactos cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público».

⁵⁰ Véase MERRILL, T. H., y SMITH, H. E., *The Property/Contract Interface*, Columbia Law Review, Vol. 101: 773, 2001, pág 776.

⁵¹ En Derecho Romano regía el sistema de *numerus clausus de actiones in rem*, sin que en Roma llegara a ser conocido el concepto de *ius in rem*, concepto elaborado por la glosa como fundamento de las acciones *in rem*. En Alemania, el principio de *numerus clausus* —«Typenzwang» y «Typenfixierung»— es considerado una limitación sustantiva de la definición del derecho de propiedad, implícita en el BGB (parágrafo 854 BGB). Véase JAN WILHELM, *Sachenrecht* 146 (1993) («Numerus clausus/Typenzwang»); KOHLER, J., «The Law of Rights

se reconozca a las partes la posibilidad de crear nuevos derechos reales, en la exigencia de su *necesidad* porque se trate de un modo útil y nuevo de satisfacer una necesidad lícita no cubierta de manera similar por ninguna de las figuras existentes o por ninguna combinación de las mismas.

Esta exigencia, en los términos expuestos, opera únicamente en relación con las dimensiones jurídicas o legales de los *iura in rem*, pero no en relación con las dimensiones más físicas o más tangibles de los mismos, lo que no quiere decir, sin embargo, que las partes gozen de una libertad absoluta en relación a estos extremos, aunque sí de un margen mayor de autonomía privada del que gozan en relación a sus dimensiones jurídicas o legales⁵².

En todo caso, la exigencia de tipicidad de los *iura in rem* implica una limitación relevante al principio de libertad contractual, usualmente considerado

in Rem», en *Introduction to German Law*, 227-230 (Werner F. Ebke & Matthew W. Finkin eds., 1996) (*numerus clausus of rights in rem*).

En Japón, el principio del *numerus clausus* —en contraste con lo que acontece en Derecho alemán— es considerado, sobre todo, como una regla limitativa de la *enforceability* del *ius in rem* frente a terceros; viene recogido en el artículo 175 del Código Civil japonés, el cual limita los *iura in rem* a los tipos legalmente admitidos. Por otro lado, la inscripción no es requisito para la creación de un *ius in rem* pero sí para oponerlos a terceros. Véase J. MARK RAMSEYER & MINORU NAKAZATO, *Japanese Law: An Economic Approach*, págs. 25-26 (1999).

En Francia también se reconoce el principio del *numerus clausus*, si bien se discute el alcance de lo dispuesto por el artículo 543 del *Code*. Concretamente si se trata de una limitación sustantiva o derivada de las estrictas formalidades requeridas para la protección de los *iura in rem*. Así, se argumenta que el Derecho francés no prohíbe formalmente la creación de nuevas formas de *iura in rem*, pero las dificulta extremadamente mediante la imposición de límites a su protección, los dispositivos antifragmentación y las exigencias de publicidad. Véase M. PLANIOL y G. RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil Français*; Maurice PICARD, *Les Biens*, parágrafo 3//48, 52-54 (ed. 1926). En Italia, tras la reforma del Codice Civile de 1942, la doctrina es prácticamente unánime en que rige el sistema de *numerus clausus* (DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, T. III, pág. 133).

En Inglaterra el principio del *numerus clausus* no se halla formalmente reconocido, pero sí existe como regla no escrita en la práctica judicial, al igual que sucede en Estados Unidos. En los países de *Common Law*, el principio del *numerus clausus* funciona como una regla de comportamiento judicial, como una regla de interpretación. Véase MERRILL, T. W., y SMITH, H. E., «Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle», en *The Yale Law Journal*, Vol. 110, 1, págs. 10-11 y 59-60, 2000.

En Argentina, rige igualmente el sistema del *numerus clausus* en materia de derechos reales, según resulta del artículo 2052 del Código Civil argentino.

Igualmente, en este mismo sentido, DÍEZ-PICAZO cita los casos de Holanda, Finlandia, Portugal, Suiza y Austria (DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, T. III, pág. 133).

⁵² MERRILL, T. W. y SMITH, H. E., «Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle», en *The Yale Law Journal*, October, 4, 2000, Vol. 110:1, pág. 3. No obstante, los planes de ordenación urbana o la legislación sobre unidades mínimas de cultivo, por ejemplo, imponen severas limitaciones a la autonomía privada en orden a la configuración de la realidad física sobre la que se proyectan los *iura in rem* inmobiliarios. Véase ARNÁIZ EGUREN, R., *Terreno y edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010.

como herramienta clave para conseguir una eficiente asignación de recursos⁵³, lo cual exige preguntarse a qué se debe esta exigencia de tipicidad.

Entre nosotros, la doctrina jurídica suele justificar la exigencia de tipicidad de los *iura in rem*, o mejor, las limitaciones a la autonomía de la voluntad en materia de derechos reales, porque favorece la claridad, facilita y hace eficaz el sistema de Registro, da certidumbre a la propiedad y a los gravámenes que sobre ella puedan existir y asegura mejor el interés de los adquirentes⁵⁴.

Parece haber un amplio acuerdo sobre todo ello, pero la cuestión estriba en entender por qué ello es así, porque las razones aducidas son solo una enumeración de *efectos favorables*, pero no una explicación de las razones por las cuales la tipicidad de los *iura in rem* produciría tales efectos. Si convenimos en que la tipicidad en los *iura in rem* es útil porque produce los efectos expuestos, debemos entender por qué los produce, y si, además, convenimos en que la tipicidad se consigue mejor por la vía de la exigencia normativa que por la vía de la libertad contractual, debemos justificarlo, pues la regla general es la libertad contractual por ser la base de la prosperidad, al facilitar el intercambio y la especialización.

Se trata, por tanto, de dos cuestiones distintas: (1) por qué es deseable la tipicidad en materia de *iura in rem*, y (2) por qué, para conseguir dicha tipicidad, es mejor la intervención estatal, que dejar la consecución de dicho objetivo al criterio de la libertad contractual, y, en el límite, por qué dicho objetivo no puede conseguirse sin imponer severas restricciones a la libertad contractual.

⁵³ Así, por ejemplo, LEPAGE afirma: «En nuestra concepción de la propiedad no es solo la propiedad material de las cosas la que se puede ceder libremente. La libertad de la propiedad otorga al propietario no solamente la libertad de enajenar a quien quiera en las condiciones que mejor le convenga, lo que es de su propiedad, sino, igualmente, la libertad de ceder a otros el derecho de ejercer en su lugar, temporalmente, de forma completa o solo parcial, ciertas prerrogativas personales asociadas a dicha posesión o que se deriven de ella. Partiendo de ahí, una de las características más destacables del sistema de la propiedad privada es la de permitir una gran flexibilidad en la forma en la que se pueden organizar y reorganizar, libremente y al gusto de cada uno, por medio de contratos, la asignación de los derechos de control y uso de los recursos productivos que tiene concedidos el propietario. El defecto de la mayor parte de los estudios consagrados a la propiedad es que no llaman suficientemente la atención sobre el conjunto de ventajas que la colectividad puede obtener del respeto de ese atributo fundamental de la moderna concepción de la propiedad que es la libertad contractual». LEPAGE, H., *¿Por qué la propiedad?*, pág. 101, Ed. Instituto de Estudios Económicos, 1986. Ciertamente la libertad contractual es esencial para conseguir una eficiente asignación de recursos y, ciertamente también, el ordenamiento jurídico permite una gran flexibilidad contractual, así como en la combinación de las diferentes formas o tipos de aprovechamiento que admite, pero no así en la configuración de nuevas formas de aprovechamiento exclusivo, es decir, de nuevos *iura in rem*, por lo que ello constituye una importante limitación al principio de libertad contractual.

⁵⁴ Véase, por ejemplo, DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, T. III, pág. 139. Asimismo, ROMÁN GARCÍA, A., *La tipicidad en los derechos reales*, págs. 15 a 20. Ed. Montecorvo, Madrid, 1994.

5.2. *NUMERUS APERTUS Y NUMERUS CLAUSUS: DOS SISTEMAS APARENTEMENTE CONTRAPUESTOS, PERO SUSTANCIALMENTE COINCIDENTES, PARA LA CONSECUCIÓN DE UNA MISMA FINALIDAD: EL NIVEL ÓPTIMO DE ESTANDARIZACIÓN DE LOS IURA IN REM*

Pero, antes de intentar responder adecuadamente estas dos cuestiones —y precisamente para ello— es necesario realizar algunas consideraciones sobre los conceptos de *numerus clausus* y de *numerus apertus* con severas exigencias para la admisión de nuevas figuras de derechos reales. Como veremos, no se trata de dos sistemas antagónicos, sino, por el contrario, de dos maneras sustancialmente coincidentes de abordar un mismo problema, cual es el de dotar de tipicidad y, más concretamente, el de dotar de un nivel óptimo de tipicidad a los derechos reales.

El sistema de *numerus apertus* significa que la autonomía privada goza de libertad para la creación de nuevas figuras de derechos reales, pero, en la práctica, dicha libertad es mucho menor que para la creación de derechos personales, como veremos al analizar el caso español, pues, para admitir la creación de una nueva figura de derecho real, se exige que la finalidad perseguida sea lícita y, además, que no pueda ser satisfecha mediante ninguna de las figuras existentes de derecho real ni tampoco mediante ninguna combinación de las mismas.

El sistema de *numerus clausus* significa que las figuras de derechos reales admisibles están taxativamente determinadas por el ordenamiento jurídico sin que quede el menor margen para que la autonomía privada pueda crear nuevas figuras de derecho real, lo que solo sería posible por vía legislativa. Siendo esta afirmación formalmente cierta, sin embargo, en la realidad, el ordenamiento jurídico dispone de fórmulas para romper este corsé, que dificulta la evolución adaptativa de la explotación de los bienes y del tráfico jurídico.

Así, en Derecho Romano, donde regía el principio de *numerus clausus*, la característica esencial de los «derechos reales», según ROMÁN GARCÍA⁵⁵, era que existían en la medida en la que aparecían protegidos por las acciones reales correspondientes, y la heterogeneidad con que se manifestaban estas figuras respondía a razones estrictamente pragmáticas y de oportunidad en el

⁵⁵ Véase ROMÁN GARCÍA, A., *op. cit.*, págs. 24 y 25. Como sabemos, no existía en Roma el concepto de derecho real, sino solo el de acción real. Fueron los glosadores quienes introdujeron el concepto al preguntarse cuál era la causa de la acción real. Es la periodicidad del Edicto la que dota de flexibilidad al sistema, pero, como tal, es de estricto *numerus clausus*. No obstante, como observa el citado autor, es por la vía del procedimiento de constitución de algunas servidumbres por la que se puede advertir un tímido intento de ruptura de un sistema de absoluta tipicidad en la existencia, creación y modificación de los derechos reales, *op. cit.*, pág. 27. En esta misma línea, VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, págs. 287-288, Ed. Civitas, Madrid, 1986. NICHOLAS, B., *An Introduction to Roman Law*, págs. 98-110, Oxford University Press, 1961, y, en general, la doctrina romanista.

otorgamiento, por parte del Pretor, de la acción real que las dotara de contenido jurídico concreto. Modernamente, en el sistema alemán, arquetipo del *numerus clausus*, existe la figura de la *carga real*, que, según PAU PEDRÓN⁵⁶, convierte en ilusorio el sistema de *numerus clausus*. Según este autor, la carga real admite los más variados contenidos imaginables. Esta multiplicidad de contenidos de la carga real ha sido característica típica del Derecho medieval: las más variadas figuras —*Dienste, Zehnten, Grundzinsen, Fronden* y otras muchas— se engloban en el concepto de carga real, limitándose el BGB a decir en el parágrafo 1.105 que una finca puede ser gravada con prestaciones⁵⁷, lo que da un amplio margen a la autonomía de la voluntad. Quizá esta afirmación sea excesiva, pero, sin duda, la admisión de las denominadas cargas reales es una grieta en el sistema de *numerus clausus* y, también, una vía que trabaja en la misma dirección en nuestro sistema⁵⁸.

En ambos casos, por lo tanto, la regulación de unos derechos reales determinados, llamados por eso mismo típicos o tipificados, cumpliría la función de ser una presunción *iuris tantum*, más o menos reforzada, de suficiencia de tales derechos reales, especialmente en su modalidad de disfrute y/o de garantía, para conseguir una adecuada explotación de los bienes y de su utilización como garantía para el cumplimiento de obligaciones. Para destruir dicha presunción, las partes deben demostrar que ninguna de las figuras existentes o ninguna combinación entre ellas, es bastante para conseguir dichas finalidades.

En ambos casos, sin embargo, la iniciativa para la creación de nuevas figuras de derechos reales corresponde a los particulares, correspondiendo al Estado la admisión o no de las pretensiones de los particulares al respecto, sobre la base de las premisas expuestas. De este modo, se conseguiría el nivel óptimo de estandarización de los derechos reales que, como veremos, no es equivalente a su nivel máximo.

5.3. JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD DE TIPICIDAD DE LOS DERECHOS REALES

Anteriormente he hecho referencia a los efectos favorables que se derivan del hecho de que los derechos reales sean típicos. Corresponde ahora examinar por qué la tipicidad produce tales efectos.

⁵⁶ PAU PEDRÓN, A., «Panorama del sistema inmobiliario alemán», en *La publicidad registral*, pág. 57, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2001.

⁵⁷ PAU PEDRÓN, A., *Ibidem*.

⁵⁸ A las cargas reales se refiere nuestro Código Civil, entre otros, en los artículos 336, 778 o 1086, pero, a mi juicio, no son derechos reales de goce, sino un mecanismo de garantía para hacer efectivas determinadas obligaciones, normalmente de prestación periódica. Véase DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, T. III, *op. cit.*, págs. 96-98.

Como han observado MERRILL, T. H. y SMITH, H. E.⁵⁹, los *iura in rem* afectan a las personas solamente en tanto que son intermediarias hacia alguna cosa, lo que les dota de una *generalidad* y de una *impersonalidad* que están ausentes en los derechos y privilegios que afectan a las personas directamente, es decir, a los derechos de crédito. Así, cuando encontramos alguna cosa que está marcada por un signo convencional de pertenencia a alguien, sabemos que estamos sometidos a ciertos deberes negativos de abstención con respecto a esa cosa —no entrar en ella, no usarla, no tomarla, etc.—. Y sabemos todo esto sin tener ninguna idea sobre quién es el dueño de esa cosa. En efecto, estos deberes universales son comunicados al mundo por la cosa misma, si bien deberíamos precisar que son comunicados por la cosa misma en la medida en la que está ubicada en un espacio territorial dominado por un determinado universo jurídico.

Entre nosotros, tratándose de inmuebles —sean urbanos o rústicos— existe la regla de que no pueden ser *nullius*⁶⁰, por lo que su propia existencia transmite el mensaje de que pertenecen a alguien, sea un particular, sea una administración pública, lo que impone comportarse, en relación a ellos, como pertenecientes a otro. Incluso en el caso de los bienes comunales o de uso común, su propio concepto implica su uso conforme a unas reglas que no impidan el uso ajeno y garanticen su conservación.

Precisamente porque los derechos de propiedad crean deberes universales que atañen a todo el mundo, proporcionan una base de seguridad que permite a los individuos aprovechar los recursos y planear el futuro. Por estas mismas razones, sin embargo, esta característica de la propiedad impone una carga informacional a un amplio número de personas, una carga que va más allá, en relación a los terceros, de los derechos y obligaciones asumidos por las partes en el contrato. Como consecuencia, se requiere que la propiedad sea percibida con un contenido estandarizado de modo que una persona lega pueda captar ese contenido a bajo coste. Esta característica de la propiedad, que implica que tiene un contenido prefijado de manera obligatoria, en contraste con el contenido

⁵⁹ Véase MERRILL, T. W., y SMITH, H. E., «What Happened to Property in Law and Economics?», en *The Yale Law Journal*, 2001, Vol. 111: 357, págs. 385-388.

⁶⁰ La Ley de Mostrencos, de 9 de mayo de 1835, atribuía al Estado la propiedad de los bienes inmuebles vacantes; pero la publicación del Código Civil —que admite la ocupación de los bienes apropiables, también, por tanto, de los bienes inmuebles (confer.: art. 333 CC)— suscitó la duda de si dicha Ley, en esta materia estaba derogada por el Código Civil. La Ley de Patrimonio del Estado de 24 de diciembre de 1962 —Texto articulado, D. 15 de abril de 1964— estableció —art. 21— que «los inmuebles que estuvieren vacantes y sin dueño conocido» pertenecen desde luego —es decir, inmediatamente— al Estado. Sobre incompetencia de las Comunidades Autónomas para modificar la atribución al Estado, STC 58/1982, de 27 de julio, y 150/1998, de 2 de julio. Véase PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. I, págs. 80-81. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999.

de los contratos que es mucho más individualizable, constituye un principio angular de diseño jurídico que raramente es articulado de un modo explícito⁶¹.

Como sostienen MERRILL, T. W. y SMITH, H. E.⁶², la exigencia de tipicidad —en el límite *númerus clausus*— en los derechos reales se comprende fácilmente si consideramos la costosa carga informacional que impone a los terceros todo sistema de *iura in rem*. Si la característica nuclear del derecho de propiedad es su exclusividad frente al mundo, entonces todo sistema de derechos de propiedad presenta un problema masivo de coordinación. En efecto, para evitar la violación de los derechos de propiedad, un amplio e indefinido número de sujetos obligados a respetarlos tienen que conocer qué restricciones imponen tales derechos a su comportamiento.

Si el sistema legal permitiera una amplia variedad de *iura in rem*, los terceros deberían adquirir y procesar más información en cualquier momento que encontraran cualquier cosa protegida por un *ius in rem*.

Si los *iura in rem* fueran ampliamente personalizables —en el sentido en el que lo son los *iura in personam*— entonces la costosa carga informacional que se impondría a los terceros se convertiría en intolerable.

Cada tercero —*dutyholder*— incurriría en grandes costes en informarse él mismo o se vería obligado a violar, incluso por desconocimiento y contra su voluntad, los derechos de propiedad de todo lo que esté en el mercado, disipando los beneficios de inversión, seguridad y planificación que esos derechos significan.

Si, por el contrario, el ordenamiento jurídico define cuál es el nivel máximo de aprovechamiento de los bienes por los particulares —derecho de propiedad—, los terceros saben que, respetando las facultades que integran dicho nivel de aprovechamiento, no vulneran ni la propiedad ni ningún *ius in re aliena*, que no sería sino una o varias de las facultades integrantes del dominio, el *ius in rem* por autonomía. Y si, además, en materia de inmuebles, se establece el principio de que no hay bienes inmuebles *nullius*, sino que todo inmueble pertenece a alguien, los costes de información en los que, en otro caso, deberían incurrir los terceros para no violar el contenido material de los *iura in rem*, desaparecen.

La tipicidad, sin embargo, no resuelve todas las incertidumbres que deben ser despejadas: no informa sobre quién es el dueño ni sobre los derechos reales recayentes sobre los bienes no revelados por la posesión y que, de existir, se antepondrían al derecho de un adquirente.

⁶¹ MERRILL, T. W. y SMITH, H. E., observan, además, que el hecho de que el aspecto *in rem* de la propiedad haya desaparecido ampliamente del discurso académico en el mundo angloamericano ha contribuido a que se pueda obviar más fácilmente este principio, *op. cit.*, pág. 359.

⁶² MERRILL, T. W., y SMITH, H. E., *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, The Yale Law Journal, October, 4, 2000, Vol. 110:1, págs. 38-42.

5.4. LA EXIGENCIA DE TIPICIDAD —EN EL LÍMITE, *NUMERUS CLAUSUS*— COMO DISPOSITIVO PARA CONSEGUIR EL NIVEL ÓPTIMO DE ESTANDARIZACIÓN DE LOS *IURA IN REM*. FUNCIÓN DEL SISTEMA REGISTRAL AL RESPECTO

El examen de las razones por las cuales la tipicidad de los *iura in rem* produce determinados efectos deseables —esencialmente, facilita el cumplimiento del deber general de respeto al contenido de las facultades de los *iura in rem*— nos ayuda a comprender por qué la tipicidad se consigue mejor por la vía de la exigencia normativa que por la vía de la libertad contractual.

La mejor manera de enfocar el sistema de *numerus clausus* — o de tipicidad — en los derechos reales para captar su significado consiste en considerarlo como un dispositivo para estandarizar los *iura in rem* y, en consecuencia, reducir los costes de captura y procesamiento de la información impuestos a los terceros por todo sistema de *iura in rem*.

Cuando los individuos se encuentran con *iura in rem* se ven obligados a resolver un problema de medición⁶³. Así, para evitar violarlos, deben averiguar qué sean tales derechos y, si desean adquirirlos, deben medir una amplia gama de atributos —desde la ubicación y lindes de la parcela, en su caso, hasta el contenido exacto del *ius in rem* en cuestión, así como la identidad del propietario y de los titulares de cargas, las responsabilidades del propietario para con otros, como, por ejemplo, los colindantes, etc.—.

Sea cual sea la finalidad perseguida —evitar incurrir en responsabilidad por vulnerar el derecho, o adquirirlo— un individuo incurrirá en *costes de medición* de los derechos de propiedad de que se trate hasta el límite de la utilidad marginal, es decir, hasta que el coste marginal de una medición adicional iguale los beneficios marginales. Si el objetivo es evitar incurrir en responsabilidad por violación del derecho, intentará minimizar la suma del coste de responsabilidad por vulneración del derecho y la del coste de medición necesario para evitar tal vulneración. Si la finalidad perseguida es la adquisición del derecho, incurrirá en costes de medición de los atributos económicamente relevantes hasta que el beneficio marginal derivado de la medición necesaria para evitar errores se iguale con el coste marginal de tal medición.

La necesidad de tipificación o estandarización de los *iura in rem* deriva de una externalidad que impone costes de medición: las partes que crean nuevos *iura in rem* no tienen en cuenta el alcance completo de los costes de medición que imponen a los terceros. Pero, inevitablemente, si, por un lado, la exigencia de tipicidad se fundamenta en evitar costes a terceros, por otro lado, tal exi-

⁶³ Véase MERRIL, T. W., y SMITH, H. E., *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, *op. cit.*, págs. 9-40. Sigo a estos autores en lo relativo a los costes de medición, por errores, administrativos y de frustración, así como en su observación relativa a la función del Registro al respecto.

gencia impone sus propios costes, pues puede imponer a las partes costes muy altos para conseguir objetivos legítimos. En ocasiones, el sistema de *numerus clausus* frustra los objetivos perseguidos por las partes, pero, muy a menudo, tales objetivos son alcanzables mediante combinaciones complejas de tipos de *iura in rem* estandarizados, las cuales soportan costes de comerciabilidad y, sobre todo, de admisión judicial.

Por un lado, la tipificación extrema frustraría la consecución de muchos de los objetivos para los cuales han surgido la propiedad y los *iura in rem*. Por otro lado, una total libertad en la configuración de *iura in rem* generaría para los terceros altos costes de medición, de responsabilidades derivadas de errores y administrativos. Parece que el término medio entre ambos extremos sería el adecuado.

Para alcanzarlo, es preferible partir de una posición restrictiva en relación a la libertad de creación de nuevos derechos reales, permitiendo la creación de nuevas figuras bajo reglas estrictas, lo cual reduciría los costes de frustración en mayor medida de la que aumentarían los costes de medición, de responsabilidad por error y administrativos. Inversamente, si se partiera desde una posición de libertad absoluta, incrementando progresivamente el grado de estandarización, aumentarían los costes de frustración en mayor medida de la que disminuirían los demás —costes de medición, por error, y administrativos—. Ello significa que hay un conflicto entre costes de medición, derivados de errores y administrativos, por un lado, y costes de frustración, por otro.

Teniendo en cuenta todos estos factores, lo relevante, como sostienen MERRILL, T. W., y SMITH, H. E.⁶⁴, no es conseguir un *nivel máximo* de estandarización de los *iura in rem*, sino un *nivel óptimo*. Desde un punto de vista social, el objetivo debería ser la minimización de la suma de los costes de medición —así como de los necesarios para evitar errores—, de los costes de frustración, y de los costes administrativos.

Desde esta perspectiva, el sistema de *numerus clausus* no debe ser contemplado tanto como una prohibición absoluta de creación de nuevos *iura in rem*, cuanto como un dispositivo que mueve el sistema de *iura in rem* en la dirección del nivel óptimo de estandarización, permitiendo un nivel positivo de diversificación de formas reconocidas de *iura in rem*. Tal dispositivo funciona como una presunción *iuris tantum* de innecesariedad de nuevos tipos de *iura in rem*.

La estandarización por el Estado, sea mediante la renuencia de los tribunales a reconocer nuevas forma de *property rights*, sea mediante el establecimiento de un sistema de *numerus clausus*, como sucede en otros países, es necesaria porque no podemos estar seguros de que se alcance espontáneamente el grado correcto de estandarización.

⁶⁴ *Ibidem*, págs. 38-39.

Sostienen MERRILL y SMITH⁶⁵ que algunos creadores de *iura in rem*, tales como los diseñadores de *securities* o derechos de crédito titulizados⁶⁶, estarían tan preocupados con la comerciabilidad de las mismas, que ello actuaría como incentivo suficiente para adherirse a los estándares. Pero otros podrían desear crear unos derechos llenos de restricciones para mantener la propiedad dentro de un grupo cerrado. Si se les concediera a estas personas plena libertad de creación de nuevos *iura in rem*, el resultado sería la confusión general. Aquellos que se enfrentaran con estos nuevos derechos reales deberían preguntar mucho para evitar violarlos. Más aún, tendrían que asegurarles que esas nuevas formas de *iura in rem* no están infectadas con novedades no queridas, o, en caso contrario, tendrán que tolerar el riesgo de sorpresa si tales idiosincrasias no fueran predecibles e identificables a bajo coste.

Estos argumentos merecen ser acogidos. Por lo que se refiere a los *derechos titulizados*, la reciente experiencia de crisis de los mercados, desatada a partir de 2007, comenzando por el mercado neoyorkino, confirma las tesis de estos autores en cuanto a los riesgos que derivan de la admisibilidad de nuevas formas de *iura in rem*. La comerciabilidad debería haber operado como freno, pero dado que, en un entorno de numerario barato se vendía todo y de que poco importaba el impago porque había un proceso de subida sostenida de precio de los inmuebles, la ausencia de dificultades para la comercialización de cualquier tipo de producto relacionado con los mismos, dio lugar a la elaboración de productos financieros incluso difícilmente inteligibles, lo que se puso de manifiesto cuando se produjo la restricción crediticia en el otoño de ese año. En efecto, era difícil determinar qué derechos incorporaba el título o paquete de títulos que se había comprado. En muchas ocasiones era difícil, incluso, determinar la titularidad de la propia hipoteca.

La ausencia de problemas de comerciabilidad facilitó la aparición de nuevos *iura in rem* que, no obstante, una vez aparecidos se generalizaban, pues eran incorporados rápidamente a sus prácticas comerciales por todos los agentes del mercado entre los que había y hay una gran competencia. La combinación entre feroz competencia y fácil comerciabilidad, facilitó la creación de nuevos *iura in rem* de contenido muy indefinido u oscuro que potenció el desastre cuando la restricción crediticia hizo acto de presencia.

⁶⁵ MERRILL, T. H., y SMITH, H. E., *op. cit.*, pág. 387. Asimismo, para una exposición de las principales objeciones a que sea el poder público y no el mercado el que provea el nivel óptimo de estandarización, véase MERRILL, T. W., y SMITH, H. E., *Optimal Standardization...*, *op. cit.*, págs. 42-58, pero, como afirman estos autores, ninguno de los argumentos expuestos resultan convincentes.

⁶⁶ Estos derechos de créditos titulizados pueden considerarse, en cierto sentido, reales, pues se pretende que sea el poseedor legítimo del documento —bien mueble— el titular del crédito. Se trata, por tanto, de una propiedad mobiliaria cuyo disfrute consiste en la obtención de una determinada cantidad de dinero.

DE SOTO⁶⁷ puso de manifiesto que el centro del problema radicaba en que todo el proceso podría acabar en una pérdida de confianza en el papel, es decir, en los títulos representativos de unos derechos ininteligibles y que si no se conseguía restaurar la confianza en el papel, el próximo fallo —sea de las tarjetas de crédito o de los bonos para estudiantes— podría acarrear una crisis general de confianza en el papel y poner al sistema económico de rodillas, si tenemos en cuenta que todo lo que posee valor lo poseemos y viaja con nosotros a través de títulos de propiedad. Recomendaba, por ello, se aplicase a las *securities* el mismo régimen que a la propiedad inmueble.

En todo caso, como observan MERRIL y SMITH⁶⁸ —y como se deduce de la tesis de DE SOTO—, entender que los derechos de propiedad son *iura in rem* y no *in personam*, como sostienen los partidarios de la concepción de los derechos de propiedad como *bundle of rights* o *racimo de derechos*, nos permite percibir una característica crítica de los mismos —su estandarización legal, o *numerus clausus*— que permanece oculta en la medida en que la propiedad es percibida, simplemente, como un racimo de *iura in personam*. También permite explicar esta característica en términos de los costes informacionales que los *iura in rem* imponen a un amplio e indefinido número de terceros.

En el ámbito inmobiliario, las cosas se producen de un modo parecido. Durante la Edad Media existía una confusión entre poder político y derechos de propiedad sobre la tierra⁶⁹. Los perfiles de los distintos derechos recayentes sobre la misma eran muy confusos⁷⁰, lo que beneficiaba a la élite dominante⁷¹, pues la confusión siempre juega a favor del poder, la cual configuró formas de aprovechamiento —mayorazgos— que impedían la circulación de los bienes inmuebles y su utilización como garantía, a fin de asegurar que no pudieran salir

⁶⁷ DE SOTO, «Toxic Assets Were Hidden Assets», publicado en el *Wall Street Journal* el día 25 de marzo de 2009.

⁶⁸ MERRYLL, T. W., y SMITH, H. E., *What Happened...?* op. cit., pág. 388.

⁶⁹ Véase PESET REIG, M., *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*, Edersa, segunda edición de 1988, págs. 177-179.

⁷⁰ MARCOS MARTÍN, A., «Estructuras de la propiedad en la época moderna: evolución y variantes peninsulares», en *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV y XX*, pág. 19. Coords: DE DIOS, S.; INFANTE, J.; ROBLEDO, R., y TORIJANO, E. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, págs. 136-137, así como pág. 139 en relación a las cargas que pesaban sobre la tierra.

⁷¹ Véase NORTH, D. C.; WALLIS, J. J., y WEINGAST, B. R., *Violence and Social Orders. A conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*. Cambridge University Press, 2009, págs. 78-79. Observan estos autores que al menos a partir del siglo XIII —*Quia Emptores*— una parte de las instituciones del Derecho inglés sobre la tierra evolucionaron para dotar de mayor seguridad al derecho de propiedad sobre la tierra, pero la evolución se produjo de manera que permaneció la ambigüedad acerca de quién era el verdadero propietario a la hora de vender o tras la muerte. Desde nuestra actual perspectiva, percibimos tal ambigüedad como una grieta del sistema, pero, sin embargo, ello facilitaba a la coalición dominante usar el control sobre la tierra para estructurar y ajustar la distribución del poder político y económico al cambio de circunstancias (*op. cit.*, pág. 100).

de los círculos familiares. Tal situación dificultaba la explotación de los bienes y su utilización como garantía y, por lo tanto, la inversión en los mismos, así como su circulación y, por lo tanto, su eficiente asignación.

El triunfo del Estado de Derecho, la proclamación del derecho de propiedad privada individual y libremente transferible, la creación de los modernos sistemas registrales sobre la base de los sistemas de transmisión de propiedad regulados por los modernos códigos civiles, especialmente los registros de derechos, la exigencia de tipicidad en la configuración de los derechos reales, y el reconocimiento del derecho de todo aquel que tenga interés legítimo en acceder al conocimiento de los titulares de los derechos reales inmobiliarios y de la configuración de estos, supusieron la sustitución del antiguo régimen por el Estado liberal democrático y la economía de mercado, las formas organizativas que mayor bienestar han proporcionado a la humanidad. En este contexto, la exigencia de tipicidad cumple la función de evitar la concurrencia confusa de derechos sobre un mismo inmueble, lo que dificulta su explotación así como su circulación, lo que, a su vez, dificulta una eficiente asignación de recursos.

Por último, resaltan estos autores que los sistemas registrales, al disminuir los costes de información, permiten que el *nivel óptimo de estandarización sea menor*, y, al propio tiempo, disminuyan todos los demás costes, comenzando por el de frustración⁷².

5.5. LA CONFIGURACIÓN DE LA EXIGENCIA DE TIPICIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

Por lo que se refiere a nuestro país, la situación no es muy diferente a la de otros países. No se trata ahora de reintroducir la polémica sobre si nuestro sistema de derechos reales es de *numerus clausus* o de *numerus apertus*. Parece claro que es de este segundo tipo, pero, al propio tiempo, también parece claro y generalmente admitido, que los límites para crear nuevos derechos reales son más angostos que para crear nuevos derechos personales⁷³, porque incorporan reglas de comportamiento que no solamente afectan a las partes sino que invo-

⁷² Véase MERRIL, T. W., y SMITH, H. E., *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, *op. cit.*, págs. 39-40. Esta constatación, es, por otro lado, un argumento difícilmente rebatible contra el sistema de encasillado de algunos registros, pues significa desaprovechar las posibilidades que ofrece el sistema registral para aumentar las modalidades de *property rights* y, en consecuencia, disminuir los costes de frustración.

⁷³ Puede verse una enumeración de las diferentes posiciones doctrinales al respecto en las diferentes obras generales de Derecho Civil, así como en diferentes monografías. Entre otras, pueden verse, DE LOS MOZOS, J. L., *Estudios sobre Derecho de bienes*, Madrid, 1991. ROMÁN GARCÍA, A., *La tipicidad en los derechos reales*, Madrid, 1994. DÍEZ-PICAZO, L., «Autonomía privada y Derechos reales», en *Libro Homenaje a R. M. Roca Sastre*, así como en «Fundamentos...», *op. cit.*, tomos I y III.

lucran a cuantos entren en contacto con el bien, en la medida en la que implican la atribución a sujetos determinados de todas o algunas de las facultades de aprovechamiento del mismo, lo que conlleva la exclusión de todos los demás en relación a tales facultades de aprovechamiento.

Nuestro ordenamiento jurídico es causal⁷⁴ (confer.: art. 1261 CC). En él, la principal fuente de creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas entre particulares, tanto obligacionales como reales, es el contrato, el cual se convierte, a diferencia de lo que sucede conceptualmente —y en un plano más teórico que real— en los denominados sistemas abstractos, en los que el acto o negocio jurídico no forma parte del *iter transmisivo* de los derechos reales *inter vivos*.

En nuestro sistema, el contrato, sujeto o no a determinada forma, es suficiente, por regla general, para la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas obligatorias (confer.: art. 1089 CC), o, lo que es lo mismo, de derechos personales, obligacionales o de crédito, pero para la creación, modificación y extinción de derechos reales se precisan, además del contrato o *titulus adquirendi*, ciertos requisitos adicionales (confer.: arts. 609 y 1280 CC, art. 34 LH) no menos importantes.

Todo lo anterior implica (1) que la creación, modificación y extinción de derechos reales requiere un acto o negocio jurídico válido y eficaz, y, además, ciertos requisitos adicionales, (2) que los límites de la autonomía de la voluntad para la creación, modificación y extinción de derechos reales son los que se establecen, con carácter general, para contratar (art. 1255 CC), (3) así como los derivados de los requisitos adicionales para la creación, modificación y extinción de este tipo de derechos (confer.: CC, LH y RH), (4) a los que hay que añadir los derivados de la propia naturaleza de los mismos.

En primer lugar, el negocio jurídico, usualmente el contrato, es el *titulus adquirendi* del derecho real, un requisito necesario pero no suficiente para que tal derecho pueda ser adquirido, modificado o extinguido. Uno de los requisitos esenciales de existencia del negocio jurídico consiste en que debe tener una causa (confer.: art. 1261 CC), la cual, entre otros requisitos, debe ser lícita (art. 1275 CC), para que el negocio jurídico pueda ser eficaz.

⁷⁴ Sin duda alguna, el concepto de causa es uno de los más importantes y, al tiempo, difíciles de aprehender del Derecho Patrimonial. Es muy amplia la bibliografía al respecto. Puede verse, DE CASTRO F., *El negocio jurídico*; DÍEZ-PICAZO, L., «El concepto de causa en el negocio jurídico», en ADC, 1963, así como, «Fundamentos...», *op. cit.*, T. I. DE LOS MOZOS, J. L., «Causa y tipo en la teoría general del negocio jurídico», en RDP, 1970. Uno de los autores que más ha influido en nuestra doctrina y, concretamente, en la concepción de la causa como función económico-social del negocio jurídico ha sido BETTI, E., *Téoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943.

Los negocios jurídicos pueden ser típicos o nominados y atípicos o innominados⁷⁵. Los primeros se caracterizan porque están regulados, distinguiéndose unos de otros, en esencia, por su función económico-social, esto es, por su causa entendida como función económico-social del negocio jurídico. Los segundos se caracterizan por no estar regulados, y tienen sentido en la medida en la que desempeñan una función económico-social que, siendo lícita, no está cubierta, o no lo está con la misma eficiencia, por ninguna de las figuras contractuales reguladas.

Nuestro ordenamiento jurídico no exige para la eficacia del contrato que la causa sea típica, sino que sea lícita, entendiéndose por tal la que no se oponga a las leyes ni a la moral (art. 1275 CC), conceptos que, junto con el orden público (art. 1255 CC) marcan los límites de la autonomía de la voluntad en materia negocial.

El hecho de que el ordenamiento jurídico no exija que la causa sea típica para la validez y eficacia del negocio jurídico, sino solo que no sea contraria a la ley ni a la moral (art. 1275 CC), junto con el reconocimiento de la libertad contractual con esos mismos límites más el orden público (art. 1255 CC), es la razón por la cual son admisibles los negocios jurídicos atípicos, esto es, aquellos que carecen de una causa típica, o, si se prefiere, aquellos que carecen de regulación legal, siempre que no vulneren los límites generales impuestos a la libertad contractual con carácter general, así como a la causa contractual, con carácter específico.

Dentro de estos límites conviene resaltar que el orden público económico⁷⁶ veda aquellos negocios atípicos que, aun teniendo una función económico-social lícita, sin embargo, la misma ya se halla cubierta por una figura negocial típica con el mismo nivel de eficiencia que la que las partes pretenden crear⁷⁷, pues ello, además de no servir para satisfacer una función económico-social que no esté ya cubierta, altera la seguridad jurídica, en la medida en que introduce, innecesariamente, incertidumbre sobre la viabilidad jurídica de la nueva figura y dificulta la información por parte de los terceros interesados.

⁷⁵ Véase DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, págs. 205-215. Ed. Civitas, reimpresión 1997.

⁷⁶ Sobre el concepto de orden público como límite de la autonomía privada, véase DE CASTRO, F., «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», en *ADC*, 1982.

⁷⁷ En esta misma línea, ROMÁN GARCÍA, A. —*op. cit.*, págs. 184 y 185—: «...para entender que es posible la creación de un nuevo tipo de derecho real, habrá que reflexionar sobre su causa, admitiéndose solamente si la función económico-social que persigue satisfacer en la realidad negocial responde a una auténtica exigencia del tráfico jurídico que no puede protegerse de otro modo (mediante las categorías típicas ya existentes) siendo por ello merecedora de protección. También DÍEZ-PICAZO, L., en «Fundamentos...», T. III, *op. cit.*, pág. 157, el cual afirma: «De algún modo, a esta incidencia causal, en la línea de la función económico-social, es a la que se está haciendo referencia, cuando se señala que, para entender constituido un derecho real, es menester que con este se cumplan o se traten de satisfacer, necesidades jurídicas o económicas que de otro modo no se podrían llenar».

Los contratos atípicos deben ser protegidos en la medida en la que sirven para cubrir nuevas necesidades económicas. En esa medida son un instrumento imprescindible para el desarrollo económico, pero, por la misma razón, cuando para satisfacer una determinada necesidad económica lícita, ya existe una figura contractual que la satisface igualmente, la creación de una nueva figura negocial se revela innecesaria, y el ordenamiento jurídico debe tender a facilitar lo necesario y a vedar lo inútil.

La eficacia del negocio jurídico requiere, por tanto, una causa lícita, que puede ser típica o atípica y, en este segundo caso, su admisibilidad requiere que se trate de una función económico-social no cubierta por ninguna de las figuras contractuales existentes, o, al menos, no con la misma eficiencia. El primer límite a la autonomía de la voluntad para la creación de nuevas figuras de derechos subjetivos patrimoniales, sean derechos personales o derechos reales viene impuesto, por tanto, por la exigencia de *licitud causal* del negocio jurídico del cual derivan⁷⁸.

El hecho de que el contrato sea, usualmente, el *titulus adquirendi* de los *iura in rem*, implica que para la creación de nuevos derechos reales existen los mismos límites que para la creación de negocios jurídicos atípicos, aun cuando carezcan de trascendencia real, lo que no significa que sean los únicos límites, sino solo los derivados del hecho de que el contrato sea su *título adquirendi*.

Suele afirmarse que dado que el contrato es una fuente autosuficiente de generación de derechos obligacionales, pero no de derechos reales —cuya generación exige requisitos adicionales—, la causa negocial, entendida como función económico-social, puede bastar para la creación de derechos obligacionales atípicos pero no ser suficiente para la creación de derechos reales atípicos⁷⁹.

En realidad, la voluntad negocial no es nunca suficiente para la creación, por sí sola, de derechos reales, sean típicos o atípicos, pues estos requieren ciertos requisitos adicionales. Dando por supuesto lo anterior, la cuestión consiste en dilucidar si las exigencias para la configuración negocial de un derecho obligacional atípico y de un derecho real atípico son las mismas o no. En un plano formal, son las mismas —ley, moral y orden público—, pero no en un plano

⁷⁸ En esta misma línea, ROMÁN GARCÍA, A., al configurar la tipicidad de los derechos reales en nuestro sistema como una tipicidad causal. Afirma el citado autor: «...en nuestro ordenamiento jurídico, como consecuencia de la función asignada a la autonomía privada, no existirá propiamente un concepto de tipicidad legal aplicable a los derechos reales, sino de tipicidad causal. Será la admisión de la legitimidad de la causa la que nos permitirá abogar por la creación de nuevos tipos de derechos reales en nuestro sistema. La caracterización y justificación causal del nuevo tipo de derecho real funcionará como el límite de mayor envergadura para la autonomía privada en este especial ámbito del Derecho privado, al cual habrán de añadirse los derivados de la naturaleza de las cosas, de la existencia de normas imperativas, del orden público sistemático, de la moral social y de la buena fe objetiva», *op. cit.*, pág. 83.

⁷⁹ Véase DÍEZ-PICAZO, L., «Fundamentos...», T. III, *op. cit.*, págs. 156-157. También ROMÁN GARCÍA, A., *op. cit.*, pág. 184.

material pues las limitaciones impuestas por el orden público económico para la creación de derechos reales son mayores debido a sus mayores externalidades. V.gr.: hay mayor margen para las obligaciones de no disponer que para las prohibiciones de disponer.

Ahora bien, lo que hace típico o atípico al negocio jurídico es su función económico-social, la cual viene determinada por el tipo de derecho subjetivo patrimonial, real o personal, que configura. En ambos casos, la función económico social —la causa negocial— debe ser lícita. Determinada función económico-social puede ser lícita si se configura como una relación obligatoria —v.gr.: obligación de disponer—, pero no si se configura como una relación real —prohibición de disponer en negocios onerosos, o más allá de ciertos límites—, debido a sus mayores externalidades, pues, de admitirse las prohibiciones de disponer con efectos reales, se impediría la circulación de los bienes y, por lo tanto, la eficiente asignación de recursos, posibilitando el retorno a la amortización de los bienes.

El segundo límite deriva de lo que he denominado requisitos adicionales necesarios para la creación, modificación y extinción de derechos reales, así como para su adquisición, algo que no debe olvidarse. Así, por ejemplo, no existe en materia de derechos personales un precepto semejante al artículo 609 del Código Civil o 34 LH, en materia de derechos reales. Me centraré en la adquisición de los derechos reales y en los límites que ello impone para la creación de nuevas figuras de derechos reales.

He argumentado cómo la titularidad forma parte del derecho y cómo, en el mundo de la contratación impersonal, un derecho, para ser auténticamente real, debe incorporar una titularidad protegida por una regla de propiedad, esto es, una titularidad real. Esta solo se puede conseguir, *ex ante*, mediante la usucapión y la fe pública registral. Dado que esta última es la vía más habitual de conseguirla, me centraré en ella.

La fe pública registral exige la inscripción del derecho real, lo que exige, a su vez, la validez y eficacia del negocio del que deriva⁸⁰ y, además, que este cumpla con todos los requisitos de inscribibilidad exigidos por la legislación hipotecaria. Si no se cumplen estos requisitos, el derecho real no será inscribible, por lo que carecerá de una titularidad real y, en consecuencia, no será, en sentido estricto, un derecho real.

Ello significa que los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria para la inscripción del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles,

⁸⁰ Ello es importante porque significa que el *empor* adquiere la titularidad del recurso siguiendo el procedimiento legal, lo cual es esencial para mantener el consenso social sobre el uso y aprovechamiento de los bienes, imprescindible para el mantenimiento del sistema de propiedad privada. Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*, págs. 199-201. Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.

especialmente los relativos a su especialidad o determinación, a la imposibilidad de restringir la libertad de circulación de los bienes más allá de lo permitido por el Código Civil, a la necesidad de observancia de una determinada forma negocial, así como a la necesidad de descripción detallada y no ambigua de los mismos, operan como exigencias de admisibilidad de todo tipo de derecho real, incluidas las modalidades atípicas que las partes pretendan crear.

Por ello reviste especial importancia la jurisprudencia registral sobre la materia. DÍEZ-PICAZO⁸¹, tras un detallado análisis, enumera del siguiente modo las líneas esenciales de dicha jurisprudencia: *a)* La voluntad no puede configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles; *b)* Hay que respetar los preceptos que impiden la amortización de la propiedad; *c)* La manifestación o declaración de voluntad debe llenar los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de tales derechos y las características externas que han de trascender a los terceros y evitan la creación de derechos innominados y ambiguos; *d)* Las orientaciones limitativas encierran indudables ventajas porque facilitan la labor de los registradores, favorecen los cálculos de los terceros y evitan la creación de derechos innominados y ambiguos; *e)* para conseguir un derecho real es menester que se de en ello un interés serio y legítimo, entendiendo por tal que debe cumplir una función económico-social para la cual el derecho real sea necesario.

Dos recientes Resoluciones de la DGRN resultan de especial interés en esta materia.

La RDGRN, de 4 de mayo de 2009, afirma que del elevado número de resoluciones sobre la materia «puede colegirse que han constituido campo propio de la autonomía de la voluntad para la creación de derechos nuevos ciertos casos de derechos de preferente adquisición (el tanteo convencional, cuyo carácter real no ha recibido sanción legal hasta la reciente legislación catalana), las situaciones vinculadas con el régimen de propiedad horizontal y la variada gama de servidumbres personales y reales; por otra parte, respecto de los derechos reales típicos, y singularmente de los de goce, la autonomía de la voluntad ha ido más bien encaminada a perfilar determinadas características del paradigma legal».

La RDGRN, de 8 de junio de 2011, por su parte, afirma que, conforme a la doctrina del *numerus apertus*, «ningún obstáculo puede existir acerca de la posibilidad de creación de nuevas figuras de derechos reales con arreglo a los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario; pero tampoco puede existir ningún obstáculo para que la autonomía de la voluntad pueda adaptar los derechos ya tipificados a las exigencias de la realidad económica y social siempre y cuando se respeten las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatividad, o

⁸¹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...* T. III, especialmente págs. 150 y 151.

posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado».

«Como ha declarado este Centro Directivo —continúa la Resolución— (cfr. Resolución de 31 de diciembre de 2007), en nuestro Ordenamiento el propietario puede disponer de sus bienes y, por ende, constituir gravámenes sobre ellos, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (art. 348 del CC). No solo se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2.2.^º de la LH y 7 del RH) sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, en concreto (cfr. arts. 647 del CC y 11, 23 y 37 de la LH) sujetarlos a condición, término o modo. Pero es también cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia *erga omnes* de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atenerse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad de tráfico, etc. (cfr. Resoluciones de 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987, y 4 de marzo de 1993)».

Es discutible si las líneas marcadas por la jurisprudencia registral constituyen límites adicionales a los marcados por el Código Civil para la creación de derechos reales atípicos. No lo son conceptualmente, son simplemente precisiones a los mismos, si bien con una especial fuerza debido a la función jurídica de los asientos registrales.

El tercer límite para la creación de nuevas figuras de derecho real deriva de la propia naturaleza de este tipo de derechos. En el apartado pertinente he definido el derecho real como aquel que permite un alto grado de protegibilidad efectiva *in natura* del derecho, en función del contenido del mismo y del objeto sobre el que recae, de modo que no puede ser alterado sin consentimiento de su titular, en ninguna de sus dimensiones. Por ello, ciertos contenidos y ciertos objetos no son, *de facto*, susceptibles de ello, con independencia de cuál sea la voluntad de los particulares.

La evolución de la tecnología, tanto física como jurídica, sin embargo, puede permitir un mayor grado de control de ciertos objetos —títulos representados por anotaciones en cuenta, unidades de emisión—, o la configuración de ciertos derechos como claramente reales (ejemplo: arrendamiento u opción de compra, en ambos casos sobre inmuebles, mediante la inscripción de los mismos). Ello no implica, sin embargo, que aumente el margen de actuación de la autonomía contractual para la creación de nuevas figuras de derecho real, sino solo que la ley puede regular nuevas formas de derecho real, o dado que determinados derechos personales —v.gr.: opción de compra sobre bienes inmuebles— pueden

ser protegidos mediante una regla de propiedad debido a la evolución de la tecnología jurídica —v.gr.: registro de derechos—, el legislador puede conceder a las partes la opción de configurarlos bien como derechos personales o bien como derechos reales.

Se impone, por último, una reflexión, por breve que sea, sobre la posibilidad efectiva de creación de nuevos derechos reales en nuestro ordenamiento jurídico, partiendo de las consideraciones expuestas.

Por lo que se refiere a la propiedad, no parecen admisibles formas atípicas de propiedad por, al menos, dos razones.

En primer lugar, ciertamente, propiedad privada no quiere decir propiedad irrestricta, sino atribución a los individuos⁸² de un poder directo, inmediato y exclusivo sobre los recursos. La profundidad y extensión de ese poder es función de cada ordenamiento jurídico⁸³. La propiedad privada es el poder directo e inmediato, de mayor extensión y profundidad, sobre los recursos reconocido a los individuos por el ordenamiento jurídico⁸⁴. Siendo así, no cabe ninguna forma alternativa de propiedad⁸⁵.

⁸² Como afirma MONTÉS, en la concepción liberal, que inspira nuestro Código Civil, el individuo es la unidad social primaria y básica. El fin de la propiedad es atribuir los bienes al individuo, por lo que la propiedad es remitida al querer del individuo, y no puede ser caracterizada por una destinación típica, que implicaría una diversa estructura de la relación entre el particular y el grupo. Concebido el individuo como ser trascendente, como valor en sí, desgajado e independiente de los grupos sociales —de los grupos intermedios— solo frente al Estado, el ejercicio del derecho se concibió como acto de libertad individual, defendido formalmente y remitido a la determinación de la libertad individual. MONTÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, pág. 54, Ed. Civitas, Madrid, 1980.

⁸³ Como afirma DEMSETZ, una característica esencial de la propiedad privada es la exclusividad, la cual significa que el propietario puede usar el recurso como le plazca, si bien sujeto a las limitaciones legales, y que quienes no son propietarios no pueden usar el recurso sin permiso del propietario. Véase DEMSETZ, H., «Ownweship and Exchange», en *From Economic Man to Economic System. Essays on Human Behavior and the Institutions of Capitalism*, pág. 96. Ed. Cambridge University Press, 2008.

⁸⁴ En este mismo sentido puede verse LASARTE, C. según el cual, la propiedad es el «poder de máxima amplitud que el ordenamiento jurídico otorga sobre las cosas». LASARTE, C., «Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad», Bilbao, 1977, en *Estudios de Deusto*, Vol. XXV, enero-junio, pág. 105. Sin embargo, es preciso ser muy conscientes de que —como afirma G. LIBECAP y, en general, la economía neoinstitucional—, cuando los derechos de propiedad no están bien definidos o cuando se hallan atenuados por un grupo o por el Estado, ello conlleva implicaciones negativas para el crecimiento económico. Las restricciones pueden ser desde triviales hasta significativas. La atenuación de los derechos de propiedad sobre un activo afecta a las expectativas del propietario sobre los usos de ese activo, al valor del activo para el propietario y para otros y, consecuentemente, a los términos de un acuerdo. Cualquiera que sea la forma específica que adopte, una atenuación de los derechos de propiedad implica una reducción de las opciones económicas para el propietario del activo y la correspondiente reducción del valor del activo mismo. En cualquier sociedad, la atenuación generalizada de los derechos de propiedad puede tener como resultado una reducción del crecimiento económico.

⁸⁵ En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, T. III, pág. 159.

En segundo lugar, la Constitución Española —confer.: art. 33— reconoce el derecho a la propiedad privada, afirmando a continuación que su función social delimitará su contenido de acuerdo con las leyes, lo que quiere decir que la determinación del contenido de lo que se entienda por propiedad privada queda fuera del ámbito negocial privado.

En todo caso, el poder en que la propiedad consiste incluye diferentes posibilidades de aprovechamiento —facultades—⁸⁶. Si no caben formas alternativas de propiedad, la posibilidad de crear derechos reales de disfrute *ex novo* queda reducida a encontrar combinaciones de las facultades de aprovechamiento, v.gr.:

⁸⁶ Desde una perspectiva de dogmática jurídica, la doctrina distingue claramente el poder o señorío en que la propiedad consiste, de cada una de sus facultades e, incluso, de la suma de todas ellas. De ese señorío se predicen los caracteres de generalidad, abstracción y elasticidad. ALONSO PÉREZ los define del siguiente modo: «La *generalidad* emanada de esa especie de infinitud dominical predicada por la codificación napoleónica o por el absolutismo conceptual pandectista, significa la totalidad de los poderes que, al menos en potencia, pude el *dominus* ostentar sobre sus propios bienes. La *abstracción*, evocada por la STC de 26 de marzo de 1987, como característica esencial del tipo descrito en el artículo 348 del Código Civil, supone la posibilidad de que el dominio como título jurídico, como derecho individual, viva separado de sus facultades naturales, con las que, abstraídas del derecho dominical, pueden constituirse otros derechos sobre bienes de menor entidad fructiva o posesoria (usufructo, arrendamiento, superficie, etc.). La *elasticidad*, como la goma que tenemos entre las manos, supone que la propiedad se amplía o reduce en mayor o menor cantidad, respectivamente. «El dominio, se ha dicho, atrae y contiene necesariamente cuantas facultades dominicales no estén en poder de persona distinta del dueño. Cualquier facultad, contenido de un *ius in re aliena*, que queda *nullius* o se extingue, se reincorpora forzosa e inmediatamente a la propiedad por virtud de la *vis atractiva* de esta». Véase ALONSO PÉREZ, M., «La propiedad en el Código Civil», en la obra colectiva coordinada por DE DIOS, S.; INFANTE, J.; ROBLEDO, R., y TORIJANO, E., *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV-XX*, pág. 496. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999. La cita del autor remite, a su vez, a LACRUZ-LUNA-MENDOZA, *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 1.^º 2.^a p., 2.^a ed., Barcelona, Bosch, 1988, pág. 24. En realidad, las facultades no son sumandos, sino contenido o «aspectos parciales del señorío total o poder unitario del propietario» (ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III, *Derecho de Bienes*, vol 1.^º, 8.^a ed., Barcelona, Bosch, 1994, pág. 250). Como ha señalado el Tribunal Supremo en diferentes sentencias, el «dominio es el señorío abstracto y unitario sobre la cosa y no la suma de facultades de las que el propietario puede verse privado temporalmente, sin que por ello pierda la interacción potencial de su derecho, determinante de la posibilidad de recuperación efectiva de todas las facultades dominicales» (STS de 2 de octubre de 1975). En principio, estas afirmaciones del Tribunal Supremo hay que entenderlas referidas a la propiedad abstracta definida por el artículo 348 del Código Civil. Por su parte, el Tribunal Constitucional, en un contexto más amplio ha afirmado —STC de 26 de marzo de 1987— que «la propiedad privada, en su doble dimensión, como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Código Civil... (Es un error) identificar el contenido esencial de la propiedad, atendiendo exclusivamente a lo que el Código Civil, declinando el siglo XIX, dispuso con carácter general en su artículo 348, porque tal pretensión no tiene para nada en cuenta las modulaciones y cambios que ha venido sufriendo desde entonces el instituto de la propiedad privada» (FJ 2.^º).

si a las facultades del usufructo, se añade la de disposición, tenemos el usufructo con facultad de disposición.

Tales combinaciones de las facultades de aprovechamiento, como afirma CAMY⁸⁷, no podrán agotar todas las integrantes del derecho de propiedad, pues, si lo hacen, estamos ante el derecho de propiedad mismo. Ello significa que deben ser siempre derechos reales limitados en cosa ajena.

Llegados a este punto, DÍEZ-PICAZO⁸⁸ sostiene que el margen de actuación de la autonomía privada para la configuración de derechos reales atípicos no es el mismo para todos los tipos de derecho real limitado, sino que varía en función del tipo.

Así, dentro de los derechos reales de disfrute distingue entre los derechos reales de disfrute pleno —usufructo— y los derechos reales consistentes en el goce de un servicio limitado de la cosa ajena o servidumbres.

En su opinión, no existe más derecho de disfrute pleno en cosa ajena que el usufructo. Dentro de él podrán existir variantes o modificaciones del régimen jurídico de acuerdo con su título constitutivo, a las que se puede llamar usufructos atípicos —v.gr.: usufructo con facultad de disposición—, aun cuando en tal caso lo atípico no sería el derecho sino su régimen jurídico.

Los derechos reales de goce limitado de especiales servicios de un bien ajeno, entran de lleno dentro del marco genérico de la categoría de las servidumbres, por lo cual tampoco cabría, en puridad, un derecho real atípico, sino que el problema será de incardinación del supuesto concreto dentro o fuera de esa categoría genérica. En suma, se tratará de decidir si lo constituido es o no servidumbre.

Como señala CAMY⁸⁹, los derechos reales limitados de disfrute han de ser siempre temporales, por virtud de lo dispuesto en el artículo 785 del Código Civil, con la sola excepción de las servidumbres respecto de las cuales parece admitirse la perpetuidad (*causa perpetua servitutis*).

En materia de derechos reales de garantía, el margen de actuación de la autonomía privada para la configuración de formas atípicas de garantía real disminuye drásticamente hasta el punto de desaparecer. Así, DÍEZ-PICAZO⁹⁰ sostiene que en esta materia impera el *numerus clausus* por la fundamental razón de que los derechos reales de garantía entrañan un derecho de realización de valor y, sobre todo, una suerte de privilegio o de prelación que tienen, por ello, carácter excepcional, ya que suponen una derogación del principio de la *par conditio creditorum*⁹¹.

⁸⁷ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, págs. 171-183, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1982, T. I.

⁸⁸ DÍEZ-PICAZO, L., «Fundamentos...», T. III, *op. cit.*, pág. 159.

⁸⁹ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Ibidem*.

⁹⁰ DÍEZ-PICAZO, L., *Ibidem*.

⁹¹ La citada RDGRN, de 4 de mayo de 2009, por lo que se refiere a la creación de nuevos derechos reales de garantía —en este caso, por la vía de una nota marginal de afección—,

ROMÁN GARCÍA⁹², por su parte, sostiene, en materia de derechos reales de garantía, que existe la prohibición de establecer figuras de garantía que burlen la imposibilidad de establecer pactos comisarios, teniendo en cuenta la regulación establecida en los artículos 1859 y 1884 del Código Civil. Sostiene asimismo que resulta imposible el establecimiento de hipotecas contra las múltiples limitaciones que facilitan el crédito territorial⁹³.

parece admitirla, si bien con sujeción a estrictos requisitos, al exigir que se regulen todas las exigencias que la garantía comporta, o bien se remita a los efectos jurídicos de otra figura. Parece excesiva la permisividad de la DGRN en cuanto a que las partes puedan regular todas las exigencias que la garantía comporta, salvo que se excluyan las procesales, no pactables por las partes. Que las partes deban concretar los aspectos de la figura es, no obstante, fundamental para poder decidir sobre su admisibilidad. En el caso concreto, la DGRN rechaza la pretensión, alegando lo siguiente: «Aunque la figura que se constituye no es totalmente atípica, pues viene establecida en una Ley como es la Ley General de Subvenciones, pero no lo es menos que el mismo artículo 34.4.b de dicha Ley dice que el bien quedará afecto “al pago del reintegro cualquiera que sea su poseedor salvo que resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral”, lo que no se regula en dicha Ley es una figura específica que sirva para, mediante la constancia registral de la afección, evitar que surja dicho tercero. Por supuesto que puede la Administración (Estatual o Autonómica) constituir garantías para asegurarse el cumplimiento de la finalidad de la subvención, cualquiera que sea el titular de la finca pero la garantía deberá ser, bien una ya existente (hipoteca o condición resolutoria), bien una nueva pero cuyos perfiles y eficacia deben estar perfectamente delimitados».

La Resolución de 18 de junio de 2012 parece ser más estricta en cuanto a la posibilidad de constituir garantías reales atípicas mediante anotaciones preventivas u otros asientos registrales. Así, afirma:

«...cabría plantearse si la legislación del Registro permite la inscripción, anotación o nota marginal de afecciones atípicas como medidas de garantía. En este aspecto, solo las afecciones legales, o sea, las establecidas por la ley, son las únicas que permiten una constancia registral a través de las correspondientes notas marginales establecidas expresamente. Así, por ejemplo, solo caben las afecciones fiscales al pago de los impuestos, las afecciones urbanísticas al pago de los saldos de las cuentas de liquidación provisional y definitiva y las afecciones por razón de subvenciones a las que se refiere la Ley General de Subvenciones. En ninguno de estos casos cabe incluir la medida cautelar solicitada.

En cuanto a los derechos reales que pueden tener acceso al Registro, ni siquiera por vía de inscripción, es posible la creación de garantías reales no previstas en la legislación vigente. Si bien en materia de servidumbres, de derechos de uso y de determinadas hipotecas, caben nuevas figuras o modificaciones en cuanto a su contenido de las previstas legalmente, porque se mantiene en ellas la regulación general básica propia de esas figuras jurídicas, no es posible crear una garantía real por vía de afección, porque daría lugar a una figura jurídica completamente indeterminada en cuanto a sus requisitos, efectos y procedimientos de ejecución de las garantías, no prevista en la legislación vigente e incluso contraria a los tipos legalmente previstos sin conexión ni analogía alguna con ellos. La afección real de la finca como garantía puede conseguirse perfectamente no por la vía de una anotación preventiva sino por la constitución de una hipoteca, como ocurre en la práctica respecto a las garantías en pago de fraccionamientos.

⁹² ROMÁN GARCÍA, A., *op. cit.*, pág. 187.

⁹³ En relación a la hipoteca es especialmente relevante la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de junio de 2011. Esta Resolución, después de afirmar que en nuestro sistema rige el principio de *numerus apertus* en relación a la creación de nuevas figuras de derechos reales, o de adaptación de las existentes a las nuevas

Ciertamente, toda garantía real supone una derogación del principio de la *par conditio creditorum*, algo solo admisible si tal derogación en relación a determinados bienes es fácilmente cognoscible por los potenciales acreedores, lo que exige su publicidad, por lo que no resultan admisibles garantías reales sin publicidad. Adicionalmente, todo el sistema de garantías reales, especialmente inmobiliarias, se halla gobernado por lo que podríamos denominar el principio de *optimización de los inmuebles como garantía*, lo que significa que no se pueden introducir procedimientos que permitan al acreedor o al deudor una manipulación del precio del bien dado en garantía, ni al acreedor quedarse con el inmueble, sino con muchas limitaciones⁹⁴, pues el valor del mismo, si bien se halla sujeto preferentemente al pago de un acreedor determinado por deudas determinadas, sin embargo, debe optimizarse su valor de adjudicación, pues el sobrante, de haberlo, debe adjudicarse al deudor y, en su caso, ponerse a disposición de acreedores posteriores con garantías reales sobre el mismo bien. El hecho de que las garantías reales produzcan tales externalidades hace que la autonomía privada apenas tenga margen de actuación en este campo.

realidades económicas y sociales, enumera los requisitos necesarios para su admisibilidad. Y, en materia de hipotecas afirma: «Estos límites alcanzan especial significación en relación con la hipoteca, pues se imponen en defensa del deudor y en aras de la facilidad del tráfico jurídico inmobiliario, del crédito territorial y, en definitiva, del orden público económico. Ahora bien, precisamente el principio de especialidad que impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho real que ha de inscribirse (cfr. arts. 104 de la LH y 1857 del CC), exige, como regla general, la precisa determinación de la obligación a la que sirve. Y, por ello, como han declarado las Resoluciones de 15 de febrero de 2000 y 10 de febrero de 2003, al ser la hipoteca accesoria del crédito que garantiza «su titularidad será la misma que la del crédito. Y si en el ámbito de estos la pluralidad de elementos personales puede traducirse en varias posibilidades, una de las cuales es la solidaridad, el mismo carácter tendrá la titularidad de la hipoteca que lo garantice y como tal habrá de inscribirse haciéndose constar tal solidaridad, en lugar de la determinación de las cuotas». Estas Resoluciones no limitan la exclusión de la necesidad de cuotas... al solo caso de las hipotecas en garantía de obligaciones solidarias, sino que con carácter general sienta la doctrina de que la titularidad de la hipoteca queda condicionada y mimetiza la titularidad activa de las obligaciones en cuya seguridad se constituye, obligaciones que en el caso de tales obligaciones eran solidarias. Por tanto, de tal doctrina se desprende que la fijación de las cuotas en la titularidad hipotecaria no será exigible cuando resulten incompatibles con la modalidad concreta en que se haya organizado en cada caso la situación de pluralidad de acreedores en la titularidad activa de los créditos». En consecuencia, la DGRN, admite la hipoteca mancomunada.

Sin entrar ahora en el análisis del acierto o no de la RDGRN en relación a esta cuestión, no es acertado invocar el principio de *numerus apertus* para admitir la hipoteca mancomunada, por la sencilla razón de que la hipoteca puede constituirse en garantía de toda clase de obligaciones (art. 105 LH), lo que, en principio incluye a las obligaciones en mano común.

⁹⁴ Los Códigos Civiles modernos recogen la prohibición del pacto de la Ley Comisoria. El Código Civil español la recoge, esencialmente, en los artículos 1859 —prenda e hipoteca— y 1884 —anticresis—. Con base en los citados preceptos, la doctrina tiende a deducir el carácter general de la prohibición, si bien tiende a interpretarla restrictivamente. Véase ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *Curso de Derechos Reales. Los derechos reales limitados*, págs. 104-109, Civitas. 1987.

Resultaría así que, en nuestro Derecho, no cabe configurar un dominio de contenido atípico ni, probablemente, formas atípicas de garantía y, en cuanto a los derechos reales de goce y disfrute, sí es posible realizar configuraciones distintas de las establecidas por la ley, siempre que se cumplan los requisitos expuestos. En todo caso, se tratará siempre de derecho reales limitados, es decir, sobre cosa ajena, que no pueden traspasar las facultades que conforman el dominio.

Podemos concluir, en consecuencia, que el nuestro es un sistema de *numerus clausus* en cuanto a la propiedad y, probablemente, también en cuanto a los derechos reales de garantía, y de presunción *iuris tantum* de *numerus clausus* en cuanto a los derechos reales de disfrute en cosa ajena, o, si se prefiere, de presunción *iuris tantum* de innecesidad de nuevas figuras de derecho real de disfrute en cosa ajena, salvo que se demuestre que la nueva figura desempeña una función económico-social lícita no satisfecha en absoluto o satisfecha con un nivel menor de eficiencia por las figuras existentes.

De este modo, nuestro sistema, evita caer en los inconvenientes del sistema de *numerus clausus* en sentido estricto, el cual veda a la autonomía privada la adopción de nuevas fórmulas jurídicas de aprovechamiento directo y exclusivo de los bienes protegidas mediante una regla de propiedad, reservando tal potestad al legislador, lo que frena el desarrollo económico y, por otro, evita los inconvenientes de atribuir exclusivamente a la voluntad de las partes tal potestad, debido a las fuertes externalidades producidas por los *iura in rem*, con la finalidad de evitar costes de información para los terceros en cuanto al contenido de los derechos reales, lo que presentaría un problema masivo de coordinación, así como con la finalidad de evitar que grupos determinados eviten la circulación de los bienes y su utilización como garantía, como acreda la experiencia histórica. Ello funciona como un dispositivo muy útil para conseguir una excelente relación entre las exigencias simultáneas de innovación y estandarización en materia de derechos reales.

6. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS REALES

6.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

En la sociedad existe un amplio número de personas que son titulares de *iura in rem* las cuales tienen que ser protegidos frente a un número amplio e indefinido de violadores potenciales, y, al mismo tiempo, cada persona debe respetar los *iura in rem* de un número amplio e indefinido de titulares⁹⁵. La tipicidad de los *iura in rem* —con la propiedad como *ius in rem* que atribuye el

⁹⁵ Siguiendo a DE CASTRO, por titularidad entiendo «la cualidad jurídica que le confiere a una persona el estar en una relación jurídica, en cuanto determinante de las facultades que

poder más amplio de aprovechamiento reconocido por el ordenamiento jurídico a favor de una persona— facilita cumplir el deber de respetar los derechos, pero no facilita el conocimiento de la identidad de los titulares de los mismos. Esta característica de los *iura in rem*, como observan MERRIL y SMITH⁹⁶, tiene implicaciones para las restricciones derivadas de los costes de información asociados con el establecimiento de cualquier sistema de derechos que tengan características de *iura in rem*, lo cual nos lleva al análisis de diversos problemas relacionados todos ellos con la titularidad de los derechos reales.

Hasta ahora me he referido a las dos grandes categorías o arquetipos de derechos subjetivos patrimoniales intentando caracterizarlas por su contenido, esto es, por las facultades que atribuyen a su titular, así como por las reglas de protección de dichas facultades y de las posibilidades efectivas de protección de las mismas, las cuales dependen de su contenido concreto y, cuando se refieren al aprovechamiento de bienes, de que estos sean muebles o inmuebles, esencialmente, si bien con las debidas matizaciones. Todo ello relegando a un segundo plano las cuestiones relativas a la pertenencia del derecho.

Me he referido así, principalmente, a supuestos de vulneración de los derechos que afectaban a su contenido material pero sin discutir la titularidad de los mismos, analizando las posibilidades de protección efectiva de los aspectos vulnerados mediante una regla de responsabilidad o de propiedad. Se trata de supuestos en los que los obligados y, en general, sujetos pasivos, simplemente desconocen el derecho —el intruso que entra en una casa y se queda a dormir o roba—, pero no discuten la titularidad del mismo.

La protección de las facultades de aprovechamiento material se lleva a efecto concediendo a los titulares ciertas facultades de autoprotección —v.gr.: vallado de fincas, contratación de servicios de seguridad—, y, sobre todo, mediante la intervención del Estado, a través de (1) las normas penales que tipifican como delito las conductas que las vulneran y (2) la existencia de una policía con una actividad dirigida tanto a evitar que se cometan delitos contra tales facultades de aprovechamiento, como a detener a los delincuentes.

En cierto sentido, he intentado realizar lo que podríamos denominar una caracterización estática de los derechos subjetivos patrimoniales y, particularmente, de los derechos reales. En tal escenario estático, se realiza una abstracción de la titularidad porque esta no se discute, lo que puede llevarnos a la errónea conclusión de que las reglas de protección de la titularidad no forman parte del contenido del derecho ni, por lo tanto, son relevantes para su caracterización o no como derecho real.

por ella se le atribuyen». DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, págs. 564-565, Ed. Civitas, Madrid, 1984.

⁹⁶ Véase MERRIL, T. W., y SMITH, H. E., *The Property/Contract Interface*, Columbia Law Review, Vol. 101:773, pág. 788, 2001.

Este enfoque es admisible —como otros— en un escenario de información completa —o incompleta solo en el margen— sobre titularidades de derechos reales, pero no en un escenario de información incompleta y asimétrica al respecto, cual es inevitable en el mundo del intercambio impersonal. En este, las asimetrías informativas sobre tales titularidades y la alta frecuencia contractual producen necesariamente *conflictos de titularidades*.

Si, ante tal eventualidad, propia del intercambio impersonal, no existe la posibilidad de proteger la titularidad negocialmente adquirida mediante una regla de propiedad, entonces, dado que nadie puede estar seguro de haber adquirido del *verus dominus*, nadie puede estar seguro tampoco de no ser privado de su titularidad negocial, puesto que esta solo puede estar protegida, precisamente por ser solo negocial, mediante una regla de responsabilidad.

6.2. TITULARIDADES OBLIGACIONALES Y TITULARIDADES REALES

Del mismo modo que se distingue entre derechos obligacionales, también denominados personales o de crédito, y derechos reales, debemos distinguir entre titularidades obligacionales y titularidades reales. Las primeras son las que se hallan protegidas por una regla de responsabilidad y, por lo tanto, el titular puede verse privado de su titularidad contra su voluntad percibiendo la correspondiente indemnización. Las segundas son aquellas que se hallan protegidas por una regla de propiedad en las relaciones *inter privatos* y, por lo tanto, su titular no puede verse privado de su titularidad sin su consentimiento, supuesto que el sistema institucional funcione correctamente.

En consecuencia, en un plano estrictamente teórico, la titularidad de cualquier derecho subjetivo patrimonial, sea personal o real, puede ser, a su vez, obligacional o real, lo que implica que es posible —entre otras variantes— que la titularidad de un derecho real sea obligacional, esto es, que se halle protegida por una regla de responsabilidad.

Ello significa que si se produce un conflicto de titularidades sobre un mismo derecho real y una de ellas es una titularidad obligacional y la otra real, prevalecerá esta última. Si ambas titularidades son obligacionales, prevalecerá la que se halla fundada en un mejor derecho. Por último, por hipótesis, no puede haber conflicto entre titularidades reales⁹⁷.

DE CASTRO⁹⁸ ya hizo notar la dificultad de proteger las titularidades en general mediante una «acción de restitución», es decir, mediante una regla de

⁹⁷ En la práctica, en el ámbito inmobiliario, tal conflicto puede producirse en el caso de doble inmatriculación. De ahí la importancia de recurrir a los medios técnicos que puedan evitarla, aun cuando se trate de un supuesto estrictamente marginal.

⁹⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Ibidem*, pág. 565, nota 1.

propiedad, lo que, a su juicio, es una razón importante para el reconocimiento de la acción declarativa. Esta observación es especialmente cierta en un entorno de contratación impersonal.

6.3. EL INTERCAMBIO IMPERSONAL: LOS DERECHOS REALES CON TITULARIDADES OBLIGACIONALES NO SON, PROPIAMENTE, DERECHOS REALES

Ello plantea la cuestión de si, desde el punto de vista del mercado, un derecho subjetivo patrimonial que reúnan las características de derecho real pero cuya titularidad sea obligacional, es o no un derecho real.

Como he dicho anteriormente, esta cuestión no tendría la menor importancia en un mundo con información completa —o incompleta solo en el margen— sobre las titularidades de los derechos reales y las características de estos, por la sencilla razón de que, debido, precisamente, a la existencia de tal información completa, no podrían plantearse conflictos de titularidades. En tal situación, las titularidades serían funcionalmente reales, aunque fueran solamente negociales, porque la ausencia de conflictividad sobre las titularidades las dota de una fortaleza semejante a las de las titularidades protegidas por una regla de propiedad cuando entran en conflicto con titularidades obligacionales en un entorno de contratación impersonal.

Sin embargo, en el mundo de la contratación impersonal, tal cuestión reviste una gran relevancia, debido a la existencia de información incompleta sobre tales extremos y a la imposibilidad de los particulares de obtenerla por sus solos medios, lo que genera el riesgo constante de adquirir de quien no es el *verus dominus* a pesar de haber desplegado toda la diligencia exigible.

El mundo de la contratación impersonal —la economía de mercado— se caracteriza por una alta frecuencia contractual que hace que el titular de un derecho real deba ser contemplado como el adquirente de ayer y el transmitente de mañana⁹⁹. A lo largo del tiempo, suelen haber diferentes contratos entre diferentes personas relativos al uso y aprovechamiento del mismo bien.

La alta frecuencia contractual se caracteriza por lo que he denominado *conexión intercontractual*, por cuya virtud las vicisitudes de un contrato anterior protegidas mediante una acción real pueden hacer ineficaz la adquisición de la titularidad del bien mediante un contrato posterior referente al mismo bien¹⁰⁰. La *conexión intercontractual*, convierte al mundo del intercambio impersonal en

⁹⁹ ARRUÑADA ha denominado a este fenómeno «contratación secuencial». ARRUÑADA, B., *Institutional Foundation of Impersonal Exchange. Theory and Policy of Contractual Registries*, pág. 4. Ed. The University of Chicago Press, 2012.

¹⁰⁰ O, sencillamente, como consecuencia del principio de responsabilidad patrimonial universal, por cuya virtud todos los bienes de un sujeto de derecho funcionan como garantía del cumplimiento de las obligaciones que contraiga en virtud de diferentes contratos con

una red o *nexo de contratos* impersonales e interdependientes entre sí. Y este es el fundamento de que las asimetrías informativas sobre ciertas magnitudes jurídicas y económicas esenciales para contratar sean un fenómeno consustancial con la economía de mercado.

En efecto, por simples que pudieran ser, los contratos deben reunir ciertos requisitos para ser válidos y eficaces. Sucede, además, que los contratos no suelen ser simples, sino que suelen incorporar cláusulas que inciden o pueden incidir en la efectividad de la transmisión —vgr.: condiciones suspensivas o resolutorias, plazos, modos, garantías, etc.—. Es cierto que los contratos solo producen efecto entre las partes contratantes, lo que significa, en última instancia, que no pueden privar a nadie que no haya prestado su consentimiento de un derecho que le pertenezca, pero sí pueden producir efectos sobre contratos futuros referentes al mismo bien, cuando las vicisitudes que afecten a su validez y eficacia se hallen protegidas por una regla de propiedad. De modo que, si bien la conexión intercontractual es la vía de concatenación de las titularidades sobre los bienes, es también la vía a través de la cual ciertas titularidades negociales pueden quedar frustradas como consecuencia de las vicisitudes que puedan afectar a contratos anteriores sobre el mismo bien, cuando tales vicisitudes se hallan protegidas por una regla de propiedad, esto es, por una acción real.

Y el conocimiento de todo ello es de imposible acceso para un particular por sus propios medios, lo que tiene como consecuencia que las asimetrías informativas sobre las titularidades de derechos reales sean un fenómeno consustancial con la contratación impersonal, esto es normalmente, con la economía de mercado.

En última instancia, la razón por la cual los particulares no pueden resolver por sí mismos estas asimetrías radica en que la propiedad es una función del Estado: es propietario aquel a quien el Estado reconoce como tal, por lo que solo una institución del Estado puede atribuir titularidades. Dicha atribución no es arbitraria, sino que está sometida a Derecho. El Estado solo debe atribuir la propiedad a quien la haya adquirido de acuerdo con el procedimiento establecido por el propio Estado, por lo que en lugar de atribución suele hablarse de reconocimiento, pero hasta que dicho reconocimiento no se produzca no hay propiedad en sentido estricto, sino solo posesión. En el caso de que se discuta la propiedad, tan solo cabe conjeturar quién será reconocido como propietario. Por ello, las partes no pueden resolver por sí solas esta incertidumbre, sino que se requiere una institución estatal¹⁰¹.

diferentes personas. La vertiente de la conexión intercontractual que nos interesa ahora, sin embargo, es la primera.

¹⁰¹ Como afirma OLSON, si bien puede haber Estado sin propiedad privada, no puede haber propiedad privada sin Estado. OLSON, M., *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas*. Ed. Siglo XXI, Madrid, 2001, pág. 231. En esta línea, NORTH y THOMAS sostienen que el Gobierno es, ante todo, un acuerdo institucional

Si consideramos, además, que la vía de adquisición de una titularidad sobre un derecho real en el mercado es la negocial, entonces la única titularidad posible es solo negocial, por lo que esta será siempre una titularidad relativa —pues relativo es el alcance del contrato— y, por tanto, amenazada siempre por la posibilidad de que aparezca alguien que alegase una titularidad mejor fundada, lo que privaría de su titularidad a quien creía haberla adquirido negocialmente, transformándose en una titularidad sobre un derecho a obtener el equivalente económico más la indemnización correspondiente.

En una situación así, propia de una economía de mercado, nadie puede estar seguro de que su titularidad sobre un derecho real se halle protegida por una regla de propiedad por lo que, *de facto*, su titularidad será siempre obligacional. Si nadie puede estar seguro de ser el *verus dominus*, el mercado lo considerará un titular relativo, es decir, un titular obligacional.

En este contexto, el del intercambio impersonal, la consecuencia sería que el derecho como tal no podría ser considerado real porque no habría seguridad de que una de sus dimensiones esenciales —la titularidad—, estuviera protegida por una regla de propiedad y, en consecuencia, no pudiera ser alterada sin consentimiento del titular. Aunque en el resto de dimensiones, el derecho cumpliese los requisitos para ser considerado real, sin embargo, el mercado no le daría más valor que si fuera un derecho personal, pues las consecuencias serían semejantes.

El mercado operaría como si no hubiese adquisiciones de derechos reales con efectos reales, sino solo con efectos personales lo que, a fin de cuentas, vendría a significar lo mismo: los bienes serían menos valiosos porque no existiría la seguridad de que un tercero no pudiera anular la adquisición o alterar algunos de los atributos jurídicos del bien adquirido que representan funciones de utilidad para el comprador, por lo que disminuirían sus posibilidades de uso especializado y, por tanto, más productivo.

Una sociedad así, en la que las *titularidades* sobre los derechos adquiridos —sean de la clase que sean según la opinión común— nunca son suficientemente seguras se ve afectada por todo un conjunto de consecuencias negativas para sus propias posibilidades de crecimiento: la falta de seguridad de los derechos sobre bienes inmuebles dificulta las transacciones con los mismos, su utilización como garantía de otras obligaciones y, en general, el desarrollo constante de una mayor especialización en su utilización.

que aporta protección y administración de justicia a sus ciudadanos, lo cual lleva a efecto monopolizando la definición y aplicación de los derechos de propiedad sobre los bienes y los recursos y la concesión de derechos para la transmisión de estos activos y, a cambio, el Estado recibe pagos en forma de impuestos. NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)*, págs. 157-160. Ed. Siglo XXI, Madrid, 1991. NORTH ha afirmado que es esencial elaborar una teoría del Estado porque es él quien especifica la estructura de los derechos de propiedad. NORTH, D. C., *Estructura y cambio en la historia económica*. Alianza Ed., Madrid, 1994, pág. 22.

6.4. EL INTERCAMBIO IMPERSONAL: EL CONFLICTO ENTRE LA PROTECCIÓN DE LAS TITULARIDADES DE LOS DERECHOS REALES MEDIANTE UNA ACCIÓN REAL —TITULARIDADES REALES— Y LOS COSTES TRANSACCIONALES

Si se quiere que el derecho real conserve todo su valor, la titularidad del mismo ha de ser, pues, una titularidad real, lo cual significa que no se pueden realizar actos de disposición del derecho sin consentimiento de su titular.

En consecuencia, identificar al titular del derecho real que se desea adquirir es una *conditio sine qua non* para poder obtener su consentimiento, pero tal identificación no puede realizarla ningún particular con seguridad debido a la imposibilidad de conocer con certeza las titularidades vigentes, característica de un entorno de contratación impersonal, como consecuencia de la existencia de una alta frecuencia contractual y de las repercusiones prospectivas de la *conexión intercontractual*, a las que me he referido anteriormente. A todo ello hay que añadir que, dado que suele ser provechoso que muchas personas ostenten derechos sobre el mismo bien, con el fin de alcanzar las ventajas de la especialización, la cuestión de identificar a todos quienes deben prestar el consentimiento a fin de evitar la pérdida del derecho negocialmente adquirido, tiende a complicarse.

Y puede complicarse hasta tal punto —puede hacerse tan costosa— que no solo no resulte rentable sino ni siquiera posible la explotación de los bienes mediante titularidades de derechos reales protegidas por acciones reales y sea únicamente posible su explotación mediante titularidades protegidas por una regla de responsabilidad, con lo cual se perderían parte de las ventajas derivadas de la mayor eficacia de los derechos reales. Esto es exactamente lo que sucede en un entorno de contratación impersonal gobernado por las reglas del Derecho común.

De hecho, ya CALABRESI y MELAMED habían advertido, en un plano general, que la protección efectiva de un derecho mediante una regla de propiedad hace que el mismo sea más eficaz, pero, a cambio, puede exigir unos costes de transacción mayores, por lo que, cuando tales costes devienen excesivamente elevados, puede ser preferible otorgar al derecho una protección mediante una regla de responsabilidad en lugar de mediante una regla de propiedad¹⁰².

¹⁰² CALABRESI y MELAMED ya habían precisado que la protección de un derecho mediante una regla de propiedad requiere menos intervención estatal solamente en el sentido de que el Estado interviene para decidir la asignación inicial de derechos y el tipo de protección, pero no para decidir el valor del derecho concedido. De este modo, en el caso de que resulte especialmente difícil hacer efectivo (*to enforce*) un particular derecho protegido por una regla de propiedad —por ejemplo, el derecho a la seguridad personal en las áreas urbanas—, el coste real de la intervención estatal puede llegar a ser muy alto y podría exceder, quizás, del requerido por algunos derechos protegidos por reglas de responsabilidad fácilmente administradas, *op. cit.*, pág. 32.

ARRUÑADA, partiendo de esta idea, se ha referido a la existencia de un conflicto entre la fortaleza en la protección de un derecho y su facilidad de transmisión o adquisición, de modo que si se protege un derecho real, con una acción real, ello puede generar costes de transacción elevados, lo cual puede hacer preferible disminuir el grado de protección de tales derechos¹⁰³. Aunque se refiere a la protección del derecho, en rigor, el conflicto se produce entre el grado de protección de la adquisición de la *titularidad derivativa* de un derecho real y la facilidad de adquisición de tal titularidad, de modo que si se protege a la adquisición derivativa de la titularidad sobre un derecho real, con una acción real, genera costes de transacción elevados en un entorno de contratación impersonal.

El conflicto existe, pero la solución no consiste en disminuir el grado de protección de tales derechos —en rigor, como hemos visto, de las titularidades de tales derechos— protegiéndolos solo mediante una regla de responsabilidad. Y no es la solución porque el conflicto no se da entre la protección de tales derechos mediante una regla de propiedad *in genere* y los costes transaccionales, sino entre la protección de las titularidades de tales derechos mediante la acción reivindicatoria en un entorno de contratación impersonal y los costes transaccionales. Y la acción reivindicatoria no es sino una modalidad concreta de la protección de un derecho mediante una regla de propiedad, pero no agota las posibilidades de instrumentación de esta.

En efecto, paradójicamente, es la protección de tales titularidades mediante una acción real en un entorno de contratación impersonal lo que impide que existan titularidades reales debido a la imposibilidad de conocer con exactitud cuáles son las titularidades vigentes en un entorno de contratación impersonal, lo que tiene como consecuencia que, *de facto*, tales titularidades solo estén protegidas por una regla de responsabilidad aunque, aparentemente, lo estén por una regla de propiedad, precisamente por instrumentarse tal protección mediante la acción reivindicatoria, pues ello sitúa a todos los titulares negociales en riesgo de perder la titularidad negocialmente adquirida.

Por ello he sostenido en trabajos anteriores que el mantenimiento de la acción reivindicatoria en un entorno de contratación impersonal, pleno de asimetrías informativas sobre titularidades de los *iura in rem*, es la causa de la existencia

¹⁰³ ARRUÑADA plantea la cuestión referida a los derechos —según sean reales o personales— en lugar de a la titularidad sobre los mismos. Sin duda, tal cuestión tiene importancia, pero, a mi juicio, por las razones expuestas anteriormente, es mucho más relevante aplicar tal distinción a la regla de protección de la titularidad derivativa sobre los derechos que a los derechos mismos, pues estos son reales o personales con independencia de la regla de protección que, en ambos casos, es, en primer lugar, una regla de propiedad, si perjuicio de que, en el ámbito de los derechos personales, tal regla pueda resultar inoperante de hecho en numerosos supuestos. Véase ARRUÑADA, B., *Sistemas de titulación...*, *op. cit.*, pág. ...

de un conflicto entre seguridad y liquidez de los *iura in rem* en general y de los recayentes sobre bienes inmuebles en particular¹⁰⁴.

El desarrollo económico exige la superación del conflicto de referencia, entendido como conflicto entre, por un lado, la protección de las titularidades mediante una regla de propiedad instrumentada a través de la acción reivindicatoria y, por otro, los costes transaccionales. La titularidad del propietario debe ser protegida para incentivar la inversión y los costes transaccionales deben ser disminuidos para incentivar el comercio y, de ese modo, la asignación eficiente y la especialización de los recursos¹⁰⁵.

La solución del conflicto pasa, por tanto, por identificarlo correctamente, lo que nos sitúa en condiciones de arbitrar algún tipo de mecanismo que nos permita superarlo. Conforme a lo expuesto, la solución exige la supresión de la acción reivindicatoria en relación a los adquirentes inocentes, pero, si bien ello facilitaría las transacciones, sería a costa de disminuir el valor de los derechos reales, específicamente en el caso de los inmuebles, como veremos, en mayor medida de lo que aumentaría como consecuencia de la mayor facilidad para contratar, lo que implicaría una pérdida neta de capital.

Para que no se produzca este efecto negativo, es necesario arbitrar un mecanismo que nos permita conocer las titularidades vigentes en un entorno de contratación impersonal, lo cual exige la intervención del Estado *ex ante*, de modo que la misma pueda servir de base para el siguiente contrato y así sucesivamente. Una vez que es posible conocer las titularidades vigentes, la acción reivindicatoria solo tiene una utilidad residual, porque cualquier adquirente puede conocer quién es el propietario, si tiene poder de disposición, y, por tanto de quién debe adquirir. Y la función de la acción reivindicatoria —protección del *ius disponendi* «*ex post*», es decir, una vez consumado el negocio transmisor por un no titular que se hace pasar por tal— puede ser cumplida con ventaja por mecanismos de protección del *ius disponendi* «*ex ante*». Sigue, además, que cualquier solución normativa y/o institucional que se genere para suministrar las titularidades vigentes debe prescindir de la acción reivindicatoria en relación a quien adquiera a título oneroso y de buena fe de tales titulares, pues, de pervivir tal acción, pervivirían igualmente las incertidumbres sobre tales titularidades.

¹⁰⁴ MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, págs. 81-84. Ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011.

¹⁰⁵ ARRÚÑADA, B., *Institutional Foundations..., op. cit.*, pág. 3.

7. LA SUPERACIÓN DEL CONFLICTO ENTRE LA PROTECCIÓN DE LAS TITULARIDADES DE LOS DERECHOS REALES MEDIANTE UNA REGLA DE PROPIEDAD INSTRUMENTADA MEDIANTE UNA ACCIÓN REAL —TITULARIDADES REALES— Y LOS COSTES TRANSACCIONALES (O ENTRE SEGURIDAD Y LIQUIDEZ DE LOS *IURA IN REM*)

7.1. PLANTEAMIENTO

La forma característica de protección efectiva de la titularidad del derecho real por autonomía, en la tradición romana, se condensa en la regla *nemo dat quod non habet*, cuya vulneración supone la atribución al titular de la posibilidad de ejercitar la acción reivindicativa —fórmula recogida en el art. 348 CC—. Bajo esta fórmula, si A vende a B, y posteriormente a C, contratante de buena fe, B es el *verus dominus* y, en consecuencia, su titularidad se halla protegida por una acción real —y, por tanto, por una regla de propiedad— concretamente, por la acción reivindicativa contra C, además de por las acciones de todo orden que pueda ejercitarse contra A, tanto penales como indemnizatorias. C tiene acciones penales e indemnizatorias contra A, pero su titularidad negocial decae ante la de B porque está protegida solo por una regla de responsabilidad frente a quien demuestre tener un mejor derecho, y B tiene mejor derecho que C porque adquirió del *verus dominus*, mientras que C adquirió de un *non dominus*, el cual no puede transmitir lo que no tiene.

Este sencillo esquema del Derecho común cumple adecuadamente la función perseguida en un entorno de muy baja transaccionalidad y con información completa sobre las titularidades, especialmente las inmobiliarias, o con información incompleta solo en el margen. Sin embargo, el mantenimiento de la acción reivindicativa ilimitada, esto es, incluso contra terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, como fórmula más efectiva de protección de las titularidades de derechos reales en un entorno de contratación impersonal se convierte en el origen del conflicto entre la fortaleza en la protección de dichas titularidades y los costes transaccionales.

En efecto, el mantenimiento de la *reivindicabilidad ilimitada* en un entorno de asimetrías informativas, propio de la contratación impersonal, provocará, en primer lugar, que la adquisición derivativa de la titularidad de un derecho real nunca pueda considerarse segura y, en segundo lugar, que las medidas que se adopten para incrementar la seguridad de las adquisiciones de tales titularidades, lo consigan, en su caso, a costa de disminuir su liquidez; inversamente, las medidas que se adopten para incrementar la liquidez, lo conseguirán, en su caso, a costa de disminuir su seguridad¹⁰⁶.

¹⁰⁶ MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Fundamentación económica...». *Ibidem*.

En una primera aproximación, esta solución parecería significar que, en el ámbito propio del mercado, no cabrían titularidades reales, pues las incertidumbres generadas por las asimetrías informativas reinantes en torno a la identidad de los titulares se ven incrementadas, precisamente, por el mantenimiento de la acción reivindicatoria ilimitada —las asimetrías informativas dan lugar a que nadie pueda saber con seguridad si ha adquirido su titularidad del *verus dominus* y la pervivencia de la acción reivindicatoria ilimitada lo sitúa en riesgo permanente de ver revocada su adquisición— lo que tiene como consecuencia que, de hecho, las titularidades no sean consideradas reales y, además, un incremento de los costes transaccionales.

Sin embargo, un análisis más detenido demuestra que sí puede haber titularidades protegidas por una regla de propiedad en un entorno de contratación impersonal, a condición de que el instrumento para conseguir dicha protección no sea la acción reivindicatoria.

La solución del conflicto pasa por arbitrar algún tipo de mecanismo que permita conocer las titularidades vigentes, de modo que pueda existir información completa al respecto —como sucede en un entorno de contratación personal—. Una vez que es posible conocer las titularidades vigentes, la acción reivindicatoria solo tiene una utilidad residual, porque cualquier adquirente puede conocer quién es el propietario, si tiene poder de disposición, y, por tanto, de quién debe adquirir. Sigue, además, que cualquier solución normativa y/o institucional que se genere para suministrar las titularidades vigentes debe prescindir de la acción reivindicatoria en relación a quien adquiera a título oneroso y de buena fe de tales titulares, pues de pervivir tal acción pervivirían igualmente las incertidumbres sobre tales titularidades.

Para que pueda existir certeza sobre cuáles son las titularidades vigentes, estas deben quedar a salvo no solo de la acción reivindicatoria sino de todas las acciones de alcance real derivadas de contratos anteriores referentes al mismo bien, es decir, tales titularidades deben ser *inatacables*. Ello exige, al propio tiempo, que se arbitren medios que protejan al propietario si alguien dispone de su derecho en relación a un tercero adquirente a título oneroso y de buena fe, pues, en este caso, no dispondría ya de la acción reivindicatoria para proteger su *ius disponendi*, el cual quedaría protegido solo por una regla de responsabilidad —de naturaleza civil y/o penal—.

Como veremos, la tecnología jurídica ideada en sustitución de la acción reivindicatoria ilimitada para resolver este conflicto no disminuye la protección efectiva de las titularidades mobiliarias y aumenta el de las inmobiliarias y, además, en ambos casos disminuyen los costes transaccionales.

Básicamente, tal tecnología jurídica —usualmente conocida con el nombre de Derecho de la seguridad del tráfico jurídico— tiene dos componentes, a saber: (1) En primer lugar, la derogación de la regla *ubi rem meam invenit ibi vindico*, o lo que es lo mismo, de la regla de la *reivindicabilidad ilimitada*, en relación a

las titularidades adquiridas mediante actos de mercado, esto es, actos y negocios jurídicos a título oneroso y de buena fe entre personas materialmente distintas, manteniéndola tan solo para los actos que no son propios del mercado por no ser onerosos¹⁰⁷ (v.gr.: donación) o mediar mala fe (ejemplo: enajenación en fraude de acreedores con complicidad del contratante adquirente) o no tener lugar entre sujetos de derecho materialmente distintos; (2) En segundo lugar, la adopción de medidas sustitutivas de la derogación de la regla de la *reivindicabilidad ilimitada* en el ámbito del mercado a fin de que no disminuya la protección efectiva de las titularidades como consecuencia de dicha derogación. Tales medidas son: (2.1) la regla de que la posesión de buena fe equivale al título, en el ámbito de los bienes muebles y, más concretamente, de las mercaderías, y (2.2.) la introducción del Registro de derechos con sus efectos característicos, singularmente, la denominada fe pública registral, en el ámbito de las titularidades inmobiliarias.

Mientras que la primera medida es estrictamente normativa, la segunda es, además, institucional e implica la intervención directa y *ex ante* del Estado en el proceso de creación y transmisión de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, lo cual es inevitable, pues en el Estado de Derecho, la propiedad es una función del Estado; a él corresponde el monopolio del reconocimiento y atribución del derecho de propiedad y demás derechos reales y mientras no se producen tales reconocimiento y atribución no hay propiedad sino tan solo posesión¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Si el adquirente lo es a título gratuito no sufre ningún perjuicio si no se le protege y, conforme al principio *qui certat de damno evitando anteponenus est qui certat de lucro captando*, ha de preferirse a aquel que trata de evitar un daño —el deudor— frente a quien trata de conseguir un lucro —el adquirente a título lucrativo—, consideración esta a la que hay que añadir la débil protección que el legislador dispensa a las adquisiciones gratuitas. Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título», en *RCDI*, septiembre-octubre de 2007, núm. 703, pág. 2128.

¹⁰⁸ Sin dicho reconocimiento formal puede haber posesión —incluso pública y pacífica— o propiedad en sentido económico, pero no propiedad en sentido jurídico. Una situación intermedia se plantea cuando el Estado se limita a definir las reglas que es necesario cumplir para ser reconocido como propietario en caso de conflicto, y se generan situaciones posesorias bajo el supuesto de que el poseedor ha cumplido esas reglas y, por lo tanto, en caso de conflicto, sería reconocido como propietario por el Estado. En estos casos, se podría hablar de propiedad aparente, propiedad contractual o negocial, propiedad presunta, incluso de propiedad en un sentido económico, pero no de derecho de propiedad en sentido estricto pues esta, de acuerdo con la formulación expuesta, requiere un reconocimiento formal por parte del Estado. La razón estriba en que, sin dicho reconocimiento formal, en caso de conflicto, no está garantizada la protección del derecho mediante una regla de propiedad, sino tan solo mediante una regla de responsabilidad. Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Estado, Propiedad, Mercado», en *RCDI*, núm. 708, julio-agosto de 2008, págs. 1501 y sigs. En el mismo sentido, NOGUEROLÉS PEIRÓ, N., «La intervención pública en la gestación y configuración de los derechos reales: el Registro de la Propiedad», en *Teoría y Derecho*, núm. 5, 2009.

7.2. LA SUPERACIÓN DEL CONFLICTO EN EL ÁMBITO MOBILIARIO. LA SUPRESIÓN DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA EN RELACIÓN A ADQUIRENTES INOCENTES FUNDAMENTADA EN LA ATRIBUCIÓN A LA POSESIÓN DE UNA FUNCIÓN LEGITIMADORA

Los bienes muebles, debido a sus características, son los objetos típicos de comercio. Su enorme variedad les permite satisfacer necesidades humanas muy diversas. Pueden, además, cambiar de manos con facilidad y, en pocas transacciones, recorrer grandes distancias. Todo lo cual, por un lado, los convierte en especialmente aptos para convertirse en *mercaderías*, pero, por otro, hace que comiencen a surgir —mucho antes que en materia de inmuebles, entendiendo por tales, esencialmente, la tierra— asimetrías informativas obstaculizadoras de las transacciones en relación a determinados atributos básicos, concretamente en relación a la identidad del titular del mueble que se ofrece en venta. El adquirente no tiene medios de asegurarse sobre si quien le ofrece el mueble es el verdadero titular y, además, el Derecho Común, de tradición romanista, concede al *verus dominus*, al igual que tratándose de inmuebles, el derecho a reivindicar el bien de quien lo posea aun cuando sea un tercer adquirente a título oneroso y de buena fe.

La combinación de ambas circunstancias dificulta la liquidez de los muebles debido a la inseguridad de los derechos sobre los mismos y, por lo tanto, el desarrollo del comercio. Así, por ejemplo, el que el Derecho común no protegiera a los compradores de buena fe obligaba a examinar los títulos de propiedad de las mercancías hasta el dueño original, lo que significaba un problema obvio para los comerciantes¹⁰⁹, pues el coste y el tiempo requeridos para realizar tal indagación eran prohibitivos para ellos y, en consecuencia, incompatibles con la celeridad requerida por el mercado.

El Derecho Común, pues, no proporcionaba a las operaciones la seguridad y certeza que necesitaban los comerciantes con la agilidad requerida por el comercio. Y fueron estos los que, en Europa occidental, al menos, fueron generando sus propias soluciones —*soluciones endógenas*—¹¹⁰ a las necesidades que les eran propias y que el Derecho Común no estaba en condiciones de satisfacer.

¹⁰⁹ Como resalta DÍEZ-PICAZO, la existencia —o no— de títulos documentales sobre los muebles está en función de la rapidez del tráfico y también de la importancia económica de los bienes de que se trate. Véase DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos..., op. cit.*, pág. 236. Dadas las características de muchas mercaderías es lógico conjeturar que en muchas ocasiones no existiera título alguno de propiedad. Asimismo cuanta mayor sea la movilidad de un mueble mayor diligencia posesoria es exigible a su dueño como medio de retención de su propiedad. Por lo tanto, cuanto menor sea su importancia económica individualizada y mayor su movilidad, en mayor medida tienden a confundirse propiedad y posesión en materia mobiliaria.

¹¹⁰ Como observa BERMAN acertadamente, es concebible que los doctos romanistas de las universidades europeas de finales del siglo XI y los siglos XII y XIII hubiesen podido crear un nuevo cuerpo de Derecho Mercantil con base en los textos romanos así como, con

Puesto que el Derecho Común se revelaba un obstáculo para el desarrollo del comercio y los bienes muebles mostraban ser los más aptos para el desarrollo del mismo, se hacía preciso liberarlos del régimen jurídico propio del Derecho común.

La protección de quien adquiría de buena fe a título oneroso de un comerciante contra las reclamaciones del propietario original fue, pues, la primera *regla diferencial* de la *Lex Mercatoria*¹¹¹ respecto del Derecho Común, regla

base en dichos textos, crearon un nuevo cuerpo de Derecho Civil. También resulta concebible que los juristas canónicos de las mismas universidades, junto con sus colegas de las cancillerías papal y episcopales, hubiesen podido hacer lo mismo, sobre todo en vista del hecho de que las corporaciones eclesiásticas se dedicaban intensamente a actividades comerciales. Sin embargo, es característico de esa época el hecho de que el desarrollo inicial del Derecho Mercantil fuese dejado en gran parte —aunque no por completo— en manos de los propios mercaderes, quienes organizaban ferias internacionales y mercados, formaban tribunales mercantiles y establecían oficinas de comercio en las nuevas comunidades urbanas que brotaban por toda Europa Occidental.

En ocasiones, se recababan y hacían circular reglas de Derecho Mercantil creadas por los comerciantes. Uno de los primeros ejemplos fue una colección de leyes marítimas adoptadas en la época de la primera cruzada (1095) por la República de Amalfi, conocida como Tabla Amalfitana. Su autoridad llegó a ser reconocida por todas las ciudades de la República de Italia. Cerca del año 1150, una compilación de juicios marítimos del tribunal de Olerón, isla situada frente a la costa atlántica de Francia, fue adoptada por las ciudades portuarias del océano Atlántico y del Mar del Norte, incluso por las de Inglaterra. Las leyes de Wisby, Puerto situado en la isla de Gotlandia, en el mar Báltico, fueron adoptadas cerca del año 1350. Eran similares a las Leyes —o Rollos— de Olerón —posiblemente derivadas de ellas— y obtuvieron difundida autoridad por los países bálticos circundantes. Por la misma época, el *Consolat de Mar*, colección de costumbres marítimas observadas en el tribunal consular de Barcelona y basadas, parcialmente, en las anteriores colecciones y, parcialmente, en estatutos y compilaciones de las ciudades italianas, llegó a ser aceptado como ley gobernante en los centros comerciales del Mediterráneo. Todas estas colecciones tratan exclusivamente de Derecho Marítimo, incluyendo contratos de transporte de bienes por mar. Al mismo tiempo se creaba un extenso cuerpo de Derecho que gobernaba el comercio por tierra. Véase BERMAN, H. J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, págs. 356-357. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

¹¹¹ El Derecho Mercantil occidental adquirió a finales del siglo XI, durante el siglo XII y a comienzos del siglo XIII el carácter de un sistema integrado de principios, conceptos, reglas y procedimientos. Los diversos derechos y obligaciones asociados a las relaciones comerciales llegarían a ser interpretados conscientemente como partes integrantes de todo un cuerpo de Derecho, la *Lex Mercatoria* —o *Merchant Law*—, la cual incluía, entre otros, los siguientes principios: 1. La marcada separación de la ley de muebles —cosas— de la de inmuebles —tierra y cosas inseparables de la tierra—. 2. El reconocimiento de derechos en el comprador de buena fe de bienes muebles, de derechos superiores a los del verdadero propietario. 3. La creación de un derecho de posesión de muebles independiente de su propiedad. 4. El desarrollo de títulos comerciales, como letras de cambio y pagarés y su transformación en los llamados *contratos abstractos*, en los que el documento no solamente era prueba de un contrato subyacente, sino que, a su vez, encarnaba o era el contrato y se le podía demandar *independientemente*. 5. El desarrollo del concepto de negociabilidad de las letras de cambio y pagarés, por la cual quien hacía la transferencia de buena fe, tenía derecho a que le pagara el librador, aún cuando este pudiera poner ciertas defensas —como la de fraude— contra el pagador original. BERMAN, H. J., *op. cit.*, págs. 365-366.

diferencial que operaba únicamente tratándose de bienes muebles —mercaderías—, adquiridos de un comerciante, mediante un acto de tráfico, es decir a título oneroso y de buena fe, pues la lógica del mercado desconoce los actos a título gratuito y repele la mala fe.

Dicha *regla diferencial* significaba una importante derogación del Derecho Común en materia de acción reivindicatoria, pues suponía sustituir la regla de la *reivindicabilidad ilimitada*, por la de la *reivindicabilidad limitada*, que excluye la acción reivindicatoria en los supuestos en los que se hubiese adquirido de un comerciante mediante un acto de tráfico.

Esta modificación conllevaba un efecto muy profundo, pues significaba una *inversión de las reglas de protección* de los derechos del *verus dominus* y de los terceros que habían contratado la adquisición de tales derechos mediante un acto de tráfico respectivamente, en relación a las reglas de protección establecidas por el Derecho Común. En efecto, mientras el Derecho Común, en todo caso, protegía al primero mediante una regla de propiedad y a los segundos mediante una regla de responsabilidad, la *Lex Mercatoria* invertía estas reglas para el supuesto de adquisición mediante un acto de tráfico de un comerciante, en cuyo caso el *verus dominus* pasaba a estar protegido por una regla de responsabilidad y el tercer adquirente mediante una regla de propiedad. A pesar de ello, como veremos, no disminuye *de facto* la protección del propietario.

En efecto, conforme a la *Lex Mercatoria*, en el ámbito mobiliario, el conflicto entre el grado de protección de la titularidad de un derecho y los costes transaccionales, se supera atribuyendo a la posesión mobiliaria un especial alcance legitimador en relación a terceros adquirentes mediante actos de mercado —esto es, a título oneroso y de buena fe—, en relación a los cuales la posesión equivale al título. Así, si A vende a B y después a C, adquirente inocente, a quien entrega la posesión, C queda protegido frente a la reivindicatoria que podría ejercitar B en aplicación de la regla *nemo dat quod non habet*, bien de un modo absoluto, bien obligando a B a entregar a C el precio pagado por ella. En general, cuando se adquiere de un comerciante, y, sobre todo, cuando adquiere otro comerciante, la protección del adquirente frente a la acción reivindicatoria es absoluta.

Así¹¹², la regla de protección de los compradores de buena fe de bienes muebles contra su propietario, se expresa en el Derecho alemán con la regla *Hand wahre Hand* y en el Derecho francés con la regla *Meubles n'ont pas de suite*. En el Derecho inglés la regla queda limitada a las transacciones en el *open market*. En nuestro Derecho hay una doble tradición germanista, que deriva de los Fueros Municipales que caen en desuso y romanista, derivada de

¹¹² Véase DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...* T. III, págs. 751 y sigs., cuya línea expositiva sigue en este punto y con cuyas conclusiones coincido esencialmente, si bien realizando las matizaciones pertinentes en materia de propiedad inscrita.

la recepción del Derecho Romano Canónico. Ello plantea dificultades de interpretación del artículo 464 del Código Civil, según se siga la tradición romanista o la germanista¹¹³. En todo caso, constituye una regla especial limitativa de la reivindicatoria para los bienes muebles. El propietario únicamente podría ejercitar la acción reivindicatoria en los supuestos de pérdida o de privación ilegal, pero no en aquellos casos en los que la transferencia la hubiese realizado un poseedor a quien el propietario hubiese transferido la posesión aunque no lo hubiera hecho en concepto de dueño —comodatario, depositario—. Hay acuerdo doctrinal en que el artículo 464 del Código Civil proviene del *Code*, concretamente del artículo 2279, según el cual: «*En fait de meubles, possession vaut titre. Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la reivindiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il l'a trouvé; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel la tient*». Nuestro Código, sin embargo, sustituye la expresión «*vol*» por «privación ilegal», por lo que todo depende de lo que se entienda por «privación ilegal». En opinión de DÍEZ-PICAZO —que comparto—, desde el punto de vista gramatical, la expresión «privación ilegal» hace pensar que la ilegalidad debe haberse producido en el acto por el cual el propietario reivindicante fue privado o desposeído de la cosa, lo que no ocurre en los casos de abuso de confianza en que él la entregó voluntariamente. Lo que está claro es que el artículo 464 del Código Civil limita la reivindicación mobiliaria, con mayor o menor extensión, según la tesis que se siga, pero la limita. Como ya argumentó NAVARRO AMANDI —citado por DÍEZ-PICAZO—, el artículo 464 del Código Civil contiene una regla de limitación de la reivindicación que constituye una excepción a lo dispuesto por el artículo 348 del Código Civil. Por regla general, el propietario de una cosa tiene acción contra el poseedor y el tenedor de una cosa para reivindicarla. Este presupuesto se aplica rigurosamente cuando se trata de bienes inmuebles —en realidad de bienes inmuebles no inscritos protegidos por el art. 34 LH, como veremos más adelante—. En cambio, cuando se trata de bienes muebles, el propietario no puede reivindicarlos si un tercero los posee de buena fe. Rige, pues, tratándose de muebles, un precepto contrario al aplicable a inmuebles —no inscritos, debe añadirse—. Estos pueden reivindicarse

¹¹³ Existe una abundante bibliografía sobre este tema. Entre otros muchos, destacan los siguientes trabajos. IGLESIAS ATOCHA, *Sobre la interpretación romanística y germanística del artículo 464*, Foro Gallego, 1951; MARTÍN PÉREZ, *Comentarios a los artículos 446 a 448; 451 a 458 y 464 del Código Civil, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, VI, Madrid, 1980; MARTÍNEZ CALCERRADA, «Adquisición de la posesión de bienes muebles del artículo 464 del Código Civil», en *RDP*, 1977, pág. 693; MIGUEL GONZÁLEZ, «La génesis del principio *Hand wahre Hand*», en *RDN*, 1979; «Comentarios a los artículos 446 a 464 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991; VALLET DE GOYTISOLO, *La equivalencia de la posesión y título del artículo 464.I del Código Civil*, Estudios T. Carretero, Madrid, 1985.

siempre —si no están inscritos, debe añadirse de nuevo—. Aquellos no pueden reivindicarse salvo en caso de despojo ilegítimo debidamente probado por el propietario. De acuerdo con DÍEZ-PICAZO, cuya opinión suscribo en este punto, en la reivindicación mobiliaria el demandado está amparado por la posesión, que el actor solo puede atacar probando: *a) la pérdida o extravío; b) la privación ilegal; c) la falta de buena fe en la adquisición.* Lo cual puede producir, como efecto derivado, una adquisición *a non domino*.

Los párrafos segundo tercero del artículo 464 del Código Civil contiene dos normas especiales:

«Si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella.

Tampoco podrá el dueño de cosas empeñadas en los Montes de Piedad establecidos con autorización del Gobierno obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiere empeñado, sin reintegrar antes al Establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos».

Es decir, en estos casos, el propietario no queda privado de la acción reivindicatoria, pero debe abonar el precio pagado, en el primer caso, y la cantidad empeñada y los intereses vencidos, en el segundo.

Por ultimo, la norma del artículo 464 del Código Civil no es aplicable a las cosas muebles «adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos», en cuyo caso, «se estará a lo que dispone el Código de Comercio», según establece el artículo 464 del Código Civil.

En esta materia el artículo 85 del Código de Comercio dispone: «La compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causará prescripción de derecho a favor del comprador respecto de las mercaderías adquiridas, quedando a salvo los derechos del propietario de los objetos vendidos para ejercitar las acciones civiles o criminales que puedan corresponderle contra el que los vendiera indebidamente»¹¹⁴.

Obsérvese que, respecto del supuesto de hecho contemplado por el precepto —adquisición de mercaderías en un comercio— el Código de Comercio establece el principio de protección del comprador con una regla de propiedad y del propietario desposeído con una de responsabilidad. Es decir, la protección del comercio —del tráfico jurídico— exige eliminar las excepciones establecidas por el artículo 464 del Código Civil a la protección de los adquirentes de muebles mediante una regla de propiedad —pérdida o privación ilegal—, en sus primeros párrafos.

¹¹⁴ Dicho precepto aparece completado por los artículos 86, 545 CdC, 19 y 22 de la LCCh.

Si prescindimos, a efectos explicativos, de la remisión del Código Civil (art. 608) a la LH en materia de inmuebles, así como de lo dispuesto por la LH al respecto, las normas de protección de la propiedad mobiliaria establecidas por el Código de Comercio son las inversas a las establecidas por el Código Civil para la protección de la propiedad inmueble, porque el primero incorpora las reglas del Derecho de la seguridad del tráfico, mientras que el segundo —hecha abstracción de su remisión a la LH— sigue anclado en las reglas del Derecho común, de tradición romanista. Así:

- a) En la propiedad inmueble no inscrita, el propietario ve protegido su derecho por una norma de propiedad en todo caso en relación a los actos dispositivos realizados por un tercero sin consentimiento del dueño. Respecto de los fallos en el título adquisitivo de su *tradens* o de un *tradens* anterior, se halla protegido por una regla de responsabilidad.
- b) En la propiedad mueble, la regla general es que el propietario únicamente se halla protegido por una regla de responsabilidad respecto de los actos dispositivos de su derecho realizado por un poseedor sin su consentimiento, salvo que hubiese perdido la cosa mueble o hubiese sido privado ilegalmente de ella, en cuyo caso puede reivindicarla, salvo, a su vez, que el tercero la hubiese adquirido en almacenes o tiendas abiertas al público, en cuyo caso se le vuelve a privar de la posibilidad de reivindicación, y vuelve a estar protegido únicamente por una regla de responsabilidad. Respecto de los fallos en el título adquisitivo de su *tradens* o de un *tradens* anterior se halla protegido por una regla de propiedad, salvo en el caso de que el propietario original hubiese perdido la cosa o hubiese sido privado ilegalmente de ella, excepto que, incluso en estos casos, hubiese adquirido en almacén o tienda abierta al público.

Esto es así porque el Código de Comercio aplica las reglas del Derecho de la seguridad del tráfico jurídico, mientras que el Código Civil —abstracción hecha de su remisión a la LH en materia inmobiliaria— sigue anclado en el Derecho común, de tradición romanista.

Como veremos, lo que hace la Ley Hipotecaria es trasladar al ámbito inmobiliario las reglas de protección del tráfico jurídico contenidas en el último párrafo del artículo 464 del Código Civil y 85 del Código de Comercio, convirtiendo al Registro de la Propiedad en el instrumento del Derecho de la seguridad del tráfico jurídico en el ámbito inmobiliario.

Esta solución aumenta la liquidez del tráfico jurídico mobiliario, sin disminuir, *de facto*, la seguridad jurídica del propietario, pues las características de los muebles (1) permiten que estos pasen por muchas manos en poco tiempo recorriendo grandes distancias, lo que puede hacer difícil seguir su rastro, (2) facilitan su

ocultamiento o destrucción (3) dificultan la concurrencia simultánea de derechos reales sobre los mismos, por lo que su posesión suele revelar la identidad del propietario, (4) salvo que sean muy valiosos, se observa una frecuente carencia de pruebas de su adquisición. Todo ello impide, *de facto*, el ejercicio exitoso de la acción reivindicatoria. Por ello, tradicionalmente, la *vindicatio* se considera un fenómeno casi exclusivamente inmobiliario.

Como observa ARRUÑADA¹¹⁵, esta regla está justificada por las siguientes razones: (1) Si el vendedor es un comerciante, es usualmente más difícil para el comprador investigar la propiedad del bien, porque, en muchos casos, habrá tenido lugar una larga cadena de transacciones; (2) Tanto las economías de escala como las economías de especialización en actividades comerciales reducen los costes de protección física de la posesión; (3) Los comerciantes se hallan en mejores condiciones de proteger su propiedad porque muchos de los riesgos emergen cuando se entrega la posesión a un tercero, y los comerciantes tienen ventajas comparativas en tales transferencias de posesión, pues adquieren conocimiento por la experiencia ya que realizan transacciones repetidamente y pueden adoptar cautelas para minimizar riesgos.

Por ello, la supresión de la acción reivindicatoria —o su condicionamiento al reembolso por el reivindicante del precio pagado por el adquirente inocente o de la cantidad empeñada y los intereses vencidos— no disminuye *de facto* la seguridad jurídica del propietario, al tiempo que facilita su comercio. En nuestro Derecho, como hemos visto, si se adquiere de un comerciante, el *verus dominus* carece de acción reivindicatoria contra un adquirente inocente sin perjuicio de poder ejercitar las acciones indemnizatorias y/o penales que procedan contra quien vendió indebidamente.

7.3. LA SUPERACIÓN DEL CONFLICTO EN EL ÁMBITO INMOBILIARIO. LA SUPRESIÓN DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA EN RELACIÓN A ADQUIRENTES INOCENTES FUNDAMENTADA EN LA PUBLIFICACIÓN DEL SISTEMA TRANSMISIVO

7.3.1. *La imposibilidad de dotar a la posesión inmobiliaria del mismo alcance legitimador que a la mobiliaria*

En el ámbito inmobiliario, la superación del conflicto también exige la limitación de la acción reivindicatoria, de modo que esta no pueda ser utilizada contra adquirentes inocentes. Pero, a diferencia de lo que sucede en el ámbito mobiliario, no puede basarse en dotar a la posesión de una especial eficacia legitimadora en relación a tales adquirentes, dadas las características de los bienes inmuebles.

¹¹⁵ ARRUÑADA, B., *Institutional Foundations..., op. cit.*, pág. 79.

Los inmuebles son duraderos y difícilmente destruibles u ocultables. Adicionalmente, las transacciones sobre bienes raíces suelen estar documentadas. Todo ello permite su *reipersecutoriedad* y, además, su propia naturaleza permite y aún facilita la coexistencia de varios derechos de aprovechamiento sobre los mismos —cada uno con sus propias titularidades—, no todos los cuales son visibles, además, por no llevar aparejada posesión o porque la posesión que conllevan puede resultar engañosa como signo de propiedad, pues no siempre lo es a título de dueño.

La aplicación, también, a los derechos de propiedad sobre la tierra de la regla de la *revindicabilidad limitada*, no puede fundamentarse, pues, en la atribución a la posesión inmobiliaria del mismo alcance jurídico que el conferido a la posesión mobiliaria.

En efecto, si se derogara, en materia inmobiliaria, la regla de la *revindicabilidad ilimitada* sin haber encontrado el procedimiento de neutralización de las asimetrías informativas sobre la identidad de los titulares de los *iura in rem* recayentes —y, en su caso, concurrentes— sobre bienes inmuebles, así como sobre la delimitación de su contenido, el resultado sería una disminución del valor de los mismos, como consecuencia de su inseguridad, difícilmente compensable por el aumento de valor debido al incremento de liquidez derivado de la derogación de dicha regla, lo que tendría como consecuencia una pérdida neta de capital. Y, como sabemos, una de las misiones esenciales del Estado es la creación de capital, no su destrucción¹¹⁶.

Imaginemos que se establece, en materia inmobiliaria, la regla de la *revindicabilidad limitada*, fundamentada en que la posesión de buena fe equivale al título, con el mismo alcance que tiene dicha regla para las mercaderías. En tal situación, la buena fe del adquirente consistiría en la creencia en que el poseedor a título de dueño lo es efectivamente y, a lo sumo, en exigir el documento contractual del que deriva su *ius possidendi*¹¹⁷. En tales condiciones, si adquiere del poseedor a título de dueño, adquiere de buena fe, y si lo hace a título oneroso, se convertirá en dueño, despojando de su derecho, en su caso, al denominado *verus dominus*, el cual conservaría únicamente una acción indemnizatoria —en el orden civil— contra el poseedor que se ha hecho pasar por dueño —además de la correspondiente acción penal—, pues la regla de la *revindicabilidad limitada* conlleva una inversión de las reglas de protección

¹¹⁶ Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Estado, Propiedad, Mercado», en *RCDI*, núm. 708, págs. 1497-1591. Asimismo, DE SOTO, H., *El misterio del capital*, Ed. Península, Barcelona, 2001.

¹¹⁷ En la medida en la que las transacciones inmobiliarias suelen estar documentadas en más casos que las mobiliarias tradicionales y que muchas mercancías. Pero podría el poseedor a título de dueño que desea transmitir carecer de título documental alguno, en cuyo caso, al adquirente le bastaría con observar que posee pública y pacíficamente a título de dueño para actuar de buena fe.

del derecho de propiedad —singularmente, del *ius disponendi*— respecto de las establecidas por el Derecho común.

Bajo tal regla, sería muy peligroso para cualquier propietario de un bien inmueble no ejercer su *ius possidendi*, pues correría el riesgo de perder su titularidad dominical, lo que dificultaría —en realidad, impediría— un uso especializado de tales bienes. Asimismo, su utilización como garantía conllevaría necesariamente su traspaso posesorio pues, en otro caso, el acreedor correría el riesgo de que el deudor poseedor enajenase el bien como libre de cargas a un tercero de buena fe, el cual devendría propietario de un bien libre de cargas. Todo ello disminuiría el valor de los bienes inmuebles en mayor medida de lo que aumentaría como consecuencia del incremento de liquidez derivado de la aplicación de la regla de *reivindicabilidad limitada* en tales condiciones.

7.3.2. *La necesidad de intervención institucional del Estado mediante la creación del Registro de derechos*

Si la supresión de la acción reivindicatoria en relación a los adquirentes inocentes es necesaria para la superación del conflicto entre la robustez en la protección de la titularidad de un derecho real y los costes transaccionales necesarios, si, además, dicha supresión no puede fundarse, en el ámbito inmobiliario, en la atribución a la posesión del mismo alcance legitimador que en el ámbito mobiliario, no queda más opción que una intervención institucional del Estado dirigida a eliminar las incertidumbres sobre las titularidades inmobiliarias, de modo que la supresión de la acción reivindicatoria en relación a los adquirentes inocentes, se pueda fundamentar en la institución creada por el Estado facilitando, de ese modo, el comercio, pero sin disminuir —al menos— la seguridad jurídica del propietario.

Esta institución estatal —o pública— es el Registro de derechos con todos sus efectos, singularmente el conocido con el nombre de fe pública registral. El Registro de derechos es el instrumento que permite la introducción del Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario, en sustitución del Derecho común de tradición romanista, y ello es lo que permite la superación del conflicto de referencia en el ámbito inmobiliario. Para comprender adecuadamente el fundamento de la necesidad de esta intervención estatal, es preciso hacer una referencia a las debilidades del Derecho común, de tradición romanista, en el ámbito de la contratación impersonal.

Una de las características del Derecho común es que solo puede suministrar títulos —en su doble acepción material y formal— y, por tanto, titularidades negociales y, por consiguiente, con la eficacia relativa propia de los negocios jurídicos, usualmente contratos. Es más, las sentencias dictadas en litigios sobre titularidades solo producen efectos entre las partes litigantes. Si A vence a B en

una reivindicatoria es porque ha conseguido acreditar un mejor derecho, pero la sentencia favorable no le garantiza que si C ejercita la reivindicatoria contra él no pueda ganarle. Solo las sentencias favorables obtenidas en un procedimiento judicial dirigido a acreditar una adquisición por usucapión tienen eficacia *erga omnes* —así como las dictadas en un juicio universal de purga en los sistemas en los que se admite este procedimiento—. No deja de ser una paradoja que, siendo la propiedad y demás *iura in rem*, derechos que atribuyen facultades de aprovechamiento que implican exclusión de todos los demás —*erga omnes*—, el sistema jurídico del Derecho común no sea capaz de producir títulos capaces de acreditar indubitablemente la titularidad *erga omnes* de tales derechos, salvo por procedimientos judiciales —usucapión y, en su caso, purga—, con unas exigencias incompatibles con las necesidades del mercado.

Esta limitación no plantea problemas en un entorno de contratación personal, con información completa sobre las titularidades que, idealmente, es el entorno originario del Derecho común. Supuestas ciertas titularidades originarias, que sirven de línea de partida para la contratación, las titularidades derivativas se adquieran negocialmente y, supuesto que se conoce indubitablemente la cadena transmisiva así como todas las incidencias intercontractuales —información completa—, basta con un título negocial porque se sabe quién es el *verus dominus* y, habiendo adquirido del *verus dominus*, el adquirente está seguro, pues nadie puede exhibir un título que acredite un mejor derecho. Las anomalías derivadas de la existencia de una información incompleta residual se subsanan mediante remedios específicos, v.gr.: una transmisión realizada por un *non dominus* sin consentimiento del *verus dominus*, se remedia mediante la acción reivindicatoria. En este entorno, un título negocial junto con la facultad de reivindicar confieren al titular seguridad suficiente sin dificultar la contratación —por otro lado, escasa—.

Pero la evolución hacia la contratación impersonal convierte esta limitación en una debilidad capital del sistema. En efecto, en un entorno en el que no se conocen ni se pueden conocer con exactitud las cadenas de titularidades ni las posibles incidencias intercontractuales —información incompleta—, la pervivencia de la *vindicatio*, junto al hecho de que el sistema jurídico solo pueda producir títulos que acrediten las titularidades con un alcance estrictamente negocial, genera unas incertidumbres y, por tanto, una inseguridad y, en consecuencia, unos costes transaccionales de tal magnitud que exigen una evolución del sistema dirigida a superar tales inconvenientes, de modo que las titularidades puedan ser lo suficientemente seguras como para incentivar las inversiones a largo plazo, y el comercio lo suficientemente poco costoso como para facilitar la reasignación eficiente de recursos.

Se requiere, por tanto, un sistema que sea capaz de generar *ex ante* —esto es, sin necesidad de litigio previo—, títulos —en su doble acepción material y formal— que acrediten las titularidades —de derechos reales inmobiliarios— con efectos *erga omnes*, esto es, con un alcance no meramente negocial sino real.

7.3.3. La publificación del sistema transmisivo

Solo el Estado puede conferir títulos —en su doble acepción— y, por tanto, titularidades, con un alcance *erga omnes*, pero la superación del conflicto de referencia exige que deban ser conferidos *ex ante*, de modo que los adquirentes puedan sentirse seguros, y a través de un procedimiento compatible con las exigencias del mercado, de modo que se facilite el comercio, y no solo *ex post*, tras un procedimiento judicial —usucapión, purga—, no compatible con las exigencias del mercado, como sucede en el Derecho común. Para ello es necesario que el Estado intervenga de forma directa en el proceso transmisivo, pues mientras se base en la sola intervención de los particulares solo son posibles títulos y, por tanto, titularidades, negociales.

Esta intervención del Estado implica la *publificación* del sistema transmisivo en un doble sentido: (1) creación de títulos y de titularidades de alcance *erga omnes* reconocidos por el Estado *ex ante* y (2) acceso público al conocimiento de tales títulos y titularidades para quien tenga interés legítimo en ello, lo que elimina las incertidumbres al respecto.

El Registro de derechos es el instrumento a través del cual el Estado interviene en el proceso adquisitivo inmobiliario con la doble finalidad descrita. Ello supone la modificación de conceptos y de reglas propios del Derecho común. Analizaré dicha intervención centrándome en nuestro sistema jurídico.

7.3.3.1. El Registro de derechos como instrumento de intervención del Estado en el sistema transmisivo dirigido a la creación *ex ante* de titularidades inmobiliarias con un alcance *erga omnes*

Si prescindimos de las remisiones del Código Civil a la legislación hipotecaria —especialmente de la contenida en el art. 608 CC—, observamos que el sistema de adquisición de bienes inmuebles establecido por el mismo es el característico del Derecho común en cuanto que exige título en el sentido material junto con la *traditio* (art. 609), concebida causalmente, de modo que las vicisitudes que afecten al título material afectan a la *traditio* y, por tanto, a la adquisición. Rigen las reglas *nemo dat quod non habet* y *ubi rem meam invenit ibi vindico* (art. 348 CC). En consecuencia, cuando alguien (A) vende una cosa a una persona (B), realiza la *traditio* y, a continuación, la vende a otra (C), haciéndose pasar por dueño, es considerada *verus dominus* la que adquirió en primer lugar (B), pues *nemo dat quod non habet*, y la primera venta seguida de *traditio* extinguió el poder de disposición del *dominus* (A).

Obsérvese que la expresión *verus dominus*, que se usa habitualmente para referirse al primer adquirente en el conflicto descrito, es engañosa, pues solo lo es en relación al segundo contratante, pero no *erga omnes*, pues no podemos saber

si el transmitente adquirió, a su vez, de un *verus dominus*, o si lo hicieron los transmitentes anteriores hasta completar el tiempo necesario para la usucapión. En rigor, significa solo que el primer adquirente ve protegida su titularidad por una regla de propiedad en su conflicto con el segundo contratante; y que este solo ve protegida su titularidad negocial mediante una regla de responsabilidad que debe hacer efectiva contra su transmitente. Y ello es así porque la venta seguida de *traditio* extingue el poder de disposición del transmitente —supuesto que lo tuviera por ser el verdadero dueño—.

Todo este proceso tiene lugar *inter privatos*, en nada compromete al Estado, y, además, no es de conocimiento público, por lo que los potenciales adquirentes futuros se encuentran con un grave obstáculo para saber qué consentimientos deben exigir para poder adquirir.

La implantación del Registro de la Propiedad permite, a quien lo deseé, la obtención de un título, en su doble acepción, y, por lo tanto, de una titularidad de alcance *erga omnes*¹¹⁸. Para ello, se parte del sistema transmísivo propio del Derecho común, en nuestro caso contrato más *traditio*, pero con la exigencia de tres requisitos complementarios: (1) el adquirente negocial debe adquirir de quien sea titular registral y tenga facultades para transmitir, (2) debe hacerlo a título oneroso y, además, de buena fe. La buena fe significa que, en el caso anterior, si el titular registral ha dispuesto con anterioridad del derecho inscrito, el adquirente desconoce tal acto de disposición, y, además, no ha podido conocerlo, a pesar de haber consultado el Registro, por no constar en él la adquisición derivada del mismo y (3) debe solicitar y obtener la inscripción del derecho negocialmente adquirido, lo que incluye la titularidad sobre el mismo.

Si el proceso adquisitivo cumple todos estos requisitos, la inscripción queda dotada de fe pública (art. 34 LH), y ello la convierte en un título acreditativo de la titularidad del derecho real inmobiliario con alcance *erga omnes*, esto es, con alcance real. Ello obliga a precisar qué se entiende por alcance real en este contexto.

En el conflicto planteado anteriormente, la solución es distinta en el Derecho de la seguridad del tráfico jurídico. Así, como hemos visto, conforme a las reglas del Derecho común, si A, titular registral, vende a B, adquirente a título

¹¹⁸ En rigor, tales título y titularidad solo son *erga omnes* en sentido estricto en los sistemas en los que la fe pública registral opera también *inter partes*, pero no en aquellos sistemas en los que solo opera *inter tertios*, como el nuestro, en los que la fe pública registral no convalida los vicios del propio título adquisitivo. Véase STS de 22 de julio de 2001. Con esta salvedad seguiré utilizando la expresión *erga omnes*, porque, una vez implantado el Registro de Derechos, la inscripción es necesaria —además de contrato y tradición— para que el adquirente quede protegido mediante una regla de propiedad frente a los actos de su transmitente. Mientras no surja un tercero subsiguiente, protegido por la fe pública registral, *inter partes* se requiere que el negocio sea válido y eficaz para que la adquisición tenga lugar. MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada...*, *op. cit.*, págs. 125-130.

oneroso y de buena fe, que no inscribe, y posteriormente a C, también adquirente a título oneroso y de buena fe que solicita y obtiene la inscripción de su derecho, en el conflicto entre B y C, vencería B, el cual sería el *verus dominus* porque, cuando A vendió a C ya no era dueño y, en consecuencia, carecía de poder de disposición. Sin embargo, en el ámbito del Derecho de la seguridad del tráfico, es decir, una vez introducido un Registro de derechos, vencería C, como consecuencia de la fe pública registral (art. 34 LH).

La explicación tradicional afirma que la protección de C es necesaria para proteger la confianza de los terceros, pero que ello implica una adquisición *a non domino* porque el *verus dominus* es B, al igual que conforme a las reglas del Derecho común. Esta explicación, sin embargo, no parece aceptable, salvo para el caso de error del Registro, en cuyo caso debe ser protegida la confianza de los terceros. En mi opinión, la tesis generalizada de la adquisición *a non domino* solo es explicable por la pervivencia de las inercias conceptuales propias del Derecho común, lo que dificulta la adecuada inteligencia de la racionalidad subyacente del Derecho de la seguridad del tráfico jurídico y de la función que desempeña el Registro dentro del mismo¹¹⁹.

Conforme a las reglas del Derecho común, el *verus dominus* es B, porque la venta seguida de *traditio* extingue el poder de disposición de A. Sin embargo, conforme a la racionalidad subyacente del Derecho de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario —instrumentado por el Registro de la Propiedad— la venta seguida de *traditio* no extingue el poder de disposición del titular registral; este solo se extingue cuando el adquirente obtiene la inscripción a su favor. Al igual que conforme a las reglas del Derecho común, el poder de disposición del *dominus* no se extingue por el contrato sino que requiere, además, la *traditio*, en el Derecho de la seguridad del tráfico, se requiere, además, la inscripción a favor del adquirente. La razón es clara: hasta que no se produce la inscripción, no hay reconocimiento por parte del Estado de la titularidad negocialmente adquirida, un reconocimiento no definitivo porque es susceptible de impugnación, pero sí un reconocimiento que se prolonga hasta que se produce una nueva inscripción a favor de una persona distinta.

Como sabemos, la principal fuente de inseguridad en la contratación impersonal deriva del hecho de no poder conocer las consecuencias que pueden derivarse, para la propia adquisición, de las conexiones entre los diferentes contratos referentes al mismo bien y, en última instancia, de quién es el verdadero dueño y si existen causas de posible pérdida de su derecho que puedan afectar a la propia adquisición. A pesar de ello, el sistema transmisible del Derecho común carece de remedios contra estos riesgos retrospectivos. El Derecho de la seguridad del tráfico jurídico sí tiene un remedio, cual es la fe pública regis-

¹¹⁹ Para un tratamiento más amplio de esta cuestión, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Fundamentación económica..., op. cit.*, págs. 139-149.

tral, la cual implica que para que se produzca una reasignación de titularidades reales, tanto en el ámbito contractual como en el intercontractual, se requiere la inscripción, esto es, haber adquirido de un titular inscrito e inscribir, a su vez, la titularidad negocial¹²⁰.

Ahora bien, la fe pública registral protege al adquirente contra los riesgos retrospectivos mediante la supresión de la acción reivindicatoria en relación al adquirente que cumple todos los requisitos para ser protegido por la misma. Como afirma NOGUEROLES PEIRÓ¹²¹, el Registro es la institución que nos permite contratar sin temor a perder lo adquirido por evicción.

¿Significa ello que el titular registral queda desprotegido frente a transmisiones inconsentidas de su derecho? No, porque las reglas del Registro de la Propiedad dificultan —prácticamente impiden— que si un tercero pretende hacerse pasar por el titular registral y dispone de su derecho, el contratante adquirente pueda inscribir su adquisición. Para ello deben producirse dos fallos¹²²: (1) que el fedatario público falle en la identificación de los intervenientes y/o (2) que el registrador falle en el control del trámite sucesivo (art. 20 LH)¹²³,

¹²⁰ Una vez implantado el Registro de Derechos, la fe pública registral implica que, una vez inscrito un derecho, para adquirir sobre el mismo una titularidad real, se requiere la inscripción, por lo que, incluso frente al transmisor, no basta para ello con contrato más tradición sino que se requiere, además, inscripción, aunque no sea considerada explícitamente como constitutiva por el ordenamiento jurídico, probablemente porque, *inter partes*, y mientras no haya un tercero subsiguiente, se requiere que el contrato sea válido y eficaz para que haya adquisición. Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Fundamentación jurídica...*, *op. cit.*, págs. 125-130. En una línea semejante, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., para quien la inscripción en un Registro de Derechos protegida por la fe pública registral es constitutiva. *El sistema español de Registro Inmobiliario* (I), pág. 56. Ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012.

¹²¹ NOGUEROLES PEIRÓ, N., *op. cit.*, pág. 47.

¹²² En cuanto a la identificación como función esencial del notario, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *op. cit.*, págs. 209-211. La RDGRN de 27 de diciembre de 1960 afirma que la identificación de los otorgantes es «*el acto más trascendental de cuantos emite el notario*».

¹²³ Dado que el Derecho de la seguridad del tráfico jurídico implica la pérdida de la acción reivindicatoria ilimitada para el propietario, la pérdida de tal facultad debe ser compensada introduciendo un mecanismo que asegure al propietario que nadie podrá disponer del derecho sin su consentimiento. Solamente de ese modo, los propietarios podrán aceptar tal trueque, es decir, la inversión de las reglas de protección de su derecho que implica la introducción del Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario, lo cual tiene el efecto adicional e imprescindible en una sociedad impersonal, de eliminar las asimetrías informativas entre los contratantes.

Para ello, el Estado introduce una regla característica del Registro de derechos: la *exigencia de trámite sucesivo*, la cual determina el cierre del Registro para los actos dispositivos realizados por (1) un titular registral sin facultades para disponer, (2) por un representante del titular registral sin facultades suficientes y (3) por persona distinta del titular registral sin estar legitimada para ello *ex lege*, atribuyendo al propio Registro la competencia para supervisar que tal regla es cumplida, lo que es de todo punto lógico, pues el Registro de derechos es el instrumento que vertebría el Derecho de la seguridad del tráfico jurídico en el ámbito inmobiliario, lo que implica la competencia para denegar las pretensiones de inscripción de derechos adquiridos negocialmente contraviniéndola. Ya la Resolución de la

y, además de estos fallos, que el adquirente, una vez obtenida la inscripción, transmita a un tercero a título oneroso y de buena fe que obtenga la inscripción a su favor. En última instancia, su titularidad quedaría protegida por una regla de responsabilidad. Ello no debilita la protección de la titularidad registral respecto de la titularidad negocial del Derecho común. Por el contrario, la aumenta. En efecto, las reglas de protección del Derecho común son las más adecuadas para un entorno de contratación personal —y, por tanto, con información completa o incompleta solo en el margen—, en el que los principales riesgos no derivan del desconocimiento acerca de la identidad del titular y, en general, de las incidencias que pudieran derivarse de los contratos anteriores relativos al mismo bien, sino de que alguien distinto del dueño disponga del derecho sin su consentimiento. Por ello, frente al primer tipo de riesgos, el adquirente está protegido por una regla de responsabilidad y frente al segundo por una regla de propiedad —acción reivindicatoria—.

En cambio, en el mundo de la contratación impersonal, los principales riesgos son los inversos, derivan del desconocimiento acerca de la identidad de los titulares y de las posibles incidencias que pudieran derivar de los contratos anteriores relativos al mismo bien de tal naturaleza que pudieran privar de eficacia a la adquisición negocialmente efectuada, por lo que se arbitra una solución institucional —Registro de derechos— que permita proteger al adquirente con una regla de propiedad frente a tales riesgos retrospectivos, a cambio de lo cual, ciertamente, pierde la posibilidad de ejercitar la acción reivindicatoria, pero su *ius disponendi* queda protegido por las salvaguardias exigidas por el sistema registral y, en última instancia, por una regla de responsabilidad.

7.3.3.2. El Registro de derechos como instrumento de intervención del Estado en el sistema transmisor dirigido a posibilitar el conocimiento de las titularidades reales por quien tenga interés legítimo

De este modo, mediante el Registro de derechos, el Estado consigue crear títulos y, por tanto, titularidades *ex ante* con un alcance *erga omnes*, sin poner en riesgo la seguridad de los propietarios. Pero para poder superar el conflic-

DGRN, de 5 de mayo de 1882, destacó este fundamento del trácto sucesivo al decir que «*la rigurosa sucesión y encadenamiento que el trácto sucesivo implica, no solo es para dar la publicidad debida a tales actos, sino además, para impedir que el que no es dueño o no resulte serlo de una cosa disponga de ella en perjuicio del que la tiene inscrita a su favor.* Sobre la importancia del trácto sucesivo como instrumento protector del *ius disponendi* del titular registral, privado de acción reivindicatoria, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Los actos dispositivos realizados por el apoderado del titular registral y el control del trácto sucesivo*, especialmente págs. 189-192. Ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011.

to entre el grado de protección de las titularidades inmobiliarias y los costes transaccionales, es preciso que el mercado pueda conocer las titularidades *erga omnes* creadas por el sistema registral.

La *publificación* del sistema transmisible inmobiliario significa, por ello, en segundo lugar, carácter público de tales títulos y titularidades para quien tenga interés legítimo, lo que elimina las incertidumbres y, por lo tanto, los riesgos retrospectivos.

Significa, por tanto, que la identidad del titular reconocido por el Estado como tal, y, por tanto, el titular, puede ser conocida por quien tenga interés legítimo *sin consentimiento del mismo*, mediante una simple consulta a la institución del Estado que tiene atribuida la función de realizar tal reconocimiento, y que el conocimiento así obtenido basta para disipar las incertidumbres retrospectivas en cuanto a la titularidad, cargas y extensión del derecho.

Es preciso subrayar que para que pueda tener lugar la *publificación* en este segundo sentido, es preciso que tenga lugar la *publificación* en el primer sentido. En otros términos, solo porque tiene lugar la *publificación* del sistema transmisible inmobiliario en el primer sentido, puede tener lugar la *publificación* en el segundo.

En efecto, la razón por la cual, la simple consulta al Registro de la Propiedad permite conocer la identidad del titular registral —conforme a lo expuesto, el titular real— así como la delimitación del contenido del derecho inscrito es, precisamente, porque un Registro de derechos no tiene por función publicar documentos que contienen actos y/o negocios jurídicos de finalidad traslativa del dominio —que se habrán consumado o no extraregistralmente—, sean o no contradictorios entre sí, sino que el Registro es parte decisiva del proceso de creación del *ius in rem* inmobiliario mediante el efecto fe pública registral. Como consecuencia de ello, la propia inscripción es el título en las relaciones *inter tertios*, y el acto que protege al adquirente frente al transmitente registral mediante una regla de propiedad en las relaciones *inter contrahentes*.

Por todo ello, coincido con MARTÍNEZ MARTÍNEZ¹²⁴ cuando afirma que la finalidad esencial del Registro, como instrumento estatal de intervención en el tráfico jurídico inmobiliario, es la de constituir titularidades reales que sirvan de referente objetivamente fiable en el mercado de los inmuebles.

¹²⁴ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., *El sistema español de Registro Inmobiliario* (I), pág. 54, Ed. Thomson-Reuters. Cizur Menor, 2012.

7.3.3.3. Fundamento de la exigencia de que deba adquirirse de un titular inscrito y, además, obtener la inscripción del derecho negocialmente adquirido, para quedar protegido por la fe pública registral

¿Por qué se exigen ambos requisitos? La razón hay que buscarla en el significado de la inscripción en un Registro de derechos o de tráfico como el nuestro.

La inscripción es un documento público que contiene una declaración formal de reconocimiento por el Estado de la titularidad de un derecho real sobre un bien inmueble, de la extensión del mismo, así como de las reglas de protección del derecho adquirido, adoptada tras el procedimiento legalmente establecido. Tal documento se halla bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1-3 LH) y concede a la persona a cuyo favor se realiza el reconocimiento el derecho a exigir la intervención coercitiva del Estado para defender el derecho reconocido frente a cualquiera que lo perturbe (art. 41 LH).

La inscripción es un acto estatal —*Hoheitsakt* lo denomina la doctrina alemana—¹²⁵ que contiene una decisión también estatal¹²⁶ que, en nuestro sistema, se plasma en el acta de inscripción¹²⁷, la cual debe recoger, entre otros extremos, el derecho que se inscribe y la persona a cuyo favor se inscribe (arts. 9 LH y 51 RH), lo que implica, entre otras cosas, la atribución de una titularidad real o inatacable, si concurren las circunstancias exigidas por el sistema registral.

Tal declaración no es firme, puesto que puede ser revisada por los tribunales a solicitud de persona interesada, a quien se traslada la carga de la prueba de

¹²⁵ WESTERMAN, H. P.; EICKMAN, D., DINGER, W., *Sachenrecht*, 6.^a ed., C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1988, págs. 100 y sigs. WOLFF-RAISER utilizan la expresión *acto estatal* en Derecho de cosas, en el Tratado de Derecho Civil, ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. III, 1.^º Traducción española con anotaciones de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Barcelona, 1971, pág. 226. Y es un acto estatal con independencia de que el sistema legal configure o no la inscripción como requisito integrante del proceso adquisitivo *inter partes*, lo que es decisivo para entender la naturaleza del sistema de constitución, transmisión, modificación y extinción de *property rights* inmobiliarios en el ámbito del Derecho de la seguridad del tráfico jurídico instrumentado en el ámbito inmobiliario mediante el Registro de derechos. Más extensamente sobre este asunto, MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, op. cit., págs 138 y sigs.

¹²⁶ *Entscheidung* la denomina la doctrina alemana. Así G. MEIKEL, W. INHOF, y H. REIDEL, *Grundbuchrecht*, t. 3, Frankfurt-Múnchen, 1988, pág. 2159 y, en general, todos los comentaristas del parágrafo 71, ap. 1 GBO. El carácter de decisión que tiene la inscripción es el que determina, según los autores, la necesaria independencia del registrador. Citados por PAU PEDRÓN, A., en «El acta de inscripción», artículo recogido en la obra *La publicidad registral*, pág. 798. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2001.

¹²⁷ Sobre el acta de inscripción, véase PAU PEDRÓN, op. cit., págs. 791-813. Según PAU, el acta de inscripción es el núcleo del asiento, parte del mismo que refleja el tránsito del acto a la situación jurídica. Según FIGUEIRAS DACAL sería el equivalente al «fallo» de una sentencia. FIGUEIRAS DACAL, M., «La publicidad del acto registrado (como función social) y la fórmula del acta de inscripción (como protección jurídica)», en *RCDI*, núm. 552, septiembre-octubre de 1982, págs. 1202 y sigs.

cuantas afirmaciones contradigan la declaración registral, pero es difícilmente modificable si el procedimiento registral ofrece las garantías suficientes.

Como afirma PEÑA¹²⁸, los asientos registrales son documentos públicos que contienen declaraciones oficiales —en el sentido de estatales o públicas, se entiende— que proclaman en presente y *erga omnes* la titularidad y el contenido de los derechos reales inmobiliarios. Su eficacia jurídica decansa en el carácter oficial —también se entiende que en el sentido de estatal o público— de tales declaraciones, que han de ser adoptadas con el sistema de garantías ideado por la ley.

Tales declaraciones tienen *prima facie* cierta eficacia análoga a la de las sentencias, pues proclama la verdad oficial —también en el mismo sentido de estatal o pública— con los consiguientes efectos legitimadores —entre otros, los derivados de los arts. 38 y 34 LH— que son, en principio, incombustibles (art. 1-III, LH), aun cuando, a diferencia de las sentencias firmes, no tienen carácter definitivo, pues prevalecen las decisiones judiciales adoptadas en juicio ordinario.

Sin embargo, también a diferencia de las sentencias, los pronunciamientos del Registro tienen la ventaja de que valen «a todos los efectos» y *erga omnes*.

Ciertamente, pronunciada una sentencia, se crea una presunción de que la cosa juzgada es verdad (art. 1251-II CC), pero es una presunción que solo vale entre las partes del litigio y para la cuestión ventilada en el proceso (art. 1252 CC). Si la sentencia es contraria a los pronunciamientos del Registro, prevalece la decisión judicial; pero debe advertirse que, dictada la sentencia de rectificación, todavía puede prevalecer respecto de terceros la declaración del Registro frente a la declaración de la sentencia (art. 40 *in fine* LH); es decir, la propia sentencia rectificatoria del Registro necesita un pronunciamiento registral para adquirir plena eficacia *erga omnes*.

Por declaración oficial —en el sentido de estatal o pública— hay que entender, más bien, la declaración por parte del Estado de a quién protegerá (*entitlement*) en caso de conflicto y cuáles son las reglas de dicha protección. Así, en caso de conflicto de un tercero no inscrito con el titular registral, prevalecerá siempre el titular registral, salvo que este sea vencido en juicio, en el que, simultáneamente, se haya entablado la correspondiente acción de rectificación del Registro; si el titular registral reúne las condiciones del artículo 34 LH, no puede ser vencido; si no las reúne, sí puede ser vencido, pero corresponde la carga de la prueba a quien discuta su titularidad.

La inscripción es, así, el instrumento a través del cual el Estado suministra al mercado la identidad del *verus dominus*, que no es otro que el *dominus*

¹²⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. II, págs. 523-525. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 3.^a ed. Madrid, 1999.

reconocido como tal por el Estado, pues el adquirente negocial no inscrito es solo eso, un adquirente negocial. De este modo, la inscripción en un Registro de derechos elimina las asimetrías informativas sobre titularidad de dominio y cargas propias de la contratación impersonal, lo cual permite fundamentar en la misma la inversión de las reglas de protección del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles, dotando de *liquidez* al mismo, sin merma de la *seguridad* del propietario.

Todo ello justifica la exigencia de que quien pretenda adquirir un bien inmueble beneficiándose de la inversión de las reglas de protección, haya de adquirirlo de un *titular registral*, es decir, de un *titular reconocido por el Estado como tal*.

¿Debería bastar con ello? No y por ello se requiere, además, que inscriba su adquisición, es decir, que solicite que el Estado le reconozca explícitamente como dueño. ¿A qué se debe este requisito? Se debe a varias razones.

En primer lugar, se debe a que mientras un adquirente no obtenga una declaración por parte del Estado de que lo reconoce como dueño, no es propiamente tal, pues lo único que puede exhibir son las razones —documento de haber adquirido de un *titular registral*— por las cuales cree que, en el caso de que se plantee un conflicto, el Estado le hará prevalecer. Es decir, únicamente puede exhibir los argumentos por los cuales cree ser propietario.

En segundo lugar, se debe a que no puede asegurar, sin embargo, que el *titular registral* no haya transmitido —antes o después— a un tercero que haya adquirido a título oneroso y de buena fe, el cual puede inscribir y, de este modo, despojarlo del derecho que creía haber adquirido, pues, mientras no inscriba, su *ius disponendi* queda protegido tan solo por una regla de responsabilidad frente a los actos dispositivos realizados por el *titular registral* a favor de un tercer adquirente a título oneroso y de buena fe que inscriba su derecho.

Si el Estado protegiese su *ius disponendi* con una regla de propiedad frente a los actos de tráfico realizados por el *titular registral* del que adquirió, incluso aunque no inscribiera su adquisición, entonces el Estado desautorizaría sus propias declaraciones de reconocimiento de titularidad —inscripciones— y, en consecuencia, se volverían a generalizar las asimetrías informativas preexistentes, reapareciendo, en consecuencia, el conflicto entre seguridad y liquidez del derecho.

En tercer lugar, se debe a que el Estado no puede realizar una declaración de reconocimiento y protección de un derecho, especialmente de un derecho de propiedad o de un derecho real limitado, singularmente si recae sobre un bien inmueble, simplemente porque quien se lo solicite haya realizado un acto o contrato de finalidad adquisitiva con el *titular reconocido por el Estado como tal* —*titular registral*—; además, ha de comprobar que quien pretende ser reconocido como dueño ha respetado las normas imperativas que enmarcan las diferentes vías de adquisición.

En un Registro de derechos, la inscripción significa el reconocimiento por parte del Estado del derecho de propiedad sobre un inmueble a favor de una determinada persona con exclusión de los demás, lo que constituye una suerte de adjudicación en régimen de monopolio de los beneficios reales o potenciales generados por el recurso. El Estado solo puede realizar tal reconocimiento previa comprobación de que quien se lo solicita ha respetado, en la adquisición del derecho cuyo reconocimiento postula, los límites marcados por las normas imperativas.

Eso es precisamente lo que justifica la existencia de un procedimiento registral dotado de unas garantías mínimas inderogables: la necesidad de comprobar que la configuración del derecho adquirido, así como su mecanismo de adquisición, no violan norma imperativa alguna —que, precisamente por serlo, configura derechos a favor de los demás— antes de conceder al adquirente contractual un documento —la inscripción registral— del que deriva una intensa protección frente a las pretensiones de terceros, la cual fundamenta el derecho a invocar la intervención coercitiva del Estado para defender el derecho adquirido frente a cualquiera que lo perturbe (arts. 1-3, 38 y 41 LH)¹²⁹.

Además de estas razones, hay una última de suma importancia. La fuerza jurídica de la inscripción descansa en las garantías que ofrece el procedimiento registral, las cuales deben ser suficientes para que, en caso de impugnación, prevalezca el titular registral. En caso contrario, el mercado no confiará en los pronunciamientos registrales, pues la experiencia le habrá demostrado que no son aceptados como pruebas incontrovertibles —*de facto*— por los tribunales, por lo cual no pueden funcionar como *inputs* incuestionables en la práctica contractual.

En cuanto al requisito de la buena fe, me limitaré a constatar que es un requisito que viene exigido por el artículo 34 LH, sin entrar en el análisis del mismo, por ser ajeno al objeto de este estudio, ni en la interpretación dada al mismo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. STS de 7 de septiembre de 2007). En el Derecho alemán, la buena fe exigida presenta contornos más precisos. Respecto de cuál sea la buena fe exigible para que el titular registral quede protegido por la fe pública registral, el parágrafo 932.2.^º del BGB dispone: «*el adquirente no es de buena fe si es conocido para él, o desconocido a consecuencia de culpa grave, que la cosa no pertenece al enajenante*». En el mismo sentido se pronuncian el parágrafo 366 del Código de Comercio y el parágrafo 892 del BGB en relación a bienes inmuebles, con la peculiaridad, como señala CUENA CASAS¹³⁰, de que en el ámbito inmobiliario se centra en la inexactitud registral y la ignorancia por culpa lata no se equipara —como sucede con los bienes muebles— al conocimiento y ello, como señala WOLFF-

¹²⁹ Esta idea se desarrolla más ampliamente en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Estado, Propiedad, Mercado», en *RCDI*, núm. 708 (2008), págs. 1497-1589.

¹³⁰ CUENA CASAS, M., *op. cit.*, pág. 198.

RAISER¹³¹, porque en el Registro inmobiliario se puede tener mayor confianza que en la posesión.

7.3.4. *La superación del conflicto: derechos reales inmobiliarios más seguros y más líquidos*

El hecho de que el sistema registral produzca titularidades con alcance *erga omnes*, las dota de una gran fortaleza y, por tanto, seguridad superior a la seguridad de la que gozan las titularidades en el ámbito del Derecho común y, por otra parte, el hecho de que las mismas puedan ser conocidas por los interesados, disminuye los costes de investigación sobre titularidades y posibles incidencias derivadas de los contratos anteriores referentes al mismo bien, reduciéndolos al coste de la información registral. Dicha información registral, además, suministra un conocimiento seguro, a diferencia de los resultados de una investigación retrospectiva en el ámbito del Derecho común que, a lo sumo, puede proporcionar certidumbre, pues no hay pronunciamiento alguno *ex ante* del Estado sobre las titularidades y, en consecuencia, ninguna investigación puede proporcionar una información segura al respecto, sino tan solo un pronóstico de quién vencería en un eventual conflicto de titularidades conforme a la información recogida. El coste de producción de las titularidades registrales se limita al coste del procedimiento registral, notablemente inferior al de los demás costes transaccionales que elimina. A ello hay que añadir que dicho procedimiento proporciona títulos y titularidades inmobiliarias más valiosas que las proporcionadas por las reglas del Derecho común, pues no son títulos ni titularidades *relativas* o meramente *oponibles* con un alcance estrictamente *negocial*, sino títulos y titularidades *absolutos*, con un alcance *erga omnes*, pues la inscripción no es una prueba que compita con otras para obtener una resolución del Estado sobre la titularidad, sino la propia resolución del Estado dictada en una primera instancia¹³².

La intervención del Estado en el sistema transmisor inmobiliario, mediante la implantación del Registro de derechos, proporciona títulos y titularidades seguros con costes de transacción mucho más bajos, con lo que supera el conflicto entre la fortaleza en la protección de las titularidades de derechos reales inmobiliarios y los costes transaccionales, inevitable en el ámbito inmobiliario en ausencia de un Registro de derechos. Por ello, las titularidades —y, por extensión, las demás magnitudes— de los derechos reales inmobiliarios son más seguras y, al propio tiempo, más líquidas.

¹³¹ WOLFF-RAISER, «Derecho de cosas», en *El Tratado de Derecho Civil*, ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. III, 1.^o, Barcelona, 1971, pág. 274. Traducción de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER.

¹³² MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Fundamentación económica...*, op. cit., págs. 149-152.

Los particulares no podrían crear un Registro de derechos, en primer lugar, porque, al ser la propiedad una función del Estado, ello excede de sus competencias. En segundo lugar, porque aparecerían los problemas característicos de la acción colectiva¹³³. En efecto, una vez operativo, los individuos se beneficiarían de la existencia de un Registro confiable, pero cada individuo se beneficiaría más si el Registro fuera confiable selectivamente, siendo, por ejemplo, permisivo con unos individuos y riguroso con sus contrapartes¹³⁴.

Todo ello pone de manifiesto que, como afirma BARZEL, el *enforcement* del Estado como una tercera parte independiente facilita la transferibilidad a bajo coste de los derechos. Y, a menor coste de transferencia de la propiedad, mayor es el número de transacciones que puede esperarse y con ello mayor el alcance del Estado¹³⁵. Es lógico, pues si la creación del Estado se justifica por razones de economía de escala en la protección de los derechos de propiedad, dicha protección no debe entenderse referida únicamente a la nota de *absolutividad* del derecho de propiedad, sino también a la de *circulabilidad* del mismo, pues la propiedad privada no se justifica solamente por su nota de *exclusividad*, la cual incentiva las inversiones a largo plazo, sino también por su nota de *transferibilidad*, la cual permite una constante reasignación de los bienes hacia quienes más eficientemente los usen en cada momento.

8. FUNCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS REALES INMOBILIARIOS

Todo lo expuesto pone de manifiesto cuáles son las funciones esenciales del Registro de la Propiedad en relación a los derechos reales inmobiliarios: (1) posibilitar la existencia de titularidades reales sobre los mismos, es decir, de titularidades protegidas por una regla de propiedad y, por lo tanto, con muy escasas probabilidades de verse transformadas en un derecho a reclamar el equivalente económico, pues las titularidades protegidas por la fe pública registral son las que corren menor riesgo de verse transformadas en un derecho de crédito —titularidades firmes e inatacables denomina LACRUZ a las titularidades registrales¹³⁶, titularidades inatacables con la garantía del poder

¹³³ ARRÚNADA, B., *Institutional Foundations...*, op. cit., pág. 28. Sobre los problemas de la acción colectiva, véase OLSON, M., *The Logic of Collective Action*, Harvard University Press, 1971.

¹³⁴ ARRÚNADA, B., *Ibidem*.

¹³⁵ Véase BARZEL, Y., *A Theory of The State: Economic Rights, Legal Rights, and The Scope of The State*, pág. 32. Ed. Cambridge University Press, 2002.

¹³⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 161, Jose María Bosch Editor, 1964.

público, las define NOGUEROLES PEIRÓ¹³⁷, o titularidades reales MARTÍNEZ MARTÍNEZ¹³⁸; (2) posibilitar el conocimiento de tales titularidades —y demás aspectos que conforman el derecho real inmobiliario— por quien tenga interés legítimo en ello.

La inscripción registral, por crear titularidades *erga omnes* y ser pública para quienes tienen interés legítimo, facilita el comercio inmobiliario, ahorrando costes de investigación retrospectiva siempre insegura, lo que dota de mayor liquidez a los *iura in rem*.

A través de estas dos funciones, el Registro de la Propiedad consigue superar el conflicto entre la fortaleza en la protección de la titularidad de un derecho real inmobiliario y los costes transaccionales, esto es, las dificultades para transmitirlos, logrando, de este modo, que los *iura in rem* inmobiliarios, sean, al tiempo, más seguros y más fácilmente transmisibles, esto, es más líquidos¹³⁹.

No son estas, sin embargo, las únicas funciones que desempeña el Registro de la Propiedad en relación con los derechos reales inmobiliarios.

En primer lugar, como he argumentado anteriormente, en un entorno de contratación impersonal, sin un Registro de derechos, no hay propiamente titularidades reales, pues las asimetrías informativas reinantes lo impiden, lo que significa, en última instancia, que no hay tampoco derechos reales, pues la titularidad forma parte del contenido del derecho y si aquella solo está protegida por una regla de responsabilidad frente a los principales riesgos del entorno impersonal —los riesgos retrospectivos—, no puede hablarse, en rigor, de titularidad real, ni, por tanto, de derecho real. En este sentido, puede afirmarse que el Registro de la Propiedad posibilita la existencia de derechos reales inmobiliarios en un contexto de contratación impersonal.

Este es el sentido de la afirmación —general en nuestra doctrina— de que el derecho real inmobiliario no es plenamente derecho real si no se halla inscrito en el Registro de la Propiedad¹⁴⁰.

¹³⁷ NOGUEROLES PEIRÓ, N., «La intervención pública en la gestación y configuración de los derechos reales: el Registro de la Propiedad», en *Teoría y Derecho*, núm. 5/2009, pág. 40.

¹³⁸ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., *El sistema español de Registro Inmobiliario* (I), pág. 54. Ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012.

¹³⁹ Una vertiente importante de este efecto consiste en que, como observa NOGUEROLES PEIRÓ, el registro de derechos permite un mayor *enforcement* de los derechos a menor coste, pues las garantías de la inscripción dan lugar a que el ordenamiento admita menores causas de oposición. NOGUEROLES PEIRÓ, N., *Ibidem*, pág. 48. Observa que el control público en el momento de la constitución del derecho se compensa con una facilidad mayor para la ejecución, como se observa con el derecho real de hipoteca.

¹⁴⁰ Véase, v.gr.: DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...* T. III, *op. cit.*, 204. AMORÓS GUARDIOLA afirma que «la absolutividad o eficacia *erga omnes* de estos derechos justifica la necesidad de su publicidad como medio técnico para conseguir esa eficacia oponible». *La teoría de la publicidad registral y su evolución*. Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1998, pág. 27.

En segundo lugar, la existencia del Registro de la Propiedad permite, además, que ciertos derechos subjetivos patrimoniales que no son reales porque su titularidad carece de protección alguna contra los actos dispositivos del dueño —v.gr.: arrendamiento, opción de compra—, puedan ser derechos reales porque la inscripción registral permite la protección de tales titularidades mediante una regla de propiedad y el resto del contenido de tales derechos es susceptible de protección efectiva también mediante una regla de propiedad.

Así, v.gr.: en materia de arrendamientos, en cuanto al arrendamiento de local de negocio, rige el principio *venta quita renta* consagrado por el artículo 1571 del Código Civil, lo que convierte al arrendamiento en un derecho personal, pues ello significa que, mediante la venta, puede afectar al derecho concedido sin que el titular del derecho arrendatario pueda evitarlo. Pero las partes pueden pactar un periodo de duración e inscribir el contrato en el Registro, lo que tiene como efecto que el tercer adquirente haya de respetar el contrato celebrado entre su transmitente y el arrendatario. La inscripción convierte el derecho del arrendatario en real, pues el arrendador no puede alterarlo sin que medie la voluntad del arrendatario, es decir, la inscripción implica la protección de la titularidad del arrendatario mediante una regla de propiedad¹⁴¹.

En cuanto a la opción de compra, sucede algo parecido. En el supuesto de que el concedente de la opción venda a un tercero antes de que el beneficiario ejercite su derecho, este puede ver convertido su derecho en el *id quod inter-*

¹⁴¹ En relación a la vivienda, el artículo 14 de la LAU/1994 dispone: «Enajenación de vivienda arrendada. El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, aun cuando concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Si la duración pactada fuera superior a cinco años, el adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada, salvo que concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En este caso, el adquirente solo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años, debiendo el enajenante indemnizar al arrendatario con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que, excediendo del plazo citado de cinco años, reste por cumplir.

Cuando las partes hayan estipulado que la enajenación de la vivienda extinguirá el arrendamiento, el adquirente solo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años». Esto significa que durante los cinco primeros años el arrendador no puede afectar el derecho del arrendatario contra su voluntad, lo que lo convierte en derecho real, conforme a la definición dada; una vez transcurridos los cinco primeros años, deja de estar protegido por tal clase de regla. No parece conveniente desde ningún punto de vista que la configuración del derecho del arrendatario como real durante los cinco primeros años de vigencia del contrato se haga al margen del Registro, pues ello altera los principios que gobiernan la seguridad del tráfico jurídico, con perjuicio para adquirentes y acreedores especialmente. Para un análisis detallado de esta cuestión, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P., «Los Fondos de Inversión Inmobiliaria como instrumento para el desarrollo del mercado de arrendamiento de viviendas», en *Estudios sobre los Fondos de Inversión Inmobiliaria*, ORTÍ VALLEJO, A. (director) y ROJO-ÁLVAREZ MANZANEDA, R. (coordinador). Ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009.

rest, sin posibilidad de obtener la ejecución *in natura*. No obstante, si inscribe su derecho, aunque el concedente de la opción la enajene a un tercero, dicha enajenación no impedirá al beneficiario ejercitar la opción, pues la inscripción implica la protección de su derecho mediante una regla de propiedad¹⁴².

En tercer lugar, en ocasiones excepcionales —v.gr.: hipoteca— la inscripción es necesaria para la propia existencia del derecho real, pero, salvo en estos casos, la inscripción no modifica las facultades de goce y disfrute material que conforman los diferentes derechos reales, las cuales son las mismas con independencia de que el derecho se halle inscrito o no. Por ello, en este orden de cosas no puede afirmarse que sin la inscripción el derecho real no sea plenamente real.

En cuarto lugar, el Registro de la Propiedad desempeña una función crucial como instrumento al servicio de la consecución del nivel óptimo de estandarización o tipificación de los derechos reales inmobiliarios.

Como hemos visto, un derecho real no es plenamente tal mientras no conste inscrito en el Registro porque hasta entonces la titularidad sobre el mismo no es real. Ello significa que la creación de derechos reales inmobiliarios atípicos —al igual que la de los derechos reales inmobiliarios típicos— está sujeta, no solo a los límites derivados del contenido del derecho, sino también a los mismos límites que para la creación de negocios jurídicos típicos, y, por tanto, también a los derivados de los requisitos exigidos por la legislación registral para la

¹⁴² El artículo 14 del Reglamento Hipotecario especifica los requisitos necesarios para la inscripción del derecho de opción de compra. Son los siguientes: *a)* que exista convenio expreso de las partes para que se inscriba; *b)* que se determine el precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción; *c)* que se establezca el plazo para el ejercicio de la opción que no podrá exceder de cuatro años. También regulan el derecho de opción las Leyes 460 y 517 de la Compilación de Navarra, y la inscripción del mismo la Ley 461. También lo regulan en Cataluña los artículos 568-1 a 568-12. Se regula expresamente la posibilidad de que se configure como derecho real o personal. En el caso de que se configure como un derecho real y recaiga sobre bienes inmuebles, se exige escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 568-2). Por otro lado, La RDGRN, de 7 de septiembre de 1982, se ocupó de la posibilidad de la configuración del derecho de opción de compra como derecho personal o derecho real. La STS, de 10 de septiembre de 1998, considera que, al permitir el artículo 14 del Reglamento Hipotecario la inscripción del contrato de opción de compra, ello viene a significar la naturaleza real del derecho de opción sin que se desconozca ese carácter por el hecho de que no proceda la cancelación de las anotaciones de embargo posteriores a la inscripción de la opción, pues no cierra el Registro, ya que el propietario puede, después de la inscripción de la opción, enajenar o gravar la finca. El alcance *erga omnes* de la opción significa que, cuando un ulterior comprador adquiere el inmueble objeto de la opción inscrita, esta surte efecto contra ese comprador. La opción no inscrita afecta al tercero que adquiere el bien inscrito e inscribe su adquisición si se prueba su mala fe, según la STS de 24 de octubre de 1990. Para una información exhaustiva de la jurisprudencia al respecto, véase GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de la Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, T. I, págs. 453-561. Ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009. Las referencias jurisprudenciales citadas las he tomado de la antedicha obra.

inscripción de un derecho real inmobiliario, especialmente los relativos a la descripción del derecho y a la necesidad de determinación del mismo.

He expuesto también que el nuestro es un sistema de *numerus clausus* en cuanto a la propiedad y, probablemente, también en cuanto a los derechos reales de garantía, y de presunción *iuris tantum* de *numerus clausus* en cuanto a los derechos reales de disfrute en cosa ajena, o, si se prefiere, de presunción *iuris tantum* de innecesariedad de nuevas figuras de derecho real de disfrute en cosa ajena, salvo que se demuestre que la nueva figura desempeña una función económico-social lícita no satisfecha en absoluto o satisfecha con un nivel menor de eficiencia por las figuras existentes o por cualquier combinación posible entre las mismas. Por último, he expuesto que la iniciativa para la creación de nuevas figuras de derechos reales corresponde a los particulares, correspondiendo al Estado la admisión o no de las pretensiones de los particulares al respecto, sobre la base de las premisas expuestas. De este modo, se conseguiría el nivel óptimo de estandarización de los derechos reales.

Corresponde así al Registro de la Propiedad, en primera instancia, la función de calibrar si las iniciativas de los particulares dirigidas a la creación de nuevas figuras de derechos reales inmobiliarios se acomodan o no a las exigencias estructurales de nuestro sistema jurídico. La interactuación entre las iniciativas de los particulares y la calificación registral —confirmada, revocada o modificada parcialmente en última instancia por la pertinente resolución judicial— es la vía a cuyo través se van modulando los derechos reales existentes —v.gr.: hipoteca con titularidad mancomunada— o la aparición de alguna nueva figura —v.gr.: *leasing* inmobiliario—, de modo que el sistema tiende a conseguir un nivel óptimo de estandarización, acomodado, en cada momento, a las exigencias de la realidad y a las posibilidades ofrecidas por el desarrollo jurídico.

El negocio jurídico es la vía ordinaria para la creación de derechos reales y, al amparo de la libertad de pacto, las partes suelen acordar modificaciones del régimen jurídico de derechos reales típicos, o bien determinadas cláusulas a las que pretenden dar trascendencia real, o bien, simplemente, no especifican qué alcance pretenden dar a lo acordado por ellas. Ello obliga al registrador a realizar un cuidado análisis de cada uno de estos supuestos para decidir si caben dentro de nuestro ordenamiento jurídico y, en caso afirmativo, si pueden tener alcance real o no, pues determinados acuerdos pueden ser lícitos si se les pretende dar un alcance estrictamente personal, pero ilícitos si se les pretende dotar de un alcance real¹⁴³.

¹⁴³ Según ROMÁN GARCÍA, en un sistema abstracto, como el alemán, la desconexión entre negocio jurídico y negocio dispositivo posibilita un sistema de *numerus clausus* absoluto, lo que es un sustitutivo del control de legalidad por parte del registrador. Esta opinión no puede ser compartida, porque, en todo caso, habrá que ver si el negocio dispositivo lo es de un

En este punto, la línea seguida por la jurisprudencia registral es claramente restrictiva en orden al reconocimiento de efectos reales, lo cual resulta comprensible, pues el interés de las partes es dotar del mayor alcance en relación a terceros a sus acuerdos sobre el aprovechamiento de los bienes, pero ello genera los peligros de volver a situaciones propias del antiguo régimen, como sucede, por ejemplo, en aquellos contratos de adhesión —ejemplo: hipotecas— en los que una de las partes es un gran agente del mercado y la otra un individuo aislado, o en determinados actos de disposición de bienes reglamentados con la finalidad de impedir que salgan de un determinado círculo familiar.

Debe recordarse que la libertad de transferencia, las restricciones impuestas a la imposición de derechos reales en cosa ajena, la exigencia de tipicidad en los derechos reales en los términos expuestos, y, en general, las líneas angulares que configuran nuestro sistema jurídico real obedecen, en gran medida, a intentar evitar las vinculaciones y restricciones de todo tipo propias del antiguo régimen, las cuales impedían las inversiones a largo plazo en la tierra e inmuebles en general, y, además, impedían el comercio de los bienes pertenecientes a determinados grupos familiares, vía mayorazgos y vinculaciones de todo tipo, impidiendo una eficiente asignación de recursos.

Además y por último, como tal sistema registral, disminuye drásticamente los costes de información, y, en consecuencia, permite que el nivel óptimo de estandarización se consiga con un menor nivel de tipificación, lo que baja los costes de frustración y, además, todos los demás costes —de medición, por responsabilidades derivadas de errores de medición y, por último, administrativos—.

RESUMEN

DERECHOS REALES
TITULARIDADES REALES
REGLA DE PROPIEDAD
REGISTRO DE LA PROPIEDAD

ABSTRACT

REAL RIGHTS
REAL TITLE
RULE OF PROPERTY
PROPERTY REGISTRY

El artículo tiene por objeto contribuir a perfilar el concepto de derecho real. Sostiene que para que un derecho pueda ser calificado de real es necesario que pueda ser protegido de forma efectiva por una regla de propiedad en todos sus aspectos, incluida la titularidad sobre el mismo. En

This article endeavours to help profile the concept of real rights. In order for a right to be considered real, all aspects of the right must be effectively protected by a rule of property, including title in the right. In this sense, it may be said that a right is not actually real if title in that right is not

derecho catalogado como real por el ordenamiento jurídico o no. Además, como he expuesto en páginas anteriores, pese a las apariencias, mediante el mecanismo de la carga real, queda bastante difuminado el sistema de *numerus clausus*, *op. cit.*, pág. 95.

este sentido, puede afirmarse que un derecho no es propiamente real si la titularidad sobre el mismo no es también real, en el sentido de estar protegida también por una regla de propiedad. Se argumenta seguidamente por qué los derechos reales, a diferencia de los de crédito, han de tener un contenido más o menos estandarizado y por qué el grado de estandarización deseable es el óptimo, no el máximo. A continuación, se aborda la cuestión en el Derecho español.

En un contexto de contratación impersonal, la forma clásica de protección de las titularidades sobre derechos reales —la acción reivindicatoria— ve transmutados sus efectos y, en lugar de posibilitar la existencia de titularidades reales, la impide, debido a las asimetrías informativas existentes. Por ello, es necesario articular la protección mediante reglas de propiedad acudiendo a instrumentos distintos de la acción reivindicatoria. En el ámbito inmobiliario, tal instrumento es la fe pública registral, lo que implica la publicificación del sistema transmísivo mediante la creación del Registro de derechos.

El artículo finaliza analizando las funciones del Registro de derechos en relación a los derechos reales inmobiliarios. Entre ellas están la creación de titularidades reales así como posibilitar que el nivel óptimo de estandarización sea más bajo lo que suministra mayor margen a la autonomía privada.

real also, in the sense of being protected also by a rule of property. What follows is an argument explaining why real rights, unlike creditors' rights, ought to have more or less standardized terms and why the desirable degree of standardization is the optimum degree, not the maximum degree. Spanish law's approach to the issue is examined.

In a context of impersonal contracts, the classic way to protect title in real rights is to take action for recovery of possession. The effects of doing so, however, are self-defeating: Instead of making it possible for real title to exist, action of this sort prevents real title from existing, due to information asymmetry. Property rules therefore must be organized as a means of affording protection using instruments other than action for recovery of possession. For real property, the instrument to use is conclusive registrar-attested title, which implies that the conveyance system is made public through the creation of a title registration system.

The article winds up with a review of the title registration system's functions in connection with real rights in immovable property. One such function is the creation of real title, and another is to make it possible for the optimum level of standardization to be the lowest level of standardization, which affords greater room for private autonomy.

(Trabajo recibido el 11-11-2012 y aceptado para su publicación el 8-1-2013)