

Castán y los Derechos Reales

SUMARIO: I. LA EXPOSICION SISTEMATICA DE CASTAN EN LA MATERIA.—II. SU DERECHO CIVIL COMUN Y FORAL DEL AÑO 1941.—III. LOS DERECHOS REALES.—IV. SUS RELACIONES CON LA FUNCION CALIFICADORA.

I. LA EXPOSICION SISTEMATICA DE CASTAN EN LA MATERIA

El hecho histórico de que en el presente año se cumplan los cien del nacimiento del ilustre jurista don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS y que coincida su nacimiento en el mismo mes y año con la vigencia del Código Civil en su segunda edición, como puso de relieve BONET RAMÓN (1), vincula a los responsables de la publicación de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO a dedicarle un número «extra» en homenaje a su recuerdo. En la distribución de materias que han de constituir el trabajo me ha correspondido la que se refiere a los Derechos Reales, tan estrechamente vinculados al quehacer registral de la calificación: qué es lo que debemos inscribir como real y qué es lo que debemos rechazar por obligacional.

Antes, por supuesto, de penetrar en el estudio que el maestro hace, si quisiera apuntar cómo en esta materia —al igual que en el campo obligacional— destaca su exposición sistemática que hace viable el estudio de todo su contenido sin gran esfuerzo. Hay en todas las instituciones que toca un concepto una naturaleza jurídica, un fundamento, una evolución, un contenido, unos elementos, unos efectos y una extinción. Esta su exposición sistemática responde a su método jurídico. Creo que CASTÁN se ajusta perfectamente a lo que son su maestría habitual HERNÁNDEZ GIL apunta sobre el método (2). «¿Cómo se apodera, cómo se hace dueño el

(1) BONET RAMÓN, F.: «Semblanzas del ejemplar juriconsulto español excelentísimo señor don José Castán Tobeñas». *RD P*, 1968, pág. 9.

(2) HERNÁNDEZ GIL, A.: «Metodología de la ciencia del Derecho». *Obras Completas*, tomo 5, Espasa Calpe, 1988.

jurista de la materia jurídica?; ¿a qué reglas se atiene? La contestación esencial y última es esta otra: mediante la construcción jurídica. Partiendo de esa actitud inicial y hasta llegar a este último resultado se cumplen una serie de trámites que, en síntesis, y siguiendo a IHERING, pasamos a exponer. Toda la tarea de la técnica jurídica se comprendía —según IHERING— en dos fórmulas que resumen los medios en cuya virtud conquista el jurista el dominio intelectual sobre el Derecho: simplificación cuantitativa y simplificación cualitativa. He aquí el almacén en que se encierran todas las operaciones a desarrollar». Sigue explicando cómo la simplificación cuantitativa afecta a la selección de materiales. Su ley es la de la economía: hacer todo lo posible con el menor número de elementos. Se halla integrada por las siguientes operaciones: análisis de la materia, consideración lógica, orden sistemático, terminología jurídica, empleo hábil de aquello que existe. En el fondo es lo que hizo MIGUEL ÁNGEL en sus cuadros: quitar materia...

Pero no basta —sigue apuntando HERNÁNDEZ GIL— la simplificación cuantitativa, sino que es preciso llegar a la cualitativa. Para hacerse dueño de una materia —según la terminología de IHERING—, o sea, para llegar a su conocimiento, es preciso bajar también al elemento cualitativo, es decir, al orden interno, la simetría, la unidad de objeto. Aquí entra en juego la simplificación cualitativa. El derecho es cualitativamente simple cuando, perfectamente delimitadas las partes, se recomponen en su unidad.

Cualquier jurista que se acerque a CASTÁN —y hoy todos lo juristas «somos CASTÁN»— verá explicada esa forma utilizada metodológicamente por él a través de la explicación que he tomado prestada de HERNÁNDEZ GIL (3), el cual, en otra publicación, dice que CASTÁN «accede a las cimas del talento sistemático». Es eminentemente claro en el pensamiento, en el discurso y en la palabra y nada de lo que argumenta queda en la penumbra ni infunde dudas. Todo es penetrable. Su lucidez expresiva parece hecha de precisiones, sin retórica ni verbalismo. A través de las palabras persigue la fidelidad en la formulación de las ideas».

He querido utilizar este enjuiciamiento de la obra de CASTÁN por quien también es un gran jurista y porque, quizá, no pueda decirse tan bien lo que pretendo expresar ahora. Si para el jurista la obra tiene esos valores, es preciso explicar lo que la misma significó en ese duro camino de preparar oposiciones y luego ejercer la complicada profesión de Registrador de la Propiedad. Cuando uno termina la carrera se hace la foto de la orla y enmarca el título de Licenciado, se pregunta: ¿y ahora, qué? En

(3) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Juristas españoles de nuestro tiempo*. Madrid, 1978.

mi época no hubo dudas de ningún género: a estudiar oposiciones, fue la orden. Y allí, en aquel cenotafio por donde se adivinaban las primaveras, sólo existía una ayuda importante: el *Castán* y su claridad. Si yo lograra aprenderme todo esto, saco la oposición... y así fue. Cuenta la anécdota de que alguien preguntó a CASTÁN porqué no había sido Notario o Registrador, y él creo que contestó: porque para eso hay que saberse el *Castán*.

Es igual el libro que los temas que del mismo se sacan. Yo no he sido nunca —ni lo pienso ser— de un Tribunal de oposiciones, pero creo que si estuviera de juzgador sabría perfectamente el origen «castaniano» de los temas. Yo recuerdo haber oído la anécdota en un Tribunal que criticaba a un opositor que había logrado ser Notario de Madrid «sabiendo sólo el *Castán*...», pero hay que ver cómo se sabía el *Castán* y cómo lo decía. Como Castelar.

Pero si aquellos libros fueron elemento decisivo para aprender Derecho y convertirnos en juristas —hombres no de leyes—, el *Castán* luego nos sirvió de libro de cabecera en esas tremendas dudas en las que el problema jurídico te «deja sólo ante el peligro», y, entonces, aparte de rezar al Cristo de los Temblores, echamos mano del *Castán*, y allí, entre líneas, vemos la diferencia que nos da la luz para encuadrar una institución: esto puede ser una donación y no una venta.

II. SU DERECHO CIVIL COMUN Y FORAL DEL AÑO 1941

Me gustaría explicar un poco la base de la que parto para este apunte de cómo CASTÁN trató y enfocó la materia de los Derechos Reales. La edición que yo manejo es la del año 1941 (obra ajustada al programa de oposiciones a Notarías determinadas) que constaba de cuatro tomos y que era la quinta edición. Antes de ésta publico CASTÁN las que se ajustaban a Judicaturas, y en el año 1940 la que se ceñía a la oposición a Registradores de la Propiedad, que es su tercera edición. Comento esto, aunque yo tengo también la edición de tres tomos para Registros, pues tuve que ir alternando ediciones, ya que había que presentarse a unas oposiciones y a otras, dada la demora que, por entonces, comenzó a sentirse en las convocatorias. Los programas eran muy semejantes, predominando en el de Registros más el Derecho hipotecario y más el civil en el de Notarías, pero llegó un momento en que se unificaron o fueron muy semejantes y fue más fácil utilizar la edición de los cuatro tomos.

La verdad es que tanto la edición de Registros como la de Notarías la tengo desde que comencé la carrera. Había llegado a Valladolid y había visto en lo que era entonces la Librería de Lara las monumentales ediciones de SÁNCHEZ ROMÁN, MUCIUIS SCAEVOLA, MANRESA y hasta mi tío, don

CALIXTO VALVERDE, me había regalado, poco antes de morir, su obra gigantesca. Es difícil describir lo que uno siente al emprender unos estudios universitarios y contemplar lo que debe estudiar para licenciarse. Recién salido de un bachillerato hecho a salto de mata, partido en gala por el acontecimiento de nuestra guerra civil, el choque es brutal. Claro que aquella angustia inicial, casi de sudores fríos, se amortigua viendo a los compañeros de clase. Si éste que tiene esta pinta de *ceporro* está en la Universidad, yo tengo que superar la prueba. Claro que el que tenía esa pinta de *ceporro* luego era de los primeros de clase... ¡Para qué te fies!

Pronto, muy pronto, apareció la noticia. Hay un libro que se llama *Castán* que es fenomenal y sólo tiene cuatro tomos. Y con él, debajo del brazo, me fui a la Biblioteca del Casino de Valladolid, donde alterné su lectura con la de la generación del 98. La verdad es que —aun estudiando sólo en primavera y leyendo el resto del año— uno iba aprobando la carrera, salvando esos grandes obstáculos que suponían tener, nada menos, que a SERRANO Y SERRANO de catedrático de Derecho civil. Y aquel viejo *Castán*, que hoy amarillea en sus páginas, me ayudó en la carrera y me hizo Registrador, y con estas líneas quiero rendir el tributo de admiración y el agradecimiento que merece el maestro.

III. LOS DERECHOS REALES

CASTÁN en su obra estudia los Derechos Reales y en su comienzo deja plasmada una frase que todo opositor la sabe de memoria: «Con frecuencia, como hace notar COGLIOLO, las investigaciones históricas nos demuestran que han tardado mucho en aparecer los conceptos que a nosotros nos parecen más elementales e imprescindibles...».

CASTÁN estudia sistemáticamente el concepto de los Derechos Reales, su diferenciación de las obligaciones, clases y caracteres, para luego ir exponiendo lo referente a la posesión, el dominio, el condominio, las servidumbres, el usufructo, censos, foros y la prenda, hipoteca y anticresis. Es decir, estudia lo que podíamos denominar la propiedad y los Derechos Reales conocidos o típicos de nuestro Derecho, rescatando del libro IV del Código Civil esas figuras que se encuadran dentro de las obligaciones y contratos, por razones del programa a que ajusta su exposición.

Antes de pasar a exponer lo que CASTÁN opina sobre cada una de las instituciones, si quisiera adelantar que su criterio no es el que se ha llamado «eclectico», pues salvo en esa duda de la que luego hablo sobre la diferenciación entre Derechos Reales y obligacionales, en lo demás sus pronunciamientos son contundentes, afirmativos, con aportación personal y situándose no en puntos medios que equilibran balanzas, sino en decisiones

pensadas que ayudan a la comprensión de la institución. A medida que vayan apareciendo lo iré resaltando. Se le ha tildado de ese criterio ecléctico y el mismo parece desprenderse de las palabras que HERNÁNDEZ GIL (4) dedica a su forma de enfoque, aunque yo entiendo que ellas pueden servirme como argumento defensivo de mi postura: «cuando CASTÁN TOBEÑAS penetra en el bosque entretejido y acaso confuso de los pareceres heterogéneos y encontrados impone orden, delimita coherencias y antagonismos, descubre las afinidades y las contraposiciones hasta marcar la línea dominante, con lo que deja trazadas unas sendas por donde el tránsito resulta luego más fácil. No elude el parecer propio...».

Voy a reservar para el último apartado de este trabajo lo referente al capítulo I sobre Derechos Reales y obligacionales, pues es la materia que más estrechamente roza con la calificación registral a la que quiero dedicar un breve comentario. Por ello vamos a comenzar por la posesión hasta llegar a la hipoteca —curiosamente figuras antagónicas—, ya que una es el reconocimiento de un hecho material y la otra, al no tener contacto con la cosa, necesita de una institución publicitaria que la proclame. Ambas, sin embargo, llevan consigo una publicidad, más técnica la segunda y más primitiva la primera.

A) LA POSESIÓN

Entiendo que es muy difícil superar la forma expositiva de la discutida figura de la posesión con todos los respetos debidos a figuras como la de HERNÁNDEZ GIL que hizo monopolio de la materia, y digo esto porque, aparte de considerar o incluir a la posesión dentro de los Derechos Reales y de estudiar el concepto y su naturaleza, el fundamento y su protección, las especies y efectos, así como la adquisición, conservación y pérdida, situaba la postura del Código Civil, señalando que «en la forma o ropaje, esa concepción de nuestro Código Civil, amalgama de diversas y contradictorios sistemas, se inspira en gran parte en la teoría subjetiva de SAVIGNY, pero en la realidad, sin aceptar sus consecuencias prácticas. En el fondo, y para los efectos de la defensa posesoria, nuestro Derecho llega a la identificación entre la detentación y la posesión, tan radical y absoluta, cuando menos, como la que realiza el Código alemán, pues concede acciones posesorias, como lo revela el texto amplio de los artículos 446 del Código Civil y el 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo mismo a la posesión civil que a la posesión natural o simple tenencia».

A ello es preciso añadir su personal opinión sobre las definiciones que

(4) *Juristas...*, obra citada.

el Código Civil emplea y que, según su criterio, son: el Código aplica la idea de posesión lo mismo a las cosas corporales que a los derechos, suprimiendo el concepto de la *quasi posesion*, y que la posesión natural es el género y la civil la especie, exigiendo la primera sólo el *corpus* (tenencia o disfrute) y la segunda el *animus* (intención de haber la cosa o derecho como propia).

CASTÁN, en aquella edición no alcanzó la reforma legislativa que había de producirse en la legislación hipotecaria, donde, como todos conocemos, la posesión jugó un importante papel en un triple campo: el de ser negado su acceso a los libros registrales, el de presumir la existencia de la misma a través de los pronunciamientos registrales y el de establecer una cautelosa regulación para el proceso que la posesión genera aliada con el tiempo: la usucapión, superando, como dijera NÚÑEZ LAGOS (5), la política del gruñido y del zarpazo, aun y a costa de crear la híbrida figura que LA RICA configuró como el «tercero pluscuamperfecto» (6). CASTÁN, en esa edición, no llegó, pero sí estudió las relaciones de la posesión de bienes inmuebles con el Registro de la Propiedad y, singularmente, el artículo 462 del Código Civil y el 41 de la Ley Hipotecaria (anteriores a 1944-46), citando ya a pie de página varias monografías sobre el tema.

B) LA PROPIEDAD

El estudio que dedica a la propiedad lo encabeza con el título de *Dominio*, pero no elude la explicación: «Se discute mucho, especialmente en nuestra Patria, la relación que puede existir entre los términos propiedad y dominio. Entre los romanos tuvieron, al parecer, sentido diferente, aunque no muy preciso. Según DERNBURG, la palabra dominio era más extensa, pues llamaban los romanos dominio a lo que pertenecía al 'jefe de la casa', aunque se tratase de un usufructo. La palabra propiedad tuvo, en cambio, un sentido más estricto». En el Derecho moderno —sigue apuntando el autor— se invierten los términos y la palabra propiedad sirve para designar toda relación del hombre con la naturaleza y el dominio al poder pleno de una persona sobre una cosa del mundo exterior.

Resulta aleccionador ver que CASTÁN no elude el problema de la proyección social de la propiedad y, aunque los detractores de la postura del Código Civil incluyen en sus críticas a CASTÁN (sobre todo en el campo administrativista), lo cierto y verdad es que su posición es clarividente, no ya sólo al criticar la definición del Código Civil (art. 348), sino

(5) NÚÑEZ LAGOS, R.: «Realidad y Registro». *RGLJ*, 1945.

(6) LA RICA Y ARENAL, R.: *Valor efectivo de la inscripción en la nueva legislación hipotecaria*. Conf. Col. Not. Valencia, 1948.

al proyectar el sentido histórico de la evolución y hablar de la proyección social del mismo. Prueba de lo primero es cuando dice: «A nuestro juicio, de lo único que hay que culpar al Código Civil es el de haber tenido la pretensión de dar una definición del dominio. Los Códigos no deben dar definiciones, pues éstas son la condensación de doctrinas y orientaciones científicas sujetas a una renovación constante. Si es individualista el régimen de la propiedad en nuestro Derecho, cúlpese de ello no a la definición del artículo 348, sino a los demás preceptos del Código y a las leyes complementarias que no acertaron a limitar convenientemente los derechos de los propietarios, armonizándolos con las exigencias sociales». Los administrativistas, a los que les cogió de sorpresa la Ley del Suelo de 1956, Ley que no se aplicó por la Judicatura y que fue posteriormente un hallazgo de la clase administrativa para lanzar sus construcciones, criticaron mucho tanto al Código, como a CASTÁN, sin querer ver que en aquella Ley del Suelo se incidía en los mismos términos «conceptuales» de la propiedad: *un conjunto de facultades*. La verdad es que la idea nacía de un Código napoleónico, basado en una Revolución, con el triple lema de la igualdad, la fraternidad y legalidad.

El segundo aspecto, el social, también es abordado por CASTÁN al considerar que encaja dentro de las nuevas proyecciones doctrinales que provocan «la reconstrucción del instituto, sobre la base de una diversa relación entre los varios tipos de economía y de la formación de un verdadero sistema de limitaciones recayentes sobre el propietario». Esta postura viene reforzada por otros trabajos posteriores en los que ya se vislumbra la idea de la *delimitación* de la propiedad, que hoy parece recoger la Constitución española en el artículo 22.1 (7).

La fidelidad a los principios inspiradores del Código Civil le impiden avanzar con proyecciones de futuro, en esas manifestaciones de la propiedad: la multipropiedad, las urbanizaciones, la figura del *leasing*, etc., pero no «cierra filas», cuando apunta problemas de comunidad entre propietarios de diversos aprovechamientos, en la medianería, entre propietarios y usufructuarios, copartícipes de una herencia indivisa, etc. Es decir, a CASTÁN se le podía exigir un comentario expositivo del Código Civil y hasta su posible proyección de un futuro, pero nada más, pues ya los aragoneses tienen suficientes predicciones con su famoso *Calendario Zagozano*.

Los diferentes modos de adquirir la propiedad o el dominio, así como de pederlo, exigen de CASTÁN no sólo utilizar el libro II del Código, sino

(7) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *La propiedad y sus problemas actuales*. Discurso de Apertura de Tribunales, 1962.

también parte del libro III, y así, entre uno y otro, va reconstruyendo la teoría del título y el modo, la de la ocupación, la tradición, la accesión y la prescripción adquisitiva o usupación (materia que ya había desarrollado en la parte general al tratar del tema sobre la influencia del tiempo en las relaciones jurídicas), la expropiación forzosa, la renuncia, la enajenación, la pérdida de la cosa, revocación, etc. Sería curioso ir descendiendo —concepto por concepto— a todos los enumerados, pero ello agrandaría enormemente estas notas. No obstante, por vía de ejemplo, podríamos citar el concepto de ocupación, preciso, técnico y difícil de superar, tomado de COLIN Y CAPITANT, que es el medio de adquirir la propiedad de una cosa que *no pertenece a nadie* o sobre la cual nadie formula reclamación, por medio de la *toma de posesión*, acompañada de la *intención* de hacerse propietario de ella. Lo mismo sucede con el concepto de tradición en el que, espurgando entre los autores, da con la definición precisa: «La entrega de la posesión con ánimo de transmitir la propiedad» (SOHM). Preciso, a más no poder, es el concepto que nos da la accesión: «El derecho por virtud del cual el propietario de una cosa hace suyo todo lo que ésta produce o se le une o incorpora natural o artificialmente». Podríamos seguir en ese conjunto de conceptos con los que restan, pero solamente quiero destacar el de expropiación forzosa y la teoría del título y el modo. El primero, por su actualidad «política» y, el segundo, por su relación con el Registro de la Propiedad:

— *La expropiación forzosa* —figura que discurre más por el campo administrativo que por el civil— es perfilada por CASTÁN con un rasgo característico: la indemnización, pues después de la definición que utiliza, aclara: «No hay que confundir la expropiación con la *confiscalización*, que implica una sanción penal y no va acompañada de indemnización». ¿Qué habría opinado don JOSÉ CASTÁN de ese concepto nuevo de la reprivatización?

— Resplandece en la teoría del *título y el modo* la postura personal que su autor da al problema, al decir que no hay en el Código una doctrina general sobre la misma aplicable a todas las adquisiciones de la propiedad, pero sí de una manera implícita en lo que respecta a las adquisiciones por contrato donde el artículo 609 del Código Civil es claro, así como en el 1.095 del mismo cuerpo legal (en otros muchos artículos sólo se habla de «título», 464, 470, 523, 540, 598, 1.952). Para el Código Civil en las adquisiciones derivativas el MODO es la tradición, pero téngase en cuenta que: 1.º La tradición está reducida a formalidades sumarias que hacen de ella una pura ficción; 2.º que la influencia de la Ley Hipotecaria introduce alguna alteración en el sistema, como la que representa el artículo 1.473 del Código Civil, que hace prevalecer la inscripción sobre la tradición. Es, en conclusión, el de nuestro Derecho, un sistema ilógico y sin base científica, que ni se ha atrevido a abandonar la teoría del título y el modo (como hizo el Código francés), ni tampoco la ha adaptado a

las exigencias modernas, como las legislaciones germánicas (austriaca, alemana, suiza, sueca, etc.), para las cuales es elemento esencial de la constitución, transferencia, modificación o extinción de los Derechos Reales sobre inmuebles la *inscripción* en el Registro, única garantía seria de la publicidad de las transmisiones, y, consiguientemente, de la seguridad de los derechos inmobiliarios.

Termina su estudio sobre la materia entendiendo que la inscripción *no ha sustituido* a la tradición, teniendo una y otra órbita de aplicación distinta: la tradición desenvuelve su eficacia entre partes, mientras que la inscripción posterga a la tradición, cuando se trata de la transmisión con relación a terceros.

C) LAS PROPIEDADES ESPECIALES

Dentro de ellas estudiaba —en letra pequeña— la propiedad de las aguas, minas, propiedad intelectual e industrial. En aquella época los programas vigentes a oposiciones a Notarías y Registros solían repetir los temas referentes a estas materias incluyéndolas en el Derecho civil y en el administrativo, lo cual, en el fondo, era el sistema que adoptó la legislación española que regula estas materias, duplicándolas, a veces, y otras por remisión a la legislación especial.

A CASTÁN no le gustó la denominación de *propiedades especiales* y, criticando el criterio sostenido por SÁNCHEZ ROMÁN sobre la razón *objetiva a de la especialidad*, entendió que ni el objeto ni el posible elemento *social* que pudiera haber en estas propiedades, justificaba esa construcción doctrinal «que no dudamos en calificar de arbitraria y falsa». Por lo demás, CASTÁN se adelanta en el tiempo y plantea los grandes problemas que luego una legislación posterior que sustituía a la especial entonces vigente ha planteado. Así, cabe apuntar cómo con respecto a las aguas se pregunta: ¿Son susceptibles de propiedad? ¿Lo son de propiedad pública o de propiedad privada? Lo mismo sucede con la propiedad de las minas, donde apunta los tres sistemas que pueden dar soluciones a ella y la distinción entre el suelo y el subsuelo. Donde más se acerca a lo que hoy se ha creído como *gran conquista* del legislador español es en la propiedad intelectual, donde en el año 1941 (y ha llovido desde entonces) apunta lo que hoy dice la vigente ley reguladora: la *protección* del vínculo *espiritual* entre la obra y su creador y la protección *económica* de la *exclusiva* reproducción. En igual línea marca las diferencias y la posibilidad de coexistencia entre la propiedad industrial y la intelectual.

D) LA COPROPIEDAD

CASTÁN es también contundente al abordar el concepto y la naturaleza de la copropiedad, pues partiendo del artículo 392 del Código Civil que define la comunidad cuando «la propiedad de una cosa y de un derecho» pertenece pro indiviso a varias personas, entiende que no hay propiedad de derechos, ya que, para su criterio, la propiedad recae siempre sobre cosas corporales. La comunidad supone el género, ya que puede recaer sobre toda clases de derechos, mientras que la copropiedad es la especie que sólo puede recaer sobre cosas específicas y determinadas. En el estudio que sobre la última figura se destaca su preocupación de diferenciar la misma del fenómeno societario. Alcanza al comentario de la Ley sobre Propiedad Horizontal de 1939 y con gran visión destaca el «criterio racional y decisivo» que la misma adopta al distinguir entre la propiedad privada singular y el condominio indivisible sobre los elementos comunes del edificio.

E) SERVIDUMBRE, USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN

Aquí CASTÁN agrupa el estudio de estas materias en un solo capítulo, siguiendo en el fondo la tesis justineana, aunque no la comparta, pues explica cómo el Código Civil se aparta de aquella construcción y separa las figuras del usufructo, uso y habitación, estudiándolas como derechos distintos, aunque conserve la distinción entre servidumbres reales y personales, incluyendo entre estas últimas las constituidas por aprovechamientos parciales y determinados que se establecen en consideración a una persona (independientemente de que tenga o no la posesión de un predio) o que no exigen un fundo dominante, como las de pastos, leñas, etc. Critica, sin embargo, la posición del Código al admitir como tales las servidumbres *in faciendo* en el artículo 533, ya que, según su opinión, las obligaciones de hacer tienen en la servidumbre carácter de prestaciones accesorias (agregadas para hacer posible la servidumbre o facilitar su ejercicio), y es muy difícil concebir una servidumbre en la que la obligación de cumplir la prestación positiva apareciese como la principal. En esa diferenciación estudia:

— *Las servidumbres*, a las que atribuye los caracteres de ser Derechos Reales, recaer sobre cosa de otro, ser derogaciones al derecho común de propiedad y constituir (al menos las propiamente reales o prediales) una relación entre predios. Se trata de participaciones limitadas en el goce o aprovechamiento de la cosa de otro. Completa el estudio en capítulos de las servidumbres voluntarias y legales.

— *El usufructo*, cuya definición legal no la considera correcta, ya que, por una parte, es *incompleta* (faltan los caracteres de ser un derecho vitalicio y de ser derecho real) y, otra, es *poco consecuente* al haber introducido en su última parte (introducción de la edición reformada y no en la exposición de motivos) la salvedad de que la ley o la voluntad de los particulares puedan modificar el principio legal de la no alteración de la forma y la sustancia, lo cual echa por tierra el principio *salva rerum sustancia*. A pesar de esta crítica, entiende que el Código acierta al configurar al usufructo como un derecho real y una limitación del dominio, sin admitir, como lo hacía la base 12 —que pueda considerársele como una división del dominio «aunque muchas veces se le califique en este sentido».

Con ello podríamos dar por finalizado el estudio de la figura tal y como la hace CASTÁN, pero, aparte de señalar el contenido, la constitución y la extinción del derecho, se fija y plantea los problemas que surgen en los usufructos sobre predios en que existan minas (hoy sujeto a la legislación especial), el carácter de la fianza que ha de prestar el usufructuario, la problemática de los usufructos sucesivos y su limitación del artículo 781, la discordancia del Código Civil y la Ley Hipotecaria en orden a la enajenación y constitución de hipoteca sobre dichos derechos (que luego fue solucionada por la Ley Hipotecaria de 1909), usufructo de acciones, de cosas consumibles, de cosa hipotecada (art. 509 del Código Civil o el art. 1.158 del mismo), etc.

— *Uso y habitación*. En este punto, CASTÁN se limita a exponer la configuración de estos derechos como independientes y precisar su contenido, sin entrar en una crítica positiva o negativa. Únicamente recoge la opinión de VALVERDE que critica a la legislación hipotecaria al entender que no cabe la hipoteca de estos derechos al ser *intransferible* (aunque del art. 523 parece admitirse que el *título* constitutivo diga otra cosa: transmisión a persona determinada o que no aumente el contenido de tales derechos).

F) EL DERECHO REAL DE CENSO

Alterando la sistemática o método que el Código Civil utiliza para la regulación de este derecho, considerándolo como un *contrato*, CASTÁN tiene que trasladar todo ello para destacar el carácter de derecho real que late en la regulación legal, como lo demuestra la cita que hace del artículo 1.623 (producen acción real sobre la finca gravada). Es de alabar el estudio que hace de la figura en general y de las diferentes clases (enfiteútico, reservativo y consignativo), pues no sólo la denominación, sino el fenómeno de la redención, traen consigo un recuerdo medieval de la institución que produce auténtica desgana para afrontar su estudio. Al opositor esos temas eran de los que había que rezar para que no le tocasen en «mala suerte». Quizá por eso el estudio sistemático y perfecto que de la materia

hace sea digno de elogio, ya que facilita lo que de por sí es complicado y difícil. Encuentro que sería difícil contestar a una pregunta en la que alguien nos exigiese la diferenciación entre las tres clases de los censos. CASTÁN, en general, los considera como Derechos Reales, sobre inmuebles, perpetuos o indefinido, pero redimibles, transmisibles, indivisibles y prescriptibles.

Al lado de estas figuras también estudia los foros y el subforo y así como el censo vitalicio, el derecho de superficie, la *rabassa morta* y las cédulas de planturia.

Resalta en toda esta regulación —como en las diferentes figuras que hemos ido viendo— la opinión personal que el autor ostenta sobre las mismas, sin que su criterio sea el que normalmente se le atribuye de eclecticismo. Destaco, por ejemplo, como al enfocar el problema de la naturaleza de la enfiteusis y aceptar la concepción de propiedad dividida, entiende que el Código no desenvuelve su sistema con rigor, pues el 1.633 autoriza a disponer al enfiteuta no de su «dominio útil», sino de la cosa entera, y el artículo 1.631, al legitimar al enfiteuta para cobrar la indemnización por expropiación demuestran que el llamado «dominio útil» es el verdadero dominio. Lo mismo cabe decir del censo consignativo cuando al tratar de su naturaleza y rechazar la tesis de que se trata de un «préstamo a interés garantizado por hipoteca» dice: no hay préstamo donde falta la obligación de devolver el capital, no hay interés, lo que no es cantidad que se deba además del capital, ni hay hipoteca cuando no hay obligación personal que garantizar con ella. Es, pues, el censo una institución de caracteres propios y peculiares.

G) DERECHOS REALES DE PRENDA, HIPOTECA Y ANTICRESIS

Al estar incluidas las citadas figuras en el Código Civil dentro de la materia de las obligaciones y contratos, vincula a CASTÁN la exigencia de los programas que repetían la materia obligando a un estudio de las figuras como Derechos Reales y otra como figuras contractuales de garantía. Lo que sucede es que CASTÁN desarrolla más el estudio desde el punto de vista real que del obligacional y, dentro del mismo, dedica la mayor parte de sus comentarios a la prenda y la hipoteca, para resumir brevemente lo referente a la anticresis, que en el fondo no era más que un pacto añadido para la percepción de frutos por parte del acreedor.

El estudio es perfecto, pues —aceptando la postura del Código— destaca las analogías y diferencias entre prenda y anticresis, señalando como notas comunes (la accesoriedad, la indivisibilidad, capacidad, efectos y realización) y diferenciales (el objeto, los efectos y la forma de constitu-

ción). En la exposición de la prenda —ajustada a la evolución histórica, naturaleza, caracteres, elementos, contenido y extinción— destaca las prendas sobre derechos y sobre valores. En la hipoteca —que sigue la misma sistemática— se afirma la solemnidad constitutiva de la inscripción y ofreciendo los conceptos de las figuras alemanas de la deuda inmobiliaria o territorial, la deuda de renta y la hipoteca de propietario, que aún subsisten en los programas de oposición.

IV. SUS RELACIONES CON LA FUNCION CALIFICADORA

He querido dejar para esta última parte de mi comentario, en honor del Profesor CASTÁN, lo que él dice en diversos pasajes de su obra y que ha servido de ayuda en esa constante actividad a que nos obliga la función calificadora para abrir la puerta de la publicidad a solamente aquellos que sea válido conforme a las leyes y tenga trascendencia real. Dicho así, parece fácil la cosa, pero adentrándose en ese mundo vario de los negocios jurídicos y teniendo en cuenta ese cúmulo de disposiciones legales que permiten, prohíben, condicionan, etc., la voluntad de los particulares, la labor es ingente, sorprendente, casi milagrosa.

Si en nuestra labor jurídica, diaria y constante, se caracterizan las tres fases de interpretación, calificación y establecimiento de consecuencias jurídicas, es claro que CASTÁN contribuye con su aportación a una ayuda en su desarrollo. Piénsese en la maestría de la teoría de la interpretación de la norma que el Profesor CASTÁN ofrece en su parte general (cosa que margino por no invadir el campo que corresponde a ABELARDO GIL MARQUÉS en su lote de comentarios) y la precisión y agudeza que demuestra al desarrollar la misma. Si la calificación en el caso normal del documento notarial debe comprender la validez de los actos dispositivos, la capacidad de las partes y los obstáculos que surjan del Registro, hay que descender para precisar la aportación «castaniana» a toda esta materia, aparte que CASTÁN toca unos puntos clave en su Tratado referentes a la diferenciación entre los Derechos Reales y los obligacionales, la famosa teoría del *numerus apertus*, las relaciones que el Código Civil ofrece con la legislación hipotecaria, etc. Lo único —y esto puede significar un «arrastre de cargas»— que CASTÁN, muy en la línea de autores precedentes (incluso S. ROMÁN, que «desguaza» la cuestión), margina el comentario de los artículos 605 a 608 del Código y solamente se limita a hacer alguna referencia a los mismos. Bien es verdad que si lo hubiera hecho, habría invadido campos que salen del programa de oposiciones, que en la parte de la legislación hipotecaria estudiaba los mismos en su esencia y en su remisión.

Por todo ello, y con ánimo de simplificación, vamos a esquematizar el tema distinguiendo estos puntos:

A) LA DIFERENCIACIÓN ENTRE DERECHOS REALES Y OBLIGACIONALES

He dicho, y lo vuelvo a repetir ahora, que la postura de CASTÁN en este punto es la de ser testigo más que Juez, ya que, sin perjuicio de exponer las diferentes doctrinas y teorías sobre la diferenciación de ambos derechos, se limita a dar testimonio, pero no llega a pronunciarse por una o por otra y nos deja a los que íbamos para Registradores con esa falta de apoyo doctrinal para decidir a la hora «de la verdad» si aquello que se nos presentaba era real u obligacional. La verdad es que el tema es peliagudo y de difícil solución, y nada me extraña que CASTÁN se olvidase de su condición de Juez y diese sólo testimonio.

Yo hubiera hecho igual. Nos da unas claves que diferencian a unos y otros y alla cada cual en su caso particular. Pero no sólo se contenta con dar unas claves, sino que las matiza, sacando una serie de consecuencias que permiten construcciones paralelas. Las claves son éstas:

- Por razón de las *personas* que intervienen en la relación jurídica. La persona o sujeto activo de la relación jurídica real es un sujeto individualmente determinado, aunque lo puede ser «medianamente» haciendo surgir los derechos subjetivamente reales.

- Por razón del *objeto*, parece claro que ha de tratarse de una cosa corporal, específica y determinada (a diferencia de la prestación obligacional), pero al admitirse la «subhipoteca» y los derechos sobre bienes inmateriales, la precisión no es tan segura.

- Por razón del *poder* que atribuyen el derecho real se caracteriza por el que se ejerce sobre la cosa directamente y sin ningún intermediario, aunque luego se interfiere el concepto de «intervención pasiva», lo cual obliga a matizar: sin ningún intermediario personalmente obligado.

- Por su *eficacia*. Los derechos reales son absolutos, otorgando un derecho de persecución y otro de preferencia.

- Por la distinta intervención que la *voluntad o la ley* tienen en su otorgamiento. Según su criterio los derechos reales toman su consideración de la ley y obedecen en lo esencial al principio de orden público. Todo ello, sin perjuicio, de la teoría del *numerus apertus*.

Mientras los derechos de obligación se generan por contratos o títulos, los derechos reales exigen el cumplimiento del «modo de adquirir» la tradición.

- Por su *duración*, los derechos reales suelen ser de naturaleza perpetua y los obligacionales tienen naturaleza transitoria.

Este esquema era, y es importante, pero exige proyectarlo sobre cada caso concreto que se nos presenta. El esquema es distinto del método

dogmático de inversión utilizado por la escuela alemana donde se daban una serie de caracteres que matizaban al derecho real, frente al obligacional y todo ello suponía que frente a un derecho si reunían ciertos caracteres de uno u otro grupo, cabía incluirlo sin problema en cada uno de dichos campos. Lo que sucede es que la aparición de figuras intermedias como el *ius ad rem*, el *ius in re*, la *obligatio*, etc., destruyeron la teoría al no poder encuadrar estas figuras intermedias.

CASTÁN bastante hace con la enumeración y clasificación de los que a su juicio —y conforme a la regulación legal— deben ser tenidos como derechos reales (dominio, posesión, usufructo, uso y habitación, servidumbres, los censos, la prenda y la hipoteca, la anticresis y el derecho de retracto). Dudosos: retención, tanteo, derecho hereditario y arrendamiento.

B) LA TEORÍA DEL «NUMERUS APERTUS»

Las referencias que la legislación hipotecaria hacía en su frase «y cualesquiera otros reales» (art. 2) y los artículos 7 y 9 del Registro Mercantil inclinan a la doctrina a considerar que el sistema español es el del *numerus apertus*, facultando a la voluntad de los particulares la creación de otras figuras semejantes o coincidentes con los derechos reales. CASTÁN se limitaba, por aquel entonces, a señalar la conocida Resolución de 11 de abril de 1930, seguida de la de 23 de noviembre de 1934, donde se condicionaba la creación de nuevos derechos reales a la reunión de los requisitos exigidos para la inscripción. Luego se ha reiterado esta doctrina en sucesivas Resoluciones posteriores (22 de febrero de 1943, 27 de marzo de 1943, 31 de abril de 1951 y 1 de julio de 1959, etc.). Y es que, como apuntó GONZÁLEZ PALOMINO (8), falta poder e imaginación para crear nuevos derechos..., aun así han surgido varios.

Esta teoría que también nos deja «solos ante el peligro» está, sin embargo, complementada, por aquellas frases que CASTÁN dedicaba a la labor creativa de los Notarios y Registradores. Al abordar el tema de las fuentes del Derecho se refiere, en general, a la labor «legitimadora, autenticadora y constitutiva» de los derechos, no «creando» los mismos, pero «colaborando» en su formación. Entiende CASTÁN que las calificaciones reiteradas y aceptadas generalmente pueden llegar a tener un valor normativo y ser la base de costumbres jurídicas o usos jurisprudenciales.

Como vemos, CASTÁN intuyó —con esa visión de futuro que tienen los

(8) GONZÁLEZ PALOMINO, J.: *Estudios jurídicos de arte menor*. Pamplona, 1964.

grandes hombres y los finos juristas— que en esa labor constructiva o en esa «organización del Derecho privado» era fundamental la doble intervención de Notarios y Registradores: formando y elaborando la voluntad de los particulares unos y dando valor proyectivo frente a todos lo así elaborado. En este entramado que significa la seguridad del tráfico son importantísimas esas dos piezas, pues si la primera *previene*, la segunda *confirma* la seguridad. Si esto no fuera así, el principio se vendría abajo y la seguridad jurídica se habría volatizado.

C) LA VALIDEZ DE LOS ACTOS DISPOSITIVOS

Sin perjuicio de que los mismos deban reunir las formas adecuadas y señaladas en cada caso por el legislador, es preciso que el acto sea considerado como válido por la legislación vigente, pues el acto no es válido porque se inscribe, sino que se inscribe porque es válido, y esta frase dicha por NÚÑEZ LAGOS (9) supone toda la condensación de la doble actuación notarial y registral. ¿Qué requisitos debe reunir el acto para que sea válido? Es preciso que reúna todos y cada uno de los requisitos que a cada derecho inscribible se le marcan para su existencia, eficacia y validez, y en esto CASTÁN, con su sistemática precisa y ajustada a la norma, nos lo brinda con una generosidad inusitada en cada uno de los estudios que dedica a la materia.

Si conforme al Código Civil no existe contrato —en su aceptación de título inscribible—, si en el mismo no concurren el consentimiento, el objeto y la causa (art. 1.261 Código Civil), tendríamos que adentrarnos en ese campo de la parte general del Derecho, donde CASTÁN va examinando la voluntad, su manifestación, los vicios que puedan afectarla y las formas en que se manifiesta. A ello hay que unir el tremendo campo de la capacidad y la legitimación, donde CASTÁN ofrece un mosaico inigualable, concentrando en cada acto las situaciones para las que las personas tienen capacidad. He dicho que en estos supuestos CASTÁN hace o hizo los oficios que hoy puede lograr una «computadora», aunque ésta se puede confundir, y CASTÁN no lo hizo nunca.

Lo mismo que hemos dicho para el consentimiento y la capacidad de las personas, podríamos apuntar respecto a la teoría general del objeto, donde CASTÁN, en su parte general, desarrolla la materia, desde el objeto hasta la cosa, pasando por la diferenciación de muebles e inmuebles y llegando a la clasificación de bienes registrables y no registrables.

(9) NÚÑEZ LAGOS, R.: «Registro de la Propiedad español». *RCDI*, 1949.

D) OBSTÁCULOS QUE SURJAN DEL REGISTRO

La verdad es que en este punto CASTÁN no puede decirse que aportara notas, datos o precisiones, ya que él no estudió el Derecho hipotecario, sino que en su *Derecho civil común y foral* se limitó a estudiar ciertos contactos que la institución registral tenía con la creación, modificación y extinción de los derechos reales. Afloran, sin embargo, ciertos puntos que van ligados a la teoría del título y el modo, el principio de prioridad, el problema de la doble venta, etc.

Y es preciso terminar estas notas que, como testimonio humilde de gratitud por las enseñanzas recibidas, brindo al que fue Maestro de juristas y auxilio de opositores. En mi despacho tengo una foto dedicada por su hijo en la que aparece CASTÁN con su Toga de Magistrado, y si la «toga», como dijo OSORIO GALLARDO (10), no es más que un trozo de paño negro sin bolsillos, yo quiero rendir tributo a quien desde su toga me enseñó gratuitamente algo que no hubiera podido aprender en otros libros. ÁLVARO D'ORS (11), muy aficionado a distinguir la «autoritas» y la «potestas», me va a permitir utilizar ambos términos para encuadrar la obra de CASTÁN. Si las *autoritas* la da el conocimiento, es innegable que éste hay que reconocérselo a CASTÁN en forma plena, ya que sin ese dominio de la materia no hubiese podido escribir lo que él brindó al mundo jurídico. Si la *potestas* viene o emana de abajo arriba, ahí estamos los juristas que atribuimos a CASTÁN la «autoritas» de su magisterio. La lectura de un buen libro —y no digamos su estudio—, como apuntó MAUROIS, es un diálogo incesante: en que el libro habla y el alma contesta.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ
Registrador de la Propiedad

(10) OSORIO GALLARDO, A.: *El alma de la toga*. Madrid 1929.

(11) ÁLVARO D'ORS: *Una introducción al estudio del Derecho*. RIALP, Madrid, 1977.