

Derecho y asiento

Con estos dos términos—que hoy sintetizan la idea de derecho real—, como lema, vamos a romper lanzas en pro del derecho personal u obligatorio o de crédito (1), considerado, generalmente, como de peor familia que aquél, y respecto del que, desde negarle—al igual que al real—la misma *existencia* se llega, cuando ésta es admitida, hasta el punto de que se le niega *posesión* y, cual si fuese combatiente enemigo, *asiento* en la lumbrera del registro público de cosas.

No viene gozando de buena prensa, ésta es la verdad, la distinción entre una naturaleza real y otra personal del derecho subjetivo.

Ni, incluso, el propio concepto de derecho subjetivo.

Ni, nos atreveríamos a decir, el concepto.

El Derecho no puede apoyarse en conceptos—se dice—porque a través de conceptos en los que no se da cabida a todo lo esencial, la visión del Derecho será incompleta y parcial.

Pero esto es así mientras el concepto no abarque todo lo, para nosotros, esencial.

En efecto.

Si, de un lado, para el hombre (que tiene un intelecto con evidéntísimas limitaciones divinas) la realidad que, de suyo, sea realidad, escapa

(1) Al derecho personal u obligatorio se le puede denominar, con verdad, derecho de crédito, pues tanto el derecho personal de estado como el derecho personal de crédito lo son de obligación (de crédito o deuda, *debita*, plural de *debitum*, obligación) o sujeción—de la acción o de una persona—por un contrato o negocio obligatorio, aunque no sin caer en imprecisión, porque mientras el derecho personal o de crédito (de *creditum*, préstamo; de *praestare* o *stare*, estar, con *prae*, delante, es decir, «estar al frente», «responder de algo») atiende a la utilidad del dinamismo propio de la acción sujeta, el derecho personal de estado (de *stare*, estar inmóvil) se centra en la utilidad de lo estático (lugar en que la acción sitúa a la persona en la comunidad nacional, regional o familiar) de la sujeta acción.

a su dominio (2), con lo cual caen, por su base, cuantos argumentos se funden en que lo acertado es construir sobre realidades vivas (si por realidad viva se entiende lo que, de suyo, lo sea); y si, de otra parte, no es menos evidente que para el hombre la realidad viva es la realidad que su mente le sirve (distinta o no de lo que, de suyo, sea) (3), esto nos explica que unos hombres—ARISTÓTELES, SANTO TOMÁS DE AQUINO—pudieran tomar el *ser* como punto de partida para llegar al *pensar*, puesto que éste necesita a aquél, aun cuando la realidad, de suyo, sea muy otra sin culpa del hombre, y otros hombres—DESCARTES, KANT—hayan podido tomar el *pensar* como punto de partida para llegar al *ser*, puesto que éste, igualmente, necesita de aquél, aun cuando sin culpa del hombre la realidad, de suyo, sea muy otra, hasta el extremo de que para el hombre tan cierto es afirmar: «pienso, luego existo», como «existo, luego pienso», pero sin que con tales afirmaciones hayamos resuelto el problema de la inseguridad de tener la realidad como, de suyo, sea ella, es decir, con independencia de como nosotros nos la representamos en la mente, lo que nos lleva a estas conclusiones:

— Seguimos y seguiremos con la inseguridad de captar lo que, de de suyo, sea efectivamente realidad.

— Nuestra realidad, sea o no la que, de suyo, efectivamente, sea, es únicamente lo que nos representamos en nuestra mente.

— Estas representaciones intelectuales (a las que llamamos pensamientos o conceptos) son nuestra realidad y, lo que es más trascendente, nuestra única realidad.

— Sin conceptos no hay realidad para el hombre, quien, por tanto, está incapacitado para sustituir la naturaleza de las cosas, esto es, la naturaleza que, de suyo, tengan, efectivamente, las cosas, como primera evidencia, por los conceptos, en razón a no ser de su dominio esa na-

(2) Lo que expresan con suma sencillez la conocida advertencia: «¡Ojo, que la vista engaña!», y la célebre estrofa:

*En este mundo traidor
nada es verdad ni mentira;
todo es según el color
del cristal con que se mira.*

(3) CARNELUTTI, en su *Metodología del Derecho*, 2.^a ed. en español, Méjico, 1962, trad. de A. Ossorio, pág. 77, dice que «de hecho se puede adecuar, poco o mucho, la inteligencia a la naturaleza. Dice verdad el testigo que cuenta lo que ha comprendido del asunto. Pero ¿cuánto ha comprendido? Buscar la verdad quiere decir buscarla hasta el límite de nuestras propias fuerzas. Pero ¿qué es lo que se busca? ¿Qué quiere decir que el hombre penetre en las cosas o que éstas penetren en él? El secreto de las cosas es «la ley». Este es el objeto del saber que es distinto del ver. La verdad científica no es más que el conocimiento de las leyes de la naturaleza».

turalaleza, sino la por él representada con representación siempre sujeta a rectificación.

— En tanto rectificables en todo momento, los conceptos y—por ser éstos la naturaleza de las cosas para el hombre—la naturaleza de las cosas según esos conceptos, son mudables, sin que sepamos que sea o no mudable la naturaleza que, de suyo, tengan, efectivamente, las cosas. Dos ejemplos, sobresalientes entre muchísimos, lo acreditan: el globo terráqueo que habitamos estuvo quieto y sostenido, luego dándole vueltas el Sol, y, más tarde, al Sol; la sangre de los seres vivos estuvo quieta y luego en circulación.

— Ni definitiva definición—concepto—del círculo y del triángulo, ni figuras empíricamente dadas en la experiencia con la naturaleza que, de suyo, tengan, sino concepto—naturaleza de las cosas para el hombre—que abarque toda la esencia de lo que se ha pretendido llevar al conocimiento, y por y para ello siempre sujeto a rectificación.

— La complejidad de lo que el hombre pretende llevar a su conocimiento le impone una ordenación de los conceptos—clasificación—que, en sí, es también una concepción.

Pues bien, una ordenación o clasificación, tan precisa al buen uso del entendimiento como al de una biblioteca lo será la de los libros colocados en ella, es la del Derecho en Objetivo y Subjetivo y la de este último en Real y Personal, maltratada por un buen sector de la doctrina jurídica.

No se acoge—se argumenta—la diversidad, heterogeneidad y variabilidad que se pretende encasillar.

Concretamente del derecho subjetivo, se afirma que es un preconcepto inadecuado para captar la realidad jurídica en su totalidad.

Sin embargo, en tanto concebido como poder de una acción respecto de otra, ninguna posición privilegiada de uno frente a los otros escapará de sus linderos.

Mayor fundamento tienen los ataques dirigidos a los conceptos diferenciadores tradicionales entre el derecho real y el derecho personal, por cuanto esos conceptos no abarcan la esencia de la distinción. Nos referimos a los de inmediatividad, inherencia, reipersecutoriedad y absolutividad (4).

No obstante, rectificado oportunamente el concepto diferenciador

(4) Puede verse la inconsistencia de estos conceptos en VALLET DE GOYTISOLO, *Determinación de las relaciones jurídicas relativas a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a tercero*, págs. 36 y ss.

entre una y otra clase de derechos, puede y debe mantenerse la distinta naturaleza de los derechos reales, frente a los derechos personales.

Pues evidente es que el poder (que el derecho es en sí) lo determina la percepción de una utilidad, porque es esta utilidad—en su más amplia acepción—lo que por ella y para ella hace surgir entre dos partes—pluripersonal una, o ninguna, o ambas—una relación jurídica.

Evidente, asimismo, que susceptibles de utilidad (en sentido amplio) lo son las cosas materiales y las acciones, porque tan útil es para el hombre el goce de las cosas materiales—el goce del valor económico o de afección de ellas, en sí, o del uso o de los frutos de las mismas—como el goce de las acciones—el goce de su valor de afección o económico.

Evidente, de igual modo que la naturaleza de una cosa material y la naturaleza de una acción no son iguales; como desigual es, no la utilidad o goce de un valor, sino la fuente de este valor—cosa, acción—que no tenga siempre igual naturaleza.

Evidente, también, que por la diversa naturaleza de la fuente de la utilidad, cuya percepción determina el derecho, se puede catalogar a éste en dos clases, de distinta naturaleza, en atención a que lo a percibir con el ejercicio del derecho sea una utilidad proveniente: ya de una cosa material—verbi gracia: el dinero (cosa fungible) del capital debido, en el usufructo o en la prenda de un crédito—, o ya de una acción—por ejemplo: la del arrendador de cosa de ceder temporalmente el uso de ella al arrendatario—(5).

(5) La acción del arrendador de desprenderse, de traspasar, de ceder temporalmente el uso o goce de una cosa la integran las acciones:

- de entregar por tiempo la cosa (que es obligación del arrendador—artículo 1.554, 1.º—);
- de conservar en el ínterin la cosa (que, igualmente, es obligación del arrendador—art. 1.554, 2.º), y
- de hacer posible por algún tiempo el goce o uso con su actitud—de acción (desprenderse, sanear) o de omisión (no perturbar de hecho)—(que lo mismo es obligación del arrendador—art. 1.554, 3.º—).

Pero el hecho de tener—inmediata o mediatamente—la cosa el arrendatario, que necesariamente acompaña a este desprendimiento, traspaso, cesión, depende de las acciones integradoras de la de desprenderse, traspasar, ceder del arrendador, a la utilidad de cuya acción de ceder, traspasar, desprenderse se atiende, aun cuando a virtud de esta acción se disfrute de una cosa y parezca que es a la utilidad de esa cosa a lo que se mira. Pero antes que el goce o uso de la cosa en sí está la acción de traspaso, cesión, desprendimiento del disfrute, en razón a que lo que posibilita por algún tiempo aquel uso o goce es esta acción de desprendimiento, cesión, traspaso temporal de él. Se dirá que la utilidad de esta acción es la del uso o goce de la cosa que en su virtud se obtiene. Sin embargo, no es así. Pues una cosa es el disfrute y otra distinta la cesión, el desprendimiento, el traspaso de él; y así se puede estar posibilitado para el disfrute por el traspaso, la cesión, el desprendimiento, y no disfrutar.

Evidente, en fin, que es acertado emplear la voz *real* para calificar al derecho determinado por la percepción de la utilidad proveniente de una cosa material, y el vocablo *personal* para adjetivar al determinado por la utilidad de una acción.

Posesión es el—derecho de—disfrute de un derecho (el derecho poseído) (6).

La tenencia de una cosa por una persona, en tanto es posesión en cuanto es el disfrute de un derecho, como cuando, por ser real el derecho poseído—su esencia es la utilidad de una cosa—, el disfrute del derecho requiere el disfrute de una cosa y el disfrute de una cosa la tenencia de esa cosa.

La tenencia de una cosa llega a ser así, pues, jurídicamente, el disfrute de un derecho.

Puede acaecer que el derecho de disfrute (de un derecho—el derecho poseído—), lo que la posesión es, y el derecho poseído, por la materialidad del disfrute y la espiritualidad del derecho, no estén, como es lo procedente, a un tiempo, en un mismo patrimonio; verbi gracia: disfrute de derecho dominical por quien no es dueño.

Obvio, por tanto, que la tenencia (que según el disfrute será contacto ya directo, ya indirecto de persona y cosa), el disfrute en tanto derecho, viva disociado o no del derecho poseído en el que se integra, se diferencia con claridad de la tenencia, del disfrute en tanto hecho, simplemente.

La tenencia, el disfrute en tanto mero hecho no es posesión (7).

La acción de traspaso, de desprendimiento, de cesión del uso o goce del arrendador no es un «pati» ni una obligación de continua tensión de su voluntad. El arrendador toma a su cargo la obligación de desprenderse, de traspasar, de ceder respecto del uso o goce, dependiendo el goce o uso del arrendatario del cumplimiento de esa obligación.

(6) Tanto el derecho que tiene como el que no tiene por objeto una cosa material puede tener y tiene un disfrute, un goce, por lo que tanto uno como otro es susceptible de posesión, de derecho de ese disfrute. Y que este disfrute (aunque se agote en la exigencia de una prestación de hacer o de no hacer, y, por tanto, aunque la acción no sea algo que se domine de hecho y en la forma directa que la cosa material) es posible que se ocupe y que se sujete a la voluntad, y de que se adquiera y pierda como dice el artículo 438 del Código civil, no ofrece dudas.

La sistemática del Código civil español regulando la posesión a propósito de los bienes no puede servir de argumento para afirmar que sólo cabe posesión de derechos reales, porque bienes son también los derechos personales y porque la cosa material sirve, aunque no sea siempre, de sostén a la acción del derecho personal (comodato, depósito, arrendamiento, etc.).

(7) En las mismas Partidas puede comprobarse que ni toda tenencia es posesión («mas si él fuese apoderado della por mengua de respuesta, o porque la entrada por fuerza, o la furtara o la robara, como quier que él sea tenedor della, pero non ha por ende la verdadera posesión»—Ley X, Tít. XXX, Partida III—),

Quien consciente—por violencia, tolerancia o ignorancia de quien tiene el derecho de disfrute (art. 444 del Código Civil)—o inconscientemente—durmiendo al que se le mete la cosa en el bolsillo—sólo tiene el mero hecho de la tenencia, del disfrute, no es poseedor. Únicamente con quebranto del verdadero concepto se puede decir que la posesión es un hecho: el hecho de tener una cosa.

La tenencia, el disfrute en tanto derecho integrante del derecho poseído, abstracción de la unión de ambos derechos en el patrimonio de un titular, es posesión natural.

La tenencia, el disfrute en tanto derecho integrante del derecho poseído, considerada dicha unión, es posesión civil (8).

ni toda posesión es tenencia («es—posesión—quando algunt home sale de...—lo—que él es tenedor..., non con entendimiento de la desamparar...—o sea—maguer non sea tenedor de la cosa corporalmente»—Ley II, Tít. XXX, Partida III—). «Después que ha home ganado la tenencia de alguna cosa—dice la Ley XII de los mismos Título y Partida—siempre se entiende que es tenedor della, quier la tenga corporalmente quier non, fasta que la desampare con voluntat de la non haber; ca como quier que todavía non la tenga corporalmente, siempre puede ser tenedor della en su voluntat.» O sea, que, según los Códigos antiguos y modernos, se *tienen* cosas materiales y se *poseen* derechos, ya que, tanto para unos como para otros, la posesión no es la tenencia, aunque a la tenencia—de la cosa material, por precisa para el disfrute de esta cosa, necesario, a su vez, para el disfrute del derecho real, y porque el derecho a este disfrute lo sea (posesión)—llegue, entonces y sólo entonces, a llamársele posesión.

Por esta razón no hay, no puede haber posesión mediata y posesión inmediata; sí contacto directo o inmediato y contacto indirecto o mediato de persona y cosa. Pero este distinto contacto no determina grados de derecho de disfrute. Este derecho de disfrute varía con el derecho poseído, disfrutado: dominio, usufructo, arrendamiento, mandato, depósito, prenda, etc.; es decir, según este derecho disfrutado confiera facultades de dueño (dominio), o de disfrute (usufructo, arrendamiento, mandato, etc.) o conservación (depósito, prenda, etc.), perteneciendo el dominio de la cosa, si la hubiere, a otra persona. Cuando un dueño o un poseedor a título de dueño entrega la cosa al usufructuario, al arrendatario, al depositario, al comodatario, al mandatario, etc., no pierde su posesión, su derecho de disfrute del derecho de dominio, y los que reciben la cosa entregada adquieren la posesión de su respectivo derecho, esto es, el derecho de disfrute del derecho de usufructo, de arrendamiento, de depósito, de comodato, de mandato, etc.; y así si el arrendatario subarrienda habrá un doble contacto (mediato uno, inmediato otro) de persona y cosa, pero tres posesiones, tres derechos de disfrute: el del derecho de dominio, el del derecho de arrendamiento y el del derecho de subarrendamiento.

(8) Las Partidas con la frase «por otorgamiento de derecho» y nuestro Código civil con las palabras «intención de haberlo como suyo» se están ocupando, realmente, del derecho poseído o, mejor dicho, de que el derecho poseído esté o no en el patrimonio en el que anda su disfrute. Para uno y otro Cuerpo legal, posesión natural es el—derecho de—disfrute, sin más indagación; y posesión civil ese mismo—derecho de—disfrute en atención a que esté allí donde la norma lo otorga (Partidas) o reconoce (Código civil) por la intención—«con voluntat de la haber» (*a sensu* contrario de la Ley XII, Tít. XXX, Part. III); «de haberlo como suyo» (art. 430, inciso final, del Código civil)—de quien disfruta, o sea, allí en el patrimonio donde, según esa intención, porque no sea torcida y sí ajustada a la ley, deba estar.

Al no entenderlo así MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, 3.^a edi-

Según actúe la buena o mala fe en la separación en distintos patrimonios del derecho de disfrute y del derecho poseído, así será de una u otra de esta clase la posesión (art. 433 del C. C.).

Derecho poseído sólo puede serlo el susceptible de apropiación (de haberlo como de uno, de titulación, de título, de establecimiento de la relación jurídica cuyo lado activo es el derecho (9)—art. 437 del C. C.—), teniendo trascendencia el que su cualidad sea dominical o no de dominio, perteneciendo éste a otra persona (art. 432 del C. C.), pues que,

— siéndola dominical goza a su favor de la presunción de establecimiento, de fundamento, de razón de ser, de título, sin que se pueda obligar a su exhibición (art. 448 del C. C.); no, sin embargo, cuando tenga como título a la prescripción ordinaria, ya que para ganar ésta se necesita un título previo que no se presume nunca, sino que ha de probarse (art. 1.954 del C. C.);

ción, tomo IV, pág. 63) yerra, a nuestro juicio. El ladrón—dice MANRESA—es poseedor civil con arreglo al Código, en cuanto tiene el derecho con la intención de haberlo como suyo, cuando es más cierto, a nuestro entender, que según el Código civil el—no titular del derecho poseído—ladrón no es poseedor natural porque su disfrute (hecho de) por acto violento no afecta al disfrute (derecho de) que es posesión; ni civil porque ese su disfrute (hecho de) mientras para la norma no se haya extinguido el acto violento (art. 1.956 del Código civil) no es disfrute (derecho de) que esté (al no hallarse ajustada, entre tanto, a la ley la intención de haber el derecho disfrutado, poseído, como suyo) en el patrimonio que la norma otorga o reconoce que deba estar. Hay *disfrute* de un derecho, pero no *derecho de disfrute*—posesión—de un derecho.

El no titular del derecho poseído, con un disfrute (derecho de) de ese derecho, no violento, ni clandestino, ni meramente tolerado, con (buena fe) o sin (mala fe) ignorancia del vicio de su título, además de natural porque tiene un derecho de disfrute, es poseedor civil porque ese su disfrute (derecho de)—en cuanto la norma, con miras a la certidumbre de los derechos, ampara, siquiera sea por de pronto, aun a riesgo de hacerlo a la mala fe, lo que respecto del derecho poseído exteriorice su disfrute (derecho de)—está, por ajustada—presuntivamente o debido a lapso largo de tiempo—a la ley la intención de haber el derecho disfrutado, poseído, como suyo, en el patrimonio que la norma otorga o reconoce que deba estar. Hay *derecho de disfrute*—posesión—de un derecho poseído por quien no es titular de éste.

Y el titular del derecho poseído, con el disfrute de éste, también, además de poseedor natural porque tiene un derecho de disfrute, es poseedor civil porque ese su disfrute (derecho de) está, por ajustada—realmente—a la ley la intención de haber el derecho disfrutado, poseído, como suyo, en el patrimonio que la norma otorga o reconoce que deba estar. Hay *derecho de disfrute*—posesión—de un derecho poseído por quien es titular de éste.

(9) «DERECHO» se llama el lado activo de la relación jurídica porque es un poder normativo: *a)* de la acción propia, frente a la ajena, para percibir la utilidad de las COSAS—derecho REAL—; *b)* sobre la acción ajena para percibir la utilidad de esta ACCION—derecho de crédito, personal u OBLIGACIONAL—.

El establecimiento (voluntario—acto o negocio—o involuntario—imposición de autoridad) de la relación jurídica es, pues, el fundamento, la razón de ser o TÍTULO del derecho, es decir, el fundamento, la razón de ser o el título que, normativamente, da existencia al derecho.

— no siéndola de dominio, al titular dominical no le obliga, ni perjudica, a menos que hubiere otorgado facultades expresas para ello o lo ratificare después, el ejercicio del derecho de disfrute de un derecho de dominio, bien por el mismo que tiene ese derecho de disfrute de derecho no de dominio, o bien por éste consentido (art. 463 del C. C.).

El derecho de disfrute,

— puede ejercerse en nombre de la persona que lo tiene (art. 431 del C. C.);

— sirve de título (si se ejercita lo necesario para la prescripción—título o establecimiento, fundamento o razón de ser de la relación jurídica y, por ello, del lado activo de ésta: el derecho—) para adquirir el derecho poseído (art. 447 del C. C.);

— lo determina, en caso de contienda, su ejercicio o disfrute—con preferencia el actual sobre el inactual, y el más antiguo de entre dos actuales (10)—y, en su defecto, por ser de iguales fechas los actuales, el título del derecho poseído, habiendo intervención judicial, si los títulos fueren iguales (11), mientras se decide sobre el derecho de disfrute o sobre el derecho poseído (art. 445 del C. C.) (11 bis);

(10) Son posibles dos disfrutes actuales al no requerir el disfrute en todo caso un contacto directo de persona y cosa. Así, si un adquirente de dominio—poseedor de buena fe del dominio—arrienda el día de su adquisición y en este mismo día el arrendatario, quedándose como comodatario, transmite por bajo precio el dominio a un tercero que adquiere de buena fe el derecho de disfrute del derecho de dominio—poseedor de buena fe del dominio—, habrá, pues, dos disfrutes actuales del mismo concepto—dominio—y fecha.

(11) Iguales en concepto y fecha son los títulos en el supuesto de la nota inmediata anterior.

(11 bis) Este artículo, en efecto, dispone: LA POSESION, el derecho de disfrute de un derecho, COMO HECHO, como disfrute (hecho de) inmaterial (derecho de) que, por esto, puede existir a la vez en dos personalidades distintas al no requerir necesariamente el contacto directo de persona y objeto, sin embargo, por ser parte integrante del derecho poseído, NO PUEDE RECONOCERSE EN DOS PERSONALIDADES DISTINTAS, FUERA DE LOS CASOS DE INDIVISION, o sea, fuera de los casos en que el derecho poseído pertenezca por indiviso a varias personas. SI SURGIERE CONTIENDA SOBRE EL HECHO DE LA POSESION, sobre el disfrute (derecho de) actual de una personalidad cuyo reconocimiento sea pretendido por otra, SERA PREFERIDO, será reconocido, EL que tiene el derecho de disfrute o POSEEDOR ACTUAL; SI RESULTAREN DOS personalidades con disfrute (derecho de) o POSEEDORES actuales, EL MAS ANTIGUO; SI LAS FECHAS de los derechos de disfrute DE LAS POSESIONES FUEREN LAS MISMAS, EL QUE PRESENTE TITULO del derecho poseído, del que sea parte integrante el derecho de disfrute; Y SI TODAS ESTAS CONDICIONES FUESEN IGUALES, SE CONSTITUIRA EN DEPOSITO O GUARDA JUDICIAL la utilidad de la acción o de LA COSA, MIENTRAS SE DECIDE SOBRE la percepción de esa utilidad, ya sólo mediante el mero poder o derecho de disfrute que es SU POSESION, ya mediante el poder o derecho (integrado, entre otros, por ese de disfrute) en que consiste la total titularidad O PROPIEDAD del derecho poseído POR LOS TRAMITES CORRESPONDIENTES.

En su consecuencia está claro que no hay contradicción en establecer:

— goza en su ejercicio de protección procesal, al margen (y por ello no de protección sustantiva) de la unión de ese ejercicio, en un mismo patrimonio, con el derecho poseído en el que se integra, o sea, al margen de hallarse disociados en patrimonios pertenecientes a distintos titulares (artículo 446 del C. C.) y con procedimiento ajustado a su origen (negocio *inter-vivos* o *mortis-causa*) y a cómo se haya inquietado (amenaza, alteración, impedimento), sin atender a más (Título XX del Libro II y Título XIV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento civil). Es que no es lo mismo retener el ejercicio, el disfrute que se tiene, que haber de recobrar el que se tuvo. Es que, si no se tuvo, presumida su unión con el derecho poseído, en el aceptante del negocio *mortis-causa* (12) y en el

-
- de una parte, que EL POSEEDOR PUEDE PERDER SU POSESION, su derecho de disfrute, POR LA POSESION DE OTRO, el derecho de disfrute de otro—art. 460, núm. 4.º—, puesto que al no ser necesario para que haya disfrute que estén en contacto directo persona y objeto, puede existir a la vez en dos personas un tal disfrute (derecho de); y
 - de otra parte, que LA POSESION, el derecho de disfrute, NO PUEDE RECONOCERSE EN DOS PERSONAS DISTINTAS—art. 445—, toda vez que, integrando el derecho poseído, sólo en donde se halle este derecho deberá estar el de disfrute, por lo que cuando existe en dos sólo se reconoce en uno: a) en el más viejo, si no ha dejado al nuevo que lo tenga más de un año; b) en el más nuevo, si el viejo lo ha dejado ese tiempo, al presumírsele, entonces, al nuevo, salvo prueba en contrario, titular del derecho poseído.

Por fin, se ha de añadir que poseedor ACTUAL es todo poseedor (de un derecho) que es tal frente a quien, sin serlo de ese derecho, lo pretende ser; verbigracia: el poseedor (del derecho de dominio) de una posesión judicial frente al detentador de la cosa objeto de ese derecho de dominio que alega tener sobre ella un derecho a adquirirla, siendo, pues, poseedor de este derecho a adquirir, pero no del de dominio (que faculta a detentar), aunque lo pretenda ser. Ciertamente que este poseedor ACTUAL preferido del artículo 445 es caso distinto de SI RESULTAREN DOS POSEEDORES—también del mismo artículo—actuales, es decir, dos poseedores de un mismo derecho que son tales frente a sí, según ya vimos en la nota 10.

(12) Es particularidad trascendente—según opinión nuestra expuesta antes de ahora—del negocio *mortis-causa* la de que, cuando lo es de sucesión de heredero, acaba siendo concluido por quien actúa, a un mismo tiempo, de titular de dos patrimonios: el propio del aceptante (heredero) y el adquirido a virtud de la aceptación, o sea, el propio del oferente (causante), pues que el aceptante, por la aceptación, duplica su personalidad. De una parte, es aceptante. De otra, hace las veces del oferente, es decir, es suboferente. Quiere esto decir que, en tanto aceptante, su posición no coincide con la del *de cuius* (arts. 442 y 1.087 del Código civil); son partes distintas, pues actúan desde distintas posiciones en relación a los intereses contemplados. En cuanto hace las veces del oferente—suboferente—se mueve, ocupándola, en la esfera jurídica de éste, pero sin que por eso deje de mantenerse aquella posición no coincidente; hace las veces, mas no es el continuador de la personalidad del oferente (las relaciones personalísimas de éste se extinguen); no se da una absoluta identificación, pero, sin embargo, ese hacer las veces encaminado a la estabilidad de las relaciones jurídicas no personalísimas, a que estas relaciones no se trunquen, sino que continúen invariables más allá de la muerte de la persona, en tanto en cuanto lleva en sí el confiar el

adquirente del negocio *inter-vivos* que inscribe (13), la certeza que sobre esa unión proporcione la inscripción se ha de sustituir, cuando no haya amparo en ésta, con la que nazca de darle oportunidad a la reclamación de quien se crea perjudicado con la presunción, y con tal que no se esté ejerciendo por otro (14) el disfrute a virtud de un derecho poseído dominical, por ser, entonces, prevalente la presunción de pertenencia (de unión de ejercicio—del derecho de disfrute—y de derecho poseído) del derecho poseído a quien tiene el ejercicio del derecho de disfrute; apareciendo equiparado, a este efecto, el derecho de usufructo con el de dominio en razón a la identidad de uno y otro respecto del disfrute causante (por lo hiriente de los sentidos que es el disfrute como exteriorización del derecho) de la presunción de pertenencia;

de cuius la actuación dimanante de su posición jurídica extrapersonalísima al heredero, poniéndole en su lugar, confiere a éste ese lugar, esa situación que él ocupaba y que al morir ha dejado vacante. Así, por lo que respecta al activo patrimonial del oferente, como heredero-suboferente toma para sí la titularidad del oferente y no una titularidad nueva, esto es, *sucede*, sigue al oferente, y como heredero-aceptante *adquiere* la titularidad que el oferente y, en su lugar, el heredero suboferente le transmite y toma para sí como titularidad nueva, no coincidente en un todo con la del oferente, es decir, hay transmitente y hay adquirente, efectuándose la tradición, de parte del oferente, por quien hace sus veces (el heredero-suboferente) o: *a)* a sí mismo (heredero-aceptante), y en este caso la aceptación implica la tradición (art. 440 del Código civil); *b)* al legatario, y aunque puede el oferente encomendar la tradición a persona distinta del heredero lo es como mera ejecutora que ha de dar cuenta a éste del encargo (art. 907 del Código civil). El heredero aceptante recibe los bienes del oferente (y haciendo las veces de éste, de él mismo en cuanto suboferente), **todos a la vez, pero uno a uno**, a título de herencia de aquél, o sea, a título diverso de aquel que justificaba la adquisición del oferente, lo que explica se proteja su adquisición de buena fe (artículo 442 del Código civil). Este actuar, en el momento de la aceptación, por la misma persona (el heredero) dos partes distintas: el oferente (y, haciendo sus veces, el heredero en cuanto suboferente) y el aceptante (el heredero en cuanto aceptante) explica perfectamente: que, a un mismo tiempo, el heredero sea sucesor y adquirente del derecho de disfrute—POSESION—de un derecho, y que, en cuanto—hasta la aceptación—nunca tuvo, por adquirente, ese derecho de disfrute integrante del derecho poseído, se ha de presumir que—desde la adquisición por la aceptación—tiene aquél en unión de éste (que es lo que hace el art. 440 del Código civil, si bien con la vista puesta, antes que en la propia presunción—recogida en las palabras: «se entiende transmitida... en el caso de que llegue a adirre la herencia»—, en el intervalo de la muerte a la perfección del negocio *mortis-causa*).

(13) El adquirente, por adquirente, nunca tuvo el derecho de disfrute del derecho poseído; mas si después de la adquisición por negocio *inter-vivos* (la por negocio *mortis-causa* ya cuenta con la dicha en la nota inmediata anterior), aunque siga sin tenerlo, inscribe su derecho poseído «se presumirá—dice el último inciso del párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria—que... tiene el derecho de disfrute—POSESION—del mismo».

(14) Ya que, en cuanto sucesor, no cabe a su favor presunción de unión y sí el pechar con la separación existente de derecho de disfrute y derecho poseído (art. 1.633 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

— en todo caso:

A) el que *no lo tiene* no lo adquiere CONTRA la voluntad de quien lo tiene en su patrimonio (art. 441 del C. C.), sea o no este patrimonio el mismo en el que esté el derecho poseído, pero sí puede adquirirlo SIN la voluntad del que lo tiene (art. 438 del C. C.):

1) por la ocupación material (aprehensión física del disfrute) o por el mero acontecer de quedar el disfrute sujeto a la acción de nuestra voluntad (aprehensión ficticia del disfrute);

2) por los medios (actos propios y formalidades) legales establecidos (interdicto de adquirir, posesión judicial), a los que hace referencia, además, el inciso final del artículo 441 del C. C.; y

B) quien *lo tiene* lo pierde (art. 460 del C. C.):

a) SIN su voluntad,

3) por la destrucción o pérdida total, física o jurídica (exclusión del comercio) del disfrute (art. 460, núm. 3.º);

b) CON su voluntad,

4) por el abandono que haga de él (art. 460, núm. 1.º);

5) por la cesión onerosa o gratuita que haga de él (art. 460, número 2.º), pues que integra el derecho poseído, verdadero objeto de la cesión; y

6) por consentir el derecho de disfrute de otro durante más de un año (art. 460, núm. 4.º), con más o menos pleno consenso.

Pues bien, nada de cuanto se acaba de decir sobre el derecho de disfrute que es la POSESION—y que es específico del derecho real—repele al derecho personal, de crédito u obligacional como derecho poseído.

Y si es cierto que para algún autor (RUGGIERO, «Instituciones de Derecho Civil», trad. de Serrano y Santacruz, Madrid 1929, vol. 1.º, página 796, nota 1) posesión de crédito indica que se trata de un acreedor aparente que no tiene acción para continuar exigiendo cuando el deudor, apercebido de que no lo es, suspende el pago, en suma, indica que no se trata de posesión, parece, sin embargo, más verdadero entender que cuando el deudor no fue deudor es que no hubo derecho personal o de crédito poseído, ni, por tanto, derecho de disfrute de él—POSESION—, como cuando la cosa no fue de las del comercio, tampoco hubo derecho real poseído, ni, en su virtud, derecho de disfrute de él—POSESION—. Bien que posesión de crédito indique que se trata de un acreedor aparente; más aparente (de «apariencia»: aspecto o parecer exterior de lo que hay o es; no de «aparentar»: dar a entender lo que no es o no hay) es el acreedor que, respecto de un derecho de crédito existente, tiene aspecto o parecer exterior de tal siéndolo otro, al igual que dueño aparente

no es el titular de un derecho de dominio inexistente—como lo sería el derecho que pretendiese tener por objeto una cosa excluida del comercio—, sino el titular que, respecto de un derecho de dominio existente, tiene aspecto o parecer exterior de dueño siéndolo otro, o sea, el titular no verdadero de un derecho de dominio existente. ¿O es que se tiene acción para ser mantenido en el goce de una cosa no susceptible de apropiación? Contrariamente resulta evidentísimo que al acreedor aparente—de un crédito que es—se le mantiene en el goce (art. 1.164 del C. C.).

Indiscutible que todo el que entre en contacto con un vínculo (relación) de dos (partes)—PRIMERO y SEGUNDO—es, por esto mismo, TERCERO.

No sólo el ajustar la conducta de dos (partes)—PRIMERO y SEGUNDO—a los términos del establecimiento de su vínculo (relación), sino aún más el respetar todo TERCERO el vínculo (relación) de dos (partes)—PRIMERO y SEGUNDO—, exige el dar a conocer ese establecimiento, el cual en tanto acto psíquico (de la persona—acto—o de las partes—negocio—, en cuanto establecimiento voluntario; o de quien encarne la Autoridad—imposición de Autoridad—, en cuanto establecimiento involuntario)—TITULO—(15), se duele de ser, en sí mismo (al igual que el poder normativo—DERECHO—) incorpóreo, invisible, sin aptitud para ser, de sí propio, físicamente ostensible.

Sin embargo de la perceptibilidad que, en su caso, la COSA presta al DERECHO y, en todo supuesto, el DOCUMENTO al establecimiento del mismo, en suma, al DERECHO, ni una, ni otro bastan para darle completa certidumbre en cuanto exteriorización apreciable por todos,

(15) Al acto psíquico—TITULO—que ha de rebasar la esfera individual de su autor o autores *le da existencia*, fuera de esta esfera, su *expresión* oral o escrita.

Escrita es la expresión de todo acto de autoridad, de toda resolución judicial (arts. 364 y 365 de la Ley Procesal civil) o administrativa (art. 41 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

Escrita es la expresión a la que pueden compelerse las partes del negocio jurídico (arts. 1.279 y 1.280, párrafo último, del Código civil) e indispensable para que el negocio surta efectos contra tercero (art. 1.526 del Código civil en relación con el art. 1.257 del mismo Código).

(En el cuasi-negocio real de ocupación de una cosa y en el acto jurídico—disfrute voluntario de una cosa durante un lapso de tiempo—que es la prescripción actúa la perceptibilidad de la cosa).

Expresión y acto o título se identifican hasta el punto de que la expresión escrita—DOCUMENTO—toma para sí el nombre de TITULO, si bien en su aspecto formal.

De su parte, al poder normativo para percibir la utilidad de las COSAS, éstas *le dan* (mejor, *le prestan*) la *perceptibilidad* tan de ellas.

sino que su generalizado e indubitado conocimiento para conseguir fijeza y seguridad, imponen, como adecuado a ello, otro medio: el ASIENTO en un registro público (16).

Con el traslado (en nuestro Derecho, no literal—transcripción—, sino de un extracto—inscripción—) al ASIENTO del DOCUMENTO, se obtienen precisos efectos de publicidad, tan de importancia que, desorbitándola, se tiene al asiento por apto para transformar la naturaleza del derecho de crédito o personal en derecho real.

Acaece, en ocasiones, que nuestra acción (*ajena* para el que percibe su utilidad determinante del derecho personal) repercute directamente en nuestra también acción (*propia* para percibir de una cosa su utilidad determinante del derecho real), como cuando:

a) mantenemos temporalmente una oferta de tradición de una cosa (OPCION); o

b) mantenemos temporalmente el traspaso del goce de una cosa (ARRENDAMIENTO); o

c) invertimos, por comisión (en nombre propio y por cuenta ajena), el precio de la venta de una cosa a este efecto adjudicada a nosotros (ADJUDICACION PARA PAGO u OTRO OBJETO) (17).

Entonces, para que no sea incompleto lo que del derecho real se publique por el ASIENTO en el registro público que a él se consagre, habrá de tener y tendrá acceso al ASIENTO el derecho personal actuante en la esfera del real, pero sin que este acceso cambie la naturaleza—percep-

(16) De la corporeidad, visibilidad y tangibilidad del DOCUMENTO y de la COSA usa, indistintamente, el DERECHO según su contextura. No cuenta con la de la COSA el derecho de crédito, ni tampoco el derecho real, que se desenvuelve alejado de ella; ambos utilizan en su lugar el DOCUMENTO; y el derecho real alejado de la COSA, además, el ASIENTO.

(17) Es que en la realidad de los hechos las relaciones personales y reales viven amalgamadas en franca simbiosis: se constituye, modifica o extingue la real con la personal; se asegura (la acción de) la personal con la real, ya con el mecanismo de publicidad de ésta (arrendamiento, adjudicación en comisión, opción), ya con la misma relación real haciéndose accesoria de la personal (derechos reales de garantía).

Otra cosa es que existan, como existen, ACCIONES—de cuya utilidad se trata—consistentes en dar o entregar una cosa (contrato de compraventa, de depósito, etc.) y COSAS—de cuya utilidad se trata—que (como v. gr.: el dinero—cosa fungible—del capital debido en el usufructo o en la prenda de un crédito) inconcretas por reemplazables, a la vez que objeto de la acción exigida en relación personal, acaban consistiendo en documentos materializadores—cosificadores—de la exigencia de esta acción, supuesto que, al admitirse en sustitución legalmente otro tanto de igual calidad y hallarse por esto sin señalar ni fijar con exclusión de otras, quedan relegadas, pasando a primer término, hasta el punto de hacer las veces de ellas, el establecimiento o título (que fundamente el derecho a percibir la utilización de ellas), el cual, al materializarse en su expresión escrita—DOCUMENTO—, se identifica con éste (no obstante ser título formal y no sustantivo), e identificado hace las veces de COSA el documento cosificador de la exigencia de la acción de la relación personal.

ción de la utilidad de una acción ajena—del derecho personal, pues su esencia continuará siendo, a pesar del acceso al asiento registral, percibir una utilidad proveniente de una acción (18).

Hemos de *respetar* toda relación jurídica, real o personal, de los demás, para lo que tenemos que saber, que conocer su existencia, imponiendo la generalización de este *conocimiento* su publicidad.

Precisamente sobre el buen conjugar este conocimiento y aquel respeto anda la buena fe.

Por lo que al conocimiento atañe, el ASIENTO aventaja en publicidad al DOCUMENTO. Y no porque lo escrito en el ASIENTO sea de esencia distinta a lo escrito en el DOCUMENTO, sino porque la norma no confiere igual eficacia a lo escrito en uno y otro, ya que mientras lo escrito en el DOCUMENTO no es sólo lo existente para ella, en cambio lo escrito en el ASIENTO es, para ella, lo único que existe, independientemente de que lo conozca o no, en realidad, el tercero. O sea, que la norma da por conocido lo no conocido, que aparece escrito en el ASIENTO, cosa que no hace con lo escrito en el DOCUMENTO.

Y el que sea la relación real la más necesitada de esta publicidad mediante ASIENTO, viene impuesto:

— por traducirse el poder que confiere en una acción propia frente a la acción de los demás;

— por no exteriorizar la tenencia de la COSA, de por sí, el tipo de acción propia de que se trate;

— por haber tipos de acción propia que no requieren tenencia de la COSA; y

— por no servir el DOCUMENTO para apoyar en él una presunción de conocimiento, háyalo o no, en cuanto aquél no está bajo la salvaguardia de la Autoridad, sino de los particulares, árbitros en gran medida de su exhibición, cuando menos.

Sin embargo de esto, como, de un lado, la tenencia de la COSA, en

(18) Por muy inscrito que esté el arrendamiento, el derecho del arrendatario no deja de ser personal, toda vez que su publicidad deja intocada «la percepción de la utilidad de una acción» (natural ser del derecho personal)—mantener el traspaso del goce—ajena para él, o sea, del arrendador.

Aunque atendiendo a notas distintas a este natural ser hay quien opina lo contrario. Así, entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN, para quien la inscripción arrendaticia es un derecho real de creación legal, y LA RICA, que cree que la inscripción convierte al arriendo en un derecho real.

Bueno será recordar que la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 afirmó: que los arrendamientos quedan siempre limitados a una obligación personal, de donde dimana el que sólo quien adquiere el dominio en virtud de un título universal está obligado a respetar el arrendamiento hecho por su antecesor, pero no quien lo hace por títulos singulares, y, en fin, que cuando se toma razón del arrendamiento en el Registro el comprador entra en el contrato de compraventa con el conocimiento de una obligación de que es sucesor.

su caso, no expresa, con rotundidad, si la relación es o no personal, y, de otra parte, el DOCUMENTO siempre es pobre para una generalizada publicación de la relación, cuando la precisa la personal, más que nada por incidir en la real—caso del arrendamiento, de la opción, de la inversión (dar el destino indicado) de lo adjudicado—, no se le niega, ni podría negársele, a la relación personal su publicidad, mediante ASIEN-TO, sin que con ello se altere ni al registro público que sea, ni, mucho menos, al derecho.

Eso sí, será aconsejable para que el registro de la relación real la refleje con la máxima nitidez, y puesto que la real puede desempeñar—haciéndose accesoria de la personal—misión aseguradora de ésta, excluir, hasta donde sea posible, la relación personal de este régimen registral. Pero sólo hasta donde sea posible. Es decir, que no cabrá cerrarle, resueltamente, el acceso, e, incluso, por el contrario, habrá que abrírselo, resueltamente, cuando el aseguramiento tenga que descansar en la misma publicidad del registro.

En conclusión: el derecho personal u obligatorio o de crédito:

- tiene existencia clara y distinta del derecho real;
- es susceptible de posesión; y
- sin la menor alteración en su esencia o naturaleza, toma *asiento* (se registra) en el registro del derecho real.

PEDRO PORRAS IBÁÑEZ

Notario