

Àrea de Dret Civil
Universitat de Girona (Coord.)

La codificació dels drets reals a Catalunya



Materials de les Catorzenes
Jornades de Dret català
a Tossa

21 i 22 de setembre de 2006

La codificació dels drets reals a Catalunya
(Materials de les Catorzenes Jornades de Dret Català a Tossa)

LA CODIFICACIÓ DELS DRETS REALS A CATALUNYA
(MATERIALS DE LES CATORZENES JORNADES
DE DRET CATALÀ A TOSSA)

ÀREA DE DRET CIVIL
UNIVERSITAT DE GIRONA
(Coord.)



Girona 2007

Dades CIP recomanades per la Biblioteca de la UdG

La codificació dels drets reals a Catalunya. Materials de les Catorzenes Jornades de Dret català a Tossa ;
coord: Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona. – Girona : Documenta Universitaria, 2007. (Acta; X) – 376 p. ;
23,5 cm

ISBN 978-84-96742-24-6

I. Universitat de Girona. Àrea de Dret Civil 1. Dret i legislació -- Catalunya – Congressos 2. Dret i legislació --
Espanya -- Congressos 3. Drets reals 4. Garanties reals

CIP 347.2(063)JOR

Reservats tots els drets. El contingut d'aquesta obra està protegit per la Llei, que estableix penes de presó i/o multes, a més de les corresponents indemnitzacions per danys i perjudicis per a aquells que reproduïssin, plagiessin, distribuïssin o comunicuessin públicament, en la seva totalitat o en part, una obra literària, artística o científica, o la seva transformació, interpretació o execució artística fixada en qualsevol mena de suport o comunicada a través de qualsevol mitjà, sense la preceptiva autorització.

© els autors

©Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona

©DOCUMENTA UNIVERSITARIA ®

www.documentauniversitaria.com

info@documentauniversitaria.com

Primera edició

ISBN: 978-84-96742-24-6

Imprès a

Girona, setembre de 2007

Les *Catorzenes Jornades* han estat organitzades per l'Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona, en col·laboració amb l'Ajuntament de Tossa de Mar i el suport de:

Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia

Universitat de Girona

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Col·legi de Notaris de Catalunya

Facultat de Dret UAB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Facultat de Dret UPF (Deganat)

Col·legi d'Advocats de Barcelona

Col·legi d'Advocats de Girona

Diputació de Girona

Fundació PROGRUP

SUMARI

PONÈNCIES

PRIMERA PONÈNCIA LA CODIFICACIÓ DELS DRETS REALS

LA REGULACIÓ DELS DRETS REALS EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

ANTONI MIRAMBELL I ABANCÓ

I. La Llei 5/2006, de 10 de maig: els precedents	21
II. La llei 5/2006, de 10 de maig: uns criteris de codificació	23
1. Regulació actualitzadora i innovadora	24
2. Principis bàsics	24
3. Caràcter de dret comú	25
III. La nova regulació: alguns aspectes destacables	26
1. Títol 1. Els béns	26
2. Títol 2. La possessió	30
3. Títol 3. L'adquisició, la transmissió i l'extinció del dret real	34
4. Títol 4. El dret de propietat	45
5. Títol 5. Les situacions de comunitat	48
6. Títol 6. Els drets reals limitats	53
IV. Bibliografia	57

ORIENTACIONES PARA UNA POSIBLE REFORMA DE LOS DERECHOS REALES EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

ÁNGEL CARRASCO PERERA

I. Ocasión y dos citas	59
II. Una propuesta de Principios de ordenación del sistema español de derechos reales	61
III. Los objetos de la regulación	73
IV. ¿Un Código civil para regular los derechos reales?	78

SEGONA PONÈNCIA ADQUISICIÓ, TRANSMISSIÓ I EXTINCIÓ DELS DRETS REALS

ELS SISTEMES ADQUISITIUS DELS DRETS REALS EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

FERRAN BADOSA COLL

I. Introducció. Els dos "sistemes d'adquisició" dels drets reals de la llei 5/2006: el fonamentat en els "títols d'adquisició" i el fonamentat en la tradició	83
1. "Transmetre i adquirir"	84
2. "Constituir i transmetre"	85
3. Els objectes de l'adquisició	86
4. Altres supòsits adquisitius que no són títols	86
5. La doble presència de la tradició. En relació amb el "títol" i la "iusta causa traditionis"	87
6. Les diverses accepcions de la possessió en els drets reals	88

II. 1a part. El "sistema d'adquisició" fonamentat en els "títols d'adquisició"	90
1. El "títol d'adquisició" (art. 531-1). L'admissió de la seva possible insuficiència	91
2. La complementació i la integració del títol adquisitiu (art. 531-1).....	92
III. 2a part. El "sistema d'adquisició" fonamentat en la possessió adquirida per tradició	95
1. La tradició i les seves "justes causes" (art. 531-3)	95
2. L'adquisició de la possessió de bona fe de béns mobles a títol oneros i de bona fe (art. 522-8.1.3).....	96
3. La irreivindicabilitat (art. 544-2.1).....	99

L'ACCESSIÓ IMMOBILIÀRIA EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

JOAN MARSAL GUILLAMET

I. Introducció.....	101
II. El supòsit de fet de l'accessió: la incorporació.....	103
III. L'accessió com a "títol adquisitiu exclusiu de la propietat" i com a regla de solució de conflictes entre propietaris	105
IV. Les classes d'accessió	106
V. Els principis de la regulació.....	107
1. La protecció de l'interès del titular del bé principal	107
2. La bona o mala fe dels subjectes	108
VI. Les plantacions i els conreus en sòl aliè	110
1. Amb bona fe de l'incorporador	111
2. Amb mala fe de l'incorporador	112
VII. Les construccions en sòl aliè.....	112
1. Amb bona fe del constructor	113
2. Amb mala fe del constructor.....	114
3. Amb mala fe del propietari del sòl	115
VIII. La incorporació amb materials aliens.....	115
IX. L'aplicació retroactiva de la nova regulació	116

TERCERA PONÈNCIA LES SITUACIONS DE COMUNITAT

LES SITUACIONS DE COMUNITAT EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

LLUÍS JOU MIRABENT

I. Les situacions de comunitat en el títol cinquè del Codi civil de Catalunya.....	121
1. La Llei 5/2006 i el Projecte de 2003	121
2. El títol cinquè i els seus models de referència.....	123
3. Comunitats a les quals s'aplica la normativa del Codi.....	124
II. Les situacions de comunitat en general	125
III. La comunitat ordinària indivisa	126
1. Característiques bàsiques.....	126
2. Constitució i extinció.....	127
IV. Drets individuals sobre la comunitat	128
1. Disposició de la quota.....	128
2. Dret d'adquisició preferent en la transmissió.....	129
3. Renúncia a la quota.....	131

V. L'objecte de la comunitat i els qui en són titulars.....	132
1. L'ús i el gaudi de l'objecte en comunitat.....	132
2. L'administració.....	133
3. Els convenis per regular la comunitat indivisa.....	134
VI. La divisió de la cosa comuna.....	135
1. L'acció de divisió.....	135
2. El procediment de la divisió.....	137
3. Els efectes de la divisió.....	138

LA REGULACIÓ DE LA PROPIETAT HORITZONTAL AL CODI CIVIL DE CATALUNYA

ANTONI GINER GARGALLO

I. Presentació i contingut de la ponència.....	141
II. Introducció.....	143
1. Què és una propietat horitzontal.....	143
2. Què pot constituir una propietat horitzontal.....	144
3. Quina naturalesa jurídica té la comunitat de propietaris.....	144
III. Constitució.....	145
1. Qui pot constituir un immoble en règim de propietat horitzontal.....	145
2. Quan es pot constituir un immoble en règim de propietat horitzontal.....	146
3. Què succeeix si s'han venut alguns departaments abans de la constitució o inscripció del règim de propietat horitzontal.....	146
4. Quin títol formal és necessari per a la constitució d'aquest règim.....	147
5. Quin és el contingut del títol de constitució.....	148
6. Requisits urbanístics per constituir un immoble en propietat horitzontal.....	150
7. Requisits per modificar la propietat horitzontal.....	150
8. Requisits per extingir aquest règim jurídic.....	151
9. Forma d'acreditar els acords de la comunitat per obtenir-ne la inscripció al Registre de la Propietat.....	152
10. Comunitats horitzontals de fet.....	152
IV. Elements de la propietat horitzontal.....	153
V. Despeses de la comunitat. Garantia. Deutes de la comunitat.....	156
VI. Govern de la comunitat.....	157
VII. Comunitats horitzontals amb règim especial.....	158

ASPECTES PRÀCTICS DE LES URBANITZACIONS PRIVADES EN LA NOVA REGULACIÓ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

EMILI GONZÁLEZ BOU

I. Concepte i configuració de les urbanitzacions privades.....	163
II. Finques de titularitat privativa.....	167
III. Elements de titularitat comuna i limitacions.....	168
IV. Títol de constitució.....	170
1. Contingut civil del títol constitutiu.....	171
2. Contingut administratiu i urbanístic del títol constitutiu.....	173
3. Qui atorga el títol constitutiu.....	174
4. Constància registral.....	176
V. Extinció voluntària.....	178

QUARTA PONÈNCIA
ELS DRETS REALS LIMITATS

**EL USUFRUCTO DE DINERO Y DE PARTICIPACIONES EN FONDOS
DE INVERSIÓN Y EN OTROS INSTRUMENTOS DE INVERSIÓN COLECTIVA**

CARMELO AGUSTÍN TORRES

I. Introducción.....	181
II. Régimen aplicable.....	183
III. El usufructo de dinero	184
1. Régimen general.....	184
2. Usufructo de dinero con garantía.....	186
3. Usufructo de dinero sin garantía	187
4. Modificaciones respecto de la Ley 13/2000.....	188
5. Coste fiscal de la garantía.....	189
IV. El usufructo sobre participaciones en FI.....	189
1. Generalidades sobre los FI.....	189
2. Fondos a los que se aplica la regulación de la Ley 5/2006	192
3. Estudio de la regulación legal	194
4. Modificaciones respecto de la Ley anterior 13/2000.....	203
V. Otros instrumentos de inversión colectiva. Las sociedades de inversión de capital variable (SICAV).....	205
VI. Algunas aplicaciones prácticas.....	207

DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

ÁLVARO FERNÁNDEZ PIERA

I. Introducción.....	213
II. Disposiciones generales.....	214
1. Naturaleza jurídica.....	215
2. Constitución y eficacia.....	216
3. Ejercicio de todo derecho de adquisición	219
III. Derechos de adquisición voluntaria	219
1. Constitución.....	219
2. Objeto.....	220
3. Cotitularidad	221
4. Extinción	221
IV. La opción.....	222
1. Naturaleza jurídica.....	222
2. Plazo.....	223
3. Ejercicio de la opción	223
4. Transmisión del derecho de opción.....	224
5. Problemas.....	225
V. Derechos voluntarios de tanteo y retracto	226
1. Plazo.....	226
2. Ejercicio.....	227
VI. Derechos de retracto legales	228
1. El retracto de colindantes	228
2. La tornería.....	228
VII. Problemas de técnica notarial en las actas de notificación y requerimiento	229
VIII. Depósitos notariales	231
IX. Bibliografía.....	231

LA NOVA REGULACIÓ DEL DRET DE RETENCIÓ, LA PENYORA I
L'ANTICRESI EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

PEDRO DEL POZO CARRASCOSA

I. Presentació.....	234
II. Una qüestió prèvia: gènere i nombre.....	235
III. Article 569-1. Garantia d'una obligació "principal"	236
IV. Article 569-2. Eficàcia general.....	236
1. Apartat 1. Realització del valor de la garantia.....	237
2. Apartat 1 i apartat 2. Eliminació de l'efecte anticrètic a la penyora i al dret de retenció.....	237
V. Article 569-4. Obligacions que poden originar el dret de retenció.....	238
1. Apartat a). Despeses necessàries.....	238
2. Apartat c). Retribució de l'activitat.....	239
VI. Article 569-5. Constitució del dret de retenció.....	240
1. Apartat 1. Notificació i oposició.....	240
2. Apartat 2. No-oposició dels cònjuges	241
VII. Article 569-6. Extinció del dret de retenció.....	241
VIII. Article 569-7. Realització del valor del bé moble retingut.....	242
1. Modificació d'alguns terminis.....	242
2. Apartat 3.c. Tipus de la subhasta	242
3. Apartat 5. Documentació.....	243
IX. Article 569-8. Realització del valor de la finca o del dret retinguts.....	243
1. Apartat 1: necessitat d'inscripció en el registre.....	243
2. Apartat 2. Termini per a la venda directa.....	244
3. Apartat 3.b. Problemes greus de redacció.....	245
4. Apartat 3.d: habitatge familiar	246
5. Apartat 3.f. Remissió incorrecta.....	246
6. Apartat 3.g. Termini.....	247
7. Apartat 3.i. Eliminació de la designació de mandatari.....	247
8. Article 569-9. Destinació de l'import de l'alienació.....	247
X. Article 569-10. Retenció de béns mobles de poc valor	248
1. Apartat 1. Exercici.....	248
2. Apartat 2. Comunicació.....	249
3. Apartat 3. Error de concepte i de redacció.....	250
XI. Article 569-11. Substitució del bé retingut	251
1. Apartat 1. Terminologia incorrecta.....	251
2. Apartat 2. Preu de mercat.....	251
XII. Article 569-12. Concepte de penyora.....	251
XIII. Article 569-13. Requisits de constitució de la penyora	252
1. Apartat 1. Possessió i poder de disposició.....	252
2. Apartat 2. Data de la penyora.....	252
3. Apartat 3. Document públic i notificació	253
XIV. Article 569-14. Supressió de la "penyora flotant"	253
XV. Article 569-15. Pluralitat de penyores.....	255
XVI. Article 569-16. Règim de la penyora amb relació a l'objecte empenyorat	256
XVII. Article 569-17. Substitució del bé empenyorat	256
1. Apartat 1. Béns fungibles.....	256
2. Apartat 2. Valors.....	257
3. Apartats 3 i 4. Manteniment de la data de l'empenyorament.....	257
XVIII. Observacions a l'article 569-19. Possessió del bé empenyorat.....	258
1. Apartat 1. Restitució	258
2. Apartat 2. Conservació.....	259
XIX. Observacions a l'article 569-20. Realització del valor del bé empenyorat.....	260
1. Apartat 4, incís inicial. No-oposició judicial.....	260
2. Apartat 4.a. Notaria.....	260
3. Apartat 4.e. Romanent.....	261
4. Altres apartats.....	261

XX. Article 569-21. Destinació de l'import de l'alienació.....	261
XXI. Article 569-22. Penyora de valors cotitzables	262
XXII. Article 569-23. Concepte de dret d'anticresi	262
XXIII. Article 569-24. Constitució	263
1. Apartat 1.A. Poder de disposició	263
2. Apartat 2. Escriptura pública	263
XXIV. Article 569-25. Règim	264
1. Apartat 1. Remissions.....	264
2. Apartat 3. Divisió i segregació	264
3. Apartat 4. Efectes.....	265

COMUNICACIONS

COMUNICACIONS A LA SEGONA PONÈNCIA

EL CULTIVADOR DE MALA FE I LA MTR DE LA PAC

ANDRÉS MIGUEL COSIALLS UBACH

I. Introducció.....	271
II. El cultivador de mala fe: aproximació a les seves característiques	272
III. Conseqüències jurídiques de l'acció del cultivador de mala fe previstes al llibre cinquè.....	274
IV. La <i>mid-term review</i> de la política agrícola comuna.....	276
1. Una nova realitat: els drets de pagament únic.....	276
2. La clàusula del benefici inesperat.....	279
V. Transcendència de l'assignació al cultivador de mala fe dels drets	279
1. Respecte del cultivador de mala fe.....	279
2. Respecte del propietari de la finca.....	280
VI. La indemnització per danys i perjudicis de l'article 542-11.1 CCCat.....	281
VII. Conclusió.....	282

LA ADQUISICIÓ DE BUENA FE DE BIENES MUEBLES EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUNYA

SANTIAGO ESPIAU ESPIAU

I. Introducció.....	285
II. La regla general del art. 522-8 CCCat	286
III. La excepció a la regla general.....	289
IV. La excepció a la excepció	292

COMUNICACIONS A LA TERCERA PONÈNCIA

L'EVOLUCIÓ DEL RÈGIM DE LES SERVITUDS I EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA: L'ESTAT D'ALGUNES QÜESTIONS PROBLEMÀTIQUES

M. ROSA LLÁCER MATAÇAS

I. Presentació: la construcció d'un règim català de les servituds en l'àmbit del principi de llibertat de la propietat	297
II. Observacions generals sobre el dret de servitud en la Llei 5/2006.....	298

III. L'estat de la constitució del dret de servitud.....	301
1. Qüestions de legitimació. Les implicacions de l'art. 566-2.2 CCcat.....	301
2. El signe aparent i la nova jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia.....	302
3. La no-usucapibilitat de les servituds. La transitorietat en la Llei 5/2006.....	304
IV. Les modificacions en el contingut del dret de servitud. La servitud de llums i vistes i l'ordenació de les restriccions del dret de propietat.....	307
V. L'extinció de les servituds: causes. En particular, perspectives de la consolidació en el llibre cinquè del Codi civil català com a causa extintiva.....	311
VI. Les conseqüències de la nova sistematització de les servituds forçoses en el llibre cinquè del Codi civil català.....	313
VII. El tractament de les accions confessòria i negatòria en el llibre cinquè.....	318

VALORACIÓ CRÍTICA DE L'ARTICLE 553-45.4 DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

TERESA ROSELL I GAIROLES

I. Introducció.....	321
II. Antecedents.....	322
III. Limitació al dret de propietat. Discriminació per l'exercici d'activitat professional o empresarial.....	323
IV. Quota de propietat - quota de participació.....	324
V. Àmbit de les despeses sobre les quals es pot aplicar el doble de la quota corresponent.....	325
VI. La càrrega de la impugnació judicial.....	326
VII. Cessament o canvi de l'activitat.....	327
VIII. Enriquiment injust.....	328
IX. Conclusió.....	328

COMUNICACIONS A LA QUARTA PONÈNCIA

COMENTARIO CRÍTICO SOBRE LA EFICACIA DE LA NOTIFICACIÓN NOTARIAL EN LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE RETENCIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

REYES BARRADA ORELLANA

I. Naturaleza real del derecho de retención.....	333
II. La comunicación notarial. ¿requisito de constitución o de eficacia del derecho de retención?.....	334
III. El valor de la notificación notarial en las decisiones del TSJC.....	335
1. Sentencia 24/2001, de 19 de julio, del TSJC.....	335
2. Sentencia 25/2006, de 19 de junio, del TSJC.....	336
3. Líneas fundamentales de la postura jurisprudencial.....	338
IV. Crítica a la postura jurisprudencial. Interpretación del artículo 569-5.1 CCCat.....	338
1. Interpretación literal y su relación con los antecedentes legislativos de la norma.....	338
2. Interpretación contextual.....	339
3. Interpretación según el espíritu y la finalidad de la norma.....	340
4. Interpretación lógica.....	341
5. Conclusión.....	342
V. La situación de retención.....	343

**EL DRET DE RETENCIÓ DE L'EDIFICI PER PART DE LES PERSONES
QUE INTERVENEN EN EL PROCÉS D'EDIFICACIÓ: CONTRACTISTES,
SUBCONTRACTISTES I TREBALLADORS ASSALARIATS**

JORDI MEDINA ORTIZ

I. Introducció.....	345
II. Element objectiu: el crèdit per a la construcció o reparació d'un bé.....	347
1. El crèdit de naturalesa refaccionària com a pressupòsit del dret de retenció.....	350
2. Supòsits de crèdit refaccionari que donen lloc al dret de retenció.....	353
III. Elements subjectius.....	353
1. La persona que encarrega l'execució d'una obra.....	353
2. Altres persones que intervenen en el procés de construcció, lligades contractualment amb el contractista i no pas amb el propietari de l'immoble.....	360
IV. L'adequació de l'activitat executada al pressupost o al pacte.....	366
1. Contractes sotmesos a la LOE.....	367
2. Contractes administratius d'obres.....	370
3. Contractes d'obra no sotmesos ni a la LOE ni a la legislació administrativa.....	371
4. Paper del tercer que hagi d'apreciar el compliment o no de l'execució de l'obra.....	373
5. Conservació de l'obra executada.....	374
V. Conclusions.....	375

ORIENTACIONES PARA UNA POSIBLE REFORMA DE LOS DERECHOS REALES EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

ÁNGEL CARRASCO PERERA

CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL,
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

SUMARIO

I. Ocasión y dos citas.....	59
II. Una propuesta de Principios de ordenación del sistema español de derechos reales.....	61
III. Los objetos de la regulación.....	73
IV. ¿Un Código civil para regular los derechos reales?.....	78

I. OCASIÓN Y DOS CITAS

Se me propone hablar en este foro de las *orientaciones para una posible reforma* del sistema de *derechos reales en el Código civil español*. Y se me hace esta amable invitación a modo de islote aislado rodeado por el océano normativo y acontecimiento jurídico que es el reciente Libro 5 del Codi Civil Catalán, que será en estas Jornadas ampliamente comentado y glosado por los juristas catalanes a los que en estos días tengo el honor de acompañar. Es evidente que no he sido convocado para hablar del Codi de Cataluña, pero también es claro que no he sido convocado para referirme en abstracto al sistema español de Derechos reales. No se invita a nadie “de fuera” a Tossa de Mar para que hable de Derecho sin consideración alguna a lo que ocurre en Cataluña. Y sobre todo, si lo que ocurre es que se acaba de promulgar un cuerpo de leyes como es el Libro 5 del Codi civil catalán.

Voy a hablar en efecto de una utopía normativa que pudiera acaso un día tener lugar en el Derecho de cosas de producción estatal. Es una utopía revolucionaria, no un arreglo técnico cualquiera, no una propuesta de perfeccionamiento instrumental de recursos históricos. Pero voy a hablar bajo la alargada sombra del Codi catalán. Será mi referente, la fuente o el testimonio, bueno o malo, de las digresiones que realice. Que me conste, no existe gracias a Dios ningún papel metido en cajones ministeriales que contuvieran algo así como el borrador de un

borrador de algún arbitrio reformista del Código Civil en la materia de Derechos reales. Por tanto, voy a construir en el vacío de la teoría, sobre la base de muchos años de experiencia que me acreditan en este terreno, y a partir del profundo descontento que me produce lo que se ha escrito en España desde que, a fuerza de copiar a los alemanes, nos empeñamos en que tenía que existir algo así como una parte del Derecho civil llamada "Derechos Reales". En este empeño, el Codi será mi lejano o cercano referente, la fuente de mis ejemplos, mi *sparring* intelectual.

Y voy a empezar por dos referencias doctrinales recientes. Ambas tienen en común varias cosas. Primero, están hechas por personas *diletantes* del Derecho civil; lo que -muy bien lo apuntilló hace muchos años Ortega y Gasset- no es un insulto ni un demérito, sino la constancia de un modo de hacer que suele tener más de fructífero que de dañino. Tanto Benito Arruñada como Miguel Virgós son *diletantes* del Derecho civil; han escrito dos libros recientes que tienen por objeto pensamientos distintos, pero que en una fase de su desarrollo intelectual coinciden en ponderar, glosar y entronizar el sistema español de *numerus clausus*. Miguel Virgós lo hace como excursio previo y necesario para tratar de reconducir la figura del trust a las calificaciones dominicales propias de nuestro sistema (reconducción que finalmente rechaza, por la tipicidad imperativa de nuestro sistema de derechos reales); pero es evidente que el designio que le guía no es elucubrar sobre el sistema de los derechos reales en España y, como buen *diletante*, se remite a la bibliografía manualística al uso. Benito Arruñada es un ingenioso y motivador economista que ha escrito libros en los que yo como jurista he encontrado siempre un filón de fértiles ideas, pero que, evidentemente, no se maneja sino de oídas por los senderos perdidos de nuestro sistema jurídico civil-registral.

Según ARRUÑADA (*La contratación de derechos de propiedad. Un análisis económico*, 2004), el derecho real difiere del derecho obligacional en lo siguiente: el *ius in rem* sólo puede ser dañado con consentimiento de su titular, dada su eficacia *erga omnes*; el derecho real es más valioso que el de crédito, porque este depende de la solvencia de las personas. No está muy claro el sentido de esta idea en el autor, y resulta evidente que en algunos desarrollos argumentales se pronuncia a la aventura. Digo esto porque inmediatamente cercana a la reflexión anterior hay otra, a tenor de la cual los derechos reales recaen sobre bienes duraderos, con una pretensión de supervivencia que los hace más seguros que los derechos de crédito. Según ARRUÑADA, en un registro inmobiliario de documentos, en los que la inscripción no asegura ni confirma una adquisición irregular, el sistema presionará menos sobre la libertad de las partes y no habrá, o habrá en menor medida, un sistema de *numerus clausus* (98-99) y concluye sobre este extremo vaticinando (pág. 115) que los sistemas con un *numerus clausus* más estricto producen efectos de seguridad jurídica más potentes, dando validez a transacciones, con independencia de que fuera válido el negocio causal (sic).

Hay dos ideas de VIRGÓS (*El trust en Derecho español*, 2006) que me interesa resaltar aquí. Con cita de literatura americana del *Law & Economics* (la misma en la que de hecho se apoya ARRUÑADA: MERRIL / SMITH, *Optimal Standardization in the Law of Property*, 110 Yale Law Journal, october 2000; HANSMANN / KRAAKMANN, *Property, Contract and Verification: The Numerus Clausus Problem*

and the Division of Rights, Harvard Law School Public Law, Research Paper 037, 2002, <http://ssrn.com/abstract?id=323301>), el autor sostiene que el sistema de *numerus clausus* ahorra costes de información a terceros que se enfrentan con la eficacia potencial de un derecho ajeno o que acaso desean adquirir este derecho. Además, la reducción del número de derechos reales sobre un bien disminuye el coste de organizar los consentimientos precisos para dar al bien el más eficiente de los empleos. De nada vale –sigue el autor– que el sistema establecido en los arts. 2 LH y 7 RH parezca dar entrada a un sistema de *numerus apertus*, porque la regulación hipotecaria es adjetiva, y recibe de la legislación sustantiva los tipos de derechos admisibles para inscripción (y cabe citar aquí en apoyo de esta difundida idea el magisterio de DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, III, 1995, pág. 113, al que todos finalmente recurren). En conclusión, no cabe el trust como tal en Derecho español, porque nuestro sistema no admite formas atípicas de derechos de propiedad (págs. 42-43).

II. UNA PROPUESTA DE PRINCIPIOS DE ORDENACIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHOS REALES

1. El sistema regulatorio de los “derechos reales” no tiene como contenido propio el conjunto de los derechos que otorgan a su titular un poder directo sobre las cosas- porque no todos los “derechos reales” comprenden un poder de este tipo y hay otros tantos derechos obligacionales que igualmente confieren este poder directo. Tampoco es el contenido del sistema regulatorio los derechos que son por su propia condición oponibles *erga omnes*- porque no hay derechos de tal clase por su propia condición, y todos los derechos relativos a cosas tangibles e intangibles pueden llegar a ser efectivos frente a terceros, si se aprovechan de una regla de oponibilidad ofrecida por el sistema normativo. Por tanto, no hay “derechos reales” si a esta expresión se le quiere dar un contenido normativo propio, sin necesidad de otros complementos regulatorios.

La diferencia histórica entre el usufructo como *pars dominii* (no como “derecho real”, pues las fuentes no conocían tal constructo) y el arrendamiento de fincas como simple crédito se hallaba en que el locatario no poseía directamente, sino que era acreedor del uso por intermedio de la prestación que en tal sentido tenía que acometer el arrendador (*praestare uti frui licere*). Pero esta distinción no se corresponde con las convicciones sociales actuales, por lo que no debe ser mantenida. Además, es falsa. Pensemos en un usufructo nacido de contrato no gratuito: un contrato por el que se cede por renta el derecho de usufructo temporal. Es manifiesto que el derecho de usufructo es en tal caso el contenido de un deber contractual de prestación (¿de qué contrato?: ¿de un contrato de usufructo?), y el cedente está obligado a procurar el uso útil, y responde por evicción si no lo hace. De cierto, en el Derecho común fue considerado que el censo (que hoy se considera por la doctrina y por el Codi como un derecho real, pero no por el Código civil) no era más que un contrato por el que constituía una especie de usufructo. Y en el CC el censo enfitéutico no es cosa distinta que la compraventa (contrato obligatorio) de una determinada especie de propiedad.

Una diferencia que no se destaca casi nunca (entre nosotros) entre derechos de

propiedad y contratos radica en que aquéllos son más fácilmente negociables en el mercado, ya que no está sujeto su tráfico al consentimiento que la otra parte tendría que prestar (art. 1205 CC) si se tratara de liberar a un deudor de su obligación. Pero esta diferencia se diluye si se construyen convencionalmente los contratos (o una clase de ellos, por ejemplo los de financiación) como libremente cedibles en la posición activa y pasiva. Es una pura cuestión de organización relativa a la liquidez de la inversión el que se opte por un derecho de propiedad, como es una acción en una SA, o una relación obligatoria, como es la posición de socio de una sociedad civil o mercantil irregular.

2. El sistema de regulación que se corresponde con lo que puede denominarse “Derechos reales” tiene dos contenidos. Primero, el conjunto de reglas sustantivas y registrales en virtud de las cuales las situaciones jurídicas obligacionales nacidas de contratos pueden llegar a ser oponibles a terceros distintos de quienes las convinieron- y entonces se trata de saber en qué medida son oponibles a terceros contratos de compraventa, de alquiler, de prenda, de hipoteca, de opción de compra, de transmisión de derechos de contaminación, etc. Segundo, el “Derecho de cosas” en sentido estricto, esto es, el conjunto de pretensiones privadas que nacen en relación con los bienes y que no tienen su fuente en una regulación contractual- así, comunidad, medianería, relaciones de vecindad, usufructos en su mayor parte, servidumbres en su mayor parte. En este último caso se habla, se puede hablar, de “derechos reales” por el simple hecho de que no hay contrato constitutivo de la relación, y que ésta nace del trato y manejo de las cosas. Pero no se quiere significar nada más que eso, ni se presupone que estas pretensiones varias sean de una determinada clase caracterizada por su “eficacia absoluta” o cosa parecida. En otros términos, los “derechos reales” son (i) aquellas situaciones obligacionales nacidas de contrato y que tienen efecto directo frente a terceros no contratantes (“Derechos Reales” como un conjunto de reglas de oponibilidad) y (ii) aquellas situaciones jurídicas que no nacen de contrato y que tienen que ver con la titularidad, manejo o vecindad de cosas (“Derechos Reales” como simple colección de los derechos sobre cosas)

Si no fuera por este segundo contenido heterogéneo – relaciones jurídicas no contractuales que nacen del contacto, manejo o titularidad de cosas (inmuebles)- el sistema de Derechos reales se podría reducir a un apéndice en el que se contuvieran las excepciones al principio de relatividad de los contratos, del art. 1257 CC.

Las reglas relativas a la vecindad de los fundos o a las situaciones de comunidad no tiene eficacia *erga omnes* porque sean derechos reales, sino porque nacen de la ley, o porque se inscriben en el Registro correspondiente.

3. En verdad, todo derecho subjetivo adquirido legítimamente es oponible a terceros en alguna forma como cosa, al menos mediante una regla de indemnidad (compensación por los daños). Y cuando no es oponible en este sentido no es por la condición “relativa” (no absoluta) de este derecho, sino por consideraciones propias y límites inmanentes del Derecho de Daños. Pero la oponibilidad propia de la eficacia jurídica real es una oponibilidad del contenido del derecho, no de su existencia fáctica como cosa incorporal. Es decir, que el conjunto de facultades concedidas por el derecho para realizar el interés protegido pueden ser exigidas y actuadas frente a terceros que no han sido parte en la convención por la que se adquirió el derecho. Por tanto, un derecho obligacional se hace “real” cuando,

merced a alguna regla de oponibilidad contenida en el sistema, su contenido – no su mera existencia como *res intra commercium*- es eficaz frente a terceros.

El titular de la prenda puede realizar el valor de la cosa cuando ésta ha pasado a propiedad ajena. Pero el FC Barcelona no puede pretender (ni tampoco quiere, sin duda) que juegue en lugar de Ronaldinho el conductor negligente que atropelló al astro del balón dejándolo fuera de juego varios meses. Cuando el FC Barcelona “opone” al conductor su crédito contra Ronaldinho se lo opone como pura cosa (incorporal), dañada, y susceptible de ser compensada, pero no le opone, no puede oponerle, el crédito como contenido de prestación debida por el conductor. En términos aceptables lo ha expresado PAU PEDRÓN: “Los derechos reales producen, respecto de terceros, un efecto de signo positivo: éstos quedan sujetos a la situación jurídica oponible. Los derechos personales producen, respecto de terceros, un efecto de signo negativo: éstos deben abstenerse de vulnerar el crédito” (*Esbozo de una teoría general de la oponibilidad*, RAJyL, 2001, pág. 60).

4. Es una tontería deducir del sistema de *numerus clausus* ninguna consecuencia en cuanto a la potencia de los efectos protectores que produce sobre la seguridad de las transacciones. Porque el sistema de *numerus clausus* no ha nacido como un “designio” para la producción de determinados efectos, en el conflicto posible o imaginado entre seguridad actual de los títulos y seguridad del tráfico. El sistema de *numerus clausus* es una contingencia histórica desafortunada que se produce, como catástrofe normativa, por la confluencia de dos particularidades de la doctrina alemana del Derecho común. Primero, el sistema requiere una puerta de entrada idiosincrásica e inútil, que es el “contrato real de alcance dispositivo” (los derechos reales son reales en Alemania porque nacen de contrato real). Segundo, la propuesta de *numerus clausus* requiere de una poderosa jurisprudencia de conceptos en la construcción de tipos de derechos sobre cosa ajena, como la que era capaz de deparar el pandectismo alemán. Y requiere una buena hipocresía en el uso residual de la propiedad en formas fiduciarias. La hipocresía sistemática consiste en proponer nichos cerrados, pero tapar huecos mediante un uso y abuso incontrolado de la propiedad fiduciariamente vinculada.

En el Derecho alemán, la producción de efectos reales depende de la negociación de un contrato real dispositivo, dificultosamente diverso del obligacional. Los contratos obligatorios, los acuerdos simples, las promesas, no producen efecto jurídico real. Pero nuestro sistema es totalmente diverso. Pero lo que hay que preguntar no es si la transacción ha ingresado en un nicho mediante uno de los sistemas selectivos de acceso, sino si existe alguna regla de Derecho, donde quiera esté situada, que otorgue oponibilidad a una situación jurídica inicialmente construida por acuerdo de dos o más partes.

El sistema de *numerus clausus* es hipócrita socialmente y propiciatorio de fraudes. Como demuestra nuevamente la experiencia alemana, allí donde no cabe construir nuevos tipos se utiliza la propiedad como supertipo residual “fiduciario”, con la particularidad de que con este uso supletorio se arrumban normas imperativas existentes para tipos determinados. Es lo que ha pasado, cuando la atípica cesión de créditos en garantía ha desbancado a la pignoración de créditos, o cuando la Treuhand en cualquiera de sus formas ha venido a cumplir y llenar las funciones tipológicas del trust como forma especial de dominio.

Lo mismo ocurrió en Derecho inglés cuando las reformas del “Property Law” optaron

por eliminar una multiplicidad de “legal interest” sobre las fincas, desde 1925. Estos “estates” fueron echados por la puerta del “Law” para entrar por la ventana de la “Equity”. Y todo ello a través de la vía del “Trust” (cfr. BURN/CARTWRIGHT, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 17 ed., 2006, págs. 11-65, 397-573).

Que, si uno se empeña, la titularidad como fiducia puede suplir y hacer las funciones de todos los tipos posibles de derechos sobre cosas, se manifiesta ahora en el Codi: en lugar de la anticresis con “típica” (¿) función de garantía, cabe pactar un usufructo con función de garantía y contenido anticrético [arts. 561.3.2 c); 561.16.1 d)]. Mas si esto es así, también cabrá pactar un “derecho de propiedad” en garantía limitada a la percepción anticrética de frutos, o una propiedad fiduciaria del derecho de vistas, o una simple “propiedad” del derecho de vistas, o una propiedad del derecho de vistas en garantía del pago de un crédito.

5. No hay que crear un sistema de derechos reales en una ordenación sustantiva (Código Civil), cuando el sedicente ahorro de costes sociales que supondría una ordenación legal de los derechos sobre cosas puede ser conseguido, al menos sobre los inmuebles, mediante un sistema registral de publicidad. Allí donde hay registro con efectos potentes en cuanto a la seguridad de los títulos, no es que triunfe el sistema de *numerus clausus*, sino que se hace innecesario el problema de la calificación previa operada en el plano sustantivo; los arts. 2 LH y 7 RH vienen a probar que es posible resolver (medianamente bien) la ordenación de los derechos “reales” sobre cosas inmuebles con criterios exclusivamente adjetivos, intrarregistrales. Dándole la vuelta al argumento de Virgós, allí donde existe un Derecho adjetivo que funciona, no es preciso un Derecho sustantivo que le provea heterónomamente de contenido registrable. Por tanto, en tanto funcione decentemente el sistema registral hipotecario, y en la medida en que puedan reconducirse a él las reformas que se precisen, no tiene ningún sentido ordenar sustantivamente los pretendidos derechos reales en un cuerpo de normas sustantivas (Código Civil).

6. Una vez que se definen correctamente las condiciones de oponibilidad a terceros de las situaciones jurídicas relativas a las cosas, sería un falso problema, o una falsa solución, la de proveer sustantivamente una lista de nichos de derechos reales admisibles. Ni tan siquiera de -con excepciones que luego se exponen- regular unos y no otros de los títulos posibles (que suponemos ilimitados en su número) de poseer, disfrutar o manejar bienes ajenos. Lo óptimo es que las partes creen tipos, y que el legislador no construya nichos, sino reglas generales de heteroeficacia de las situaciones jurídicas.

7. Las condiciones de oponibilidad en el Derecho existente son básicamente la posesión (“control de hecho”), la mala fe (conocimiento del estado contradictorio preexistente) y el registro (de Bienes Muebles, de valores anotados en cuenta) en bienes muebles, y la inscripción registral, la mala fe (conocimiento del estado contradictorio preexistente) y la apariencia (vgr. servidumbres aparentes) en los inmuebles. Este sistema es sustancialmente correcto.

8. Esta que se expone a continuación es la “auténtica” labor del legislador del futuro en el terreno de los Derechos reales. Primero, determinar bajo qué condiciones pueden llegar a adquirir eficacia *erga omnes* los títulos que de una manera u otra afectan, restringiéndola, a la facultad de disponer de bienes

propios. Segundo, determinar en qué medida el simple conocimiento de una convención ajena relativa a títulos sobre bienes (“mala fe”) hace oponible esta última al tercero que no la ignora.

Es el “tema de nuestro tiempo” en materia de Derechos reales. Se trata de una decisión difícil en qué medida puede permitirse crear con heteroeficacia vinculaciones de disponer, derechos de adquisición preferente, derechos de “acompañamiento” en las ventas ajenas, derechos de imponer una venta, restricciones de tráfico, vinculaciones *ob rem*, “servidumbres” de suministro industrial, etc. ¿Va a exigirse para ello, exclusivamente –como ocurre con los derechos catalanes de adquisición preferente– que estén suficientemente determinados y resulten inscritos? ¿No habrá ninguna otra condición sustantiva? ¿Cuál es el balance de más de cien años bajo el imperio del omnipotente art. 27 de la LH (que, dicho sea de paso, es hoy la regla sustantiva “fundamental” del sistema jurídico español de los derechos reales)? ¿Qué juego –yo creo que mucho– puede seguir prestándonos hoy como regla discriminatoria la exigencia clásica de que las servidumbres satisficieran una “causa perpetua”?

Respecto de lo segundo, el asunto, aunque parece retorcido en su sutileza, es de urgente solución, pues las controversias al respecto se reproducen diariamente. Un tercero “conoce” un derecho de adquisición preferente del que es titular una persona sobre el bien de otro sujeto con el que el primero está interesado en contratar ¿Es el conocimiento (ni siquiera mala fe) un sucedáneo eficaz de la falta de inscripción, de forma que el derecho ajeno conocido es oponible sin más? En el mercado de las empresas promotoras en Madrid es normal destruir por un burofax circulante la eventual alegación de buena fe de un competidor que vaya a adquirir (e inscribir) terrenos sobre los que el primero pretende tener título (normalmente, compromiso de compra, compraventa de aprovechamientos urbanísticos, etc.): cuando se prevé el litigio con el vendedor, se manda un burofax a todos los competidores advirtiéndoles del riesgo que corren si compran el terreno disputado, por esta y aquella razón. El resultado es de facto contundente: con la simple comunicación escrita ya se ha obtenido una heteroeficacia de la pretensión propia como si se hubiera conseguido anotar en el Registro la correspondiente demanda; el adquirente, si pertenece –y difícilmente puede no pertenecer– al círculo de receptores del fax, ya no será de buena fe a los efectos del art. 32 LH. Con un fax circulante de alcance selectivo se consigue heteroeficacia para un simple precontrato imperfecto y se destruye la heteroeficacia que es aneja a la inscripción registral.

9. El “sistema sustantivo” español de derechos reales se reduce a poquísimos mimbres. Primero, la propiedad (pero no otras “titularidades”) se transmite por tradición. Segundo, hay una propiedad plena de fincas (aunque no se sabe “internamente” lo que es, y hay que construirla con las normas jurídico-públicas externas al sistema) y dos desmembraciones de esta propiedad, que son las servidumbres y el usufructo. No hay más “derechos reales”. La hipoteca, la prenda, los censos, son contratos simples, dotados de alguna regla o técnica que permite su oponibilidad a terceros. La anticresis es un contrato de percepción de frutos sin efectos respecto de terceros. Los derechos reales de adquisición (tanteos y retractos) son de origen legal, no convencional, salvo, limitadamente, la opción de compra. Tercera, tratándose de fincas, la producción de efectos respecto de terceros depende de su inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 606 CC); como el “sistema sustantivo” no provee de criterios de identificación, la inscripción se resuelve por puros criterios registrales: es dentro del sistema adjetivo del

Registro donde se proveen o deben proveerse los criterios de inscribibilidad de los derechos sobre fincas; en último extremo, es de estos criterios adjetivos de los que depende la caracterización como real.

El sistema sustantivo no provee ningún criterio sobre si debe ser inscrita una reserva de tesoro futuro gravando una finca que se vende. No provee ningún criterio para decidir si cabe una propiedad separada sobre inmueble ya construido, sobre si cabe inscribir un derecho de superficie sin cláusula de reversión final, sobre la inscribibilidad de un derecho propietario actual afectante al suelo en que van a construirse inmuebles de entrega futura.

10. El mismo sistema catalán padece de la esquizofrenia regulatoria de no decidirse sobre la fuente de la oponibilidad, que es la característica del “derecho real”. El Libro 5 del Codi se ha creado con la pretensión de suministrar un conjunto amplio de reglas sustantivas de identificación y regulación de los “derechos reales”, que posteriormente deberían ser puestas a disposición del Derecho adjetivo encargado de su inscribibilidad. ¿Pero deriva la oponibilidad *erga omnes* de estos tipos de derechos contenidos en el Libro 5 precisamente de que están regulados “como reales”, tienen “nicho” en el Libro 5, lo que les garantiza por vía “sustantiva” su condición jurídico real? ¿O esta oponibilidad más bien depende de condiciones externas-adjetivas, como es la inscripción o el desconocimiento de terceros de buena fe? Y si es esto último -como claramente se desprende de los arts. 563-2.2, 564-3.3, 568-2.1 o 569-24.2 Codi- ¿qué sentido tiene proveer regulaciones de nichos jurídico reales en el Libro 5, si de ello no se deriva ninguna consecuencia regulatoria en cuanto al fondo del problema de los “derechos reales”? Porque todavía tendría algún sentido la creación y regulación sustantiva de nichos de derechos reales, aún con este lastre, si al menos sirviera para suministrar al Derecho registral la lista cerrada (*numerus clausus*) de situaciones jurídicas reales inscribibles. Mas, en mi opinión, ni tan siquiera ello es cierto. Es decir, el Libro 5 del Codi no tiene (ni siquiera) como función limitar el número de nichos de situaciones jurídicas reales inscribibles en el Registro de la Propiedad.

Y ello por varias razones. Primero, porque ninguna regla del Libro 5 del Codi así lo establece. Lo cual es curioso, pues entre tanta norma ociosa como abunda en el Libro 5, falta precisamente la norma fundamental, la regla de clausura del sistema. Segundo, por razones pragmáticas, pues, si ya es malo que en un siglo XXI se promulgue un Código cerrado del Derecho privado de los Derechos reales, mucho peor sería no dejar la puerta abierta para un desarrollo paralegal del Derecho, que fundamentalmente sea acometido, como ha ocurrido hasta ahora, por la DGRN. Tercero, porque, aun con extrema impropiedad y torpeza, el art. 563-1 Codi está dejando abierta la puerta del *numerus apertus*, del desarrollo paralegal del sistema de nichos de situaciones reales. Lo mismo me sugiere la curiosa fórmula -que no considero criticable- del art. 545-4.2 Codi: “*las limitaciones voluntarias constituyen los derechos reales limitados*”. Pero como, a diferencia de los nichos regulados, no existe barrera para crear “limitaciones voluntarias” del dominio -como bien establece el art. 545-4.1-, llegamos a la conclusión de que habrá en el sistema sustantivo catalán tantos derechos reales como limitaciones posibles. Con lo que el sistema acaba siendo una vez más circular, ya que lo decisivo será establecer reglas que determinen cuándo estas limitaciones formarán parte del estatuto dominical *erga omnes*; y eso ya hay que buscarlo fuera del Codi.

11. Es un gravísimo error de concepción jurídica positiva la regulación “jurídico privada” del derecho de propiedad como tal, concebido como el “caput systemae” de los derechos reales. El “derecho de propiedad en sentido estricto” (porque “en sentido amplio” toda titularidad que atribuya un derecho de exclusión es derecho de propiedad, en el sentido que importa al art. 33 de la Constitución) no tiene contenido positivo fuera de las normas jurídico públicas que lo delimitan. En otros términos, no existe un “tipo” de derecho de propiedad. El “derecho de propiedad en sentido estricto” no es otra cosa que un punto “transcendental” (en el sentido kantiano y kelseniano) del sistema. En primer lugar, “propiedad” no es más que la identificación del sujeto de derecho que tiene poder de disposición para ir constituyendo todo tipo de derechos limitados y gravámenes sobre la cosa. En segundo lugar, “propiedad” no es más que el contenido residual de poderes sobre una cosa, que resta después de detraer (i) lo que el Derecho público prohíbe o impone y (ii) lo que es específicamente atribuido por el dueño o por la ley como contenido de derechos limitados sobre la cosa. Por eso, como el dominio puede tener “todos los contenidos posibles” (es elástico) y ninguno de los contenidos actuales posibles (es residual), no tiene ningún sentido regular el dominio desde el Derecho privado.

No sólo no es función de un Código de leyes sustantivas jurídico privadas habilitar restricciones externas a la propiedad privada, ni cualificarlas o “legitimarlas” (como hace puerilmente el art. 545-2 Codi), sino que ni tan siquiera tiene “competencia sistémica” ni “competencia material” para hacerlo. No es nunca un Código civil el lugar para decirle al titular de la competencia normativa sectorial qué puede hacer y hasta dónde puede llegar en su regulación del dominio. Las restricciones (como las llama el art. 545-1 Codi) no sólo vienen de fuera del sistema sustantivo, sino que se legitiman fuera del sistema sustantivo. ¿Qué más da, qué importancia tiene, que un Código sustantivo diga que estas restricciones “constituyen los límites ordinarios del derecho de propiedad en beneficio de toda la comunidad” (¿y por qué no de una “parte” de ella?). ¿Y que más le da al legislador sectorial lo que piense de estas limitaciones el legislador del Código Civil, o por qué las legitime?

12. Se afirma comúnmente que uno de los pilares de nuestro sistema de *numerus clausus*, o uno de los límites infranqueables a nuestro sistema de *numerus apertus*, es la unicidad del concepto de dominio: no se admiten formas especiales de dominio. Pero ello es manifiestamente erróneo, como doctrina, y negativo como propuesta de *lege ferenda*. Han sido las carencias propias de esta doctrina de la univocidad del dominio las que han llevado a sostener ficciones de dominio “único” en los derechos enfitéuticos o en las sucesiones fideicomisarias, o en tantas otras formas de “propiedad cualitativamente separada”, hasta el punto de admitir incluso dominios puramente virtuales y residuales, con tal de no reconocer como forma especial de dominio, por ejemplo, un usufructo sucesorio sin delación simultánea de la nuda propiedad. En todos estos ejemplos, sin embargo, una explicación fundada en la diversidad y pluralidad de derechos de dominio de distinta naturaleza, o en la diversa cualidad de este derecho en función del estado de cosas concurrente, hubiera aportado soluciones más razonables y comprensibles a los conflictos de intereses de las partes. Lo mismo ocurre con la propiedad fiduciaria en garantía. Es la absurda persistencia en

conceptos sustanciales de dominio lo que ha impedido hasta el día de hoy construir con alguna claridad el llamado “ius possidendi” del propietario fiduciario. Por la misma razón, y abiertas las puertas a formas diversas de dominio caracterizadas por su función y no por el tipo abstracto, no hay ningún problema de orden público para que la forma de propiedad especial embebida en el trust sea plenamente reconocible como tal, sin eufemismos ni disgregaciones, en el Derecho español.

El orden público no se manifiesta en el concepto de los tipos de derechos, sino en las condiciones de oponibilidad. Y todo lo que se debe exigir a estas formas especiales de dominio cualificado por la función es claridad en cuanto a su contenido y límites (principio de especialidad, ahorro de costes de información), publicidad suficiente para que los legítimos intereses de terceros encuentren amparo y razonabilidad y justo equilibrio en el intercambio. Es absurdo mantener hoy día que las formas especiales de dominio tipo-trust chocan con el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor. Se trata de un *quid pro quo*, pues el deudor responde (siempre) con lo suyo, y (sólo) hasta el límite de lo suyo. Igual que un propietario no responde con bienes propios sobre los que pesa una prohibición de disponer en beneficio singularizado de un tercero identificado, ni con los activos que incorpora a una sociedad enteramente unipersonal, ni con los bienes que aporta a una fundación, ni con los bienes que conserva en propiedad pero vendió a un tercero bajo reserva de dominio no cancelada al tiempo del embargo. Igual que un propietario de bienes cedidos *pro solvendo* a sus acreedores no responde con estos bienes frente a terceros que posteriormente pretendan ejecución sobre los bienes.

13. Otros de los pilares que se han propuesto como infranqueables testigos de la “clausura” del sistema de derechos reales es el conjunto de los derechos típicos de garantía real. Se afirma con contundencia que no hay otras modalidades admisibles de derechos reales que la hipoteca, la prenda y la anticresis (que no es una garantía real siquiera), sin perjuicio de que se destaque la mayor o menor libertad de configuración convencional de los tipos puestos a disposición de las partes por el sistema. Mas también esto es falso, y, si fuere cierto como afirmación interpretativa, sería un error desde el punto de vista de la política del Derecho. Ya me he referido a la necesidad de reconocer en todos los extremos la propiedad en garantía [o el usufructo en garantía: art. 561-3.2 c) Codi], y paso adelante con otros aspectos del problema. Si el derecho de garantía que se ofrece como típico se construye –como el resto de los tipos– desde una base conceptual, mediante la revelación de sus rasgos identificadores, inevitablemente abocamos a dos consecuencias que son perversas para la racionalidad de todo sistema. Primera, multiplicamos diversos tipos admisibles, conceptualmente diversos, con regímenes dispares, pero con la misma función de garantía; incluso, si hemos dicho que el tipo de garantía es único, la multiplicación denunciada se encubre mediante la simple ubicación estratégica de aquellos otros equivalentes funcionales en otros nichos distintos de los tipos de garantía clásicos (básicamente, en el saco residual del dominio en forma de garantía); es lo que pasa con la reserva de dominio o con el leasing en función de garantía. Segunda, al multiplicar arbitrariamente tipos que no difieren sino por sus rasgos conceptuales -sin perjuicio de la identidad de su función- se ofrece un menú incongruente de recursos a los particulares, que estos pueden elegir a su

capricho y con la finalidad oportunista de, manejando una macedonia de tipos de regulación diversa, permitirse en cada caso burlar normas imperativas de un tipo mediante el expediente de situarse en un nicho regulatorio diverso, pero conservando la identidad del propósito y de la función. Es ésta una grave perversión que envenena todo edificio de tipos cerrados imperativamente, si ocurre que el Derecho ha incrustado en uno de los nichos alguna norma imperativa, de “fuerte” orden público, pero ha omitido hacer lo propio en otro de los nichos donde anida una técnica contractual susceptible de prestar una función equivalente.

La anticresis, por ejemplo, es un nicho relajado. Como nadie cree en ella, no se preocupa el legislador de cargar su regulación con reglas de orden público que hubieran parecido de rigor en la hipoteca. Afortunadamente, en el CC (pero no en el mismo grado en el Codi) es una institución desactivada -por falta de preferencia crediticia y de *ius distrahendi*. Si así no fuera, y se pudiera pactar una anticresis con constituto posesorio (¿y por qué no iba a poder pactarse un constituto posesorio?), habríamos encontrado la reina de las garantías inmobiliarias y un fenomenal mecanismo de fraude de todo el orden público que se ha querido depositar en el derecho de hipoteca.

14. Lo que se acaba de decir es especialmente elocuente en la distinción entre una identificación conceptual y una caracterización funcional de la garantía mobiliaria. Si la prenda se define a partir de rasgos conceptuales, habrá formas o propósitos de garantías que acaben deambulando extramuros del sistema, a pesar de satisfacer necesidades reales [sin duda esto ocurrirá con la prenda catalana, que se define conceptualmente, y, además, con los más adocenados rasgos conceptuales que el legislador pudo encontrar]. Pero si la regla o reglas sustantivas se dictan y aplican a cualquier derecho mobiliario cuya finalidad sea la de servir de garantía de un crédito mediante la facultad que se concede al acreedor de realizar de alguna forma el valor de este activo, entonces ocurren tres milagros sistemáticos. Primero, tenemos un tipo único, pero desaparece la necesidad de teorizar sobre el carácter cerrado o abierto de los derechos de garantía, pues el tipo es universal a la función pretendida (y sólo hay “una” función o propósitos negocial de garantía imaginable, igual que sólo hay una causa contractual onerosa o una causa contractual remuneratoria imaginables). Segundo, eliminamos las opciones de estrategia oportunista que son promovidas por toda sistemática legal de nicho conceptualmente cerrado. Tercero, dejamos que sean los operadores, y no el poco imaginativo legislador, el que se encargue de fabricar tipos específicos que sean congruentes a la función: al legislador no debe importarle esta libertad calificatoria, toda vez que estableció reglas sustantivas en consideración a la causa de garantía, no al tipo de derecho real (prenda) que antes se entronizaba en un nicho regulatorio.

Sirva como ejemplo de definición funcional de garantía real mobiliaria la que se contiene en la DA 6ª de la Ley 13/1994 (Autonomía del Banco de España), añadida por la Ley 44/2002, de Reforma del Sistema Financiero: “se entenderá por garantía cualquier depósito, prenda, operación simultánea, compraventa con pacto de recompra, afección, derecho de retención o cualquier otro negocio jurídico, que recaiga sobre cualquier activo realizable, incluido el dinero en efectivo, y que tenga por finalidad asegurar los derechos y obligaciones derivados de cualquier operación presente o futura”.

15. Hay tres principios que debería seguir todo sujeto que tuviese la capacidad de poder crear reglas sustantivas de Derecho privado con las que construir un sistema de Derechos reales. Primero, todas las reglas de derecho imperativo que se estimen convenientes (y deberían ser muy pocas) en el sistema de los derechos sobre cosas deben establecerse en una parte general, no en el seno de los tipos, en los nichos de los tipos de derechos reales estandarizados. Segunda, no hay nichos cerrados ni lista finita de situaciones jurídicas de eficacia real, pues el control de inclusión ya no tiene que desplazarse al análisis de la elasticidad de cada nicho estándar, sino a la aplicación de las reglas generales que constituyen límites a la autonomía de las partes y condiciones objetivos de heteroeficacia. Tercero, a pesar de lo dicho, no debe omitirse una regulación “ejemplificativa” de algunos derechos reales típicos y clásicos, que tengan virtud “educativa” y sean “genéricos” hasta el punto de haber devenido tipos de frecuencia; una regulación ejemplificadota ahorra a las partes el coste de crear *ad hoc* reglas de derecho en cada negocio por el que se crean o transmitan situaciones jurídico reales, y provee de un “menú corto” ya confeccionado, que en muchas ocasiones de la vida basta y sobra.

En cuanto al primero de los Principios. No se puede permitir que una regla (cualquiera sea su valor hoy) como la de prohibición de pacto comisorio se encuentre localizada en el nicho particular de los contratos de prenda e hipoteca. No se puede explicar que la prohibición del comiso de lo construido se halle escondida en una norma reglamentaria (y probablemente nula) dedicada a la regulación del derecho de superficie. Si los derechos “potestativos”, por los que modifica una situación jurídica o se crea o amplía un objeto de derecho, han de ser ejercitados y hechos efectivos en un tiempo determinado, no puede ocurrir que las normas oportunas haya que buscarlas en los nichos del derecho de opción de compra, de un lado, y del ejercicio del derecho de vuelo, de otro, que, además, son incongruentes. Si es un principio que los derechos posesorios sobre cosa ajena tengan una duración limitada, no puede ocurrir que haya un plazo arbitrario para el usufructo y otro plazo de “anclaje simbólico”, de sesenta y nueve años más, para el derecho de superficie. Si es un principio que las situaciones jurídicos reales subordinadas sobre inmueble ajeno pueden ser perpetuas pero redimibles, no se puede formular ello en el capítulo dedicado a las servidumbres personales de pastos, o en el “cul de sac” innombrable que es el art. 563-3 Codi.

En cuanto al segundo. Es una tarea absurda y de resultados arbitrarios crear nichos y después estirarlos, “a ver dónde llegan”, como ocurre históricamente con los tipos de servidumbre y usufructo, cuya elasticidad ha permitido al tiempo mantener la ficción de que hay un número cerrado de derechos reales, pero proceder en la práctica como si no lo hubiera.

En cuanto al tercero. Los “tipos conocidos” de derechos reales –especialmente para los notarios- deben regularse como tipos de frecuencia y como modelos supletorios que ahorren costes de creación convencional del derecho. Si las partes buscan ante todo alta liquidez en su inversión en derechos sobre cosas, es seguro que preferirán manejar modelos estandarizados (MERRIL / SMITH). Esto es algo obvio. Ha de regularse y mantenerse un tipo básico de derecho real posesorio limitado, que es el usufructo, sobre el que las partes puedan construir variantes y desarrollos con una regulación convencional *ad hoc*; aunque bastantes de las normas ahora existentes en el CC deben generalizarse fuera del tipo específico del usufructo. Ha de regularse y mantenerse un

tipo básico de derecho real de vinculación de uso no posesoria, como la servidumbre, y dejar que las partes construyan variantes y desarrollos y aplicaciones del modelo, si les interesa. Lo mismo ha de decirse de la prenda o de la hipoteca, especialmente de esta última, en la que la existencia de un derecho legal de cobertura es fundamental para agilizar las transacciones con financiación hipotecaria. No tiene sentido hoy regular un modelo legal de censo. Su frecuencia es tan escasa, y las finalidades de su uso seguramente tan idiosincrásicas, que es preferible ahorrarse el coste general de una mala regulación, dejando a las partes interesadas que se compongan sus asuntos mediante una regulación detallada. Por la misma razón, no hay que regular la anticresis. Hoy día es precisa una regulación de cobertura y legal supletoria del derecho de superficie, pero sólo porque la excentricidad y aberración de las regulaciones legales y reglamentarias existentes han creado inseguridad sobre cuál es la frontera de lo admisible, y es precisa la creación de un fondo de seguridad en los operadores. No es preciso ni aconsejable una regulación típica de los distintos reales de adquisición, y el modelo de referencia simple de lo que se puede hacer ha de estar en la parte general de los Derechos reales.

16. No se pueden seguir manteniendo (por razones de inercia histórica) plazos de duración diversos para los distintos tipos de derechos reales sobre bienes inmuebles. Es una arbitrariedad sin fundamento y una invitación al uso oportunista (y fraudulento) del sistema legal que los derechos de usufructo a favor de corporaciones no puedan exceder de treinta años (para Cataluña, sin embargo, art. 561-3.4 Codi) y los derechos de superficie puedan durar noventa y nueve, o que el arrendamiento sobre estos mismos bienes pueda pactarse por una duración cualquiera, siempre que sea determinada y no entregada al arbitrio de una parte. Pues en tales casos el operador jurídico tiene incentivos para manipular los tipos y elaborar estrategias de elusión. No hay más opciones que éstas: o se establece un plazo límite único, y se regula cómo y cuándo pueden pactarse prórrogas [y para esta opción propongo el “anclaje mágico” de los 99 años: ver arts. 561-3.4, 563-2.4, 564-3.2 a) Codi] o se permiten derechos reales en cosa ajena de duración indeterminada, pero sujetos a la restricción clásica aplicables a contratos de esta clase (art. 1705 CC): que cada parte pueda poner fin discrecionalmente a la situación mediante un preaviso, o, como en el censo o en las servidumbres personales, que la parte gravada pueda hacer uso de un derecho de redención por capitalización.

Hoy es posible bajo el CC pactar un usufructo “comercial” por treinta años y un derecho de arrendamiento consecutivo a término inicial (estos treinta años), sin solución de continuidad, sin plazo de duración imperativo de extinción, y siendo el caso de que la cantidad pagada como canon del usufructo sea la misma (con las actualizaciones debidas) que la que haya que pagar como renta locativa. Ambos títulos son oponibles a terceros bajo las mismas condiciones (la inscripción registral). Y esto no es fraude de ley, sino un uso estratégico lícito de las inconsistencias que padece el sistema. Los operadores no deben internalizar los costes de una normativa irracional.

17. No tiene hoy sentido proponer regulación alguna sobre los derechos reales mobiliarios por parte de quien no tiene la competencia, o no encuentra el modo, o no tiene criterio, o no quiere destinar recursos, para construir, financiar, mantener y regular un sistema registral mobiliario. Fuera del sistema registral, apenas quedará esta regla sustantiva: por encima de cualesquiera condiciones,

el que adquiriera de buena fe un bien mueble y obtenga la posesión del mismo, lo recibe libre de cargas y de derechos prioritarios de terceros.

Y la creación de un Registro Mobiliario pasa por la toma de decisiones fundamentales previas. Actualmente funcionamos con un sistema (en gran parte ilegal) algo chapucero, que se parece más al Registro Mercantil que al de la Propiedad, por lo relajado de los datos de identificación exigible, por la laxa calificación registral y por los efectos limitados de fe pública. La cuestión fundamental de nuestro sistema de derechos reales mobiliarios no posesorios no es, sin embargo, si ha de revertirse el camino, para acercar el modelo ahora existente al nivel de seriedad del sistema inmobiliario registral, sino si, por el contrario, es conveniente que siga relajándose el modelo, y que la meta deseable del entero sistema registral acabe siendo un entramado de registros públicos/privados como los que hoy existen para la anotación en cuenta de valores mobiliarios e instrumentos financieros.

18. En la medida de lo posible, el Derecho sustantivo no debe regular acciones, pretensiones, vías procesales de defensa de los derechos, sino los derechos sustantivos y su contenido (en contra, arts. 544-6.2, 544-7, 544-10, 546-3, 547-2, 566-13 Codi). La regulación de acciones de defensa específicas para cada derecho o facultad (¡y sujetas como en el Codi a propios plazos de prescripción!) da lugar a inconvenientes de todo tipo: problemas de acumulación procesal, problemas de competencia funcional judicial, problemas de congruencia procesal y de cosa juzgada. La acción reivindicatoria, la negatoria, la de deslinde, la publiciana, o cualquier otra, son nada más que una serie establecida (pero no sacralizable) de “nomina iuris” con las que se pone nombre a las demandas con las que se pretenden hacer valer los derechos materiales correspondientes. Pero ya hace tiempo que nuestro sistema procesal abandonó el modelo típico de proceso formulario.

El monumental lío que se monta en las sentencias sobre el valor que hay que dar a los criterios de reparto del “fundus disputandus” cuando se ejercita la acción de deslinde regulada (a medias) en el CC, es indicador bueno de que hay que sacar de los Códigos sustantivos todas las reglas por las que se pretenda imponer a los jueces un sistema de valoración de los medios de prueba de una pretensión material. Si sacralizamos procedimentalmente las así llamadas “acciones protectoras del dominio”, y se tipifican en el Derecho sustantivo, se generan peligros de cosa juzgada y de incongruencias como los tres siguientes. ¿Hay cosa juzgada si se perdió la acción reivindicatoria ejercitada y luego se ejercita una acción recuperatoria del mismo contenido fundada en la nulidad del título de quien posee? ¿Comete incongruencia –porque en lugar de decidirse sobre la reivindicatoria se acaba decidiendo sobre la publiciana- la sentencia que estima la acción de reivindicación sobre la base de que del material probatorio existente resulta que el actor tiene “un mejor derecho a poseer” que el demandado poseedor? ¿Qué ocurre si se interpuso y se perdió una demanda de “acción negatoria” instada por unos residentes urbanos contra una planta de celulosa, y posteriormente se presentan los irredentos residentes con una demanda de responsabilidad civil extracontractual por la que se solicita que se elimine la inmisión y se prohíba su continuación futura? Un dato para la historia: a Cataluña empezaron a salirle mal estas cosas cuando hace años se creyó encontrar en la necesidad (incomprensible para mí) de regular la “acción negatoria”.

III. LOS OBJETOS DE LA REGULACIÓN

19. Los que siguen son (salvo el inevitable olvido involuntario) los extremos que al día de hoy están requiriendo una decisión regulatoria. La razón de esta necesidad puede hallarse en que existen incongruencias entre reglas coexistentes en el sistema legal, en que existen dudas en cuanto al valor general de una subregla o en la simple necesidad de que extremos de sustancial importancia en el sistema de propiedad español no se entreguen al albur de una interpretación caprichosa. Los objetos de esta regulación necesaria se exponen sin un orden determinado.

20. Al nivel de regla general, y especialmente en los derechos de garantía posesorios (que son los únicos reales posesorios en cosa ajena en los que la posesión tiene importancia), hay que determinar el valor que tiene el constituto posesorio como equivalente del traslado posesorio, cuando éste es constitutivo de un determinado grado de oponibilidad a terceros. La cuestión es de extrema importancia, pues afecta a situaciones como la de un comprador en documento privado que corre el riesgo de perder la cosa por la emergencia de un embargo contra el vendedor, o a la de un financiador que pretende constituir una prenda no posesoria sin tener que pasar por el laberinto y costes de un Registro mobiliario.

Se especula y se “flirtea” con la posibilidad de estos constitutos posesorios, sin que la jurisprudencia haya dicho casi nada que merezca la pena. Y es que en último extremo se trata de una decisión legal. O se prescinde sustancialmente de la posesión como mecanismo productor de oponibilidades o se mantiene en todo su rigor, pero se habilita, de ser preciso, un sistema paralelo de publicidad de segundo grado (registral) para situaciones interinas de *ius ad rem* o para derechos de garantía no posesorios.

21. Ha de reformularse el sentido de la exigencia de tradición para la producción de efectos jurídico reales en las transferencias de inmuebles. El “célebre” precepto que contiene el “locus” de los modos de adquirir el dominio (art. 609 CC) ha pasado de ser una regla didáctica a un instrumento de distribución arbitraria de bienes. La tradición se regula en el CC como una obligación del vendedor, no como un requisito para que el comprador pueda superar y tener preferencia frente a los acreedores del vendedor, al que embargan. Se toma esquizofrénicamente una regulación obligacional de favor del comprador, como es la contenida en los arts. 1462 a 1464 CC, para convertirla en una técnica imperativa de producción de efectos perversos de oponibilidad frente a terceros y en la clave de bóveda del sistema de derechos reales, en contra del comprador, y en beneficio de los acreedores dinerarios del vendedor. Como si fuese el cuento del príncipe y el mendigo, se toma una regulación periférica y apartada del contrato de compraventa y se la entroniza como rey de nuestros destinos jurídicos en el país de los derechos reales. Pero lo evidente y correcto es que la tradición como técnica jurídica tiene que desarticularse en nuestro sistema. Hay una regulación precisa de la tradición en el capítulo de las obligaciones del vendedor. Pero en el sistema de los derechos reales la tradición sólo ha de cumplir una función: la de solucionar conflictos de adquisiciones incompatibles del mismo rango, en la forma que lo hace el art. 1473 CC. Fuera de eso, la tradición no cumple específica función alguna, y menos la de determinar o condicionar la adquisición del derecho de propiedad por parte de un adquirente que no compite con derechos

incompatibles del mismo rango, sino con acreedores crediticios del vendedor o transmitente.

En consecuencia, no es el art. 609, sino el art. 1473 CC el que ha de proporcionarnos una regla a incluir en la parte general de los derechos reales. Y precisamente como una las reglas mediante las que las situaciones obligacionales adquieren oponibilidad *erga omnes*.

22. La posesión es una venerable institución que todos los Códigos regulan en abstracto, fuera de las condiciones en que la posesión deviene importante en un conflicto de partes. Pero el camino correcto para proveer reglas jurídicas no es éste, sino la representación de los conflictos posibles para los que una institución constituye una técnica de solución. La posesión es una institución que sirve para cuatro cosas: determinar el *status quo* que hace posible una defensa interdictal, legitimar activa o pasivamente para una acción reivindicatoria, servir de presupuesto para la usucapión y proveer un sistema de liquidación de frutos y gastos para los casos de alteración por sentencia de un estado posesorio previo, cualquiera fuere su fuente. En todos los extremos de la regulación clásica de la posesión no advierto necesidad de introducir reglas nuevas, salvo en los cuatro siguientes.

23. Primero, hay que suprimir la posesión *ad usucapionem* cualificada por la tenencia de un “justo título”. Y no porque la exigencia de una “iusta causa traditionis” sea rechazable desde el punto de vista de política legislativa, sino porque el repaso de la jurisprudencia demuestra que el persistente desconocimiento de lo que históricamente significó justo título para la usucapión ha creado más problemas que resuelto. Los tribunales llevan más de cien años confundiendo y merzclando el justo título con el título eficaz; no han sabido resolver qué relación tiene el justo título con la existencia de un contrato impugnabile o resoluble; finalmente, han confundido una y otra vez la nulidad del título, o su inexistencia, con la exigencia de una posesión en concepto de dueño, haciendo inviable una posesión de esta clase sobre la base de un título ineficaz. Todas estas enormes confusiones desaparecen sin más si se prescinde del justo título y se refuerza en compensación la buena fe exigible para una usucapión ordinaria. Ha de tratarse de una buena fe excusable, justificada. Una exigencia de esta clase prácticamente equivale a exigir que la buena fe se soporte en alguna suerte de título de partida que no sea meramente putativo (es decir, no hay buena fe cualificada en el que afirmar “possideo quia possideo”), con lo que se consigue el efecto históricamente pretendido, y se elimina la “mater rixarum” que nacía de la cabalista expresión legal.

24. Segundo, una vez más el repaso de los repertorios de jurisprudencia enseña que la mayoría de los pleitos donde anda empeñada una usucapión, ésta es extraordinaria (nació sin título, y, casi siempre, sin buena fe ni concepto de dueño), y, además de extraordinaria, una usucapión donde se ventila una cuestión relativa a la inversión del concepto posesorio de quien “in illo tempore” empezó a poseer como no dueño. La falta de regla clara relativa a la mecánica de la inversión posesoria genera pleitos y los mantiene sin razón sobre bases inseguras. Sería aquí deseable que el legislador impusiera condiciones claras y requisitos

automáticamente comprobables para decidir la existencia de esta inversión. Por ejemplo, como en la usucapión de servidumbres negativas, la existencia de un acto formal optativo recepticio frente a quien aparece como poseedor mediato.

25. Tercero, la regulación sobre frutos, gastos y mejoras debe ser generalizada. A una regulación del siglo XXI le es exigible dar una solución definitiva a una controversia que desde siempre ha tenido importancia mayor que la académica. ¿Se aplica el régimen posesorio de la liquidación de frutos y gastos a las liquidaciones posesorias que nacen de la ineficacia inicial o sobrevinida del título contractual por el que el poseedor actual posee (nulidad, rescisión, resolución, revocación de títulos negociales)? Hay que superar la clásica regulación “abstracta” de la liquidación posesoria –reproducida incomprensiblemente en el Codi, que es un Código del siglo XXI-, y proveer en su lugar un régimen que sea aplicable y definitivo a todos tipo de liquidación posesoria, especialmente la nacida de la ineficacia de contratos.

26. Cuarto. ¿Ha de mantenerse el régimen actual de la usucapión de servidumbres, tal como se halla en el Código Civil y en la más que centenaria jurisprudencia de desarrollo, o ha de procederse por la vía radical del Codi y excluir la usucapión como modo de adquirir las servidumbres? Sin duda, la solución del Código Civil es preferible. La historia demuestra que es un absurdo excluir en determinadas situaciones la operatividad del título de usucapión. Lo demuestra la laguna que la prohibición histórica de usucapión de servidumbres discontinuas ha producido en el Código Civil. Allí donde se prohíbe la usucapión (de servidumbres) hay que abrir una ventana para que vuelta a meterse en el sistema por vía de prescripción inmemorial o de aplicación de la *Verwirkung* (propios actos). Como puede comprenderse, es torpe suprimir la posibilidad de adquirir por usucapión una servidumbre continua, positiva y aparente; porque el resultado de esta prohibición será en verdad que el sedicente titular de la finca dominante acabará consiguiendo -con justicia- el mismo resultado por aplicación simple de la regla del abuso del derecho (el silencio “a vista, ciencia y paciencia” por parte del vecino). Y con el agravante de que esta institución es mucho más difusa, por carecer de plazos ciertos, con lo que la aplicación del Derecho perderá uniformidad, ganará en inseguridad, y propiciará un activismo discrecional de los jueces.

Otra cosa divertida. ¿Se ha pensado qué pasaría cuando se hubiera extinguido por prescripción la “acción negatoria” de servidumbre, pero la servidumbre no hubiera sido, ni pudiera nunca ser, adquirida por usucapión? No habría modo de inscribir en el Registro el título adquisitivo, y el futuro adquirente de la finca “sirviente” se encontraría con una carga oculta (extinción por prescripción de la acción negatoria), para la que, por demás, y aunque se quisiera, no existe acomodo en ningún asiento registral, porque en el Registro no se inscriben actos de extinción de facultades propias del contenido de derechos inmobiliarios.

27. Dicho esto, y para acabar con este asunto, la experiencia centenaria de pleitos sobre estos extremos demuestra que es precisa una intervención del legislador en un doble sentido. Primero, tiene que establecerse normativamente si una servidumbre negativa puede ser aparente a efectos de la usucapión (a pesar de lo menudo que parece el asunto, se trata de cuestión de enorme magnitud práctica

e incidencia social). Y tiene que aclararse cuándo una servidumbre empieza a ser positiva en casos de “extralimitación de zonas de influencia dominical”, pues esta modificación de condición acaba siendo fundamental a efectos de la adquisición por el paso del tiempo.

28. La accesión es una institución que ni mucho menos ha caído en desuso hasta el punto de que resulte indiferente la regulación que ofrezca el legislador. Más allá del gusto por la sistemática, los problemas reales de esta institución, que merecen una intervención normativa, son los siguientes. Primero, en el tiempo intermedio que dura desde la edificación en suelo ajeno y el momento de ejercicio de la opción del art. 361 CC, ¿de quién es el dominio de lo construido, a efectos de embargos, de extensión objetiva de las cargas preexistentes, de la declaración de obra nueva? Segunda: ¿constituye la accesión un instituto de aplicación universal o condiciona su aplicación a la existencia de una posesión indebida (sin título) por parte de quien realiza la unión con la cosa ajena principal? Tercero, es preciso determinar los efectos de la oposición (y su tiempo) del dueño invadido, para neutralizar la posible aplicación de la regla de la accesión invertida. Cuarta, ¿en qué medida puede y debe ser la accesión la “regla-soporte” para conceder pretensiones de enriquecimiento injusto en las atribuciones patrimoniales indirectas sobre suelo perteneciente a persona distinta de aquella con la que se contrató la obra que finalmente resulta impagada al vendedor o contratista? Quinta, la regulación escolástica clásica de la unión y conmixción de cosas muebles desatiende el único supuesto interesante de accesión mobiliaria: la conmixción de bienes fungibles como consecuencia de contrato (por ejemplo, depósito de dinero en una entidad financiera) y su efecto sobre las pretensiones dominicales del acreedor, así como la posibilidad de constituir derechos reales (de garantía) sobre bienes fungibles mezclados en conmixción en poder de su titular. Sexta, en qué medida y bajo qué condiciones puede aplicarse la regla de la accesión invertida a las extralimitaciones constructivas que no se proyectan en suelo ajeno, sino en zonas de influencia dominical del vecino (espacios reservados por normas de distancias legales, extralimitaciones en altura, etc). Séptima, qué tratamiento merecen los adquirentes de buena fe de un promotor que construyó de mala fe en todo o en parte en terreno ajeno. Octava, bajo qué título se puede neutralizar la eficacia de la accesión: ¿será precisa la creación de un típico derecho de superficie o bastará cualquier contrato que claramente pretenda atribuir al adquirente de lo “accesorio” una propiedad separada?

Un ejemplo, para que se entienda esto último. Una empresa se dedica a ofrecer a futuros “inversores” la inversión en la compra de árboles que aquella planta y cuida en su propia finca, hasta que finalmente la madera se corta y se vende por cuenta del adquirente, que obtiene la rentabilidad correspondiente. Es una pregunta crucial la relativa a saber si el comprador es o no dueño del árbol que compra; si no lo es, habrá perdido su inversión si la empresa prestadora de estos servicios de inversión en bienes tangibles es objeto de ejecución o si cae en concurso. La naturaleza de la operación hace totalmente imposible o muy gravoso constituir un derecho de superficie rústica a favor de cada uno de los inversores.

Que estas cosas expuestas se regulen y se aclaren constituye un rasgo de que un Código civil contemporáneo ha procedido comprendiendo cuáles son los problemas reales, y

procurando resolver estos problemas, en lugar de haber sucumbido a la tentación de reordenar preceptos existentes con una mera pretensión de *elegantia iuris*. Repárese en la regulación contenida en el Codi, y se comprobará cómo ni se ofrece solución a, ni se cae en la previsión de, ninguno de los problemas que acabo de exponer.

29. El sistema debe proveer una regla general de admisibilidad de las ejecuciones convencionales de las garantías reales, en términos “comercialmente razonables”. Es decir, debe convertirse en pieza del sistema sustantivo lo que hoy se formula como una subregla periférica en nuestro sistema de garantías reales posesorias en el Real Decreto Ley 5/2005, de garantías financieras. Ha de acabarse con la inseguridad sobre la admisibilidad y límites de los modos convencionales de ejecución de garantías mobiliarias. No puede tolerarse que un sistema de reglas sustantivas incruste imperativamente un modelo cuasi procesal imperativo como el del art. 1872 CC.

Hasta tal punto es ello así que hoy las garantías mobiliarias posesorias sólo tienen valor en la medida de que estén dotados de una vía razonablemente rápida, segura y barata de ejecución. Tal es así, que si un procedimiento de esta clase fuese proveído mediante una regla general permisiva, casi no tendría importancia cuál fuera después la regulación sustantiva de este derecho de garantía.

30. La prohibición de pacto comisorio tiene que ser racionalizada de alguna forma que elimine la inseguridad que produce su formulación en términos incondicionales. En rigor, la prohibición debe ser reformulada como una prohibición de obtener del deudor un enriquecimiento injusto como contraprestación por la concesión de crédito. Es el Derecho de enriquecimiento el que debe gobernar esta relación, y no la prohibición absoluta (e injustificada) de que el dominio sea utilizado como garantía. Así las cosas, el dominio debe poder ser utilizado como garantía real. Debe admitirse la transmisión fiduciaria del dominio, con sus efectos oportunos y queridos por las partes. Existe, además, otra razón. Habiendo sido ampliamente admitido el pacto comisorio en nuestro Derecho sectorial de garantías financieras -sin más límite que la exigencia de atenerse a criterios de valoración objetivos de la cosa entregada en dominio- no tiene sentido mantener la prohibición en el corazón del sistema civil. Pues en último extremo se acaba manteniendo una prohibición que sólo ha de ser operativa en las operaciones entre consumidores, y se deja en cambio amplia libertad operativa a las transacciones en las que el servicio financiero es proveído por un profesional del crédito.

31. La regulación existente (fuera del Código, al que no debe reconducirse en ningún caso) sobre las formas de comunidad especial (propiedad horizontal, complejos urbanísticos, aprovechamientos por turnos) es prolija y detallada y no va a ser comentada. Existen recurrentes problemas y controversias que inundan los repertorios judiciales. Pero se trata de extremos que pueden ser razonablemente resueltos aplicando el derecho común o sectorial existente, y confiar, para lo novedoso, en la labor de depuración progresiva que, se espera que con buen juicio, realice la DGRN.

32. Es precisa una regla que determine los títulos por los que se puede crear un “derecho superficiario”. Nos encontramos hoy en la situación de si es el

sedicente tipo llamado “derecho de superficie”(arts. 564-1 a 564-6 Codi; art. 16 RH; Legislación estatal y autonómica de urbanismo) el tipo único que permite abrogar la accesión y dar entrada a propiedades separadas sobre lo construido en suelo ajeno, o si la “superficie” no es más que una cláusula (“cláusula superficiaria”), admisible en una pluralidad de títulos (arrendamiento, usufructo, servidumbre, leasing financiero), y que tiene la función sobredicha. Especialmente es alarmante que hoy no sepamos cómo construir con seguridad un derecho de propiedad (temporal o permanente, redimible o no) separada sobre suelo y vuelo ya construido, si no es mal llamando (como hace el Codi en el art. 564-2) a la cosa constitución de un derecho de superficie, o construyendo ad hoc una propiedad enfitéutica sin base censal y con reparto material de contenidos dominicales. En realidad, la regla que se propone sería la de acabar con el derecho de superficie como tipo monopolista de acceso a la situación de propiedad separada. Y entonces había que proveer reglas sustantivas en función de la existencia de una propiedad temporal o indefinidamente separada, no en función de un sedicente derecho de superficie sobre el que pretendidamente aquélla se construye.

IV. ¿UN CÓDIGO CIVIL PARA REGULAR LOS DERECHOS REALES?

33. Todo sistema jurídico cuenta con referentes estables de calidad, elementos estructurales que garanticen la permanencia de valores, la identidad del sistema en el tiempo, la continuada transmisión de saberes jurídicos homogéneos. Se trata de emblemas, espacios de regulación universal supletoria que proveen soluciones estables para las infinitas lagunas que producen el modo incurioso de componer normativamente el resto del sistema. Son “iconos” identificadores del Derecho de un país. Un Código Civil ha de ser necesariamente uno de esos referentes estructurantes. Hay que evitar que un referente de esta clase se desacredite por un torpe manejo, por una falta de criterio de discriminación de lo que debe contenerse en él. No es reivindicación del purismo, sino condición que exige la estabilidad de todo sistema normativo, de la existencia de un orden jurídico más bien que de un caos.

34. Existe una regla de economía y eficiencia también en el interior de un sistema jurídico. Suponiendo que hay partes del mismo dotadas de una mayor “densidad” (y un Código civil es una de estas partes), se impone la regla de que debe externalizarse en la medida de lo posible toda regulación en normas de menor calidad o rango inferiores al Código. El “outsourcing” normativo mantiene la dignidad de un Código. Un Código civil no puede estar expuesto al desgaste de una modificación continua, ni es el lugar para practicar ensayos normativos ni para testar soluciones inventadas, ni para regular lo accidental, la minucia, la contingencia de los periódicos del día, ni para ofrecer listas no exhaustivas de cualquier cosa, ni para hablar de las distancias entre piscinas privadas. En el Derecho moderno, especialmente, en las avanzadillas del ensayo-error-reacción, la mayoría de las normas son pura “commodity” de usar y tirar, salvo un núcleo

duro regulatorio, estable, duradero, que da consistencia y valores de identificación al sistema.

El Libro 5 del Codi es un ejemplo magnífico de cómo proceder en la dirección contraria a la aquí expuesta. Toda regulación está internalizada, y no me importa si ello se debe a decisiones de tipo técnico o a paradigmas de la política. El lugar para regular las múltiples formas de comunidades de bienes de tipo especial es, como en la LPH, una ley especial, y, si se me apura, un Reglamento Hipotecario. Pero no un Código civil. Al no hacerlo así, el Codi procede a desempeñar funciones serviles de Reglamento Hipotecario. Y cuando mañana o pasado algún colectivo activo consiga que, por ejemplo, tengan que hacerse a cargo de la comunidad, y por mayoría simple, las obras de acomodación para casetas de perros domésticos, será el Codi el que haya que reformar, y no una ley o norma cualquiera de usar y tirar. No se puede regular un órgano no representativo y menudo como lo hace el art. 553-18, ni se inventaron los Códigos civiles para menudear el contenido de un orden del día de una comunidad de pisos (art. 553-21.4). Un Código Civil no puede proceder en la forma de incorporar masivamente la “doctrina actualizada” de la DGRN, por muy respetable que ésta sea, pues esta doctrina –que es, seguramente, el motor creativo más intenso e interesante del Derecho privado español– avanza por la obtención de resultados provisionales, sujetos a corrección, y por ello poco estables. Un Código civil no puede traicionarse a sí mismo y al futuro de perdurabilidad que se le exige, asumiendo en bloque como causas de validez o nulidad de convenciones o pactos estatutarios lo que en la doctrina de la DRGN no es otra cosa que declaraciones (revisables en el futuro) de no inscribibilidad (cfr. art. 553-11.2 Codi). Todos los operadores sabemos que el rechazo actual a las hipotecas sujetas a condición suspensiva de incumplimiento o la empecinada oposición a las hipotecas flotantes son castillos que serán abandonados antes o después; y también queda mucho por decir sobre la doctrina vigente relativa a las cláusulas estatutarias inscribibles o no inscribibles, o a los modos atípicos de constitución de formas de comunidad.

35. Allí donde se estima que es precisa la sobreabundancia de reglas –y, en consecuencia, que tales reglas serán cosa menuda y prolija–, como ocurre por ejemplo con la regulación minuciosa de las relaciones de vecindad, o con las contingencias procedimentales que ocurren en una comunidad de casas, puede estar justificado que se promulguen reglas legales, pero no que el Código Civil sea el lugar para ello.

36. Dado que la regulación sustantiva de peso versa sobre bienes inmuebles, es preferible, por prudencia histórica y por sentido de la relatividad de las soluciones ad hoc, que la regulación registral imponga restricciones de inscribibilidad, y no que la regulación civil sustantiva declare nulas determinadas convenciones. Hay que dejar una puerta abierta a que las restricciones de inscribibilidad puedan valer como obligaciones al menos entre las partes que convienen en ellas. Una reducción de efectos que puede acomodarse bien a los intereses de las partes, que no siempre necesitarán la eficacia suplementaria que les pueda proporcionar el Registro. Y esperar a que el tiempo esté maduro, para decidir finalmente si una convención o un pacto han de ser, además de no inscribibles, civilmente nulos.

