

Derechos reales e hipotecario

Primer Parcial

1 : Los derechos reales.

1. Concepto y características del derecho real.
2. Distinción entre derecho real y derecho de crédito : *Ius ad rem*, derechos reales *in faciendo* y obligaciones *propter rem*.
3. Sistemas del *numerus clausus* y *numerus apertus* en la creación de los derechos reales.
4. Clasificación de los derechos reales.

2 : La adquisición de los derechos reales.

1. Introducción : Adquisición de los derechos reales.
2. Los modos de adquirir en general : Art. 609 Cc.
3. Adquisición originaria y derivativa de los derechos reales.
4. La adquisición o transmisión derivativa de los derechos reales : La teoría del título y el modo.
5. La Tradición.
3. El derecho de propiedad en la codificación.
 1. El fenómeno de la apropiación privada y su regulación jurídica.
 2. Evolución histórica de la institución .
 3. Reacción contra el feudalismo : Revolución francesa y códigos civiles.
 4. El pretendido carácter absoluto de la propiedad.
 5. Líneas maestras del Cc español : Propiedad y propiedades especiales.
3. La consideración pluralista de la propiedad privada.
4. El contenido de la propiedad.

1. El poder o la facultad de exclusión.
 2. La facultad de goce y disfrute.
 3. Límites y limitaciones al poder de goce : Utilidad pública y utilidad privada.
 4. Las relaciones de vecindad.
 5. La medianería.
 6. La facultad de disposición.
 7. Las prohibiciones de disponer.
5. La consideración actual de la propiedad privada.
1. Los límites intrínsecos o institucionales de la propiedad.
 2. La teoría de los actos de emulación.
 3. El abuso del derechos.
 4. La función social de la propiedad.
 5. Referencia a las propiedades rústica y urbana.
 6. La ocupación.
1. La ocupación.
 2. Las cosas perdidas : El hallazgo.
 3. El tesoro oculto.
 4. Referencia a la caza y la pesca.
 5. Animales escapados.
 7. La accesión.
1. Concepto.
 2. Accesión de inmueble a inmueble.
 3. Accesión de mueble a inmueble.
 4. La denominada accesión invertida o construcción extralimitada.
 5. Accesión de mueble a mueble.
- 8 : La usucapión.

1. La usucapión : Ideas generales.
2. Clases de usucapión : Ordinaria y extraordinaria.
3. Sujetos y objeto.
4. Posesión y transcurso del tiempo como requisitos generales.
5. Los especiales requisitos de la usucapión ordinaria.
6. Los plazos posesorios.
7. Renuncia de la usucapión.
9. La protección de la titularidad dominical.
 1. La protección de la titularidad dominical.
 2. Acción reivindicatoria : Función, requisitos y efectos.
 3. Referencia a la acción Publiciana .
 4. Acción negatoria .
 5. La denominada acción de cerramiento de fincas.
 6. La denominada *Actio ad exhibendum*.
 7. Acción de deslinde y el amojonamiento.
10. La copropiedad.
 1. Comunidad y copropiedad.
 2. Las llamadas comunidad romana y germánica y la propiedad dividida.
 3. La copropiedad por cuotas.
 4. Facultades y deberes de los condueños respecto de la cosa común.
 5. Enajenación o disposición de la cuota privativa.
 6. La división de la cosa común.
 7. La práctica de la división.
 8. Efectos de la división.
11. La propiedad horizontal.
 1. Supuesto de hecho y consideraciones de orden terminológico.

2. Regulación positiva y normativa aplicable.
3. Modalidades de constitución y título constitutivo.
4. Elementos comunes y elementos privativos.
5. Propiedad de las partes privativas y copropiedad de los elementos comunes.
6. Obligaciones del propietario.
7. La cuota de participación.
8. Régimen de administración y de representación de la comunidad de propietarios
9. Extinción.
12. La multipropiedad.
 1. Descripción del fenómeno.
 2. Normativa reguladora.
 3. Configuración jurídica.
 4. La protección del adquirente de un derecho de multipropiedad en la Directiva comunitaria.
13. Las llamadas propiedades especiales : Minas y aguas.
 1. Las propiedades especiales en general..
 2. El régimen jurídico de los yacimientos minerales.
 3. Líneas fundamentales de la regulación en vigor sobre los recursos minerales.
 4. La diversificación legal de los recursos minerales y su aprovechamiento.
 5. Régimen particular de los hidrocarburos
 6. Las aguas terrestres.
14. La propiedad intelectual.
 1. La propiedad intelectual y el derecho de autor.
 2. Legislación reguladora.
 3. Las obras objeto de la propiedad intelectual.

4. La autoría y coautoría.
5. El denominado derecho moral de autor.
6. El contenido patrimonial del derecho de autor.
7. La temporalidad de los derechos patrimoniales de autor.
8. La transmisión de los derechos patrimoniales del autor.
9. El Registro general de la propiedad intelectual y el copyright.
10. La propiedad industrial : Remisión.
15. El usufructo.
 1. El usufructo : Concepto y caracteres.
 2. Constitución del usufructo .
 3. Sujetos y objeto del usufructo.
 4. Contenido del usufructo según el Cc.
 5. La conservación de la forma y sustancia.
 6. Derechos y facultades del usufructuario.
 7. Derechos del nudo propietario.
 8. Extinción.
 9. Los derechos de uso y habitación.
16. Las servidumbres.
 1. Introducción : Servidumbres prediales y servidumbres personales.
 2. Clasificación de las servidumbres.
 3. Las servidumbres legales.
 4. Las servidumbres voluntarias.
 5. Otras formas de constitución.
 6. Constitución por signo aparente o destino del padre de familia.
 7. Adquisición de servidumbres mediante la usucapión.
 8. Notas características de las servidumbres prediales.

9. Las servidumbres presonales.

17. Los censos.

1. El derecho real de censo : Concepto y clases.

2. Reglas comunes sobre constitución, contenido, transmisión, redención y extinción de los censos.

3. La disminución del valor de la finca en los censos consignativo y reservativo.

4. La enfiteusis y el censo enfiteútico : Régimen jurídico.

5. Gravámenes análogos a la enfiteusis.

18. La superficie.

1. Introducción : Facultad de accesión y derecho de superficie.

2. Regulación normativa y clases.

3. Concepto y caracteres.

4. Constitución.

5. Duración.

6. Contenido.

7. Extinción.

8. Los denominados derechos reales de vuelo y de subsuelo.

Programa de Derecho Civil III 2001–2002

2º Parcial

19 : Los derechos reales de garantía.

1. Introducción.

2. Sistemática básica del Cc.

3. Presupuestos básicos de la Codificación en la sistematización de los derechos reales de garantía.

4. Evolución legislativa posterior al Código : Garantías reales mobiliarias.

5. Caracterización general de los derechos reales de garantía.

6. Facultades de venta del bien gravado y de cobro preferente.
7. La titularidad de los bienes gravados.
20. La prenda.
 1. La prenda como garantía.
 2. Constitución del derecho real de prenda.
 3. Contenido de la garantía pignoratícia.
 4. La posición del deudor pignoraticio.
 5. Derechos y obligaciones del acreedor pignoraticio.
 6. Extinción.
 7. Supuestos especiales de garantía real pignoratícia.
21. La hipoteca inmobiliaria.
 1. Concepto y evolución de la hipoteca.
 2. Notas fundamentales y características de la hipoteca.
 3. Clasificación de las hipotecas.
 4. Las hipotecas voluntarias y las legales.
 5. Los créditos preferentes denominados hipotecas legales tácitas.
 6. Las hipotecas legales en el ámbito familiar.
 7. La constitución de la hipoteca.
22. La obligación garantizada con hipoteca.
 1. La obligación garantizada con hipoteca, en general.
 2. Hipoteca de tráfico, de seguridad y de máximo.
 3. Los intereses de la obligación asegurada.
 4. Especialidades hipotecarias en atención a la obligación asegurada.
23. El objeto de la garantía hipotecaria.
 1. Bienes susceptibles de hipoteca.
 2. Peculiaridades de ciertas hipotecas por razón del objeto.

3. Los derechos reales no hipotecables.
 4. La extensión objetiva de la hipoteca.
 5. Distribución de la responsabilidad hipotecaria.
24. Contenido y efectos de la hipoteca.
1. Contenido y efectos de la hipoteca.
 2. Venta de finca hipotecada.
 3. La subrogación hipotecaria a instancia del deudor (Ley 2/1994).
 4. La fase de seguridad de la hipoteca : Facultades del acreedor hipotecario.
 5. La cesión del crédito hipotecario.
 6. Referencia al mercado hipotecario.
 7. El cambio de rango.
25. Ejecución hipotecaria.
1. La ejecución de la hipoteca.
 2. La acción real y la acción personal del acreedor hipotecario.
 3. El procedimiento judicial sumario del art. 131 LH.
 4. El procedimiento ejecutivo ordinario.
 5. El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria.
 6. Plazo de ejercicio de la acción hipotecaria.
 7. Extinción de la hipoteca.
26. Garantías reales mobiliarias sin desplazamiento posesorio.
1. Introducción : Precedentes, presupuestos, significado y alcance actuales de las garantías reales mobiliarias.
 2. Bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria.
 3. La prenda sin desplazamiento de la posesión.
 4. Disposiciones comunes a la hipoteca mobiliaria y a la prenda sin desplazamiento de la posesión.

5. Referencia a los procedimientos de ejecución.

27. La anticresis.

1. Concepto y características.

2. Naturaleza de la anticresis.

3. Constitución de la anticresis.

4. Contenido de la anticresis

5. Derechos, facultades y obligaciones del acreedor anticrético.

6. La posición del deudor anticrético.

28. Los derechos reales de adquisición.

1. La categoría sistemática de los derechos de adquisición preferente.

2. El tanteo y el retracto. :

3. El retracto en el Cc : El retracto legal.

4. Otros supuestos de derechos de adquisición preferentes de origen legal : Los retractos arrendaticios.

5. El denominado retracto convencional.

6. El derecho de opción.

29. La posesión.

1. Perfil histórico y formulaciones de la posesión.

2. La naturaleza de la posesión.

3. El fundamento de la protección posesoria.

3. Clases de posesión.

30. Adquisición, continuación y pérdida de la posesión.

1. Sujetos de la posesión.

2. El objeto de la posesión.

3. Adquisición de la posesión.

4. Adquisición por sí y por representante.

5. La continuación de la posesión : Las presunciones posesorias.
6. La pérdida de la posesión.
31. Los efectos de la posesión.
 1. Efectos de la posesión en general.
 2. La liquidación del estado posesorio.
 3. La eficacia de la posesión de bienes muebles : La adquisición a non domino.
 4. La protección de la posesión.
32. Derecho hipotecario y Registro de la Propiedad.
 1. Forma y publicidad en las relaciones jurídico–inmobiliarias.
 2. El Derecho hipotecario o Derecho registral inmobiliario.
 3. El Registro de la Propiedad.
 4. Sistema de folio real y libros registrales.
 5. El Registrador de la Propiedad.
33. El objeto de la publicidad inmobiliaria.
 1. La finca registral.
 2. La inmatriculación de la finca.
 3. Modificaciones de la finca registral.
 4. Actos y derechos inscribibles.
 5. La Inscripción de los derechos reales inmobiliarios como regla.
 6. La inscripción de relaciones jurídicas de naturaleza personal.
 7. La inscripción de las resoluciones judiciales relativas a la capacidad de las personas.
34. El procedimiento hipotecario o registral.
 1. El procedimiento hipotecario.
 2. El acceso de los títulos al Registro de la Propiedad.
 3. La función calificadora del Registrador.

4. La dinámica de las inscripciones registrales.
5. La prioridad registral : Títulos compatibles e incompatibles.
6. Quiebra y reanudación del tracto sucesivo.
7. La vigencia de los asientos : Referencia a la caducidad y a la cancelación.
35. La inscripción y sus efectos.
 1. Concepto técnico de inscripción.
 2. Los efectos de la inscripción.
 3. La legitimación registral.
 4. La eficacia de la inscripción registral respecto de la usucapión.
 5. La legitimación desde la perspectiva procesal.
 6. Las restricciones de los efectos de la inscripción.
36. Los efectos de la inscripción.
 1. La protección del tercero : La fé pública registral.
 2. Concepto de tercero hipotecario.
 3. Presupuestos de la condición de tercero.
 4. Alcance y ámbito de la fé pública registral.
37. Las anotaciones preventivas y los restantes asientos registrales.
 1. Concepto y caracterización general de las anotaciones preventivas.
 2. Enumeración y clasificación de las principales anotaciones.
 3. Las anotaciones preventivas representativas de otro asiento.
 4. Las anotaciones preventivas relativas a los derechos en litigio : La anotación preventiva de demanda.
 5. Las anotaciones preventivas en función de garantía.
 6. Las anotaciones preventivas de valor negativo.
 7. Los restantes asientos registrales.

5.1. LOS LLAMADOS LÍMITES INTRÍNSECOS O INSTITUCIONALES DE LA PROPIEDAD.

Frente a la existencia de límites o limitaciones de la propiedad de carácter extrínseco, provocados generalmente por la concurrencia de varios derechos incompatibles en su ilimitado ejercicio, deben destacarse la presencia de una serie de reglas derivadas de la propia conformidad del derecho de propiedad con el ejercicio del mismo, requiriendo a su titular que se comporte siguiendo determinados parámetros exigibles con carácter general.

El ordenamiento jurídico exige que el derecho de propiedad (y, por extensión, los restantes derechos subjetivos) sean ejercitados conforme a su propia función y significado, vetando su ejercicio de manera desorbitado o contraria a los parámetros de conducta socialmente asumidos.

Tal delimitación de la extensión de los poderes y facultades del propietario se lleva a cabo por el ordenamiento (y por la jurisprudencia en la resolución de los conflictos que se someten a su conocimiento) acudiendo a una serie de conceptos jurídicos indeterminados que se han ido imponiendo entre los juristas y que, en algunos casos, han acabado por *normativizarse*, bien sea por haber sido *acogidos por el propio Cc*, como el abuso del derecho, o por la misma Constitución, cuyo art. 33.2 ha incorporado la idea de la función social de la propiedad.

Constituyen límites *intrínsecos, esenciales* o institucionales *de los poderes o facultades del propietario*, en cuanto el ejercicio de cualesquiera facultades dominicales ha de realizarse de acuerdo con tales principios generales del Derecho, que no han dejado de serlo por haber sido convertidos en una norma positiva concreta (arts. 7 Cc y 33.2 CE).

5.2. LA TEORÍA DE LOS ACTOS DE EMULACIÓN.

Al abordar los límites institucionales de la propiedad suele resaltarse que el precedente de la admisibilidad y desarrollo del abuso del derecho lo representó la teoría de los actos de emulación, formulada en el medievo por CINO DA PISTOIA y popularizada en el primer tercio del siglo XX por F. FERRARA.

Según dicha concepción se trataba fundamentalmente de erradicar y declarar contrarias a Derecho aquellas conductas del propietario que, aunque asentadas en el desarrollo y ejercicio de las facultades dominicales, no tenían otro fundamento que el de causar daño o molestar al vecino.

El desarrollo de tal idea puede considerarse un importante precedente del posterior desarrollo del abuso del derecho, al tiempo que desempeñó un importante papel respecto de las relaciones de vecindad.

5.3. EL ABUSO DEL DERECHO.

El desarrollo doctrinal y jurisprudencial del abuso del derecho se ha creado fundamentalmente a partir de supuestos reales en los que se trataba de delimitar las facultades concretas del propietario.

El desarrollo de la prohibición del abuso del derecho fue objeto de una detenida consideración doctrinal y de una reiterada aplicación jurisprudencial con anterioridad a su conversión en norma legal específica : Reforma del Título Preliminar del Código Civil operada en los años 1973–1974, en que la se incorpora al texto articulado del Código (art. 7.2).

El abuso del derecho constituye un concepto jurídico indeterminado, cuya con–creción requiere la

consideración casuística y por ende un atento análisis jurisprudencial.

5.3.1. La construcción jurisprudencial del principio.

La consolidación del abuso del derecho es reciente y, en todo caso, posterior al momento codificador europeo, al tiempo que se encuentra imbricada directamente con el análisis del contenido del derecho de propiedad en concreto ; mientras que, por otra parte, resulta innegable su matriz jurisprudencial.

1. El ejercicio del derecho es lícito aun cuando, merced a él, se lesionen simples intereses de terceras personas, mas no debe darse a esa máxima un alcance demasiado literal y absoluto, que la pondría en pugna con las exigencias éticas del Derecho.

2. La doctrina moderna, en trance de revisar y, en cuanto sea necesario, rectificar los conceptos jurídicos, impulsada por las nuevas necesidades de la vida práctica y por una sana tendencia de humanización del Derecho civil, ha elaborado la teoría llamada del abuso del derecho, sancionada ya en los más recientes ordenamientos legislativos, que consideran ilícito el ejercicio de los derechos cuando sea abusivo.

Los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, tienen otros de orden moral, teleológico y social, y que incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o para la sociedad ; tesis ésta que ha sido patrocinada también por la doctrina científica patria, que ha recogido y perfilado el concepto de abuso del derecho, considerándolo integrado por estos elementos esenciales :

a) Uso de un derecho, objetiva o externamente legal.

b) Daño a un interés (de terceros) no protegido por una específica prerrogativa jurídica.

c) Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho).

Desde entonces, la jurisprudencia del TS ha reiterado la aplicación del principio considerado en multitud de ocasiones con anterioridad a su incorporación al Derecho positivo patrio.

5.3.2. La formulación legal de la prohibición del abuso del derecho

La incorporación del abuso del derecho a nuestra legislación acaece por primera vez en el Texto Refundido de la LAU, cuyo art. 9.2 establece que *«Los jueces y Tribunales rechazarán las pretensiones que impliquen manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho ... »*.

Con ocasión de la reforma del Título Preliminar del CC, el párrafo 2.0 del vigente art. 7 dispone que *«La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso»*. Con mayor razón, cuando la vigente LOPJ impone con carácter general a los jueces y Tribunales *«rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso del derecho o entrañen fraude de ley o procesal»*.

Conforme a lo establecido en el Cc, los presupuestos de aplicación del abuso del derecho son básicamente :

1. *Actuación u omisión de carácter abusivo :*

Se requiere que el acto o la omisión del titular «sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio» de su derecho. El carácter abusivo ha de deducirse de la extralimitación llevada a efecto por el titular, de conformidad con los cánones objetivos de conducta que sean requeridos en el ejercicio de cada uno de los derechos.

Dicha extralimitación no tiene por qué encontrarse fundada de forma necesaria en la actitud subjetiva del titular del derecho : El precepto no requiere que el sujeto actúe malévolamente (en contra de la debida buena fe) o de forma consciente y deliberada. Ciertamente, en algunos casos (posiblemente, los supuestos más claros de abuso del derecho), la conducta (u omisión) abusiva puede desprenderse fácilmente de la posición subjetiva del titular del derecho, pero ello no es estructuralmente necesario, en contra de cuanto ocurría de antiguo con los llamados *actos de emulación*. El art. 7.2 es claro al respecto. La extralimitación puede deberse tanto a la actitud subjetiva del titular del derecho objeto de ejercicio, cuanto a razones de carácter objetivo en el ejercicio del mismo, aunque no pueda reputarse al titular mala fe deliberada en la actuación del derecho en cuestión.

2. Consecuencia dañosa para un tercero :

El ejercicio abusivo del derecho sí requiere, en cambio, que su materialización haya acarreado a cualquier otra persona un daño determinado, cuya existencia concreta y efectiva habrá de probarse y cuantificarse.

El daño puede consistir tanto en la aparición de consecuencias imprevistas para el tercero cuanto en la agravación de la situación jurídica en que éste se encuentre, con carácter general, según que exista o no una previa relación jurídica entre el agente del ejercicio abusivo y el tercero.

Una vez acaecido el supuesto de hecho previsto en la norma, la víctima del daño podrá solicitar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, de una parte ; y, de otra, reclamar la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. La contemplación de ambos órdenes de consecuencias jurídicas se debe, naturalmente, a la amplitud de supuestos integrables dentro del genérico concepto de abuso del derecho.

5.3.3. Expansión y retroceso del abuso del derecho

La incorporación del abuso al derecho al acervo propio de la normativa civil ha traído consigo una notoria vitalidad del principio, dada la característica función de *Derecho común* representada por el Derecho civil y, en particular, por las normas que se encuentran ubicadas en el Título Preliminar del CC.

La invocación por los litigantes o la aplicación por los tribunales de la prohibición del abuso del derecho se ha extendido a otras jurisdicciones, señaladamente a la contencioso-administrativa y a la laboral

La prohibición del abuso del derecho constituye un principio general del derecho que, por tanto, tiene capacidad expansivo en el conjunto del ordenamiento jurídico. Por tanto la ilegitimidad del abuso del derecho tiene carácter general y es de observancia en cualesquiera disciplinas jurídicas, aunque ello no obste a que su formulación originaria (como tantos otros conceptos, instituciones y criterios normativos) se deba al desarrollo teórico y jurisprudencial del Derecho civil.

1. Es sumamente frecuente que el TS asevere que la prohibición del abuso del derecho es un recurso técnico que «debe aplicarse con especial cuidado» atendiendo a las circunstancias de hecho y procurando la indubitada acreditación de los presupuestos de aplicación del art. 7.2 del Cc.

2. Las resoluciones jurisprudenciales resaltan que el principio del abuso del derecho sólo entra en juego cuando no hay norma concreta aplicable al supuesto debatido ; requiriendo, sobre todo, que el interés presuntamente dañado no esté protegido por una especial prerrogativa jurídica o goce de protección

determinada.

3. La aplicación del principio del abuso del derecho debe ser rogado o solicitado por quien lo estime aplicable, ya que es materia dispositiva que procesalmente debe actuarse ya como acción, ya como excepción.

5.4. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD.

5.4.1. El reconocimiento constitucional de la propiedad privada delimitada por la función social.

El abandono de la concepción absolutista de la propiedad privada, histórica-mente, se ha ido produciendo de forma paulatina. El último estadio *viene representado* por la idea de *la función social de la propiedad*, acogida en el art. 33.2 CE junto con la de herencia : «*La función de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes*».

La expresión función social de la propiedad fue acuñada a comienzos de este siglo por un jurista francés, LEON DUGUIT, como una vía transaccional entre la ideología liberal propia de la Revolución francesa (y los Códigos) y la propiamente socialista. Su formulación inicial fue notoriamente confusa. No obstante , muy pronto se convirtió en una fórmula mágica que a todos satisfizo (desde Mussolini y Franco a los partidos comunistas de algunos países occidentales) y, poco a poco, fue convirtiéndose en un giro utilizado por las Cartas constitucionales . Actualmente la recogen literalmente las Constituciones italiana de 1947 y la española.

En nuestra Constitución se parte de la base de admitir la propiedad privada (art. 33.1), la libertad de empresa y la economía de mercado (art. 38), pero la titularidad dominical se encuentra sometida a la existencia de un principio, en cuya virtud «La función social [de la propiedad] delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes».

5.4.2. La falta de reconocimiento de la propiedad como derecho fundamental.

Aunque algunos autores califiquen el derecho de propiedad como *derecho fundamental*, dicha pretensión es contraria a los términos textuales y, por supuesto, al sistema de garantías de la Constitución. La propiedad privada puede ser todo lo importante o determinante que a cada uno le parezca, pero en términos constitucionales no alcanza el rango de derecho fundamental.

Atendiendo al vigente sistema constitucional, la integración de un determinado derecho en la categoría de los derechos fundamentales ha dejado de ser una cuestión filosófica o metodológica, para convertirse en una calificación técnico-jurídica de gran importancia práctica.

El art. 53 de la CE justifica claramente por qué los derechos comprendidos en el capítulo segundo de la Constitución aparecen divididos en dos secciones distintas :

— De los derechos fundamentales y de las libertades públicas» (arts. 15 a 29)

— De los derechos y deberes de los ciudadanos» (arts. 30 a 38).

Tanto los *derechos fundamentales* como los demás *derechos ciudadanos* se encuentran especialmente garantizados constitucionalmente, ya que sólo podrán ser regulados por ley. Y ésta habrá de respetar necesariamente su *contenido esencial*, al tiempo que queda sometida al control de constitucionalidad (arts. 53.1 y 161.1 CE). Respecto de los derechos fundamentales (pero no en relación con los demás derechos de los ciudadanos que carezcan de tal carácter), tal ley deberá tener carácter de orgánica, por imperativo del art.

81.1 CE.

De otra parte, según el art. 53.2 CE, los derechos fundamentales gozan de una peculiar garantía constitucional :

A) Su reconocimiento y respeto puede ejercitarse «ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad» : Juicio con trámites abreviados y de mayor agilidad que los normales. En la actualidad, dicho procedimiento se encuentra regulado en la LPJDF.

B) En el caso de que cualquiera de los derechos fundamentales (nó la propiedad) haya sido conculcado o vulnerado en cualquier proceso judicial, una vez que haya agotado los recursos judiciales ordinarios, su titular podrá recabar la tutela del Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo (arts. 44 y ss. LOTC).

5.4.3. La función social de la sociedad como concepto jurídico indeterminado.

La expresión función social de la propiedad, propiamente hablando y en sí misma considerada, carece de valor técnico concreto y constituye simplemente un concepto jurídico indeterminado que pretende adecuar la titularidad dominical a las exigencias sociales. La función social de la propiedad no puede ser definida ni perfeccionada en un sentido positivo y concreto, sino sólo de una forma aproximativa, pues :

A) No todas las categorías de bienes tienen la misma significación social e importancia económica. Realmente no cabe predicar la existencia de una función social de la propiedad de carácter unitario, aplicable al régimen jurídico respectivo de todos los bienes que son susceptibles de apropiación privada.

B) Como corolario de ello, la Constitución expresa (art. 33.2) que será la legislación ordinaria la que delimite el contenido de la propiedad privada conforme a la función social de la propiedad : La función social de la propiedad ha de ser necesariamente desarrollada por el legislador ordinario respecto de materias específicas o concretas, aunque naturalmente éstas no se encuentran tasadas constitucionalmente.

5.4.4. El contenido esencial de la propiedad privada

El contenido esencial de la propiedad privada es cuestión que tampoco puede concretarse. Depende de cuál haya sido o sea la valoración que la función social de la propiedad merezca para el legislador ordinario, en atención a la trascendencia social representada por los bienes objeto de dominación privada.

La consideración pluralista de la propiedad privada, es la línea metodológica adecuada para hacerse una cabal idea del significado de la propiedad privada en los actuales sistemas jurídicos. La noción abstracta de propiedad, como derecho absoluto e ilimitado, es sencillamente un preconcepto que no encuentra traducción efectiva en los sistemas normativos vigentes en los países evolucionados.

Así lo ha declarado, la Sentencia del *Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 1987*, : «... el derecho a la propiedad privada que la Constitución reconoce y protege tiene una vertiente institucional, precisamente derivada de la función social que cada categoría o tipo de bienes sobre los que se ejerce el señorío dominical está llamado a cumplir, lo que supone, la definitiva incorporación del interés general o colectivo junto al puro interés individual del titular en la propia definición de cada derecho de propiedad o, si se prefiere, en la delimitación concreta de su contenido.

5.5. REFERENCIA A LAS PROPIEDADES RÚSTICA Y URBANA.

5.5.1. La propiedad rústica.

Dada su fecha de publicación el Cc es un cuerpo legal de acusado carácter agrario (a finales del siglo XIX, la

tierra era el bien por excelencia). No obstante el Cc no se preocupa de la perspectiva que pudiera llamarse dinámica de la tierra (explotaciones agrarias), sino única y exclusivamente del aspecto estático de la titularidad dominical de los predios o fincas.

En el art. 47 de la Constitución de 1931 se incluyó una norma de protección al mundo agrícola que no llegó a desarrollarse, sin embargo el régimen franquista mantuvo vigente el escaso conjunto de disposiciones agrarias republicanas (LAR 1935). Pasado el tiempo, tales disposiciones (salvo la LAR) fueron refundidas en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (1973). Posteriormente se publicaron dos Leyes : La Ley de fincas y el Estatuto de la Explotación familiar agraria. La primera de tales Leyes asumió en su articulado que el cumplimiento de la función social de la propiedad de fincas rústicas, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada de su titular, obliga :

- a) A la explotación racional y apropiada, según el destino agrario más idóneo, atendiendo en todo caso al interés nacional.
- b) A que se realicen las transformaciones y mejoras necesarias para conseguir la más adecuada explotación de los recursos naturales disponibles.
- c) A que se preste el trabajo en condiciones adecuadas y dignas.

Recientemente, la Ley 8/1984 de Modernización de las Explotaciones Agrarias derogó las anteriores ofreciendo una nueva regulación de las explotaciones agrarias prioritarias.

5.5.2. La propiedad urbana.

Ha sido objeto de constante atención por el legislador en la segunda mitad del siglo XX.

La primigenia Ley del Suelo de 1956 fue objeto de reforma en 1975. Posteriormente se han ido dictando Reglamentos de gran importancia como el de Planeamiento, el de Gestión urbanística y el de Disciplina urbanística. A dicha legislación urbanística se le ha ido sumando la aprobada por gran parte de las Comunidades Autónomas.

Conforme a tales disposiciones, la propiedad urbana ha quedado mediatizada y configurada sobre bases muy diversas a las establecidas por el Cc. El propietario sólo podrá construir previa licencia y siempre y cuando el proyecto se adecúe estrictamente a las previsiones de los diferentes instrumentos urbanísticos.

El Texto refundido de la legislación sobre el suelo (RD 1/1992) desarrolló el ideario de la derogada LS, que manifestaba la mutación sufrida por el derecho de propiedad. Las disposiciones legales de carácter urbanístico, en cuanto delimitadoras de las facultades y obligaciones inherentes a la propiedad urbana constituían meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad.

La mutación se manifestaba sobre todo en :

- La calificación del suelo por los instrumentos urbanísticos, en urbano, urbanizable programado, urbanizable no programado y no urbanizable, lo que conllevaba que la posibilidad de edificar no dependiese de la decisión del propietario sino de aquéllos.
- Calificado el suelo como urbano, el propietario del suelo queda obligado a edificar en un determinado plazo.

La vigencia del Texto Refundido de 1992 ha sido pasajera. La STC 61/1997 declaró la inconstitucionalidad de muchos de sus preceptos, obligando al Gobierno de la Nación a propulsar la aprobación de la Ley 6/1997

sobre régimen del suelo y valoraciones. Esta ley, vigente actualmente, es una ley de mínimos, que puede verse completada en cada circunscripción territorial, por la correspondiente normativa autonómica.

6

La ocupación

6.1. LA OCUPACIÓN.

6.1.1. Concepto y requisitos.

Al frente del libro III del Cc, que trata de los diferentes modos de adquirir la propiedad, el art. 609 pretende hacer un catálogo de tales modos.

Según el art. 609 Cc ... *La propiedad se adquiere por la ocupación ...*

La forma más primitiva e intuitiva de adquirir la propiedad consiste en apoderar-se de algo que nadie tiene bajo su dominio y que, por consiguiente, puede ser objeto de libre apropiación.

Dicha forma de adquirir el dominio, es conocida en el mundo jurídico como **ocupación**, y se halla legalmente identificada en el art. 610 Cc : ... *Se adquieren por ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas ...*

Ocupación es la toma de posesión de una cosa corporal que carece de dueño, con ánimo expreso o implícito de incorporarla al propio patrimonio. También aprehender una cosa sin intención de adquirir la propiedad sobre ella, pero ese no sería la ocupación a que se refieren los arts. mencionados.

En Roma, la ocupación se aplica originariamente a la caza y la pesca. En el Derecho común se implican el hallazgo y el tesoro oculto. El Cc, colmando las grandes lagunas del proyecto de 1851, agrupa bajo un mismo título "de la ocupación", los referidos institutos, todos los cuales entran en la enumeración del art. 610 que considera expresamente como casos de ocupación junto al de las cosas que nunca han tenido dueño, y la caza y la pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas. Pero, entre las cosas abandonadas (en general, las *res nullius*) y el tesoro, hay divergencias en cuanto al modo de ser ocupados, esto es, a qué actos son significativos y suficientes en orden a su adquisición.

En el art. 610., se propone un concepto de la ocupación que es válido para el hallazgo y los otros supuestos no incluidos ... *ocupar una cosa es llegar primero a ella en la forma precisa para adquirir su propiedad, que más habitualmente será toma de posesión, pero que puede consistir también en otros actos ...* :

Para que tenga lugar la ocupación, además de la idoneidad de los bienes sobre los que recaiga, se requiere la conjunción de 2 circunstancias :

a) La aprehensión material efectiva de la cosa :

La ocupación en sentido estricto, supone una toma de posesión acerca de la cual, varían las fórmulas, pero las consecuencias y la idea son las mismas. Poder o tener en disposición exclusiva, posibilidad de usar como dueño, relación de apropiación, visibilidad de propiedad ... La material toma de posesión debe ser valorada diversamente según la conciencia social y según los objetos ... No es "primer ocupante" quien primero ve una cosa, sino quien la aprehende.

b) Capacidad y voluntad ó ánimo de apropiación :

La adquisición por ocupación es un acontecimiento voluntario, no sólo se tiene consciencia de establecer contacto físico con la cosa, sino que se quiere ese contacto. En cuanto a la voluntad de adquirir el dominio, se da por supuesta en el Cc., pero no cabe excluir una ocupación con efectos distintos por quererlo así el ocupante.

No requiere capacidad específica, ni negocial ni otra distinta de la de los menores e incapacitados para adquirir la posesión de las cosas (Art. 443).

La ocupación es, en sí, un modo de adquirir la posesión que al recaer sobre cosas *nullius* deviene automáticamente un modo o medio de adquirir la propiedad.

c) La carencia de dueño :

Puede tratarse de bienes vacantes propiamente dichos que no han tenido nunca dueño, o de bienes que, aun habiendo tenido dueño, dejan de tenerlo por haberlos éste abandonado.

También se consideran *nullius*, hasta su afloramiento, los tesoros ocultos, cuyos dueños, en el caso de ocultación consciente, lo fueron hasta el extremo de que mediante sus actos provocaron que dichos bienes no pudieran transmitirse a sus sucesores.

6.1.2. Exclusión de los bienes inmuebles del ámbito de la ocupación.

En otros tiempos, la ocupación fue el modo natural de adquirir suelo rústico, hoy, por el contrario, se discute ahora si el suelo es o no susceptible de ocupación por los particulares cuando está vacante.

El problema queda resuelto por la **Ley de Patrimonio del Estado** que, tras afirmar que el Estado puede adquirir por ocupación, previene para los bienes vacantes la siguiente normativa : Art. 21 : ... *Pertenecen al Estado como bienes patrimoniales, los inmuebles que estuvieren vacantes y sin dueño conocido.*

Los bienes a que se hace referencia se entenderán adquiridos por el Estado y tomará posesión de los mismos en vía administrativa, salvo que se oponga un tercero con posesión superior a 1 año, ya que en tal caso, el Estado tendrá que entablar la acción que corresponda ante la jurisdicción ordinaria.

Art. 22 : ... *También corresponden al Estado los bienes inmuebles detentados o poseídos sin título por entidades o particulares, pudiendo reivindicarlos con arreglo a las leyes ...*

En esta reivindicación incumbe al Estado la prueba de su derecho, sin que los detentadores o poseedores puedan ser compelidos a la exhibición de sus títulos ni inquietados en la posesión hasta ser vencidos en juicio.

Por su parte, el art. 25.2., relativo a la usucapión contra el Estado, dispone que ... *Los particulares podrán usucapir a su favor los bienes y derechos patrimoniales del Estado, de acuerdo con las leyes comunes ...*

En el nuevo Código penal (Mayo 1996) se tipifica como delito la ocupación de bienes inmuebles.

6.1.3. Otros bienes excluidos de la ocupación :

Son atribuidos por otras leyes al Estado, ciertos bienes que se excluyen de la susceptibilidad de ocupación por los particulares :

— Los valores, dinero y bienes muebles constituidos en depósito en sociedades de crédito o entidades financieras, cuando no se hayan producidos respecto de los mismos, actuaciones que impliquen el derecho de propiedad.

-- Los buques y aeronaves abandonados o perdidos.

6.2. LAS COSAS PERDIDAS : EL HALLAZGO.

La ocupación es un modo de adquirir restringido hoy a ciertos bienes muebles y por tanto de importancia relativamente escasa : Caza y pesca, ocupación de objetos aparentemente abandonados ó cosas que nunca han tenido dueño. La actual legislación no autoriza a apropiarse de las cosas arrojadas por las olas, pero nó abandonadas, sobre cuyo destino y posible adjudicación parcial al hallador si el dueño no es habido, trata el Art. 617.

Se cuentan entre las cosas muebles abandonadas del art. 610, las cosas perdidas, de modo que éstas se adquieren por ocupación si, encontradas y depositadas conforme al art. 615, no son reclamadas en 2 años por su dueño.

Según la base 14 de las del Cc, ... como uno de los medios de adquirir se definirá la ocupación, regulando los derechos sobre los animales domésticos, hallazgo casual de tesoro y apropiación de las cosas muebles abandonadas ...

6.2.1. El régimen del Cc.

El Cc regula con suficiente detalle la suerte de las cosas perdidas en los arts. 615 y 616 :

-- Art. 615 ... *El que encontrare una cosa mueble, que no sea tesoro, debe restituirla a su anterior poseedor. Si éste no fuese conocido, deberá consignarla en poder del Alcalde del pueblo donde se hubiese verificado el hallazgo ...*

-- Art. 616 ... *Si se presentase a tiempo el propietario estará obligado a abonar a título de premio, al que hubiese hecho el hallazgo, la décima parte de la suma o del precio de la cosa encontrada ...*

A/ La recompensa o premio.

Supuesto que la cosa perdida sea restituida a su propietario, éste se encuentra obligado a recompensar al hallador con una cantidad equivalente al 5% del valor de la cosa, salvo que el propio propietarios haya ofrecido públicamente una mayor recompensa.

B/ La atribución de la cosa (o su valor) al hallador.

Si transcurridos 2 años, el propietario de la cosa no apareciese o no reclamase la restitución de aquélla, el hallador tendrá derecho a convertirse en propietario de la cosa, o en su defecto, al valor obtenido por su venta en subasta pública.

6.2.2. Los hallazgos regulados por leyes especiales.

-- Ley 48/1960, de Navegación aérea.

-- Ley 60/1962, reguladora de los Auxilios, Salvamentos, Remolques, Hallazgos y Extracciones marítimas.

-- Diversas Ordenes Ministeriales relativas a los automóviles en situación de abandono.

6.3. EL TESORO OCULTO.

6.3.1. Regulación del Cc.

A/ Concepto.

Nuestro Cc define el tesoro en el art. 352 ... *Se entiende por tesoro oculto, para los efectos de la ley, el depósito oculto e ignorado de dinero, alhajas u otros objetos preciosos, cuya legítima pertenencia no conste* ...

-- Características :

- Carácter mobiliario y valioso de los bienes ocultos.
- Depósito oculto e ignorado.
- Falta de legítimo dueño.

B/ Reglas de atribución.

- El tesoro pertenece, en principio, al dueño del terreno en que haya sido hallado.

No obstante, si quien descubre el tesoro, lo hace por casualidad y es persona distinta al dueño del terreno, la mitad se aplicará al descubridor.

- Si el descubrimiento se lleva a cabo por una persona en propiedad ajena", sus efectos son los mismos que si la propiedad corresponde al Estado o a cualesquiera otras Corporaciones públicas.

La vigente Ley de Patrimonio Histórico invierte los términos establecidos en el Cc y cierra el proceso de negación de la ocupación en favor de los particulares respecto de los bienes muebles que se consideren integrados en el Patrimonio Histórico español.

C/ El descubrimiento realizado por el dueño.

En tal supuesto y conforme al art. 351.1º, el tesoro pertenece al dueño, quien, según el art. 610, lo adquirirá por ocupación.

D/ Descubrimiento casual realizado por tercero.

En este supuesto, el hallazgo determina que la mitad se aplicará al descubridor.

6.3.2. Primacía de los intereses generales : Legislación de patrimonio artístico.

Ya en su redacción original, el Cc se preocupó de recalcar en su art. 351.31 ... *Si los efectos descubiertos fueren interesantes para las Ciencias o las Artes, podrá el Estado adquirirlos por su justo precio, que se distribuirá en conformidad a lo declarado* : Se habilitaba al Estado para expropiar los tesoros ocultos.

Disposiciones posteriores hacían propietario del tesoro al Estado, no al propietario del terreno ni al descubridor.

6.3.3. Regulación de la Ley de Patrimonio Histórico.

La vigente ley (16/1985) invierte los términos establecidos en el Cc, estableciendo que todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico español serán bienes de dominio público. El descubridor y el propietario tendrán derecho a la mitad del valor que en tasación legal se le atribuya y que se distribuirá entre ellos por partes iguales.

6.4. REFERENCIA A LA CAZA Y PESCA.

Mediante la actividad venatoria se adquieren las piezas de caza, no los otros animales. Característica común a las piezas de caza es su movilidad : Posibilidad de escapar a la acción del cazador y la consiguiente necesidad de éste de perseguirlas, frente a la inmovilidad de las cosas inanimadas, que esperan a quien las halle, ocupe o recoja.

La actividad venatoria consiste en la persecución de las piezas de caza. Tal persecución, para ser lícita, ha de serlo en ejercicio del derecho a cazar.

El derecho a cazar tiene una faceta subjetiva y otra objetiva. La subjetiva es el derecho al ejercicio de la caza. La facultad de practicar la caza en un determinado terreno, en cambio, es un derecho que puede ir junto con el dominio o separado de él. Cuando se trata de terrenos en los que el derecho de caza es privado, tal derecho será privado también.

Problema que interesa en tema de adquisición de los derechos reales : El de determinar, cuando haya dudas, quién adquiere el dominio del animal cazado y cuándo.

La Ley de caza (4-4-1970), tras establecer que ... cuando la acción de cazar se ajuste a las prescripciones de esta ley, el cazador adquiere la propiedad de las piezas de caza mediante la ocupación, añade que se entenderán ocupadas las piezas de caza desde el momento de su muerte o captura ... *Cuando haya duda respecto a la propiedad de las piezas de caza, se aplicarán los usos y costumbres del lugar. En su defecto, la propiedad corresponderá al cazador que le hubiere dado muerte cuando se trate de caza menor y al autor de la primera sangre, cuando se trate de caza mayor ...*

El art. 22 de la Ley de Caza, tras sentar el principio de que "el herir una pieza de caza da derecho a cobrarla", predispone una suerte de derecho de persecución de la pieza que no supone ocupación de ella, pero tiende a prepararla.

La pesca :

La pesca se adquiere por ocupación. En aguas marítimas territoriales la pesca es libre para todo aquel que cumpla los requisitos administrativos.

6.5. ANIMALES ESCAPADOS.

En el Cc., se presupone una distinción entre animales fieros o salvajes, animales amansados o domesticados y animales mansos o domésticos.

Según el art. 465 Cc., ... *los animales fieros sólo se poseen mientras se hallen en nuestro poder, los domesticados o amansados se asimilan a los mansos o domésticos, si conservan la costumbre de volver a la casa del poseedor ...*

Todos los animales pueden ser adquiridos cuando no pertenezcan a nadie, por ocupación. Cuando tengan dueño, estos animales se someten al régimen del hallazgo y no al de la caza. Y los abandonados, mientras conserven su condición doméstica, al de la ocupación en general.

El Cc., contempla, en relación con los animales que no constituyen pieza de caza o pesca, algunos supuestos particulares :

-- Animales amansados :

Art. 612-3º :

Su dueño podrá reclamarlos dentro de los 20 días a contar desde su ocupación por otro. Pasado ese término pertenecerán al que los haya cogido y conservado.

-- Enjambre de abejas :

Art. 612 :

El propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado. Si estuviere cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en él. Cuando el propietario no haya perseguido, o cese de perseguir al enjambre 2 días consecutivos, podrá el poseedor de la finca, ocuparlo o retenerlo.

-- Cambio de criadero :

Art. 613 :

Las palomas, conejos y peces que de su respectivo criadero pasaren a otro, perteneciente a distinto dueño, serán propiedad de éste, siempre que no hayan sido atraídos por medio de algún artificio o fraude.

El art. 613 es exorbitante de la normativa general de adquisición de los animales, por lo que ha de interpretarse con razonable restricción.

7

La accesión.

6.1. CONCEPTO.

Art. 353 Cc ... *La propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen ó se les une ó incorpora, natural ó artificialmente.*

Tal fenómeno recibe tradicionalmente el nombre general de **accesión** y se produce cuando las cosas unidas no pueden separarse, o bien si su separación representa una pérdida económica grave ; entonces ninguno de los dueños de las cosas que forman ahora una sola por efecto de la unión o incorporación viene obligado o facultado para deshacer lo hecho y se plantea el problema de a quién atribuir el resultado, la cosa única.

El art. 353 presenta la accesión como un instituto unitario : Una extensión del dominio que abarca tanto la accesión discreta o por producción como la continua o por incorporación. Instituto presidido por la idea de la permanencia de un dominio que sigue siendo el mismo cuando la cosa produce frutos (mientras están unidos a ella) o cuando, desde el exterior, una cosa adicional se adhiere a la principal indisolublemente y para formar parte de ella.

La doctrina moderna separó la producción de frutos, de la accesión propiamente, tal que sólo puede serlo cuando la incorporación es económicamente inseparable. Por supuesto, entre los frutos y la cosa madre existe una relación de accesoriedad, en cuanto que aquéllos proceden de ésta, son producidos por ella y están unidos

a ella.

Respecto de la accesión *in genere* (por fructuación o por incorporación), se discute si es una facultad del dominio o bien un modo de adquirir, discusión ociosa por su falta de consecuencias y porque el fenómeno es compatible con ambos puntos de vista.

En cuanto a la accesión por incorporación, nuestro Cc la sitúa dentro de la doctrina general del dominio, como una ampliación de éste.

Componen los diversos supuestos de la llamada "accesión continua" una agrupación de casos en los que es difícil hallar caracteres comunes, llegándose al extremo de que algunos de tales casos no se explican por la regla de atracción real de lo principal sobre lo accesorio, como ocurre con la especificación, que no supone la fusión de dos cuerpos, sino la dación de nueva forma a una sólo materia.

Agrupación que tiene mucho de ocasional, no prestándose a tener principios comunes. Ni siquiera es aplicable a todos los casos el único que se presenta como tal desde el Derecho común : Principialidad : La cosa principal, ó la más importante, absorbe a la secundaria o accesorio, adquiriendo el dueño de aquélla la propiedad de ésta.

7.2. ACCESIÓN DE INMUEBLE A INMUEBLE.

La aproximación entre dos inmuebles es ordinariamente imposible por el propio concepto de éstos. Pero deviene posible cuando interviene un fluído, en particular la fuerza de las aguas de un río. Por eso los fenómenos de accesión entre fincas se consideran como de **accesión fluvial**, sin perjuicio de que, excepcionalmente, pueda producirlos un movimiento sísmico o catástrofe similar.

7.2.1. Aluvión.

Según el art. 366 Cc ... *Pertenece a los dueños de las heredades confinantes con las riberas de los ríos el acrecentamiento que aquéllas reciben paulatinamente por efecto de la corriente de las aguas ...*

El art. 367 dispone ... *que los dueños de las heredades confinantes con estanques o lagunas no adquieren el terreno descubierto por la disminución natural de las aguas, ni pierden el que éstas inundan en las crecidas extraordinarias ...* Claro que si el nivel baja definitivamente y el nuevo terreno es poseído por un particular durante 30 años, éste lo adquiere por usucapión, pero nó antes. Correlativamente dispone la Ley de Aguas de 1985 que ... *los terrenos que puedan resultar inundados durante las crecidas no ordinarias de lagos, lagunas, embalses, ríos y arroyos, conservarán la calificación jurídica y la titularidad dominical que tuvieran ...* El régimen de los ríos, en cambio, es el del art. 370. Especial consideración merece el caso semejante al del aluvión, de las accesiones y aterramientos que ocasione el mar.

7.2.2. Avulsión.

Hay avulsión cuando una parte considerable y conocida de un inmueble contiguo al curso de un río ó torrente es arrancada de él y transportada por la fuerza repentina y violenta de las aguas hacia un fundo inferior o hacia la ribera opuesta.

Según el Derecho Romano, el terreno destacado seguía siendo de su antiguo propietario, quien, sin embargo, sólo podía reivindicarlo mientras la parte desprendida no se hubiera adherido al nuevo fundo y los árboles hubieran echado raíces. Los autores de los Cc francés e italiano cambiaron el criterio de la cohesión orgánica por el del tiempo : Transcurso de año y día. Pero nuestro Cc vuelve al criterio del Derecho Romano, que era también el de las Partidas. Según el art. 368 ... *Cuando la corriente de un río, arroyo o torrente segrega de una heredad de su ribera, una porción conocida de terreno y lo transporta a otra heredad, el dueño de la*

finca a que pertenecía la parte segregada, conserva la propiedad de ésta ...

Evidentemente, la porción desprendida debe ser reconocible, conservando, al menos aproximadamente, la forma originaria, de modo que quien reclama su propiedad pueda demostrar que procede de su finca.

Según el art. 369 ... los árboles arrancados y transportados por la corriente de las aguas pertenecen al propietario del terreno adonde vayan a parar, si no los reclaman en el plazo de un mes los antiguos dueños. Si éstos los reclaman, deberán abonar los gastos ocasionados en recogerlos ó ponerlos en lugar seguro ...

El plazo del mes ha de contarse desde la arribada del árbol al predio, mientras no llega porque se halla flotando en el río ó retenido en algún recodo, no nace ninguna expectativa de dominio ajeno.

7.2.3. Mutación de cauce.

Según la vigente Ley de aguas, "constituyen dominio público hidráulico del Estado ... los cauces de corrientes naturales continuas o discontinuas", siendo cauce o alveo de una corriente, el terreno cubierto por las aguas en las máximas crecidas ordinarias ... La ley no previene cual ha de ser la suerte del cauce abandonado por las aguas. Los cauces son cauces aunque las aguas los hayan abandonado y continúan perteneciendo al dominio público, que no puede adquirirse por ocupación.

Tales razones podrían considerar en vigor todavía el art. 370, conforme al cual ... los cauces de los ríos que quedan abandonados por variar naturalmente el curso de las aguas, pertenecen a los dueños de los terrenos ribereños en toda la longitud respectiva a cada uno. Si el cauce abandonado separaba heredades de distintos dueños, la nueva línea divisoria correrá equidistante de unas y otras ...

De aceptarse la aplicación del art. 370, la accesión sólo se producirá en este caso cuando el curso del río se ha establecido de modo regular y constante, en el nuevo cauce, e implica la salida del dominio público del cauce abandonado que pasa a ser, automáticamente, terreno de dominio privado y parte del predio ribereño. Requisito adicional para que se produzca la accesión es el que sea obra, como dice el citado precepto, de fuerzas naturales.

Según el art. 372 ... cuando en un río navegable, variando naturalmente de dirección, se abre un nuevo cauce en heredad privada, este cauce entrará en el dominio público. El dueño de la heredad lo recobrará siempre que las aguas vuelvan a dejarlo en seco, ya naturalmente, ya por trabajos legalmente autorizados al efecto ... La misma solución se habrá de aplicar a los ríos no navegables ni flotables, ya que sus cauces son también de dominio público (Art. 407, 1º Cc).

7.2.4. Formación de isla.

Art. 371 ... Las islas que se forman en los mares adyacentes a las costas de España y en los ríos navegables y flotables, pertenecen al Estado. Pero la isla no es bien público, sin patrimonial, pudiendo adquirirla los particulares por usucapion ...

Art. 373 ... Las islas que por sucesiva acumulación de arrastres superiores se van formando en los ríos, pertenecen a los dueños de los márgenes u orillas más cercanas a cada una o a los de ambos márgenes si la isla se hallare en medio del río, dividiéndose entonces longitudinalmente por mitad. Si una sólo isla así formada distase de un margen más que del otro, será por completo dueño de ella el del mar-gen más cercano.

Art. 374 ... Cuando se divide en brazos la corriente del río, dejando aislada una heredad o parte de ella, el dueño de la misma conserva su propiedad. Igualmente la conserva si queda separada de la heredad por la corriente una porción de terreno ... Se sigue el criterio del art. 368 cuando hay porción conocida de la finca

que se separa de la originaria.

7.3. ACCESIÓN DE MUEBLE A INMUEBLE.

Cuando un bien mueble se incorporaba a una finca inseparablemente y de modo que deviene parte constitutiva esencial de ella, el Derecho romano denegaba la separación de lo incorporado y considerando que el terreno es lo principal y la cosa mueble lo accesorio, disponía que ésta se hiciera propia del dueño del suelo, regla consolidada en el Derecho común, trascendiendo a las Partidas.

Fiel a este planteamiento, aún hoy sigue repitiendo el Cc que ... *lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos y las mejoras y reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos, con sujeción a lo dispuesto en los arts sigs ...*(art. 358).

Presupuesto esencial de la accesión inmobiliaria es la inseparabilidad económica de lo incorporado. Ha de tratarse de una verdadera incorporación : El art. 353 habla de que la accesión da derecho a lo que se une o incorpora a los bienes inmuebles y el art. 358 y sigs aluden a "lo edificado".

Se trata de unir, incorporar o adherir edificios, construcciones u obras al terreno, no de colocar objetos en el él. Distinción entre incorporación y colocación de suma importancia, porque la primera da lugar a la accesión y la segunda no.

El planteamiento de principio del art. 358 se presta a la crítica : Por una parte, la supuesta fuerza atractiva ejercida por el suelo sobre lo construido. Si lo principal absorbiera siempre lo accesorio, habría de admitirse que de 2 condueños de una misma cosa, uno por las 3/4 partes y el otro por 1/4, el primero tendría derecho a expropiar al segundo su parte. El sentido del principio de accesión es evitar los inconvenientes económicos de esta comunidad. Por otra parte, el presupuesto de tener siempre el terreno valor superior a lo edificado, es hoy más irreal que nunca. Reflejo de esa realidad es la solución jurisprudencial dada a propósito de ciertas construcciones extralimitadas en las que ya se valora como principal el edificio y como accesorio el suelo.

a) **Accesión y dominios separados.**

La regla de accesión no implica la indivisibilidad de los derechos sobre suelo y vuelo : Necesaria formación con la finca, de un único objeto de derechos. La división entre la titularidad del terreno y la del edificio se conoce en la historia como "derecho de superficie" : Derecho sobre la construcción con (relativa) independencia de la propiedad del suelo.

En el Cc se disciplina la propiedad separada de apartamentos (propiedad dividida por planos) aunque inescindible de una participación en el solar.

La admisión de la llamada **propiedad horizontal** no es tan excepcional que haya de restringirse a los supuestos expresamente diseñados en la ley. Esta da a entender que se puede dividir la propiedad de una construcción por planos, cumpliendo ciertas condiciones y entre ellas, como principal, la unión al dominio de cada apartamento o local como parte esencial de él, de una cuota de cotitularidad sobre el solar.

b) **Presupuestos.**

Presupuesto de la aplicación del art. 358 y sigs. es la práctica de una siembra, plantación o construcción. Los arts. citados hablan de *edificar* pero las normas de la accesión no exigen la construcción de un edificio, aplicándose a cualquier incorporación insoluble de bienes muebles al suelo que represente una construcción (obras). Ese suelo, parece ser toda superficie sobre la que puedan hacerse construcciones o plantaciones : No sólo el terreno, sino los mismos edificios, como si uno alza un piso sobre casa que no es suya, en cuyo caso el dueño goza del derecho de accesión. Ha de tratarse de construcciones nuevas, realizadas

por el poseedor.

El texto legal supone que las obras o plantaciones se han incorporado indis-tingiblemente al suelo, que son parte integrante de él, inmuebles por incorporación y no simplemente por destino.

c) Aplicación e inaplicación de las reglas de la accesión.

Accesión industrial *lato sensu* : Incorporación de un mueble a un fundo, puede haberla en muy diversas situaciones, singularmente en los supuestos de arrenda-miento, usufructo o posesión por otro título, pero las reglas de la accesión no se apli-can sino a falta de otras más específicas, a las que se halle sometido el incorporante.

Por lo demás, no hay una incompatibilidad absoluta entre los sistemas normativos de los arts. 361/65 y 453/58. De una parte el concepto de obra, en el régimen de la accesión, tolera su extensión hasta comprender todas las operaciones sobre el inmue-ble que supongan una mutación, perfeccionamiento o acondicionamiento y no conser-vación en sentido estricto. De otra, todas esas operaciones entran en el concepto de gastos de los arts 453 y sigs.

Es opinión del autor que las normas de la accesión se aplicarán en cuanto *lex specialis* a todos los supuestos en que se produce la construcción, plantación o siembra sin mediar entre las partes una relación jurídica y por tanto también en el supuesto de mera tolerancia, en el cual se superponen a la disciplina de la posesión, entrando ésta en juego para suplir las lagunas de los contratos o del estatuto de los derechos reales o en situaciones en las que supone existente el contrato o el derecho real como justificativo de la tenencia del no-dueño, y secundariamente como supletoria de las reglas de la accesión. En último término, cualquiera de los dos institutos puede ser invocado por analogía, cuando la haya, para suplir las lagunas del otro.

En los supuestos de accesión, la jurisprudencia rechaza el intento del dueño de recuperar el inmueble mediante la acción reivindicatoria, porque las cuestiones plan-teadas se han de discutir en el terreno de los arts. 361 y sigs.

d) La presunción en favor de la propiedad.

Según el art. 359 ... *todas las obras, siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario y a su costa, mientras no se pruebe lo contrario* ... De modo que el empresario y el dueño de los materiales habrán de demostrar, respectivamente, su actividad y su dominio : Quien alega que sembró ó construyó ó que los materiales eran suyos, no siendo dueño del terreno, habrá de probarlo.

7.3.1. Suelo propio y materiales ajenos.

Caso en el que la protección a la propiedad inmobiliaria y a la empresa coinci-den : En ningún supuesto, ni aun en el de mala fé, puede el dueño de los materiales menoscabar la plantación o construcción : Art. 360 ... *el propietario del suelo que hiciere en el, por sí o por otro, plantaciones, construcciones u obras con materiales ajenos, debe abonar su valor, y si hubiere obrado de mala fé estará además obligado al resarcimiento de daños y perjuicios. El dueño de los materiales tendrá derecho a retirarlos sólo en el caso de que pueda hacerlo sin menoscabo de la obra construída o sin que por ello, perezcan las plantaciones, construcciones u obras ejecutadas* ...

La buena fé consiste en la creencia razonable del dueño del fundo de que podía disponer de los materiales en beneficio propio. Dueño de los materiales o propietario del suelo, lo son, a efectos de este art., los respectivos poseedores por tal título.

El dueño de los materiales pierde la propiedad de éstos en el momento en que su incorporación es definitiva y

quedan inseparablemente unidos al fundo. La **inseparabilidad** habrá de entenderse en sentido económico. Para las construcciones, existe si por la separación se destruiría una parte de lo construido desproporcionada con el valor del objeto que se pretende retirar.

El propietario del suelo ha de pagar al dueño de los materiales el valor que tenían el día que los aplicó, no puede pretender dar otro tanto en cosas de igual calidad

Si siendo el dueño de la finca de buena fé, lo es de mala fé el de los materiales incorporados, deberá perder éstos sin indemnización.

7.3.2. Materiales propios y suelo ajeno.

a) En general.

Accesiones que practica un tercero en terreno ajeno, del cual, aunque no tiene la propiedad, sí tiene la posesión, sea de buena o mala fé. El Cc distingue, como en el caso de la accesión por obra del propietario del suelo, entre la buena y mala fé del que practica la incorporación.

b) Buena fé.

Art. 361 ... El dueño del terreno en que se edificar, sembrar o plantar de buena fé, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización establecida en los arts. 453 y 454 ó a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente ...

La buena fé del constructor es la que se exige al poseedor para adquirir los frutos, basta con que en el momento de ejecutar los trabajos, crea que es propietario del terreno, o superficiario o titular de cualquier otro derecho que le comunique la propiedad de lo edificado, nó una simple autorización que le confiera derecho a edificar sin sanciones, y ello, aunque su título sea simplemente aparente.

El art. 361 es aplicable a la construcción de buena fé sobre superficie de dominio público.

La determinación de si edificio o siembra se hicieron de buena fé, es cuestión de hecho a efectos del recurso de casación.

c) La alternativa.

El Cc no obliga a retener el inmueble al dueño que se lo encuentra plantado o edificado (la siembra, por la escasa duración de sus consecuencias, tiene otro tratamiento), pero tampoco le concede las accesiones gratuitamente, ni mucho menos el derecho a forzar la destrucción de lo construido, que sólo es viable en el supuesto de mala fé del incorporante. Derecho que también se niega al incorporante (salvo acuerdo con el dueño del terreno). La ley, a falta de solución convenida ofrece al dueño una alternativa, a la que debe someterse el incorporante : Hacer suya la obra (luego no lo era hasta entonces) indemnizando, o bien ceder el terreno recibiendo el precio ó una renta por la cesión temporal.

En favor de la realidad de la titularidad del incorporante, cabe alegar que si el dueño del terreno tiene derecho, según el art. 361, a hacer suya la obra, es porque no es suya por el momento, y como de alguien ha de ser, pertenecerá al accedente de buena fé, a quien el citado art., considera dueño de ella.

El accedente no tiene la propiedad de lo edificado sino su posesión, que prolonga indefinidamente (derecho de retención) mientras no le paguen los gastos. Es a esta posesión a lo que se refieren las palabras "hacer suya". Por eso el dueño indemniza, no abona un precio del dominio de la superficie, que entonces se incorporaría al terreno en virtud de título y modo.

En opinión del autor, la interpretación literal del precepto encuentra apoyo en la necesidad de garantizar los derechos del incorporante no poseedor, frente al cual el dueño sólo puede "hacer suya" la obra, adquiriendo la propiedad.

a') El ejercicio de la opción.

El propietario puede ejercitar la opción expresa o tácitamente. La expresa está implícita en el intento de desalojo del incorporante. El dueño puede elegir tácitamente cultivando la plantación o sirviéndose de la obra, pero si el pago de la indemnización al incorporante ha de ser **previo**, cabe pensar que el incorporante no tiene porqué aceptar estas manifestaciones tácitas mientras no se le pague, si bien puede, a su vez, considerar hecha la elección y reclamar el crédito correspondiente. Nada dice el Cc sobre el plazo para el ejercicio de la opción del dueño, aunque no podrá tener indefinidamente en la incertidumbre al incorporante, si éste no quiere. De no hacerlo en el plazo que, a petición del incorporante señale el Juez, a tenor del art. 361, no será fácil deducir cual será su elección. En último término, y aunque ello no se deduzca del citado art., parece que el incorporante, si el dueño no "hace suya la obra", tiene derecho a consignar la cantidad en que consista el precio del terreno para que el Juez le transmita la propiedad. Frente a esto cabría alegar que la regla es la conservación de la propiedad por quien la tiene y que no podría ser expropiado sin su voluntad, salvo causa de utilidad pública.

El derecho de opción no nace cuando el terreno es inalienable (comunal) o pesa sobre él una prohibición de disponer, quedando como única alternativa entonces la de resarcir al constructor, éste podrá retener la obra mientras no perciba la indemnización.

b') El resarcimiento al incorporante.

La primera posibilidad que concede el art. 361 grava al dueño del terreno con un deber de indemnizar al incorporante, pero sólo cuando el dueño del suelo ha recibido un beneficio de lo realizado por el incorporante, nó en caso contrario. Mediando culpa o negligencia del incorporante, éste estará obligado a resarcir los daños y perjuicios causados.

La indemnización se ajusta a las bases establecidas en los arts. 453 y 454, limitándose a las cantidades efectivamente gastadas y dentro de ellas, a las que han producido utilidad para la finca. No entran los bienes aportados a la construcción o plantación que hayan desaparecido.

Tal resarcimiento debe computarse según su equivalencia en unidades monetarias actuales, con el límite del beneficio experimentado por la finca o su dueño. Deuda indemnizatoria = Deuda de valor, entendiendo que la reparación, en los casos de alteración del valor de la moneda, ha de calcularse con referencia al día en que recaiga la condena definitiva a la reparación, y nó a la fecha de causación del derecho a la indemnización.

c') La opción por el precio.

Evidentemente, el precio del terreno es el que éste tiene al tiempo de la opción y nó cuando la construcción tuvo lugar.

d) **Mala fé del incorporante.**

Art. 362 ... *el que edifica, planta o siembra de mala fé en terreno ajeno, pierde lo edificado, plantado o sembrado, sin derecho a indemnización* ... Teniendo además que restituir los frutos percibidos e indemnizar por los debidos de percibir y por todos los daños causados.

Art. 363 ... *el dueño del terreno en que se haya edificado, plantado o sembrado con mala fé, puede exigir la demolición de la obra o que se arranque la plantación y siembra, reponiendo las cosas a su estado primitivo*

a costa del que edificó, plantó o sembró ... el cual tendrá que resarcir los daños causados por la privación del terreno durante las obras de demolición.

e) Dueño de mala fé y constructor de buena fé.

Aplicación por analogía del art. 360 : Obligación del dueño a un resarcimiento por incorporación de mala fé.

f) El supuesto de mala fé concurrente de dueño e incorporante : Compensación de dolos.

Art. 364 ... Cuando haya habido mala fé, no sólo por parte del que edifica, planta o siembra en terreno ajeno, sino también por parte del dueño de éste, los derechos de uno y otro serán los mismos que tendrían si hubiesen procedido ambos de buena fé. Se entiende haber mala fé por parte del dueño siempre que el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse ...

7.3.3. Suelo ajeno y materiales ajenos :

Art. 365 ... si los materiales, plantas o semillas pertenecen a un tercero que no ha procedido de mala fé, el dueño del terreno deberá responder de su valor subsidiariamente y en el sólo caso de que el que los empleó no tenga bienes con que pagar. No tendrá lugar esta disposición si el propietario usa del derecho que le concede el art. 363 ...

7.4. LA ACCESIÓN INVERTIDA O CONSTRUCCIÓN EXTRALIMITADA.

7.4.1. La construcción extralimitada y la inversión de las reglas de accesión.

A veces el dueño del suelo que construye sobre él, ocupa también, conscientemente o nó, una parte de suelo ajeno. La jurisprudencia considera entonces el edificio como un todo y cuando es de valor muy superior al suelo y la edificación se practicó de buena fé, lo atribuye enteramente al constructor, abonando éste al dueño del solar invadido su valor y el importe del perjuicio que la merma ha causado al resto no invadido.

a) Fundamentación.

Las SS resaltan la motivación social y económica que lleva a evitar la propiedad aislada de un trozo de edificio a veces mínimo, o la situación de comunidad a que conduce la presencia de 2 propietarios de partes de una cosa indivisible.

b) Casuística.

S. 4 Octubre 1982, 10 y 25 Enero.

S. 9 Febrero 1983.

S. 1 Octubre 1984.

c) Régimen.

La accesión invertida se contempla por la Jurisprudencia como un remedio de emergencia en un *numerus clausus* de casos en que las consecuencias de aplicar directamente el principio de accesión serían antieconómicas y contrarias a la equidad.

7.4.2. Requisitos de la accesión invertida según la jurisprudencia del TS.

La S. 6-5-1978 **exige**, para que el remedio de la accesión invertida sea viable, los siguientes **requisitos** :

- 1) Que quien la pretende sea titular dominical de lo edificado.
- 2) Que el edificio se haya construido en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte sea de propiedad ajena.
- 3) Que las dos partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible.
- 4) Que el edificio unido al suelo del edificante tenga una importancia y valor que excedan a los del suelo invadido.
- 5) Que el edificante haya procedido de buena fé : ignorando que parte del suelo sobre el que se ha construido no le pertenece.

7.4.3. Efectos de la accesión invertida : El pago del terreno invadido.

A partir de la S 26-2-1971 se puntualiza en cuanto a la indemnización que debe pagar el constructor al dueño del terreno invadido, que en la determinación del precio no sólo ha de estar comprendido el valor estricto del terreno ocupado, sino todo el quebranto y menoscabo económico que pudiera repercutir sobre el resto no ocupado, declarando que ello es consecuencia necesaria del principio de equidad.

Mala fé del extralimitante.

A falta de buena fé se vuelve al régimen ordinario de la accesión, siendo aplicables los arts. 362 y 363.

7.5. ACCESIÓN DE MUEBLE A MUEBLE.

Estos supuestos se regulan en los arts. 375 a 383 Cc, bajo la rúbrica del derecho de accesión respecto a los bienes muebles.

7.5.1. Unión.

Conforme al art. 375 : *la unión ó adjunción tiene lugar cuando 2 cosas muebles, pertenecientes a distintos dueños, se unen de tal manera que vienen a formar una sola cosa ... que sufriría detrimento si se pretendiera recuperar la forma primitiva de sus componentes ...* Dispone el Cc, de manera bastante parecida al Derecho romano que se distinga según se pudiera contemplar una parte principal y otra accesoria o nó, siempre subsidiariamente de lo que las partes pacten y como de ordinario mediará pacto, el régimen del Cc sólo se aplicará en escasos supuestos.

7.5.2. Mezcla o confusión.

Bajo esta denominación regula el Cc el hecho de que se produzca la mixtura de varias cosas, pertenecientes a diferentes dueños, de forma tal, que una vez mezcla-das, no puedan separarse. La disciplina del Cc está pensada fundamentalmente para áridos o fluídos, entre éstos también los metales en fusión, pero se aplicará, al menos, por analogía, a la commixtión de unidades individuales no identificables.

a) Buena fé.

Conforme al art. 381 ... *Si por voluntad de sus dueños se mezclan dos cosas de igual o diferente especie, o si la mezcla se verifica por casualidad y en este último caso las cosas no son separables sin detrimento, cada propietario adquirirá un derecho proporcional a la parte que le corresponda atendido el valor de las cosas mezcladas o confundidas ...*

Art. 382.1º ... *Asimismo, si por voluntad de uno solo pero con buena fé, se mezclan o confunden dos cosas de igual o diferente especie, los derechos de los propietarios se determinarán por lo dispuesto en el art. anterior.*

b) Mala fé.

Art. 382,2º ... *Si el que hizo la mezcla o confusión obró de mala fé, perderá la cosa de su pertenencia mezclada o confundida, además de quedar obligado a la indemnización de los perjuicios causados al dueño de la cosa con que hizo la mezcla ...* O bien, siendo separables las cosas aun con notable gasto y detrimento, deberá, a elección del dueño de buena fé, efectuar a su costa la separación, entregando a dicho dueño su materia e indemnizándole los perjuicios.

c) Mezcla de dinero.

Excepcionalmente, cuando uno mezcla monedas propias con otras ajenas, por razones prácticas (necesidades del comercio), el jurista romano atribuyó al causante de la mezcla, la propiedad del conjunto, a resultas de indemnizar.

7.5.3. La especificación.

Consiste en dar a una cosa ajena una nueva forma mediante el trabajo, sin relación previa con el dueño, sea por error o con conocimiento de la alienidad de la materia, creando una *res nova* más valiosa.

La discusión fundamental se ha centrado, desde sus albores, en si se defiende el derecho de propiedad sobre la materia bruta o si se da prevalencia al ingenio y al esfuerzo vertido en la transformación de la misma.

El BGB la considera una figura independiente, mientras que los códigos latinos la incluyen entre los supuestos de accesión, con discutible acierto, ya que en la especificación no se unen cosas pertenecientes a distintos dueños.

Nuestro código pone el requisito de la buena fé, para adquirir la propiedad.

Art. 383 ... *El que de buena fé empleó materia ajena en todo o en parte para formar una obra de nueva especie, hará suya la obra, indemnizando el valor de la materia al dueño de ésta ...* El precepto contempla la nueva formación de cosas muebles, no siendo aplicable al suelo.

... *Si ésta es más preciosa que la obra en que se empleó ó superior en valor, el dueño de ella podrá, a su lección, quedarse con la nueva especie, previa indemnización del valor de la obra, o pedir indemnización de la materia ...*

... *Si en la formación de la nueva especie intervino mala fé, el dueño de la materia tiene el derecho de quedarse con la obra sin pagar nada al autor ó exigir de éste que le indemnice el valor de la materia y los perjuicios que se le hayan seguido ...*

No previene el Cc lo que se ha de hacer cuando el dueño de la materia, siendo de mala fé, deja practicar la obra al artífice, aunque siendo éste de buena fé, no le sería aplicable por analogía el art. 383,3º, porque siendo

sancionatorio no puede extenderse a casos no expresamente comprendidos en él.

7.5.4. Adjunción :

Comentario de los arts. 375 a 380 Cc :

A diferencia de la mezcla, en la que se confunden cosas que van a formar un todo homogéneo y divisible, en la adjunción se trata de la unión de cosas heterogéneas (dueños distintos) que se unen indisolublemente para constituir un sólo objeto : Una cosa resultante de la unión indisoluble de otras, que constituye un objeto nuevo y único, en el que pueden distinguirse sus antiguos componentes pero no separarse.

Art. 375 ... Cuando dos cosas muebles, pertenecientes a distintos dueños, se unen de tal manera que vienen a formar una sólo sin que intervenga mala fé, el propietario de la principal adquiere la accesoria, indemnizando su valor al anterior dueño ...

Art. 376 ... Se reputa principal, entre dos cosas incorporadas, aquella a que se ha unido otra por adorno o para su uso o perfección ...

Art. 377,1º ... Si no puede determinarse por el art. anterior cuál de las dos cosas incorporadas es la principal, se reputará como tal el objeto de más valor y entre dos objetos de igual valor, el de mayor volumen

Art. 377, 2º ... En la pintura y escultura, en los escritos, impresos ... se considerará accesoria la tabla, el metal, la piedra, el papel etc ... --> Preferencia a la creación intelectual y artística sobre la materia, soporte de su expresión material.

Art. 378, 2º ... Cuando la cosa unida para el uso, embellecimiento o perfección de otra, es mucho más preciosa que la cosa principal, el dueño de aquélla puede exigir su separación, aunque sufra algún detrimento la otra a que se incorporó ...

Art. 379, 1º y 2º ... Cuando el dueño de la cosa accesoria ha hecho su incorporación de mala fé, y pierde la cosa incorporada , tiene la obligación de indemnizar al propietario de la principal los perjuicios que haya sufrido ... Si el que ha procedido de mala fé es el propietario de la cosa principal, el que lo sea de la accesoria tendrá derecho a optar entre que aquél le pague su valor o que la cosa de su pertenencia se separe, aunque para ello haya que destruir la principal, y en ambos casos, además, habrá lugar a indemnización de daños y perjuicios ...

Art. 379, 3º ... Si cualquiera de los dueños ha hecho la incorporación a vista, ciencia y paciencia y sin oposición del otro, se determinarán los derechos respectivos en la forma dispuesta para el caso de haber obrado de buena fé ...

Art. 380 ... Siempre que el dueño de la materia empleada sin su consentimiento tenga derecho a indemnización, puede exigir que ésta consista en la entrega de una cosa igual en especie y valor y en todas sus circunstancias, a la empleada o bien en el precio de ella, según tasación pericial ...

8

La Usucapion

8.1. LA USUCAPIÓN : IDEAS GENERALES.

8.1.1. Prescripción y usucapión.

Art. 1930,1º Cc ... *Por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la Ley, el dominio y demás derechos reales ...*

La influencia del tiempo (en relación con el mantenimiento de un *statu quo*) no se limita a la extinción de las pretensiones o derechos que tardan demasiado en usarse sirviendo también para dar nacimiento en una persona a derechos y situaciones jurídicas que aparecen ante la gente como existentes y atribuidos a ella, pero que de hecho, no le pertenecen [hacer coincidir la apariencia con la realidad].

Pese a ser caras de la misma moneda, usucapión y prescripción tienen campos de aplicación muy diferentes :

A/ La prescripción entran en juego respecto de toda clase de derechos, facultades y situaciones.

B/ La usucapión, en cambio, tiene un campo de aplicación mucho más limitado : Su juego queda limitado a la propiedad y a algunos de los derechos reales limitados. Históricamente y legalmente, la función propia de la usucapión es la de ser un modo de llegar a adquirir el dominio y los derechos reales, tal y como establecen los arts. 609 y 1.930 Cc.

8.1.2. La usucapión como prescripción adquisitiva y modo originario de adquirir.

En ninguno de los artículos dedicados a regular la materia utiliza el Cc el término

usucapión, usando en cambio el de prescripción (art. 1.930). De forma sistemática y recurrente se identifica *prescripción* con la prescripción propiamente dicha y la usucapión. La usucapión es la prescripción adquisitiva, basada y asentada en el hecho posesorio vivido por el poseedor como derecho frente al titular anterior del derecho que pretende ser usucapido.

8.1.3. Fundamento de la usucapión.

Se muestra la usucapión como un instituto al servicio del tráfico, a cuya seguridad han de sacrificarse situaciones jurídicas pero no fácticas, cuando la inercia de los titulares y el ejercicio prolongado demasiado tiempo hacen más respetable el interés del titular aparente y activo que el del titular real.

Mientras la prescripción extintiva priva de efectos a pretensiones reales o personales antes existentes, la usucapión relativa sólo a derechos reales los atribuye, conjugando la inercia del titular despojado con la posesión de quien se arroga el derecho. El centro de gravedad de la institución no se coloca tanto en la conducta omisiva del titular como en la continuada posesión del usucapiente.

8.2. CLASES DE USUCAPION : ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA.

La usucapión es en principio un modo originario de adquirir, puesto que el usucapiente no recibe su derecho de un *tradens* ni siquiera en aquellos supuestos en que contrata con un *non dominus* (acaso ambos de buena fé) y de él recibe la posesión, pues aun así, el *non dominus* no puede transferir la propiedad que no tiene.

El Cc denomina **prescripción adquisitiva** a la usucapión, distinguiéndola de la prescripción extintiva, formulando una serie de preceptos con pretensión de aplicación común a una y a otra *aunque se trate de 2 institutos autónomos* que tienen en común el juego del tiempo y el dato de la inactividad del titular que pierde su condición de tal. El Cc, en su art. 1930, contiene una específica definición para cada una de ambas variedades : ... *Por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales ... También se extinguen del propio modo, por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean ...*

Como **principales diferencias** entre la USUCAPIÓN y la PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA, se señalan :

1. Que la usucapión es un modo de adquirir y la prescripción extintiva un modo de perder derechos.
2. Que la usucapión proporciona derechos sobre las cosas, mientras que por la prescripción se extinguen tanto los créditos como los derechos reales.
3. Que la usucapión presupone una conducta positiva del poseedor frente a la negativa del titular del bien que aquél está en vías de adquirir, mientras que en la prescripción extintiva, ambas partes permanecen inertes.

Retroacción de efectos :

Al cumplirse el plazo de la usucapión, la adquisición del nuevo dueño retrotrae sus efectos al día inicial de la posesión, de modo que cuantos actos realizó como titular (sin serlo todavía) en el período intermedio, quedan automáticamente confirmados y convalidados, y los de quien era verdadero titular en el mismo período serán ineficaces (salvo si no contradicen la situación aparental creada por la usucapión en curso), en cuanto puedan afectar al nuevo propietario. A éste le incumben, con igual efecto retroactivo, las responsabilidades del dominio.

Aun siendo la continuidad posesoria el substrato mínimo y común, nuestro sistema positivo distingue entre usucapión extraordinaria y ordinaria.

En la usucapión extraordinaria se exigen unos plazos de continuidad posesoria más largos que en la ordinaria. En ésta, por compensación, además de la posesión con todas sus características, el Cc requiere complementariamente buena fé y justo título en el poseedor usucapiente.

8.3. SUJETOS Y OBJETO.

8.3.1. Capacidad para usucapir.

Art. 1931 ... Pueden adquirir bienes o derechos por medio de la prescripción, las personas capaces para adquirirlos por los demás modos legítimos ...

La usucapión abreviada exige, para su iniciación, tener capacidad negocial o representante con ella, pues sólo así puede constituirse el título. Para su continuación ó para la usucapión larga, no es precisa capacidad personal alguna distinta de la general de todo sujeto de derecho, a menos que se ejerza personalmente la posesión inmediata, en cuyo caso se requiere y basta la capacidad para poseer. Pues fuera de esto cabe la posesión inmediata en beneficio del usucapiente por cualquier poseedor derivado (arrendatario, usufructuario ... pueden poseer en servicio de la usucapión de un recién nacido).

8.3.2. La prescripción del comunero.

Art. 1933 ... La prescripción ganada por un copropietario o comunero aprovecha a los demás ... En principio, el coposeedor, a la vez que usucapir la cuota para él, adquiere la cosa para todos sus compañeros. Mas si posee la cosa inequívocamente para sí y en exclusiva (lo que requerirá interversión del concepto posesorio) adquirirá para sí.

Resulta del art. 1933 que este cambio a la posesión exclusiva de un comunero no puede presumirse : Cualquiera de ellos cuando realiza actos posesorios personales, en principio posee para todos. La cuestión de la buena o mala fé en la usucapión de la cosa común habría de resolverse, en principio, frente a cada comunero, y siendo uno el poseedor, representante de los restantes, se aplican las normas de la representación posesoria en relación a cada uno de aquéllos.

8.3.3. La eficacia general de la prescripción ganada.

La prescripción adquisitiva corre frente a cualquier sujeto pasivo, aun ignorante e indefenso. Además del art. 1934, lo expresa también el art. 1932.1º ... *Los derechos y acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas, incluídas las jurídicas, en los términos prevenidos por la ley ...*

El Cc no admite la ilección de los menores e incapaces, quedando siempre a salvo las personas impedidas de administrar sus bienes, de ejercitar el derecho de reclamar contra sus representantes legítimos, cuya negligencia hubiera sido causa de la prescripción (art. 1.932).

Añade el art. 1934 que ... *la prescripción produce sus efectos jurídicos a favor y en contra de la herencia antes de haber sido aceptada y durante el tiempo concedido para hacer inventario y para deliberar ...* Aprovecha, pues, al heredero, aunque éste ignore serlo.

8.3.4. El ámbito objetivo de la usucapión.

Art. 1936 ... *Son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres ...*

También el art. 609 cuenta a la usucapión entre los modos de adquirir la propiedad y los demás derechos sobre los bienes, advirtiendo que lo que se usucapa es el **derecho** y no exactamente la cosa.

La condición de estar en el comercio humano la exige asimismo a las cosas el art. 437 para ser poseídas, y por tanto, para su adquisición por usucapión.

Fuera del comercio están, singularmente, los bienes de dominio público y de hecho, a los inmuebles los excluye la legislación administrativa expresamente, si bien, la realidad, más poderosa que las declaraciones legales, muestra la continua adquisición por particulares, de parcelas o edificios del dominio público que la doctrina justifica por haberse producido primero la desafectación, como si fuera ésta algo independiente de la posesión *ad usucapionem*, exclusiva y a título de dueño, posesión incompatible con cualquier afección de la cosa al uso o servicio público.

La inalienabilidad de un bien establecida por negocio jurídico no lo hace imprescriptible.

Derechos capaces de ser usucapidos lo son cuantos puedan ser objeto de posesión (sólo derechos reales). El Cc se refiere expresamente, además de la propiedad, a la usucapión de las servidumbres, el usufructo, el uso y la habitación, pero evidentemente la usucapión se extiende a cuantos derechos sean posedibles, incluso el de prenda, no así los que se manifiestan externamente mediante el contacto con la cosa, como la hipoteca, las servidumbres negativas y los derechos de adquisición.

La S. 26-3-1986 considera usucapibles los derechos que permiten ser ostentados *ad extra* a través del ejercicio de su contenido.

Se ha planteado como hipótesis el que sobre los bienes muebles sólo pudiera ser usucapido el dominio ya que sólo a él se refiere el art. 1255, pero tanto nuestra tradición jurídica como la realidad muestran que los muebles son posedibles por títulos distintos al de dueño.

La nuda propiedad es susceptible de usucapión, ya que es innegable que la apariencia de dominio creada en favor del nudo propietario por el usufructuario que posee por título de tal, vale como *corpus possessorio* del nudo propietario.

Más dudosa resulta la usucapibilidad de la condición de censalista, por cuanto los créditos están fuera del marco de tal medio de adquirir.

La mera vinculación creada por el contrato no es susceptible de usucapión aunque el contrato dé derecho a

prestaciones periódicas, como el arrendamiento, que no confiere al arrendatario derecho real alguno.

8.4. POSESIÓN Y TRANCURSO DEL TIEMPO COMO REQUISITOS GENERALES.

Art. 1.941 ... *La posesión (para usucapir) ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida* ...

Esta ininterrupción no es un requisito intrínseco de la posesión sino una cualidad del lapsus de tiempo, que no ha de presentar solución jurídica de continuidad. Por ello, cuando se hable de interrupción de la posesión, ha de entenderse que si la tenencia se interrumpe, sea naturalmente o mediante una *litis* en la que triunfa el interruptor, aun cuando luego se reanude, el tiempo que duró aquélla antes de cesar, deja de tener cualquier valor a efectos de la prescripción adquisitiva : Se cancela y la usucapión habrá de iniciarse de nuevo a contar del primer día.

La interrupción no se refiere de modo necesario a la posesión inmediata, sino precisamente a la *possessio ad usucapionem*, cuya condición de tal puede ponerse en tela de juicio sin alteración fáctica. En particular, la demanda judicial ó el acto de reconocimiento del derecho del titular superior no hacen cesar en el usucapiente su proximidad física a la cosa ni la posibilidad de usar los interdictos si se la arrebatan, y sí sólo su cualidad de tal usucapiente, ya porque la posesión ha dejado de ser en concepto de dueño, ya porque sus efectos en perjuicio del demandante se hallen condicionados al resultado del pleito.

La distinción entre la **prescripción extintiva** (como resultado de la inercia del titular) y la **adquisición** (como fruto de la actividad del poseedor y la apariencia creada) se prolonga en tema de interrupción. Para la de la prescripción extintiva basta la mera reclamación del perjudicado, mientras que para la de la usucapión es necesario el cese de la *possessio ad usucapionem*. Mientras en el terreno de los derechos de crédito, la mera reclamación extrajudicial informal (con tal que se demuestre) mantiene en vida las acciones, la prescripción adquisitiva sólo se interrumpe con el cese efectivo de la posesión en calidad de dueño, no bastando para ello con las peticiones y protestas del *verus dominus* mientras en la vía judicial no obtenga sentencia favorable definitiva.

El requisito de la no interrupción posesoria, interrupción natural e interrup-

ción civil.

Art. 1960.2º ... *Se presume que el poseedor actual que lo hubiera sido en época anterior, ha continuado siéndolo durante el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario* .

Art. 459 ... *El poseedor actual que demuestre su posesión en época anterior, se presume que ha poseído también durante el tiempo intermedio mientras no se pruebe lo contrario* ...

La prueba de la posesión, momento por momento, llegaría a ser imposible.

Clases de interrupción.

Art. 1943 ... *La posesión se interrumpe para los efectos de la prescripción, natural o civilmente* ... Esta distinción tiene hoy sólo valor sistemático, no incluyendo la interrupción por reconocimiento a que se refiere el art. 1948.

-- La interrupción civil.

Se produce mediante una comunicación al poseedor que no modifica físicamente su tenencia pero que le hace saber la oposición formal, por vía judicial, de su contra-dictor, provocando un cambio en la condición de la

cosa que pasa a litigiosa. Los efectos son relativos, como no se interrumpe de hecho la posesión, la tenencia no reclamada puede ser eficaz y válida para usucapir frente a cualquier sujeto distinto del reclamante. Se regula en los arts. 1945 a 1947.

1) **Art. 1945 :**

... La interrupción civil se produce por la citación judicial hecha al poseedor, aunque sea por mandato de juez incompetente ... La citación adelanta los efectos de la cesación física de la tenencia, arrebatándole desde entonces virtualidad prescriptiva.

La cesación de la posesión es la única causa que en rigor interrumpe la posesión. Cuando la cesación adviene por vía judicial, sólo es la sentencia lo que interrumpe la prescripción. La ley señala como complemento de esta regla que, iniciado el procedimiento, el usucapiente no puede durante él, consumir la usucapición. La demanda, para interrumpir la posesión civil, ha de tener como contenido una acción real petitoria o posesoria, relativa a los bienes poseídos, siendo demandante el verdadero titular cuyo derecho resultaría extinguido por la usucapición y demandado el usucapiente.

a') La controversia sobre el momento interruptivo.

La interrupción se produce en el momento de notificarse al demandado el emplazamiento. El conocimiento del poseedor demandado es necesario para interrumpir su buena fé, pero no para poner en cuestión su tenencia.

b') Clases de proceso.

Vale la citación judicial para interrumpir la prescripción en un proceso no definitivo.

Al ejercicio judicial del derecho debe asimilarse el compromiso en árbitros, o bien el embargo preventivo que, una vez practicado, priva de la posesión o modifica la naturaleza de ésta.

c') La sentencia interruptiva.

El pronunciamiento de la sentencia debe referirse al derecho del actor, derecho real incompatible con la posesión del demandado en concepto de dueño.

En la interrupción civil, la sentencia sólo interrumpe la prescripción en favor del litigante victorioso que además sea titular.

d') Juez incompetente.

Excepcionalmente, la demanda presentada ante Juez incompetente interrumpe la posesión del demandado, lo que resulta un tanto anómalo pues de ordinario tal demanda no prosperará, pero como el art. 1945 le atribuye eficacia para hacer cesar la calidad *ad usucapionem* de la posesión, el precepto ha de interpretarse en el sentido de quedar pendiente el efecto interruptivo mientras se sustancia el juicio y hasta la sentencia que aprecie la excepción de incompetencia, luego, o se presenta nueva demanda y la interrupción aprovechará al demandante (si gana el nuevo pleito) desde la presentación de la demanda primitiva, o no, y la interrupción se tiene por no acaecida.

2) **Art. 1946 :**

... Se considerará no hecha y dejará de producir interrupción la citación judicial ...

1º Si fuere nula por falta de solemnidades legales.

2º Si el actor desistiere de la demanda o dejare caducar la instancia.

3º Si el poseedor fuere absuelto de la demanda ...

a') Las solemnidades de la cédula las marca el art. 268 Lec, y para el emplazamiento el 274. Sin embargo, el art. 279, 2º advierte que ... *cuando la persona notificada, citada o emplazada, se hubiere dado por enterada del juicio, surtirá desde entonces la diligencia todos sus efectos como si se hubiese hecho con arreglo a las disposiciones de la ley ...*

b') La absolución en la instancia.

Dado el sentido literal del precepto en relación con el formalismo del proceso y el valor que ha de concederse a las resoluciones judiciales, no es fácil responder afirmativamente.

3) Art. 1947.

... También se produce interrupción civil por el acto de conciliación, siempre que dentro de los dos meses de celebrado se presente ante el Juez la demanda sobre posesión o dominio de la cosa cuestionada ...

Interrupción natural.

Art. 1944 ... *Se interrumpe naturalmente la posesión cuando por cualquier causa se cese en ella por más de 1 año ...* Se deja totalmente de poseer o por propia voluntad (abandono) ó por causa de una posesión anual contradictoria de otro : nó de una tenencia derivada de la nuestra, en cuyo caso el nuevo titular derivado continuaría nuestra usucapión.

Según el concepto de la posesión no interrumpida, no se requiere la reiteración absoluta de los actos posesorios. Una intermitencia inferior a un año no hace discontinua (en sentido legal) la posesión, desde el momento en que la interrupción natural de la posesión sólo se produce cuando se cesa en ella por más de 1 año.

Cesar en la posesión supone abandono voluntario del objeto. Si este abandono es forzado, hay despojo.

La posesión contradictoria puede ser del dueño, o bien de un tercero, incluso sin conocimiento de aquél e iniciando nueva usucapión.

Aprovecha para la usucapión el tiempo de posesión ajena inferior a 1 año e incluso el superior si la acción recuperatoria de la posesión, se interpuso en el año ... Art. 466 Cc ... *El que recupera conforme a derecho, la posesión indebidamente perdida, se entiende para todos los efectos que puedan redundar en su beneficio que ha disfrutado sin interrupción ...* Hay en el despojado una posesión conservada si se inicia el movimiento recuperatorio antes del año.

Interrupción por reconocimiento.

Art. 1948 ... *Cualquier reconocimiento expreso o tácito que el poseedor hiciese del derecho del dueño, interrumpe asimismo la posesión ...* En estos casos más que propia interrupción, hay interversión del concepto en que posee el usucapiente, que deja de serlo, sin dejar de ser poseedor (*nomine alieno*). Realmente, cualquier declaración o cualesquiera actos del usucapiente que impliquen reconocimiento de que no posee *animo domini*, al restar a su tenencia un requisito indispensable para usucapir, cancelan la prescripción en curso, sin necesidad de dirigirse al *verus dominus* ni aun llegar a su conocimiento.

Por "dueño" hay que entender, como en otras ocasiones, el titular de la propiedad o de otro derecho real susceptible de usucapión.

El reconocimiento aludido en el art. 1948 es un reconocimiento positivo "del derecho de dominio" de quien lo alega, nó del derecho de otro ó de la falta de derecho del poseedor.

El reconocimiento puede ser también implícito. En cuanto a la capacidad para reconocer, habrá de estarse a lo dispuesto en el 2º inciso del art. 443 ... Como no se trata de una adquisición de posesión, para la que tienen capacidad los menores e incapaces, sino del ejercicio de los derechos derivados de ella, se requiere la inter-vención de los representantes legítimos de aquéllos.

8.5. LOS ESPECIALES REQUISITOS DE LA USUCAPIÓN ORDINARIA.

El art. 1.940 establece ... *Para la prescripción (usucapión) ordinaria del dominio y demás derechos reales se necesita poseer las cosas con buena fé y justo título por el tiempo determinado en la ley ...*

8.5.1. Buena fé.

El art. 1.950 Cc indica expresamente ... *La buena fé del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio (o su derecho real poseíble) ...*

-- El usucapiente adquirió de quien tenía facultades transmisivas suficientes.

-- El acto o título transmisivo puede ser considerado válido.

Art. 433 ... *Se reputa poseedor de buena fé al que ignora que en su título o modo de adquirir existe vicio que lo invalida ...*

La buena fé del poseedor usucapiente ha de ser continuada y persistir durante todo el período de la posesión hábil para la usucapión.

Por remisión del art. 1951, son aplicables en esta materia los arts. 434 y 435.

-- Salvo prueba en contrario, la posesión del usucapiente ha de ser considerada de buena fé.

-- Salvo prueba en contrario, la aplicación del art. 435 conlleva que la posesión inicial de buena fé se ha de seguir considerando salvo que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente.

8.5.2. Justo título.

Además de justo, el título debe ser verdadero y válido (art. 1953) y debe probarse, pues no se presume nunca (art. 1954), a pesar de lo expuesto por el art. 448 ... El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título y no se le puede obligar a exhibirlo ...

Se entiende por justo título el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate. Son títulos válidos y justos los contratos afectos por alguna causa de anulabilidad, rescisión, resolución o revocación, no lo son, en cambio, los afectados por alguna causa de nulidad *stricto sensu*.

8.6. LOS PLAZOS POSESORIOS.

Diversos preceptos fijan el tiempo que ha de durar la *possessio ad usucapionem* para que la adquisición del poseedor prescribiente se consume. Se señalan 2 series de espacios de tiempo muy distintas según se trate de cosas muebles o inmuebles, y dentro de cada una según la "dignidad de protección" que acredita el usucapiente.

La normativa del Cc es la siguiente :

8.6.1. En la usucapión ordinaria.

a) Usucapión de bienes muebles.

Art. 1955, distinción entre supuestos de buena y mala fé :

... El dominio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de 3 años con buena fé ...

... También se prescribe el dominio de las cosas muebles por la posesión no interrumpida de 6 años, sin necesidad de ninguna otra condición ...

... En cuanto al derecho del dueño para reivindicar la cosa mueble perdida o de la que hubiese sido privado ilegalmente, así como respecto a las adquiridas en venta pública, Bolsa, feria o mercado, o de comerciante establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará a lo dispuesto en el art. 464 de este Código ...

Ha de observarse que para la usucapión trienal no se exige justo título : Dispensa del art. 464,1º *... la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fé equivale al título ...*

... Las cosas muebles hurtadas o robadas no podrán ser prescritas por los que las hurtaron o robaron, ni por los cómplices o encubridores, a no haber prescrito el delito o falta, o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta ... Art. 1956 Cc y 112 Cpen.

El precepto relativo a bienes muebles (luego el usurpador sí puede usucapir las fincas), aun cuando sustituye a otro del Proyecto de 1851 según el cual "el tiempo de la posesión para prescribir las cosas hurtadas o perdidas deberá ser doble", tiene un significado muy distinto : No amplía los plazos legales de prescripción ni retarda el inicio de ésta, sino que se limita a dejarla inoperante en tanto no se hayan cumplido los de prescripción extintiva del delito, pena o responsabilidad. Una vez cumplidos, se aprecia la usucapión como si el art. 1956 no hubiera operado.

b) Plazos para los bienes inmuebles :

Art. 1957 *... El dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles se prescriben por la posesión durante 10 años entre presentes y 20 entre ausentes, con buena fé y justo título ...*

Para que tenga lugar la prescripción veintenial, **ausente** ha de estar el dueño de la cosa y sin dejar representante a quien competa el cuidado de ella, siendo indiferente si se encuentra en el mismo país que el usucapiente, si éste se hallara también en el extranjero, etc.

Art. 1958,1º *... Para los efectos de la prescripción se considera ausente al que reside en el extranjero ó en ultramar ...*

Art. 1958, 2º y 3º *... Si parte del tiempo estuvo presente y parte ausente, cada 2 años de ausencia se reputarán como 1 para completar los 10 de presente ...*

La ausencia que no fuere de un año entero y continuo, no se tomará en cuenta para el cómputo ...

Art. 1959 ... Se prescriben también el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante 30 años, sin necesidad de título ni de buena fé, y sin distinción entre presentes y ausentes, salvo la excepción determinada en el art. 539 ...

8.6.2. En la usucapión extraordinaria.

La prescripción extraordinaria, como modo de adquirir, no sólo exige el transcurso de los 30 años sin interrupción, sino también que la **posesión** no sea la simple tenencia material ó la posesión natural, sino la **civil**. La prescripción extraordinaria dispensa de la exigencia de título y buena fé, pero nó de la posesión *ad usucapionem*

8.6.3. Cómputo de los plazos.

A/ Adición de períodos posesorios.

Art. 1960... El poseedor actual puede completar el tiempo necesario para la prescripción, uniendo al suyo el de su causante ...

Art. 440 ... La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al here-dero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante ...

Art. 442 ... El que suceda por título hereditario no sufrirá las consecuencias de una posesión viciosa de su causante, si no se demuestra que tenía conocimiento de los vicios que le afectaban, pero los efectos de la posesión de buena fé no lo aprovechan sino desde la fecha de la muerte del causante ...

B/ La presunción de continuidad posesoria.

Art. 1960 ... Se presume que el poseedor actual que lo hubiera sido en época anterior, ha continuado siéndolo durante el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario ...

Art. 459 ... El poseedor actual que demuestre su posesión en época anterior, se presume que ha poseído también durante el período intermedio, mientras no se pruebe lo contrario ...

C/ Cómputo del plazo.

Art. 1960... El día en que comienza a contarse el tiempo se tiene por entero, pero el último debe cumplirse en su totalidad ... Se cuenta desde las 0 horas del día en que se comenzó a poseer hasta las 24 de aquél en que se cumple el plazo.

Para hacer el cómputo del plazo, es indispensable que no existan dudas sobre la fecha inicial de la posesión.

8.7. RENUNCIA DE LA USUCAPIÓN.

Art. 1.935.1º ... Las personas con capacidad para enajenar pueden renunciar la prescripción ganada, pero nó el derecho de prescribir para lo sucesivo ... La renuncia puede realizarse tácitamente ... cuando la renuncia resulta de actos que hacen suponer el abandono del derecho adquirido ...

La aplicación de dicho precepto a la usucapión supone que el poseedor usuca-piente, incluso una vez agotado el correspondiente plazo y habiendo obtenido a su favor la usucapión, puede renunciar a ella tanto expresa como tácitamente, siempre que no lo haga en perjuicio de terceros (art. 1.937), prohibiendo, sin embargo, la

usucapión futura.

9

La protección de la titularidad dominical

9.1. LA PROTECCIÓN DE LA TITULARIDAD DOMINICAL.

Tiene por objeto fundamental el estudio de la acción reivindicatoria como medio de protección específico de la propiedad.

9.2. ACCIÓN REIVINDICATORIA.

9.2.1. Concepto y fundamento.

Si como regla general, el propietario cuenta a su favor con las facultades de goce y de exclusión, es obvio que la garantía de tales facultades exige que se le dote de prerrogativas procesales para hacerlas efectivas, evitando la inoperancia de tales facultades.

En el Derecho romano existía una acción típica para que el titular dominical pudiera exigir la entrega de la cosa de cualquiera que, sin derecho para ello, la tuviera bajo su poder y posesión : *Reivindicatio*.

Ante la parquedad normativa y la abundancia real de reclamaciones sobre la propiedad de las cosas, ha sido la jurisprudencia quien ha elaborado de forma continuada y constante el alcance, extensión y los requisitos de ejercicio de la acción reivindicatoria.

9.2.2. Requisitos.

El ejercicio de la acción reivindicatoria presupone la concurrencia de 3 requisitos

-- Que el actor acredite su propiedad o dominio sobre la cosa reclamada : *Dominio del actor*.

El reivindicante debe acreditar ser dueño (o en su caso, condueño) y haber sido privado ilegalmente de la posesión efectiva de la cosa.

En relación con los bienes muebles, el art. 464 Cc, desempeña un importante papel de facilitación al propietario desposeído de la prueba de haber sido dueño.

-- Que se identifique exactamente dicha cosa :

Presupuesto absolutamente determinante en el ejercicio de la acción reivindicatoria ya que la cosa reclamada debe ser exactamente aquella que pertenece al propietario y no cualquier otra o, en su caso, una indemnización de daños y perjuicios.

-- Que el detentador o poseedor de la cosa no tenga derecho alguno que legitime

dicha posesión : *Posesión infundada del demandado.*

Habrá de ser demandado (conforme al art. 348 Cc) quien sea tenedor o poseedor de la cosa : Quien la tenga en su poder y carezca de derecho alguno para ello : La situación posesoria del demandado debe ser infundada, carente de título en sentido material que justifique la posesión.

9.2.3. Efectos.

El efecto y designio fundamental del ejercicio de la acción reivindicatoria consiste en la restitución de la cosa a su legítimo dueño. En su caso, siendo la cosa fructífera, su restitución comporta la de los frutos (arts 451 y sigs).

9.2.4. Plazo de ejercicio.

Art.1963... *Las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los 30 años*

Art.1962 ... *Las acciones reales sobre bienes muebles prescriben a los 6 años de perdida la posesión ...* excepto los casos de extravío y venta pública y los de hurto o robo, en que se estará a lo dispuesto en los arts : 460.4º, 464, 615 y 1956 ...

La exacta identificación de la cosa es un presupuesto absolutamente determinante en el ejercicio de la acción reivindicatoria. La cosa reclamada debe ser exactamente aquella que pertenece al propietario y no cualquier otra o, en su caso, una indemnización de daños y perjuicios. Estas pretensiones deben ejercitarse de forma subsidiaria, pero no integrando el *suplico* o *petitum* de la reivindicatoria, cuyo objeto radica únicamente en que **la cosa** vuelva a manos de su legítimo dueño.

La jurisprudencia ha declarado de forma reiterada que ha de reclamarse una cosa concreta y determinada, respecto de la cual el reivindicante ha acreditado su dominio, aunque se encuentre desposeído de ella por tenerla bajo su poder el demandado.

Habrá de ser demandado (Art. 348 Cc) quien sea "tenedor" o "poseedor de la cosa" : Quien la tenga en su poder y carezca de derecho alguno para ello : Situación posesoria del demandado : **infundada**, carente de título en sentido material que justifique la posesión.

9.2.5. Reivindicatoria y acción declarativa del dominio.

Aunque con una presencia más escasa que la acción reivindicatoria propiamente dicha, la jurisprudencia admite también la existencia de una ACCION DECLARATIVA de DOMINIO que tendría por objeto que la titularidad dominical del propietario sea reconocida por quien, incluso sin ser poseedor, se arrogue tal derecho o impugne o discuta extrajudicialmente el derecho del propietario. A través de tal acción, el propietario tiene como finalidad la cesación de acciones de terceras personas que pretendan poner en discusión su derecho o que, sin privarlo de la posesión efectiva, lo sometan a cualquier otro tipo de perturbaciones.

9.3. REFERENCIA A LA ACCION PUBLICIANA.

La acción Publiciana, así denominada por su origen romano (Pretor Publicio), tenía por objeto en Derecho Romano, proteger al poseedor que se encontraba en posición de consolidar a su favor la usucapión. Actualmente, claramente diferenciada de la acción reivindicatoria, la acción publiciana tiene por objeto

central y exclusivo el debate sobre el mejor derecho a la posesión. Para algunos autores, resultaría muy favorable para quien se considera propietario, pero no logra acreditarlo cumplidamente.

La acción no persigue que se declare el dominio del actor, sino restituirle la posesión dominical perdida hace más de 1 año, y que reclama frente a quien no es dueño ni puede alegar mejor condición posesoria.

Entre los autores posteriores al Cc se impuso en otro tiempo la posición negativa sobre la subsistencia de la Acción Publiciana. En la actualidad, autores como Díez Picazo se inclinan por una tesis positiva.

Cierto que falta un precepto en la legalidad vigente estableciendo de modo expreso que la posesión por largo tiempo, en concepto de dueño y acaso de buena fé, confiere un derecho a seguir teniendo, que no se defiende sólo mediante los interdictos ni se extingue por la falta de contacto físico (propio o de un mediador) durante más de 1 año. Pero a falta de tal precepto, queda el recurso a esa razón natural que está por encima de las leyes : Los Principios Generales del Derecho y a la tradición del Derecho intermedio, según la cual resultaba vencedor en las luchas entre poseedores (actual o pretéritos) no propietarios quien *potiora iurain petitorio ostenderit*.

Se inclinan por la solución afirmativa diversas sentencias jurisprudenciales, las cuales califican a la acción Publiciana de faceta de la acción reivindicatoria, describiéndola y regulándola como independiente de ella.

La jurisprudencia española ha amparado hasta ahora el "mejor derecho a poseer" : El que resulta de la larga tenencia de buena fé, frente al despojo perpetrado hace más de 1 año, por un nuevo poseedor.

9.4. ACCIÓN NEGATORIA.

9.4.1. Concepto y finalidad.

Ni el Cc ni la LEC continen referencia alguna a la acción negatoria, mecanismo procesal creado por los juristas romanos para que el propietario pudiera rechazar o negar la existencia de presuntas servidumbres sobre sus fundos y también para erradicar cualesquiera perturbaciones anormales en la utilización de las cosas por parte del demandado.

El objeto propio de la acción negatoria consiste en facilitar al propietario (y a otros titulares de derechos de goce y disfrute) el goce pacífico y completo de su derecho al uso y utilización de las cosas sobre las que recae su derecho. A tal efecto, la acción negatoria desempeña una función conminatoria que tiene por objeto evitar la continuación de perturbaciones o inmisiones indebidas, pretendan o nó los responsables de tales actuaciones tener derecho real o nó sobre la cosa, así como una función cautelar, tendente a evitar que puedan volverse a presentar tales perturbaciones en el futuro.

9.4.2. Condiciones de ejercicio.

La acción negatoria compete al propietario, pero no sólo a él, sobre todo si se acepta que las inmisiones indebidas también dan lugar al ejercicio de la acción negatoria. Naturalmente, el propietario tiene que acreditar y probar la perturbación sufrida, pero sin que pueda exigirse la prueba (negativa) de la inexistencia del derecho que presuntamente alegue quien ha causado la perturbación. Razones procesales aparte, dado que la propiedad se presume libre, en todo caso habrá de ser el demandado quien pruebe la existencia del derecho que justifique la perturbación habida, o que en el caso de inmisiones, éstas no puedan considerarse indebidas.

9.4.3. Plazo de ejercicio.

La aplicación de los arts. 1962 y 1963 determinan un plazo de 6 años respecto de los bienes muebles y otro de 30 años en relación con los inmuebles, contados a partir del momento en que el derecho que pretende negarse

ha comenzado a ser ejercitado.

9.4.4. Efectos.

Caso de prosperar el ejercicio de la acción negatoria, se producirán los siguientes efectos :

- Cese de la perturbación o de la inmisión indebida.
- Posible adopción de medidas precautorias que eviten la reaparición recurrente de perturbaciones o inmisiones indebidas realizadas por terceras personas.
- En su caso, responsabilidad civil por el hecho ilícito de la inmisión o perturbación sufrida por el propietario, con la consiguiente obligación de indemnizar los daños causados.

9.5. ACCIÓN DE CERRAMIENTO DE FINCAS.

Art. 388 Cc ... Todo propietario podrá cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos, o de cualquier otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituídas sobre las mismas ...

Para llevar a cabo tal cerramiento, el propietario no necesita ejercitar acción judicial alguna, sino sólo proceder a la realización de los oportunos actos materiales de dominio. Si el cerramiento de la finca fuese objeto de impugnación por terceros, alegando cualquier tipo de derecho, el interés del dueño se encontraría atendido por la acción negatoria de forma directa.

9.6. ACTIO AD EXHIBENDUM.

Recibe tal denominación una de las diligencias preliminares reguladas por el art. 256.2 LEC, en cuya virtud, de forma preparatoria, cualquiera puede pedir la exhibición de la cosa mueble que, en su caso, haya de ser objeto de la acción real o mixta que trate de entablar contra el que tenga la cosa en su poder ...

Su alcance queda limitado exclusivamente a los bienes muebles y tienen legitimación activa para solicitarla tanto el propietario como los restantes titulares de derechos reales. No obstante, su ejercicio efectivo es escasamente frecuente.

9.7. LA ACCIÓN DE DESLINDE Y EL AMOJONAMIENTO.

Art. 384 Cc ... *Todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad, con citación de los dueños de los predios colindantes. La misma facultad corresponderá a los que tengan derechos reales ...*

Art. 2061.1 LEC ... *Puede pedir el deslinde y amojonamiento de un terreno no sólo el dueño del mismo, sino el que tuviere constituido sobre él algún derecho real para su uso y disfrute ...*

9.7.1. Criterios normativos sobre el deslinde.

Atendiendo a lo establecido en los arts. 385 a 387 Cc, en la realización del deslinde, los derechos de las partes sobre las franjas de terreno en liza, habrán de resolverse atendiendo a los siguientes criterios :

1. Existencia de títulos de propiedad (titulación formal) a efectos de determinar la

extensión y conformación física de la finca..

2. La posesión : Meros datos de hecho sobre la utilización o uso de las franjas de terreno en litigio.

3. Cualquier otro medio de prueba.

4. La adjudicación igualitaria.

9.7.2. La práctica del deslinde.

El deslinde puede llevarse a cabo de las siguientes formas :

1. Por cualquier tipo de acuerdo, convenio o contrato entre los interesados, actuando extrajudicialmente (determinación mediadora de un tercero).

2. Mediante acto de jurisdicción voluntaria : Art.2061 LEC y que requiere la inexistencia de oposición de todos y cada uno de los colindantes que tengan interés en el deslinde (art. 2066 LEC).

3. Si alguno de los colindantes manifestase oposición al deslinde, éste podría practicarse pero requiriéndose reservar al opositor su derecho a deslindar para que lo ejercite en el declarativo ordinario que, conforme a la cuantía, corresponda (art. 2070 LEC).

9.7.3. Compatibilidad de la acción reivindicatoria y el deslinde.

Cuando el ejercicio de la acción de deslinde se lleva a cabo por el titular dominical (y no por los restantes titulares de derechos reales que también tienen legitimación activa para ello), la jurisprudencia ha reiterado que cabe el ejercicio compatible y acumulable de la acción reivindicatoria : En tales casos, la estructura propia de la demanda se encuentra dirigida a la restitución de la cosa a su legítimo dueño (principal) y como natural consecuencia, solicitar el deslinde de la finca previamente identificada.

10

La copropiedad

10.1. COMUNIDAD Y COPROPIEDAD.

El Cc rubrica el Título III del Libro II (arts 392 a 406) bajo la expresión *Comunidad de bienes*, estableciendo en el art. 392.1 ... *Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o un derecho pertenece proindiviso a varias personas ... A falta de contratos o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título ...*

El citado art. 392 considera la **comunidad** como género de las situaciones de cotitularidad y a la **copropiedad** como una especie concreta de dicho género.

10.2. LAS LLAMADAS COMUNIDAD ROMANA, GERMÁNICA Y LA PROPIEDAD

DIVIDIDA.

10.2.1. Las características diferenciales de las comunidades romana y germánica

nica.

Los caracteres fundamentales de la **comunidad romana** (o por cuotas) fueron los siguientes :

- Cada uno de los copropietarios tenía atribuída una cuota de participación en el derecho compartido, que en general, regía tanto para la contribución a los gastos como para la formación de los acuerdos por mayoría.
- Los copropietarios gozan de amplia libertad para adoptar los acuerdos que consideren convenientes, respecto de la copropiedad, pudiendo incluso provocar la extinción de dicha situación, mediante la división de cosa común.
- La copropiedad se concibe estructuralmente como una situación tendencialmente transitoria.
- Respecto de la cuota de participación respectiva, cada uno de los copropietarios puede realizar sin consentimiento de los restantes, los actos de disposición o enajenación que considere oportunos, desligándose de la copropiedad.
- Entre los copropietarios entre sí y en relación con la cosa común no existe más vínculo que la titularidad compartida del derecho de propiedad.

Frente al esquema normativo referido, existen otras formas de organización de las situaciones de cotitularidad que han dado en llamarse comunidad germánica o en mano común. El legislador y, en la medida que la autonomía privada se lo permita, los particulares, son libres de configurar las situaciones de cotitularidad siguiendo pautas distintas a las establecidas en los arts. 192 y sigs.

Las características de **la comunidad germánica** serían :

1. Inexistencia de cuotas : Imposibilidad de ejercitar la división por parte de los comuneros.
2. Existencia de un vínculo personal entre los copropietarios, fundamentalmente de carácter familiar : Trascendente respecto de la situación de cotitularidad.
3. Consideración de la comunidad como una situación tendencialmente permanente y de gran estabilidad.
4. Imposibilidad de que el copropietario pueda enajenar o transmitir su posición en la comunidad a un tercero ajeno a ella.

10.2.2. La relativa intrascendencia de la contraposición.

La confrontación entre uno y otro tipo de comunidad sólo constituye un mero referente teórico, con escasos resultados prácticos. Por el hecho de no existir en España una normativa general de copropiedad sin cuotas no ha de calificarse de comunidad germánica a la comunidad hereditaria, a la sociedad legal de gananciales o a otros supuestos de menor trascendencia legal.

La regulación de los montes vecinales en mano común se aproxima a la noción teórica de la comunidad germánica :

- Se considera que la propiedad de tales montes corresponde en mano común a quienes tengan la condición administrativa de vecinos del lugar.
- Los montes vecinales son, por principio, radicalmente indivisibles.

– Los vecinos carecen de cuota alguna y de la posibilidad de enajenar su participación en el aprovechamiento de tales montes.

10.2.3. La propiedad dividida.

Llamada también pro diviso, se da cuando sobre un mismo bien, varias personas, en condición de propietarios, tienen derecho exclusivo sobre distintos aprovechamientos de aquél. No se trata propiamente de comunidad, sino de una adición o agregación de titularidades dominicales diversas sobre una misma cosa.

10.3. LA COPROPIEDAD POR CUOTAS.

La nota característica de la copropiedad viene dada porque la coexistencia sobre la misma cosa del derecho de propiedad de varias personas, obliga a descomponer idealmente sus poderes sobre dicha cosa, lo que se consigue mediante la atribución de cuotas partes a cada uno de los propietarios.

Art. 393 Cc ... El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas ... Dichas cuotas se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario ...

Dicha regla es de carácter dispositivo y supletorio, en evitación de imprevisiones. Pero no obsta a que los copropietarios lo sean en partes desiguales. La desigualdad en la cuota vendrá dada por el título adquisitivo, o por las aportaciones realizadas en el momento de nacer la situación de copropiedad. Los beneficios o las cargas dimanantes de la copropiedad serán directamente proporcionales a la cuota respectiva de cada uno de los comuneros.

10.4. FACULTADES Y DEBERES DE LOS CONDUENOS RESPECTO DE LA COSA

COMÚN.

10.4.1. Uso y disfrute de los bienes comunes.

En relación con el **uso** de la **cosa común**, el art. 394 Cc sienta como regla inicial el hecho de que ha de atenderse al destino y a la naturaleza de la cosa, de forma que la utilización de la cosa común por parte de cada uno de los copropietarios no conlleve perjuicio para el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizar las cosas comunes según su derecho.

Los acuerdos de los copropietarios sobre el uso de la cosa constituyen un acto de administración, y consecuentemente, pueden adoptarse por simple mayoría.

10.4.2. Conservación y defensa en juicio.

Una de las actuaciones de mayor importancia respecto de la cosa común radica en las actuaciones judiciales que requiera su conservación y defensa de perturbaciones extrañas que, en su caso, pudiesen arrojar consecuencias negativas con carácter general para todos los condueños.

La sentencia dictada a su favor aprovechará a los demás comuneros, sin que les perjudique la adversa o contraria (STS 3-VII-1981).

10.4.3. Administración de la cosa común.

La regla general que preside los problemas relativos a la **administración de la cosa común** radica en que los acuerdos han de ser adoptados por *la mayoría de los partícipes* (Art. 398.1º).

La **mayoría de partícipes** a que se refiere queda precisada en el 2º párrafo, en el que se indica que ... *No habrá mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representan la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad ...* : No se requiere tanto que haya mayoría numérica de propietarios que voten en un determinado sentido, sino que la suma de las cuotas de los propietarios que voten un acuerdo, sea superior a las cuotas de aquellos que quedan en situación minoritaria. Vg : Viuda ostenta el 55 % de una finca y sus 7 hijos se reparten el 45 % restante, es obvio que el voto de la viuda será siempre y en todo caso, decisivo.

No obstante, y en previsión de que un comunero mayoritario adopte decisiones entendidas como perjudiciales para el resto, éstos podrán dirigirse al Juez para que provea lo que corresponda, llegándose incluso al nombramiento de un administrador, si así se solicita.

Las decisiones perjudiciales para los copropietarios minoritarios, suelen venir representadas por la adopción de acuerdos que minusvaloran su capacidad de uso y disfrute de los bienes.

10.4.4. Disposición y alteración de la cosa común.

Conforme al art. 397, hay que entender que tanto las alteraciones materiales de la cosa común, como la enajenación de la misma, no puede llevarse a cabo salvo que concurra el consentimiento de todos los copropietarios : Rige la absoluta unanimidad de los copropietarios.

Por alteraciones en la cosa común deben entenderse las modificaciones de carácter material de la cosa.

Dado que los actos de administración pueden llevarse a cabo mediante simple mayoría de los partícipes (art. 398.1º) y que en cambio, los actos dispositivos requieran la unanimidad, es obvio que la distinción es importante. Congruentemente, tanto la enajenación como el gravamen de la cosa común exigen el consentimiento unánime de los copropietarios.

10.4.5. Contribución a los gastos comunes.

Art. 393 Cc ... *El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas ... Se presumirán iguales mientras no se pruebe lo contrario.* Con lo que indica que la regla es que, según el correlativo número de copropietarios, éstos participarán tanto en los beneficios como en las cargas por iguales, terceras, cuartas partes.

La regla es de carácter dispositivo y supletorio, en evitación de imprevistos, pero no obsta a que los copropietarios lo sean en partes desiguales. La desigualdad en la cuota vendrá dada por el título adquisitivo o por las aportaciones realizadas en el momento de nacer la situación de copropiedad. Acreditada y demostrada la desigualdad en la cuota, es evidente que los beneficios o cargas dimanantes de la copropiedad serán directamente proporcionales a la cuota respectiva de cada uno de los comuneros.

10.5. ENAJENACIÓN O DISPOSICIÓN DE LA CUOTA PRIVATIVA.

Pese a la situación de indivisión que en principio supone la copropiedad, cualquiera de los partícipes en la misma, puede llevar a cabo la enajenación, venta o cesión de su propia cuota, sin contar con la voluntad de los demás y sin estar obligado a solicitar su consentimiento.

No obstante el Cc entiende que debe existir un derecho de adquisición preferente

en favor de los restantes copropietarios o comuneros : Retracto contemplado en el art. 1.522 ... *El copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño, la parte de todos los demás condueños o de algunos de ellos.*

10.6. LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN.

La Ley no muestra ninguna predilección hacia las situaciones de copropiedad por lo que facilita la posibilidad de salir de la misma, favoreciendo que cualquiera de los copropietarios pueda solicitar, en cualquier tiempo, la división de la cosa común : Art. 400.1º Cc ... *Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común ..* y el art. 1052 para los supuestos de herencia indivisa ... *Todo coheredero ... podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia ...*

Cabría también añadir *por cualquier causa*, pues la facultad de instar la división de la cosa común no necesita fundamentarse en ninguna justa causa. Basta sencilla-mente que al comunero le venga en gana (siempre y cuando no incurra en un supuesto de abuso de derecho) solicitar la división.

El Cc sólo limita la facultad de instar la división cuando exista un pacto de indi-visión o cuando la cosa sea objetivamente indivisible. Fuera de tales casos, cualquier comunero puede ejercitar la vieja *actio communi dividundo* del Derecho romano, cuando lo considere conveniente, pues además la acción tiene carácter imprescriptible.

10.6.1. El pacto de indivisión.

Se trata de un pacto (o en su caso, de una imposición, por acto unilateral en supuestos de comunidad incidental) en virtud del cual resulta obligado conservar la cosa indivisa, por un determinado plazo temporal.

La existencia del plazo de indivisión no excluye que, por acuerdo unánime, los comuneros decidan restablecer la tendencial división de la cosa común.

10.6.2. La objetiva indivisibilidad de la cosa.

Queda vetada igualmente la división en caso de que la cosa común sea objetivamente indivisible, de forma tal, que de llevarse a cabo la división, resultara inservible la cosa para el uso a que se destina.

La división material de la cosa queda excluída en los supuestos :

- Indivisibilidad material propiamente dicha.
- Indivisibilidad funcional.

La ley, potenciando incluso en estos casos, la finalización de la situación de copropiedad procura que, o los dueños convengan en que se adjudique a uno de ellos la cosa indivisible, o la cosa habrá de venderse y repartir el precio entre los copro-pietarios, de conformidad con sus respectivas cuotas.

10.7. LA PRÁCTICA DE LA DIVISIÓN.

Por lo que se refiere a las formas de realizarse la división de la cosa común, el art. 402 explicita que podrá realizarse por los propios interesados ó por árbitros, nombrados a voluntad de aquéllos.

Ha de distinguirse entre los efectos dimanantes entre los propios comuneros y los efectos en relación con terceros.

10.7.1. Por los interesados.

Caso de que la división se lleve a cabo por acuerdo de los interesados, la aplicación supletoria del art. 1.508,

implica que los comuneros podrán llevarla a cabo a su libre albedrío y antojo, aunque no haya una exacta correspondencia entre los lotes resultantes. Ello presupone que los comuneros han de actuar de forma unánime, pues la división realizada sin el consentimiento de uno de los condueños no puede suplirse sin siquiera con autorización judicial. Esta sólo es hábil para el caso en que haya alguna persona sin plena capacidad, actuando mediante representantes legales.

10.7.2. Por árbitros o amigables componedores.

El Cc ordena que se deberán formar partes proporcionadas al derecho de cada uno, evitando en cuanto sea posible los suplementos a metálico (art. 402.2º), regla paralela a las establecidas para la partición de la herencia en los arts. 1.061 y 1.062.

El nombramiento de árbitros o amigables componedores depende única y exclusivamente de la voluntad de los propios interesados en la división, habiendo de ser realizado de común acuerdo entre todos los condueños.

10.7.3. División judicial.

En caso de desacuerdo o supuestos de imposibilidad momentánea la división de la cosa común requerirá instar el correspondiente proceso judicial, debiendo ser éste el ordinario que, en atención a la cuantía del caso, corresponda.

10.8. EFECTOS DE LA DIVISIÓN.

10.8.1. Entre los comuneros.

El primer efecto que arroja la efectiva división de la cosa es convertir la cuota indivisa en la correspondiente propiedad singular de cada uno de los comuneros. De otra parte, los copropietarios quedan obligados recíprocamente a la evicción y saneamiento de los bienes que les sean adjudicados.

10.8.2. Respecto de terceros.

Los terceros en general pueden resultar afectados por el hecho de la división de la cosa común. Por ello, el art. 403 Cc dispone ... *Los acreedores o cesionarios de los partícipes podrán concurrir a la división de la cosa común y oponerse a que se verifique sin su consentimiento. Pero no podrán impugnar la división consumada, excepto en caso de fraude, o en el de haberse verificado no obstante la oposición formalmente interpuesta para impedirla y salvo siempre los derechos del deudor o cedente para sostener su validez ...* Intervención que es escasamente frecuente y notoriamente problemática.

13

Las llamadas propiedades especiales

13.1. LAS PROPIEDADES ESPECIALES EN GENERAL.

13.1.1. Introducción.

La configuración de la propiedad privada en los Códigos Civiles decimonónicos sigue muy de cerca los principios establecidos por el Código de Napoleón que, a su vez recogiera el ideario liberal-individualista, caracterizado por una concepción absoluta de la titularidad dominical : El interés privado del propietario ha de verse lo menos afectado posible por las exigencias de carácter social.

13.1.2. La categoría de las propiedades específicas en el momento codificador :

Ley de Bases y Código Civil.

El Libro II del Cc ofrece la regulación de :

- La clasificación de los bienes.
- La propiedad.
- La comunidad de bienes.
- Algunas propiedades especiales.

Bajo la denominación genérica de *propiedades especiales*, el Cc regula : La propiedad de las aguas (arts. 407-425), de los minerales (arts. 426-427) y la propiedad intelectual (arts. 428-429), constituyendo tales artículos una expresión concreta de lo ordenado en la Ley de Bases, atendiendo el mandato normativo de tal Ley a 3 aspectos fundamentales :

1º Mantenimiento del concepto de la propiedad privada con arreglo a los fundamentos capitales del derecho patrio (notable primacía de la propiedad privada individual).

2º Establecimiento de los conceptos especiales de determinadas propiedades.

3º Se deduce de cada una de las leyes especiales aludidas, lo que pueda estimarse como fundamento orgánico de derechos civiles y sustantivos, para incluirlo en el Cc.

13.1.3. Las Leyes especiales reguladoras de la materia.

De acuerdo con tales ideas y atendiendo a la existencia de disposiciones legales aplicables con rango de ley, en buena medida preexistentes al propio Cc, pueden y suelen, señalarse como propiedades especiales :

1. Propiedad de las aguas.
2. Propiedad de las minas.
3. Propiedad intelectual.
4. Propiedad industrial.
5. Por extensión de la propiedad de las minas : Régimen jurídico especial de los hidrocarburos.

13.1.4. La heterogeneidad de supuestos integrados en la categoría legal.

La mera relación anterior evidencia a primera vista la heterogeneidad de los supuestos que integran el grupo de las propiedades especiales.

El problema jurídico-político estriba en dilucidar si bienes que se encuentran en

la naturaleza han de considerarse comunes, públicos, privados, pertenecientes al que los descubra ... etc. Un segundo frente viene dado por la creación de determinados bienes, frutos en exclusiva del ingenio humano, de su capacidad laboral, y que plantea la cuestión de si el creador o inventor debe hacer suyos los rendimientos

económicos que la utilización social de su obra pueda reportar.

13.1.5. Las categorías de bienes.

Subrayar la heterogeneidad de los supuestos contemplados bajo el prisma de las propiedades especiales equivale a afirmar que a realidades materiales heterogéneas no pueden corresponderle calificaciones o estructuras jurídicas formales que resulten asimilables.

Aunque cada una de las propiedades especiales tenga un régimen jurídico singular, los objetos sobre los que recaen, si no pueden ser reducidos a la unidad, acaso toleren la reconducción a una dualidad. Determinadas propiedades especiales recaen sobre objetos que pueden calificarse como *cosas* : Aguas, minas e hidrocarburos. En cambio, las propiedades intelectual e industrial tendrían como objeto no ya las cosas corpóreas en que la actividad se traduce, sino la propia creación, en cuanto *bien inmaterial*.

13.2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS YACIMIENTOS MINERALES.

13.2.1. Introducción.

La consideración de grupos de bienes de particular trascendencia para la sociedad y en general, para la economía de las diversas naciones, es precisamente la que abre brecha en las llamadas propiedades especiales. De entre ellas se destaca aquí la que recae sobre los *minerales*, por la razón de que, entre todas las propiedades especiales que inciden sobre cosas, la titularidad y el aprovechamiento de las minas han sido desde antiguo un objeto de preocupación para la doctrina jurídica y para el legislador.

13.2.2. De la teoría de la accesión al dominio público.

Se deslindan cuatro sistemas de atribución de las minas, impuestos sucesivamente a lo largo de la Historia :

1. Sistema fundiario o de la accesión.

La propiedad de la misna ha de atribuirse al dueño del suelo, como extensión del dominio sobre el mismo : Art. 350 Cc.

2. Sistema regalista o feudal.

Parte de la distinción entre dominio útil y dominio eminente del predio, atribuyendo el primero de ellos al dueño del suelo, mientras que el dominio eminente se considera como un derecho del Príncipe que puede transferir.

3. Sistema de la ocupación.

Denominado también sistema industrial, justifica la apropiación de los recursos minerales, atendiendo a la consideración de la mina como *res nullius* y que habría de estimarse adquirida de forma originaria por su descubridor, con independencia de quien ostente la titularidad dominical del predio en que se encuentre.

4. Sistema demanial o del dominio público.

Punto final de una evolución histórica que ha ido alejando cada vez más la titularidad dominical de los recursos minerales del ámbito de la propiedad privada. De acuerdo con este sistema, los minerales pasan a ser objeto del dominio público estatal por prescripción de las pertinentes disposiciones legislativas. En la actualidad es el sistema dominante en las legislaciones positivas.

13.2.3. Referencia a la legislación histórica española : Sistema regalista y

carácter demanial de los minerales.

En la legislación española la atribución dominical de los recursos minerales ha seguido desde antiguo el sistema descrito como regalista : Las Partidas, Ordenanzas de Felipe II, Novísima Recopilación ...

El art. 350 Cc paralelo al 552.1 del Código de Napoleón establece ... *El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre minas y aguas y en los reglamentos de policía ...* : Remisión concreta a la legislación minera vigente por aquel entonces, representada por el Decreto-Ley de Bases de 1868.

En el art. 339.2º el Cc establece congruentemente ... *Son bienes de dominio público ... los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio y las minas, mientras no se otorgue su concesión ...* A partir de aquí, la adscripción de los recursos minerales a la esfera del dominio público se ha ido acentuando cada vez más como corolario ineludible de la propia transformación del Estado que acentúa las dosis de intervencionismo en la economía, controlando de cerca los permisos de investigación, las concesiones y la explotación de las minas.

En la Ley de Minas de 1944 derogada y sustituida por la de 1973 se afirmaba taxativamente que ... *todas las sustancias minerales son bienes de la Nación ...*

13.3. LÍNEAS FUNDAMENTALES DE LA REGULACIÓN EN VIGOR SOBRE LOS RECURSOS MINERALES.

13.3.1. El carácter demanial de los yacimientos minerales y recursos geológicos.

Los principios informadores de la legislación en vigor son substancialmente idénticos a los desarrollados en la Ley de 19-7-1944 ... *Todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental, son bienes de dominio público, cuya investigación y aprovechamiento podrá el Estado asumir directamente o ceder en la forma y condiciones que se establecen en la presente Ley y demás disposiciones vigentes en cada caso ...*

13.3.2. Otros aspectos.

Como líneas fundamentales de la regulación en vigor :

1. Se sustituye la antigua pertenencia minera por la **cuadrícula minera**, caracterizada como ... *el volumen de profundidad indefinida cuya base superficial quede comprendida entre dos paralelos y dos meridianos, cuya separación sea de 20 segundos sexagesimales, que deberán coincidir con grados y minutos enteros y, en su caso con un número de segundos que necesariamente habrá de ser veinte o cuarenta ...*
2. Se trata de potenciar la formación de cotos mineros a efectos de fomentar la concentración de aprovechamiento.
3. Respecto a las condiciones para ser titular de derechos mineros, se hace especial hincapié en que sea de nacionalidad española : Arts. 89 a 93.
4. Los derechos mineros se declaran susceptibles de transmisión, en todo o en parte, por cualquier medio

admitido en Derecho : Arts. 94.1, 95.1° y 97.1°.

5. Por lo que se refiere a las causas de caducidad de autorizaciones, permisos y concesiones, la Ley vigente se caracteriza por establecer una disciplina más rigurosa que la instituida en la Ley de 1944, buscando siempre una mejor explotación y racionalización de los aprovechamientos minerales.

13.4. LA DIVERSIFICACIÓN LEGAL DE LOS RECURSOS MINERALES Y SU

APROVECHAMIENTO.

13.4.1. La clasificación de la Ley 22/1973.

La Ley de 1944 clasificaba los recursos mineros en 2 apartados : Rocas y minerales. La Ley 1973, en cambio, se caracteriza por establecer una tripartición :

1. Sección A :

Sustancias de valor económico escaso y comercialización geográficamente restringida, cuyo único aprovechamiento consiste en la obtención de fragmentos para su utilización directa en obras de infraestructura, construcción y otros usos que no exigen más operaciones que las de arranque, quebrantado y calibrado.

2. Sección B :

Aguas minerales, termales, las estructuras subterráneas y los yacimientos formados a consecuencia de operaciones regulados por la ley.

3. Sección C :

Comprende cuantos yacimientos minerales y recursos geológicos no estén incluidos en las secciones anteriores y sean objeto de aprovechamiento conforme a las disposiciones de la ley.

Esta clasificación no es rígida ni inmutable, facultándose al Gobierno para trasladar en determinadas circunstancias, los recursos minerales de una sección a otra, si bien respetando los derechos adquiridos por los interesados.

A/ Aprovechamiento de los recursos integrados en la Sección A :

Corresponde a las siguientes personas :

— Si las sustancias referidas se encuentran en terrenos de dominio y uso público, serán de aprovechamiento común.

— Si se encuentran en terrenos de propiedad particular o patrimonial de la Administración, sus titulares podrán aprovechar directamente estas sustancias o ceder a otros su explotación. En todo caso se requerirá la pertinente autorización de explotación de la Delegación del Ministerio de Industria, que la concederá, imponiendo, si procede, las condiciones oportunas para garantizar la protección del medio ambiente.

B/ Aprovechamiento de los recursos integrados en la Sección B :

— Para la explotación de aguas minerales y termales, se exige como requisito imprescindible, la declaración de mineral de las aguas (M° Industria a propuesta de la Dirección General de Aguas).

-- Si se trata de aprovechamientos formados a consecuencia de operaciones reguladas en esta Ley, su utilización corresponde al titular de los derechos mineros que hubieren dado lugar a la producción de aquéllos, y si el derecho de éste hubiese caducado, al dueño o poseedor del terreno en que se hallen.

-- Rigen los mismos principios cuando se trata del aprovechamiento de las estructuras subterráneas.

C/ Aprovechamiento de los recursos integrados en la Sección C :

-- Los permisos de explotación los concede el Mº de Industria y Energía por 1 año prorrogable por otro, para que sus titulares efectúen estudios y reconocimientos en zonas determinadas.

-- Los permisos de investigación los concede el mismo Dpto. ministerial por plazos no superiores a 3 años, otorgando a su titular el derecho de realizar dentro del plazo concedido y en el perímetro demarcado, los estudios y trabajos pertinentes para poner de manifiesto y definir uno o más recursos de la sección C.

-- Las concesiones de explotación tienen una duración de 30 años, prorrogables por plazos iguales, hasta un máximo de 90, concretándose a una extensión determinada que se mide en cuadrículas mineras, con abandono del concepto de pertenencia minera de la Ley anterior.

Estas concesiones no siempre van precedidas de la obtención de permisos de investigación, sino que en determinados casos, pueden obtenerse directamente, siguiendo las siguientes reglas :

1. Han de inscribirse en un registro especial que se lleva en las Delegaciones provinciales del Ministerio.

2. Son renunciables en todo momento, en todo o en parte.

3. Obligan a facilitar el desagüe y ventilación de las labores mineras colindantes o próximas y a responder por los daños y perjuicios que se ocasionen.

13.4.2. La creación de la sección D/ por la Ley 54/1980.

La previsión de la Ley 22/1973 en relación con la clasificación de las secciones consideradas pronto resultó insuficiente y la Ley 54/1980 optó por crear una sección en la legislación sobre recursos naturales : Carbones, minerales radiactivos, recursos geotérmicos, las rocas bituminosas y cualesquiera otros yacimientos minerales o recursos geológicos de interés energético que el Gobierno acuerde incluir en esta sección.

13.5. RÉGIMEN PARTICULAR DE LOS HIDROCARBUROS.

Ley de Minas de 1973 y normas vigentes sobre hidrocarburos : Ley de 1974 y Reglamento publicado por Real Decreto de 30-7-1976.

... Son patrimonio inalienable e imprescriptible de la Nación, los yacimientos existentes en el territorio nacional y en el subsuelo del mar territorial, y de los fondos marinos que estén sometidos a efectos de su exploración, investigación y explotación a la soberanía nacional, con arreglo a las leyes españolas y convenciones internacionales vigentes ratificadas por España. Dichos yacimientos son bienes de dominio público cuya exploración, investigación y explotación podrá asumir directamente el Estado o ceder en la forma y condiciones que las leyes establecen ...

Se establece la supletoriedad de primer grado de la Ley de Minas para todo cuanto no se encuentre

especialmente regulado en la de Hidrocarburos.

La Ley 34/1192 abolió el monopolio estatal sobre hidrocarburos. Y la Ley 34/1998 trajo consigo la liberalización económica en el sector, estableciendo libertad de precios en el petróleo aunque mantiene un régimen de tarifas en relación con los combustibles gaseosos y la validez y vigencia de los permisos de explotación y concesiones de explotación otorgados al amparo de la Ley 21/1974 que, en lo restante queda derogada.

13.6. LAS AGUAS TERRESTRES.

13.6.1. Agua públicas y aguas privadas bajo la regulación del Cc.

Hasta la publicación de la Ley de Aguas 29/1985, la materia de aguas se encontraba regulada, en lo fundamental, por la Ley de 13-06-1879 y por los arts. 407-425 del Cc. Conforme a tales disposiciones, podía realizarse una distribución del dominio de las aguas entre el Estado y los particulares.

Según el art. 407 Cc, eran **aguas de dominio público** :

- Los ríos y sus cauces naturales.
- Las aguas continuas o discontinuas de manantiales y arroyos que corran por sus cauces naturales y esos mismos cauces.
- Las aguas que nazcan continua o discontinuamente en terrenos del mismo dominio público.
- Los lagos y lagunas formados por la naturaleza en terrenos públicos y sus álveos.
- Las aguas pluviales que discurran por barrancos o ramblas, cuyo cauce sea también del dominio público.
- Las aguas subterráneas que existan en terrenos públicos.
- Las aguas halladas en la zona de trabajos de obras públicas, aunque se ejecuten por concesionario.
- Las aguas que nazcan continua o discontinuamente en predios de particulares, del Estado, de la provincia o de los pueblos, desde que salgan de dichos predios.
- Las sobrantes de las fuentes, cloacas y establecimientos públicos.

Por el contrario, y conforme al art. siguiente, son **aguas de dominio privado** mientras discurran por ellos :

- Las aguas continuas o discontinuas que nazcan en predios de dominio privado, mientras discurran por ellos.

- Los lagos y lagunas y sus álveos, formados por la naturaleza en dichos predios.
- Las aguas subterráneas que se hallen en éstos.
- Las aguas pluviales que en los mismos caigan, mientras no traspasen sus linderos.
- Los cauces de aguas corrientes, continuas o discontinuas, formados por aguas pluviales, y los de los arroyos que atraviesen fincas que no sean de dominio público.

13.6.2. El dominio público hidráulico.

La vigente Ley de Aguas integra dentro del dominio público hidráulico, tanto las aguas superficiales como las subterráneas. En concreto, la posibilidad de apropiación privada del agua queda circunscrita a :

- Las aguas pluviales mientras discurran por fincas de dominio particular.
- Las charcas situadas en fincas de propiedad privada, mientras se destinen al servicio exclusivo de tales fincas.

Fuera de tales casos, todas las aguas terrestres, sean superficiales o subterráneas, son de dominio público, y el uso privativo de las mismas se adquiere únicamente por :

- Disposición legal.
- Concesión administrativa.

Se descarta absolutamente que la prescripción adquisitiva o usucapión sea título hábil para adquirir, no ya la propiedad, sino siquiera el uso privativo del dominio público hidráulico (art. 50).

15

El Usufructo

15.1. USUFRUCTO : CONCEPTO Y CARACTERES.

Entre los derechos reales limitados (por proporcionar a su titular sólo alguna facultad concreta) del tipo de goce o disfrute (porque tal facultad es precisamente la que compete a aquél en la cosa sobre que recae), se halla el usufructo. Económicamente se parece mucho a la propiedad temporal.

El usufructuario tiene derecho a gozar de la cosa de otro, a extraer de ella la totalidad de sus utilidades, a usarla y poseerla con exclusión de terceros, pero no puede conducirse frente a la cosa a su libre arbitrio : *Tiene la obligación de conservar su forma y sustancia ...* (Art. 467 Cc).

Como derecho en cosa ajena, de mero disfrute y duración limitada, los romanos configuraron el usufructo de cosas singulares y no consumibles, pero los bienes consumibles, una vez consumidos, mal pueden ser objeto de derecho alguno, y si se trata de bienes fungibles, dado su destino económico, han de desaparecer, en su individualidad concreta, del patrimonio del usufructuario.

La nota de conservación de la sustancia de la cosa no es imprescindible en el usufructo. Lo verdaderamente importante es que el usufructuario aproveche las utilidades de la cosa o derecho según la naturaleza de éstos,

mientras el nudo propietario está seguro de obtener, llegado el momento de la restitución, los mismos bienes objeto del usufructo u otros exactamente equivalentes o su valor cuando, por la naturaleza de los bienes dados en usufructo, no es posible la restitución de los mismos entregados.

El usufructo representa la atribución temporal de un valor, con la obligación de restituir el bien en que éste se materializó, o de no ser posible física o jurídicamente, su precio.

Cuando usufructuario y nudo propietario son próximos parientes, la contraposición de intereses puede quedar atenuada por el afecto familiar, conduciéndose el titular del disfrute como celoso administrador de un patrimonio ajeno. Cuando así no ocurre, el usufructo es poco favorable a la gestión de los bienes, desinteresado el usufructuario en repararlos e invertir por temor a que la temporalidad de su goce no le compense bastante.

Al lado del usufructo clásico, en el que el usufructuario tiene a la vez el goce y la administración, debiera construirse otro en el cual el titular del derecho no tuviera sino el goce, sin la administración, quedando ésta para el nudo propietario.

Naturaleza jurídica del usufructo. Su relación con la nuda propiedad.

El usufructo llevaba en el antiguo Derecho, junto con el uso y la habitación, el nombre colectivo de servidumbres personales, calificación procedente del Derecho romano, en el cual la palabra *servitus* se usaba para designar todas las restricciones impuestas al propietario en interés de otro. Se distinguía entre las *servitutes personarum* (derecho de goce análogo al usufructo) y las *servitutes praediorum* (hoy servidumbres, que fundamentalmente se establecen entre fincas o por lo menos son derechos reales que recaen siempre sobre bienes inmuebles.

El usufructo no es un dominio restringido en el tiempo, una propiedad temporal. Ciertamente que en él, quedan en suspenso durante más o menos tiempo las atribuciones dominicales del dueño en cuanto al disfrute de la cosa, pero mientras el usufructo no atrae a la nuda propiedad que le falta, en cambio, es atraído por ella. El nudo propietario, por su parte no es propietario futuro, sino actual y aunque esté temporalmente privado de las facultades de uso y disfrute, es considerado poseedor mediato y legitimado para reivindicar la cosa.

Tampoco es el usufructo un supuesto de dominio dividido. El legislador lo concibió como un derecho en cosa propiedad de otro, un derecho sobre cosa ajena precisamente porque su contenido no representa una parte esencial del derecho de propiedad. La propiedad, despojada de una parte importante de sus facultades, sigue siendo propiedad aunque nuda y conserva sus propios caracteres, por lo que el usufructo subsiste inalterado y no se convierte en propiedad plena aunque se extinga la nuda propiedad y la cosa devenga *nullius*.

15.1.2. Caracteres.

El usufructo que describe el Cc es un derecho real típico. El art. 467 lo define como ... *Derecho a disfrutar bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y substancia ... a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa ...*

Como caracteres :

- a) Es un **derecho real** , en cuanto persiste la relación directa del titular con la cosa que le permite percibir frutos en propiedad y la exclusión de cualesquiera terceros, incluso el nudo propietario : Elementos interno y externo.
- b) Es un **derecho real en cosa ajena**, por lo que se extingue por consolidación.

c) Es un derecho esencialmente **temporal** .

d) Es **transmisible** en nuestro sistema jurídico, lo que permite su hipotecabilidad.

Régimen del usufructo ordinario :

El art. 467 Cc muestra la preferencia de la regulación voluntaria sobre la legal : Título constitutivo puede permitir la alteración de la forma y sustancia de la cosa : Art. 470 Cc dispone ... *los derechos y obligaciones del usufructuario serán los que determine el título constitutivo del usufructo. En su defecto, o por insuficiencia de éste, se observarán las disposiciones contenidas en los 2 secciones siguientes.*

La remisión que hace el art. 470 a las disposiciones legales es para caso de defecto del título (carencia o imperfección en cuanto al régimen señalado al usufructo) o insuficiencia.

Protección del usufructo :

El usufructuario se halla protegido por las normas generales del Ordenamiento y puede exigir *erga omnes* que su derecho sea respetado (comportamiento de absten-ción, tanto del nudo propietario como de cualquier otra persona). Se reconocen al usufructuario las siguientes acciones :

1. *Vindicatio usufructus* :

Acción reivindicativa del derecho contra quien posea la cosa usufrutuada en detrimento del usufructuario y para obtenerla o recuperarla, y con ello su derecho de goce.

2. *Acción negatoria* :

Frente a cualquier injerencia o perturbación por terceros en su derecho de goce, sin desposesión efectiva.

3. *Acción posesoria (interdictos)* :

Como poseedor inmediato que es, para retener o recobrar su posesión, según proceda, con el alcance y eficacia de este tipo de acción y protección.

4. **Acción Confesoria**, sujeta al plazo de prescripción de las acciones reales y que se adquiere por los mecanismos jurídicos del art. 609 Cc.

Temporalidad.

a) Usufructo vitalicio :

Dura lo que la vida del usufructuario y se extingue con su muerte.

b) Usufructo a favor de varias personas sucesivamente :

Dura hasta la muerte de la última que sobreviva.

c) Usufructo de duración determinada :

Por haberse establecido hasta cierto día.

d) Usufructo en favor de una persona jurídica :

El art. 515 le señala una duración máxima de 30 años.

12.2. CONSTITUCIÓN DEL USUFRUCTO.

Art. 468 Cc ... *El usufructo se constituye por ley, por voluntad de los particulares manifestada en actos inter vivos o en última voluntad, y por prescripción ...*

12.2.1. Los usufructos legales.

A/ El usufructo del cónyuge viudo.

El art. 468 alude a los usufructos legales, de los cuales apenas queda hoy el del cónyuge viudo, que versa sobre parte de la herencia que luego ha de individualizarse.

No es incompatible con su carácter de origen legal el que alguno de esos usufructos, en cumplimiento de la norma correspondiente, que actúa como causa remota, se constituya luego por acto voluntario (casi siempre *mortis causa*) que funciona como título o causa próxima. El Usufructo del cónyuge viudo constituye el paradigma de los usufructos legales : Art. 834 ss.

B/ El abolido usufructo paterno.

Art. 160 **abolido** en 1981 ... Los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido o adquiera con su trabajo o industria, o por cualquier título lucrativo, pertenecen al hijo en propiedad, y en usufructo al padre o la madre que le tengan en potestad y compañía ...

12.2.2. Usufructos de origen voluntario.

Atendiendo a su origen : Inter vivos

Mortis causa

En ambos casos, el acto constitutivo en el que confluyen la voluntad de atribución del derecho de usufructo con la del destino económico de la cosa, es calificado como negocio configurativo.

-- Los usufructos voluntarios constituídos inter vivos :

Por constituir el usufructo un gravamen sobre la cosa, su atribución a otro comporta ser un acto de disposición. La capacidad requerida para constituir usufructo será la necesaria para disponer de la cosa, según las reglas generales. Lo mismo en cuanto a la forma (pública cuando se trata de inmuebles y el acto sea gratuito) y legitimación del constituyente.

-- Los usufructos mortis causa :

Casi siempre testamentario, puede ser también en pacto sucesorio. La constitución de usufructo en testamento no hace heredero al usufructuario, sino legatario, aunque se trate de toda la herencia. En cuanto legado se rige por las normas de éste para la entrada en la posesión de la cosa.

Puede ser a título **oneroso** o **gratuito**. La constitución por contrato es menos frecuente y su forma más habitual es la transmisión de la nuda propiedad de una cosa al adquirente, reteniendo el antiguo dueño pleno el usufructo vitalicio. Aunque su transmisión suele ser a título gratuito, por motivos fiscales, frecuentemente se simula una venta. La constitución del usufructo a **título gratuito** supone la existencia (jurídica y económica) de una donación cuyas reglas se aplicarán al caso.

12.2.3. La constitución mediante usucapion.

En este tipo de adquisición rigen las reglas y los plazos de la propiedad (variables según se trate de usucapion ordinaria o extraordinaria, de bienes muebles o inmuebles). Como es inusual que el poseedor ad usucapionem posea como usufructuario y no en concepto de propietario, la infrecuente adquisición de usufructo por usucapion será casi siempre ordinaria (con buena fé y justo título) : Cuando la posesión de buena fé y el tiempo sanen la ineficacia del título válido de constitución de ese derecho (por no ser dueño el transferente o no tenga el goce de la cosa o no esté legitimado para transmitirla).

12.2.4. Constitución bajo condición o a término.

Además de la constitución del usufructo no sometido a determinaciones accesorias de la voluntad del constituyente (s), puede también constituirse hasta cierto día o bajo condición (Art. 469).

Para que sea **sub conditione** o a término, tienen que establecerse claramente, aplicándose las normas generales relativas a la condición y el término, de acuerdo con el negocio constitutivo (contrato o testamento). En cuanto a su extinción : Art. 513.2º Cc.

Cabe también la constitución del usufructo **sub modo**, aunque el art. 469 no lo diga : Será aquél en que se imponga una carga o gravamen al usufructuario, pero sólo cabe cuando tenga origen en un acto gratuito, siéndole de aplicación las normas de la donación o el legado modales.

12.2.5. El contenido del usufructo conforme al título constitutivo.

Tiene gran importancia determinar qué es y cuál sea el título constitutivo del usufructo, con independencia de cuál sea su forma concreta de materialización, dadas las disposiciones contenidas en los arts. 467 y 470 Cc.

... El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa ...

12.3. SUJETOS Y OBJETO DEL USUFRUCTO.

Art. 469 Cc ... Podrá constituirse el usufructo en todo o parte de los frutos de la cosa, a favor de una o varias personas, simultánea o sucesivamente y en todo caso desde o hasta cierto día, puramente o bajo condición ...

12.3.1. Sujetos del usufructo.

Titular del derecho de usufructo es el usufructuario. La existencia de usufructo y usufructuario comporta la necesidad de un nudo propietario.

Usufructuario puede ser, además de la persona física, la persona jurídica. En cuanto a la primera, puede constituirse el usufructo a favor de una persona sólo o en favor de varias personas, simultánea o sucesivamente (Art. 469 Cc).

A/ Reglas de capacidad.

Al constituir el usufructo el propietario realiza un acto de disposición, por tanto, debe tener libre disponibilidad y facultad de disposición sobre el bien objeto del usufructo.

B/ Usufructos simultáneos :

A favor de varias personas juntas que usufructúan a la vez por partes iguales o en la proporción que el

disponente determine : Supuesto de comunidad o cotitularidad de un derecho, con unidad de objeto e identidad cualitativa de las titularidades (cuasiusu-fructo) que se registrará, en lo no determinado en el título de constitución, por las normas de la comunidad de bienes (Arts. 392 Cc y sigs), adecuadas a la especialidad de este derecho real limitado. En cuanto a su extinción, el art. 521 dice ... *el usufructo constituido en favor de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviva ...*

C/ Usufructos sucesivos :

— Usufructo se constituye a favor de varias personas vivas al tiempo de su constitución pero no como usufructuarios simultáneos, sino sucesivos : Tantos usufructos como personas, que se suceden en ese derecho, y sólo un usufructuario en cada momento. No hay límite en cuanto al número de tales usufructuarios.

— Usufructo a favor de varias personas sucesivamente, de las que alguna (s) no viva (n) al tiempo de su constitución.

D/ Personas jurídicas :

Art. 515 ... *No podrá constituirse el usufructo a favor de un pueblo o Corporación o sociedad, por más de 30 años. Si se hubiese constituido y antes de este tiempo el pueblo quedara yermo o la Corporación o la Sociedad se disolviera, el usufructo se extinguirá por este hecho ...*

15.3.2. Objeto del usufructo.

El objeto del derecho de usufructo son las cosas ajenas sobre las que su titular tiene el *ius utendi fruendi*.

En razón de su origen y finalidad, pueden serlo cosas de cualquier clase (muebles o inmuebles, corporales o incorporeales, incluso un conjunto de cosas o una herencia) y derechos no personalísimos. Según el art. 469 ... *Podrá constituirse el usufructo en todo o en parte de los frutos de una cosa ... también puede constituirse sobre un derecho, siempre que no sea personalísimo e intransmisible ...*

No es indispensable que los bienes objeto de usufructo sean fructíferos, también los otros bienes pueden proporcionar una ventaja con su uso, aparte la posibilidad futura de que produzcan frutos.

El usufructo se extiende a las accesiones y a los aumentos de valor, aunque ni unos ni otros se hagan propiedad del usufructuario (Art. 479 Cc) y cambia de objeto cuando enajenado, expropiado, destruido, etc un bien gravado, se subroga en su lugar el precio de la venta o lo adquirido con él, el justiprecio de la expropiación, la indemnización del daño, etc.

15.3.3. Usufructo de derechos.

El objeto puede consistir tanto en una cosa propiamente dicha como sobre un derecho.

... *Si el usufructo se constituye sobre el derecho a percibir una renta o una pensión periódica, bien consista en metálico, frutos o los intereses de obligaciones o títulos al portador, se considerará cada vencimiento como productos o frutos de aquel derecho ... En todo caso se repartirán como frutos civiles ...* Art. 474 Cc.

15.3.4. Usufructo de un patrimonio.

El usufructo puede recaer sobre un patrimonio, como conjunto de bienes y derechos, para cuyo supuesto el Cc dispone se apliquen las reglas especiales de los arts. 506, 508 y 510, redactados fundamentalmente para atender a la responsabilidad del usufructuario en relación con el pago de deudas que exija la administración del

patrimonio.

15.4. CONTENIDO DEL USUFRUCTO SEGÚN EL Cc.

15.4.1. Obligaciones previas del usufructuario.

Como derecho real limitado que es, su contenido está formado por el conjunto de derechos (facultades) que competen al usufructuario, titular de aquél, pero como derecho en cosa ajena, cuyo uso y disfrute ha de ser con respeto del derecho actual del nudo propietario (y potencial a recuperar en su día la tenencia y goce de la cosa), a aquellas facultades acompañan ciertas obligaciones a cargo del usufructuario, que se corresponden con otras tantas posibilidades de exigencia para el nudo propietario. Este, por su parte, queda afectado por ciertos deberes jurídicos en relación con la cosa, obligaciones **propter rem** que le alcanzan.

Su régimen viene determinado por el título constitutivo en primer lugar. En su defecto o por su insuficiencia, por las normas del Cc. al respecto (Art. 470).

a) El usufructuario :

Titular de un derecho real, con posibilidades de hacer (él) y de exigir (de los otros : *erga omnes* y frente al nudo propietario).

Las facultades institucionales que le competen son las de **uso** y **disfrute** de la cosa. La primera comporta un *ius possidendi* : El usufructuario debe tener la cosa a su disposición pudiendo exigir que se le entregue, pero el Cc subordina la entrega y posesión de la cosa al cumplimiento de ciertas obligaciones (**inventario y fianza**).

La facultad más típica del usufructuario es el *ius fruendi* : Percibir los frutos de la cosa, de cualquier clase, salvo limitación concreta. Sin embargo debe conservar la forma y la sustancia de la cosa, salvo que esté autorizado en otro sentido. Le competen las obligaciones propias de la tenencia de cosa ajena : Conservación, reparación ...

Al lado de todo ello, y por ser hoy transmisible, puede el usufructuario disponer de su derecho.

b) El nudo propietario :

El carácter residual de la nuda propiedad hace que su posición y derechos sean a modo de contrafigura de la posición y obligaciones del usufructuario, concretándose en las facultades de alteración jurídica (enajenación de su derecho) imponer gravámenes en la cosa) y alteración fáctica (obras y mejoras) limitadas también.

En atención al derecho del nudo propietario de recuperar un día las cosas usufructuadas en su original forma y sustancia, dispone el art. 491 Cc ...*El usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, está obligado* :

1º A formar, con citación del propietario o de su legítimo representante, inventario de todos ellos, haciendo tasar los muebles y describiendo el estado de los inmuebles.

2º A prestar fianza, comprometiéndose a cumplir las obligaciones que le correspondan con arreglo a esta sección ...

Se trata de obligaciones surgidas una vez constituido el usufructo y previas a la entrega de la posesión o goce de los bienes, por lo que el nudo propietario puede denegar la entrega de los susodichos, mientras el usufructuario no las cumpla. Son obligaciones distintas e independientes, pero con igual fundamento.

15.4.2. Las obligaciones de inventario y fianza.

Su exigencia responde a la necesidad de dejar constancia clara, para seguridad del nudo propietario, de los bienes (cualitativa y cuantitativamente) que habrá de recibir al terminar el usufructo, o su valor, para mejor determinar la eventual disminución o deterioro de los mismos, y controlar el posible abuso.

Es más propio de los bienes muebles, y en cuanto a los inmuebles lo esencial es la definición de su estado, a fin de apreciar en el momento final si el usufructuario ha cumplido la obligación de conservar la sustancia.

El inventario no será preciso en cuanto tal, si el contrato o testamento individualiza y describe fiel y actualmente los bienes sobre los que va a recaer el usufructo, pero puede desempeñar la función de justificante de que el usufructuario ha recibido los bienes.

-- Realización :

El inventario supone la descripción (material y jurídica : puede haber gravámenes) de los bienes, tanto muebles como inmuebles.

Los gastos de formación de inventario son a cargo del usufructuario salvo que otra cosa disponga el constituyente.

Será válido en cualquier forma en que se otorgue, puesto que el Cc no exige ninguna especial, si bien, tratándose de cosas inmuebles, como la constitución negocial del usufructo requiere escritura pública (Art. 1280-1º Cc), en ella misma se describirán y ennumerarán aquéllos. Sólo se exige explícitamente que se haga con citación del nudo propietario.

La formación del inventario como obligación impuesta al usufructuario supone un usufructo constituido, pero no es requisito previo, sino que puede cumplirse, tanto en el momento de constituirse como después.

-- Dispensa :

Según el art. 493 Cc ... *El usufructuario, cualquiera que sea el título del usufructo, podrá ser dispensado de la obligación de hacer inventario o de prestar fianza, cuando de ello no resultare perjuicio a nadie ...*

Fianza :

La que exige el art. 491-2º Cc va dirigida a garantizar el cumplimiento de las obligaciones del usufructuario, eminentemente la de conservar la cosa y disfrutarla con la diligencia de un buen padre de familia. Asegura el resarcimiento de los daños y perjuicios de que podría aquél ser responsable frente al nudo propietario por deterioro o destrucción de alguno de los bienes, etc.

Si hay varios usufructuarios simultáneos, cada uno debe prestar caución en proporción a la respectiva cuota. Compete exigirla sólo al nudo propietario, por ello es a él a quien habrá que pedir en su momento la cancelación. Puede exigirse incluso después de haber dejado entrar al usufructuario en la posesión de los bienes, mientras no prescriba la acción, que, por su vinculación a la entrega de la cosa, se hallará sometida a los plazos de las acciones reales.

La garantía se deberá mantener al nivel preciso para cubrir las responsabilidades del usufructuario mientras dure el usufructo.

15.4.3. Usufructuarios eximidos de la obligación de fianza.

Además de la general del art. 493 Cc, establece el 492 que la exigencia de la fianza (art. 491-2º) no es aplicable al vendedor o donante que se hubiese reservado el usufructo de los bienes vendidos o donados, ni tampoco a los padres usufructuarios de los bienes de sus hijos, ni al cónyuge sobreviviente respecto a la cuota hereditaria que le conceden los arts. 834, 837 y 838, sino en el caso de que los padres o el cónyuge contrajeran nuevo matrimonio.

-- No prestación de la fianza :

1. Regla general :

Si el usufructuario no encuentra fiador o no puede ofrecer garantía real, como no cabe privarle de su derecho, la ley previene un sistema de medidas destinadas a salvaguardar, en lo posible, los intereses de ambas partes : Art. 494, a cuyo tenor ... *Podrá el propietario exigir que los inmuebles se pongan en administración, que los muebles se vendan El interés del precio de las cosas muebles y de los efectos públicos o valores y los productos de los bienes puestos en administración, pertenecen al usufructuario ...*

2. Casos especiales :

El art. 494-3º se refiere a un supuesto distinto y para una situación que el legislador estima transitoria : *Mientras el usufructuario no preste fianza o quede dispensado de ella, puede retener los bienes en calidad de administrador (administración provisional o especial) que no difiere en lo demás, ya que en todo caso corresponde al usufructuario el producto líquido de la administración, como los rendimientos, intereses y frutos civiles de los otros bienes a que alude el párrafo 2º ...*

15.5. LA CONSERVACIÓN DE LA FORMA Y SUSTANCIA.

Dado que el usufructo es un derecho en cosa ajena, que coexiste con la nuda propiedad de otro, en interés de éste (tanto de su derecho actual como de sus expectativas de consolidación de aquél bajo su titularidad plena), es natural que se impongan al usufructuario una serie de obligaciones durante la vigencia y ejercicio de su derecho, que desbordan el deber de **respetar la forma y sustancia de la cosa**. Las fundamentales son las de conservar y restituir la cosa usufructuada. La primera incluye las de custodia y conservación, mantenimiento y asunción de ciertas cargas y gastos relacionados con la cosa y con el ejercicio del derecho. La restitución irá acompañada de la liquidación de las cuentas pendientes.

15.5.1. Obligaciones del usufructuario respecto de la conservación de las cosas

usufructuadas.

a) Conservación y custodia :

Art. 497 Cc ... *El usufructuario deberá cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia ...*

La diligencia a la que se alude es de carácter dispositivo y no rige si en el título constitutivo se establece otra cosa, tampoco es la del dueño pleno en el disfrute de sus propias cosas : Doble sentido : Por una parte, el dueño que transforma la cosa de su propiedad para hacerla más productiva, observa la diligencia paterna en un ámbito de aplicación que le está vedado al simple gozante, de otra, el usufructuario tiene derecho a agotar las posibilidades de explotación de la cosa.

La obligación de conservar la cosa comprende la de custodiarla, comportando todo el conjunto de medidas razonables para prevenir la alteración material de la cosa.

Como caso particular, dispone el art. 511 que ... *El usufructuario estará obligado a poner en conocimiento del*

propietario cualquier acto de un tercero, de que tenga noticia, que sea capaz de lesionar los derechos de propiedad y responderá si no lo hiciere, de los daños y perjuicios, como si hubiesen sido ocasionados por su culpa ...

El art. 520 dispone que ... el usufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada, pero, si el abuso infiriese considerable perjuicio al propietario, podrá éste pedir que se le entregue la cosa, obligándose a pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de la misma, después de deducir los gastos y el premio que se le asigne por su administración ...

b) Reparación de los bienes usufructuados :

Comprende esta obligación el conjunto de medidas dirigidas a conservar la cosa, no sólo con su forma y sustancia, sino en su aptitud productiva. Al usufructuario compete el mantenimiento ordinario, relativo a la conservación de la cosa y sus cualidades.

1. Reparaciones **ordinarias** :

Art. 500 Cc : Reparaciones de desperfectos cometidos en el curso del goce, no las de un objeto que se entregó deteriorado.

2. Reparaciones **extraordinarias** :

Art. 501 : Por cuenta del propietario, mediante aviso del usufructuario cuando fuere preciso hacerlas.

c) Gastos :

Se refieren éstos a ciertas cargas y obligaciones frente a terceros (Administración, entes públicos o personas privadas) relacionados directamente con la cosa objeto del usufructo o con actos en interés de ella.

Art. 504 ... *El pago de las cargas y contribuciones anuales y el de las que se consideren gravámenes de los frutos, será de cuenta del usufructuario, todo el tiempo que el usufructo dure ...*

Art. 505 ... *Las contribuciones que durante el usufructo se impongan directamente sobre el capital, serán de cargo del propietario ...*

Art. 512 ... *Serán de cuenta del usufructuario los gastos, costas y condenas de los pleitos sostenidos sobre el usufructo ...*

15.5.3. El cuasiusufructo o usufructo de cosas consumibles.

Art. 482 Cc ... Si el usufructo comprendiese cosas que no se puedan usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas con la obligación de pagar el importe de su evalúo al terminar el usufructo, si se hubiesen dado estimadas. Cuando no se hubiesen estimado tendrá derecho de restituirlas en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo ...

15.5.4. El usufructo de cosas deteriorables.

Art. 481 Cc ... Si el usufructo comprendiese cosas que sin consumirse se deteriorasen poco a poco por el uso, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas empleándolas según su destino y no estará obligado a restituirlas al concluir el usufructo sino en el estado en que se encuentran, pero con la obligación de indemnizar al propietario del deterioro que hubiesen sufrido por su dolo o negligencia ...

15.5.5. Usufructo con facultad de disposición.

A pesar de que no se le menciona en el Cc es relativamente frecuente en la práctica, habiendo sido objeto de numerosos pronunciamientos judiciales.

Se trata de un usufructo al que se le ha agregado una especial legitimación al usufructuario para disponer en la medida, manera, modo y condiciones que se esta-tuyan en el título de constitución. Esta libertad de disposición no casa demasiado bien con el *salva rerum substantia*, pero el TS ha recordado en ocasiones que a éste no debe otorgarse un valor absoluto y predeterminante.

15.5.6. La modificación del destino agrícola de las fincas rústicas.

El art. 503 Cc pese al mandato del art. 489, otorga al nudo propietario, constan- te el usufructo, la facultad de hacer nuevas plantaciones en la finca usufructuada si fuere rústica ... siempre que por tales actos no resultare disminuído el valor del usufructo ni se perjudique el derecho del usufructuario.

15.5.7. Obligaciones del nudo propietario.

Dado el sustrato propio del usufructo y atendiendo a que, mientras dure, el nudo propietario carece de goce y disfrute posesorio alguno sobre los bienes, es natural que el número de las obligaciones que pesan sobre él, sea notoriamente menor. En todo caso, en evitación del deterioro o perjuicio de la cosa, el nudo propietario ha de afrontar las siguientes obligaciones :

- El abono del coste de las reparaciones extraordinarias.
- El pago de los tributos e impuestos que le competan.

15.6. DERECHOS Y FACULTADES DEL USUFRUCTUARIO.

15.6.1. La posesión, goce y disfrute de la cosa.

Derecho fundamental del usufructuario es el de poseer la cosa a fin de disfru-tarla. Consecuentemente, tiene acción confesoria o *vindicatio usufructus*, para recla-mar del poseedor actual la entrega de la cosa, con objeto de obtener una relación de hecho con ésta, semejante a la del propietario. Como poseedor inmediato frente a la posesión mediata del nudo propietario, puede utilizar los interdictos posesorios para retener y recuperar su posesión que es apta *ad usucapionem*.

El usufructuario, ya en posesión de los bienes usufructuados, puede perderla en caso de abuso de los mismos del que derive perjuicio grave para el propietario. En tal caso, podrá éste pedir que se le entregue la cosa, obligándose a pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de la misma, después de deducir los gastos y el premio que se le asigne por su administración (Art. 520 Cc).

La posición jurídica del usufructuario, excluída la misma propiedad y los dere-chos del enfiteuta, representa el mayor grado de uso e utilización posible de las cosas (ajenas) que otorga cualquier derecho real con componente posesorio.

El goce y disfrute del usufructuario es tan amplio que puede afirmarse que durante el plazo de vigencia del usufructo es asimilable al propio goce y disfrute que correspondería al propietario de la cosa. Sólo en casos muy concretos, las facultades de goce y disfrute del usufructuario son menores que las que habrían de reconocerse al propietario de la cosa :

A/ El pleno goce de la cosa : Accesiones y servidumbres.

Art. 479 ... *El usufructuario tendrá el derecho de disfrutar del aumento que reciba por accesión la cosa usufructuada, de las servidumbres que tenga a su favor, y en general de todos los beneficios inherentes a la misma ...*

B/ La percepción de los frutos.

Por ser el usufructo un típico derecho de goce, se reconoce al usufructuario las facultades de usar la cosa y de disfrutarla (percibir sus frutos) y la de disponer de su derecho, transmisible hoy. En términos generales, lo más característico de este derecho es la generalidad del goce que proporciona a su titular, quien puede obtener todas las utilidades de que es susceptible la cosa, compatibles con su destino económico, quedando a su discreción los actos y momentos de tal aprovechamiento. El único límite general es el de respetar la forma y sustancia de la cosa.

C/ La realización de mejoras.

El usufructuario se encuentra especialmente autorizado por la Ley para realizar mejoras en la cosa usufructuada, sean útiles o meramente de recreo, siempre que respete la forma y sustancia de la cosa.

D/ La inexistencia de facultades del usufructuario en relación con el tesoro oculto y las minas.

Sólo se ve limitada la posición del usufructuario en relación con las minas y tesoros ocultos que pudieran encontrarse en la finca : Arts. 471 y 476.

15.6.2. Supuestos especiales de usufructo en relación con el disfrute.

A/ Usufructos de plantaciones :

Arts. 483 y 484.

B/ Usufructo de montes :

Art. 485.

C/ Usufructo de rebaños :

Art. 499.

D/ Usufructo de minas :

Art. 476 ... *No corresponden al usufructuario de un predio en que existen minas los productos de las denunciadas, concedidas o que se hallen en laboreo al principiar el usufructo, a no ser que expresamente se le concedan en el título constitutivo de éste, o que sea universal ... Podrá, sin embargo, extraer piedras, cal y yeso de las canteras para reparaciones u obras que estuviese obligado a hacer o que fueren necesarias ...*

Art. 477 ... *No obstante lo anterior, en el usufructo legal, podrá el usufructuario explotar las minas denunciadas, concedidas o en laboreo, existentes en el predio, haciendo suya la mitad de las utilidades que resulten después de rebajar los gastos que satisfará por mitad con el propietario ...*

Art. 478 ... *La calidad de usufructuario no priva al que la tiene del derecho que a todos concede la Ley de Minas para denunciar y obtener la concesión de las que existan en los predios usufructuados, en la forma y*

condiciones que la misma Ley establece ...

15.6.3. Facultades de disposición inherentes al derecho de usufructo .

Entre las facultades o prerrogativas que competen al usufructuario está la de gestión, administración y disposición, tanto de la cosa como del propio derecho de usufructo. Jurídica y económicamente son diferentes estos actos, según se refieran a la primera ó al segundo.

A/ Los arrendamientos celebrados por el usufructuario.

El disfrute de la cosa puede ser directo (por el propio usufructuario) o indirecto (por otro). Puede el titular de un usufructo ceder su gestión económica de la cosa, a otro, arrendándola para percibir una renta (fruto civil), en cuyo caso seguirá aquél siendo usufructuario, cediendo sólo al arrendatario la posesión inmediata y la explotación de la cosa, cambiando frutos naturales o industriales por civiles (Art. 480 Cc).

En cuanto a los contratos de arrendamiento de cosas usufructuadas el art. 473 parece suponer que no se extinguen con el derecho real, pero el art. 480 restringe esta prórroga a los arrendamientos rústicos.

La LAU de 1964 establecía que el arrendamiento urbano sólo se resuelve, en caso de extinción del usufructo, cuando se pruebe que las condiciones pactadas para el arrendamiento por el usufructuario, fueron notoriamente gravosas para la propiedad.

B/ Enajenación del derecho de usufructo :

Puede el usufructuario también ceder su derecho mismo, de modo que el adquirente asuma frente al nudo propietario (y erga omnes) la posición jurídica de usufructuario que tenía el transmitente, sea por un período de tiempo o bien total y definitivamente. En este caso, hay transferencia del derecho real, nó de la cosa. Esta disponibilidad del derecho de usufructo es regla general del Derecho moderno, salvo que el acto cons-titutivo lo prohíba. Se reconoce expresamente en el art. 480 Cc ... *Podrá el usufruc-tuario ... enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito ...*

Tiene varias formas de presentación :

1. Puede transmitirse el derecho de usufructo por acto intervivos.
2. También mortis causa, salvo que sea usufructo vitalicio del causante.
3. Puede ser gravado con hipoteca, por regla general, si bien sujeto a la norma del art.

107-1º LH.

4. Cabe también, la renuncia del derecho de usufructo (renuncia abdicativa) que com-portaría la extinción del mismo y su consolidación con la nuda propiedad exceptuán-dose el caso en que se halle hipotecado.

C/ Responsabilidad del usufructuario en casos de disposición o arrendamiento :

Art. 498 ... *El usufructuario que enajenare o diere en arrendamiento su derecho de usufructo, será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya ...*

D/ Actos de gravamen del derecho de usufructo.

Han de estar referidos única y exclusivamente al derecho de usufructo, sin poder afectar a la cosa usufructuada en sí misma considerada, para que llegado el momento de extinción del usufructo, la finca quede tan libre de cargas como se usufructuó.

La hipoteca del derecho de usufructo se contempla en el art. 107.1º de la LH.

12.7. DERECHOS DEL NUDO PROPIETARIO.

Desprovisto el nudo propietario de las utilidades inmediatas de la cosa, su derecho y posición jurídica aparecen *prima facie* como una especie de abstracción. Su valor reside en la expectativa de su integración con el *ius fruendi* y la reconstitución de la propiedad plena a la terminación del usufructo.

Dado el carácter residual de la nuda propiedad, es lógico que los derechos y obligaciones del dueño sean contrafigura de las obligaciones y derechos del usufructuario. El nudo propietario no es un deudor personalmente obligado frente al usufructuario, sino simplemente el dueño de un bien sometido a un gravamen.

Dos ámbitos son importantes en el ejercicio del derecho del nudo propietario :

a) Alteraciones jurídicas en la propiedad :

Art. 489 ... *El propietario de bienes en que otro tenga el usufructo podrá enajenarlos, pero no alterar su forma y sustancia, ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario ...* : Autoriza al nudo propietario a realizar actos de disposición (no tanto de la cosa como del derecho que tiene sobre la cosa : nuda propiedad), sean de disposición plena (venderla, donarla ...) o limitada (hipotecarla ...).

En consonancia con el 489, el art. 595 dispone ... *El que tenga la propiedad de una finca cuyo usufructo pertenezca a otro, podrá imponer sobre ella, sin el consentimiento del usufructuario, las servidumbres que no perjudiquen al derecho de usufructo ...*

b) Alteraciones fácticas :

Art. 503 ... *El propietario podrá hacer las obras y mejoras de que sea susceptible la finca usufructuada, o nuevas plantaciones en ella si fuera rústica, siempre que por tales actos no resulte disminuido el valor del usufructo ni se perjudique el derecho del usufructuario ...*

12.8. EXTINCIÓN.

El art. 513 enumera varias causas de extinción, cuya relación no es exhaustiva.

1. Por muerte del usufructuario :

Equiparable a la declaración de fallecimiento, pero que recuperará su derecho si se presentare o se prueba su existencia.

2. Por expirar el plazo por el que se constituyó o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo :

a) Vencimiento del término *ad quem* : Supuestos particulares : Arts. 515 y 516.

b) Cumplimiento de la condición resolutoria : Aplicables, por analogía, los arts.

1113 y sigs, y 791 y sigs Cc, según que el acto constitutivo sea inter vivos o

mortis causa.

3. Por la reunión del usufructo y la nuda propiedad en una misma persona :

Nadie puede tener un derecho real limitado en cosa propia. La consolidación es causa de extinción que opera *ope legis* y con independencia de la voluntad del adqui-rente del (o de los) derechos.

4. Por la renuncia del usufructuario :

El usufructo, como todos los derechos, en general, es renunciable, con los límites del art. 6-2º Cc, excepto si está hipotecado.

5. Por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo .

6. Por la resolución del derecho del constituyente.

7. Por prescripción :

Por no usar del usufructo durante 6 años si recae sobre bienes muebles y 30 sobre inmuebles.

15.8.1. La pérdida de la cosa :

La pérdida de la cosa, a los efectos del art. 513-5º, significa que, aquélla ha dejado de existir en la condición objetiva que tenía, sin que quede un resto que con-serve esa condición. Hay pérdida y por tanto, acaba el usufructo, incluso si subsistiese algo de la antigua cosa, pero ese resto ha perdido su naturaleza.

También hay pérdida jurídica cuando el usufructo recae sobre cosa incorporal o sobre un derecho y éste desaparece (caso de la propiedad intelectual o industrial) o la cosa deviene *extra commercium* (Art. 1122-2º Cc).

Supuestos concretos :

1. Pérdida parcial : Continuidad del usufructo.

Art. 514 ... *Si la cosa dada en usufructo se perdiera sólo en parte, continuará este derecho en la parte restante ...*

2. Pérdida de la cosa por culpa de tercero :

Perdida la cosa por caso fortuito, el usufructo se extingue. Si es por culpa del usufructuario o del nudo propietario, tienen que indemnizarse recíprocamente. Pero si la pérdida es por culpa de persona distinta, mediante la indemnización se tratará de conseguir el equivalente de la cosa perecida, para que sobre él continúe el goce, en virtud de un fenómeno de subrogación real.

3. Pérdida de edificaciones :

Art. 517, distinguiendo entre si el edificio sea accesorio de una finca o autónomo, si se destruye lo edificado, el objeto del gravamen no perece, por quedar el solar.

... *Si el usufructo estuviese constituido sobre una finca de la que forme parte un edificio y éste llegare a*

perecer del modo que sea, el usufructuario tendrá derecho a disfrutar del suelo y de los materiales ...

... Lo mismo sucederá cuando el usufructo estuviera constituido solamente sobre un edificio y éste pereciere. En tal caso, si el propietario quisiera construir otro edificio, tendrá derecho a ocupar el suelo y a servirse de los materiales, quedando obligado a pagar al usufructuario, mientras dure el usufructo, los intereses de las sumas correspondientes al valor del suelo y de los materiales ...

4. Destrucción de finca asegurada :

No hay concurrencia de resarcimientos, ya que el art. 518 no contempla el seguro de los respectivos derechos de usufructo y nuda propiedad, sino de predio dado en usufructo. Se distinguen 3 hipótesis :

1. Que concurren usufructuario y nudo propietario al seguro, en cuyo caso continuará aquél en el goce del nuevo edificio si se construyere o percibirá los intereses del precio del seguro si la reedificación no conviniere al propietario ...
2. Seguro del predio a cargo exclusivo del usufructuario y con negativa a contribuir por parte del propietario : Adquirirá el usufructuario el derecho a recibir por entero en caso de siniestro, el precio del seguro, pero con obligación de invertirlo en la reedificación de la finca.
3. Si el usufructuario se hubiese negado a contribuir al seguro, constituyéndolo por sí sólo el propietario, percibirá éste íntegro el precio del seguro en caso de siniestro, salvo siempre el derecho concedido al usufructuario en el art. anterior.

5. Expropiación de la cosa usufructuada :

Art. 519 ... El propietario estará obligado, o bien a subrogarla con otra de igual valor y análogas condiciones, o bien a abonar al usufructuario el interés legal del importe de la indemnización por todo el tiempo que deba durar el usufructo. Si el propietario optare por lo último, deberá afianzar el pago de los réditos ...

15.8.2. Liquidación del usufructo.

Producida la causa de extinción del usufructo, el goce se reincorpora a la nuda propiedad automáticamente y sin necesidad de acto alguno por parte del nudo propietario, aunque esta reincorporación so suponga que el nudo propietario sea sucesor jurídico del titular del gravamen.

El antiguo usufructuario o sus herederos quedan en posesión de la cosa antes usufructuada, que ahora deben restituir a su dueño, excepto en casos de consolidación en el usufructuario o de pérdida total de la cosa. La restitución será de la misma cosa recibida y usufructuada, salvo en cosas especiales, como el de cosas consumibles (Art. 482).

12.9. LOS DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN.

Según el art. 524 Cc ... El uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena, los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta aumente. La habitación dá a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena, las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia ...

Sobre las fuentes del régimen del uso y la habitación, contiene el Cc dos preceptos :

-- Art. 523.

... Las facultades y obligaciones del usuario y del que tiene derecho de habitación, se regularán por el título constitutivo de estos derechos, y en su defecto, por las disposiciones siguientes ...

-- Art. 528.

... Las disposiciones establecidas para el usufructo son aplicables a los derechos de uso y habitación, en cuanto no se opongan a lo ordenado en el presente capítulo ...

El derecho de uso y habitación puede comprender bienes muebles e inmuebles, y más dudosamente los llamados bienes inmateriales que dan frutos civiles. Entre las cosas materiales deben comprenderse también las consumibles.

Puede entenderse el derecho de uso como un derecho real de goce en cosa ajena, sin injerencias de tercero, incluido a estos efectos el propietario de la cosa objeto del derecho, que menoscaben o hagan imposible el goce directo, que se concede en forma estrictamente personal al usuario, para que obtenga de la cosa cuantos servicios sea capaz de aprovechar para la satisfacción directa e inmediata de sus necesidades personales y familiares. La habitación es un derecho real sobre cosa ajena con finalidad exclusiva del alojamiento.

15.9.1. Sujetos.

Titular de los derechos de uso y habitación es la persona física, única capaz de utilizar una vivienda con el propósito y la finalidad protegida por el ordenamiento.

Respecto de la titularidad del derecho de uso por parte de personas jurídicas, puede concebirse este derecho como fórmula para atender las necesidades de los asociados o beneficiarios, pero en estos casos la duración no puede exceder de 30 años.

Los derechos de uso y habitación se configuran por el Cc como estrictamente personales, por ello el art. 525 establece que *... Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título ...*

15.9.2. Derechos y obligaciones.

El ejercicio de los derechos del usuario debe llevarse a cabo conforme a la naturaleza de la cosa gravada y en relación directa con la utilidad que pudiese reportar la citada cosa para la satisfacción de necesidades propias del usuario y de los miembros de la familia, convivientes con él.

En cuanto a las obligaciones, se aplican los arts 523 a 529 Cc.

El usuario de una finca rústica sólo tiene derecho a poseerla entera y de modo exclusivo si va él a recoger todos los frutos, y la poseerá en común con el propietario (o el usufructuario, enfiteuta, etc) si recoge una parte. El usuario, dentro de los límites de su disfrute, tiene y recibe el trato de un usufructuario.

Supone que se use la vivienda sin pagar renta o merced.

La constitución de un derecho de habitación requiere la voluntad expresa de las partes o del testador.

15.9.3. Derecho foral.

En el Derecho Navarro, la garantía sólo es aplicable al uso y a la habitación si lo ha ordenado el constituyente o existen bienes inmuebles. Tanto el uso como la habitación se extinguen cuando la utilización o el aprovechamiento determinados se hacen imposibles para el fin para el que se concedieron, pero el dueño

deberá indemnizar.

La concesión de habitación en una casa se presume que abarca la vivienda total, con derecho de arrendarla total o parcialmente.

15.9.4. Extinción.

Con arreglo al art. 529 ... *Los derechos de uso y habitación se extinguen por las mismas causas que el usufructo y además por abuso de la cosa y de la habitación ...*

16

Las servidumbres

16.1. SERVIDUMBRES PREDIALES Y SERVIDUMBRES PERSONALES.

El Cc regula detalladamente los diversos supuestos de servidumbre a través de un amplio articulado : arts. 530 a 604 ins.

El art. 530 ofrece una noción inicial de servidumbre ... *Es un gravamen impuesto a un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño ... El inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre se llama predio dominante, el que la sufre predio sirviente ...*

El siguiente precepto contradice semejante noción, al establecer ... *También pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada ...*

En el primer caso se habla de relación entre fincas, de sustrato claramente predial, mientras que en el segundo supuesto las servidumbres se califican de personales.

16.2. CLASES DE SERVIDUMBRES.

16.2.1. Servidumbres legales y voluntarias.

Art. 536 ... *Las servidumbres se establecen por la ley o por la voluntad de los propietarios. Aquéllas se llaman **legales** y éstas **voluntarias** ...*

Tal contraposición no agota las principales causas o fuentes de constitución de las servidumbres (usucapión, signo aparente). Además, el tenor del art. 536 es desafortunado al señalar que las servidumbres se establecen por la ley, pues salvo algunos casos excepcionales, la ley se limita a identificar supuestos de hecho cuyas circunstancias **facultan** al titular del predio dominante para hacer efectiva o reclamar la efectividad de la servidumbre. Pero como cualquier otra facultad, su titular puede o no ejercerla. En caso afirmativo, puede darse el caso de que el dueño del predio sirviente se avenga a cumplir lo legalmente previsto, ofreciendo al dueño del predio dominante el servicio o la utilidad reclamada, acordando ambos, en su caso, la correspondiente indemnización. Pero también pueden existir disensiones o litigios entre los interesados que reclamen la correspondiente resolución administrativa o judicial.

Siendo cierto que la causa remota de la existencia de la servidumbre se encuentra en la ley, en la generalidad de los supuestos la fuente próxima de constitución de las servidumbres legales viene representada por el convenio o acuerdo entre los interesados, una resolución administrativa o una sentencia judicial.

16.2.2. Servidumbres positivas y negativas.

Conforme al art. 533 ... *Las servidumbres son positivas o negativas. Se llama positiva la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo. Y negativa la que prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre ...*

Formulación legal algo confusa, pues la distinción entre servidumbres positivas o negativas resulta trascendente en relación con la adquisición de las servidumbres por usucapión. Por ello, lo más seguro es determinar el carácter positivo o negativo de la servidumbre atendiendo a la jurisprudencia del TS. Según ella, deben considerarse positivas las de paso, instalación de tubos de extracción de humos o gases que ocupen terreno ajeno o construcción de balcones o voladizos en iguales condiciones. En relación con las luces y vistas, el criterio general radica en considerar positiva la apertura de huecos abiertos en pared medianera, siendo negativa si el hueco se encuentra en pared propia del predio dominante.

16.2.3. Servidumbres continuas y discontinuas.

Art. 532.2 ... *Servidumbres continuas son aquellas cuyo uso es o puede ser incesante, sin la intervención de ningún hecho humano ...*

Art. 532.3 ... *Son servidumbres discontinuas las que se usan a intervalos más o menos largos y dependen de actos del hombre ...*

De lo que se desprende que se está frente a una servidumbre continua cuando el predio dominante o sus titulares, pueden obtener u obtienen, *de facto* y de forma ininterrumpida, la utilidad o el servicio que le proporciona el fundo sirviente sin necesidad de actuación humana de carácter complementario.

Por el contrario, la servidumbre de paso es discontinua, lo mismo que la de pastos o leñas, y con la servidumbre de abrevadero.

16.2.4. Servidumbres aparentes y no aparentes.

Art. 532.4 ... *Son servidumbres aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el uso y aprovechamiento de los mismos ...*

Art. 532.5 .. *Son servidumbres no aparentes las que no presentan indicio algu–no exterior de su existencia ...*

16.3. LAS SERVIDUMBRES LEGALES.

16.3.1. En materia de aguas.

Art. 563 ... *El establecimiento, extensión, forma y condiciones de las servi–dumbres de aguas ... se regirán por la ley especial de la materia en cuanto no se halle previsto en este Código ...*

Problemas y cuestiones similares a las identificadas por el Cc respecto a las aguas se dan en relación con otros bienes : Gas, electricidad, servicio telefónico ... : Servidumbres industriales.

16.3.2. Servidumbre de acueducto.

Art. 19.1 y 2 RDPH ... Puede imponerse tanto por motivos de interés público como de interés privado, y mediante ella se otorga al propietario de una finca que quiera servirse del agua que pueda disponer para la misma o evacuar las sobrantes, el derecho a hacerla pasar por los predios intermedios con obligación de indemnizar a sus dueños y a los predios inferiores sobre los que se filtren o caigan las aguas ...

16.3.3. Otras servidumbres en materia de aguas.

- Servidumbre de saca de agua y abrevadero.
- Servidumbre de estribo de presa.
- Servidumbre de parada o partidor.
- Servidumbre natural de aguas.
- Servidumbres relativas al uso de los ríos.

16.3.4. Servidumbre de paso.

La regulación de la servidumbre de paso en el Cc obliga a distinguir entre la servidumbre de paso para fincas enclavadas, la servidumbre temporal motivada por obras y las servidumbres establecidas para paso de ganados.

– *Servidumbre de paso para fincas enclavadas :*

Art. 564 ... *El propietario de una finca o heredad enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización ...*

También se aplican los arts. 565 y 566 Cc.

— *Finca enclavada entre fundos del transmitente :*

El titular del predio sirviente pierde todo derecho a la indemnización si la situación de enclavamiento de la finca se produjera entre fincas del propio transmitente (Art. 567).

— *Servidumbre temporal por obras :*

Art. 569 ... Si fuere indispensable para construir o reparar algún edificio, el pasar materiales por predio ajeno o colocar en él andamios u otros objetos para la obra, el dueño de tal predio está obligado a consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irroque...

— *Servidumbre de paso para ganados : Las vías pecuarias.*

Art. 570 Cc ... Las servidumbres existentes de paso para ganados, conocidas con los nombres de cañada, cordel, vereda o cialquier otro, y las de abrevadero, descansadero y majada, se regirán por las ordenanzas y reglamentos del ramo, y en su defecto, por el uso y la costumbre del lugar.

16.3.5. Referencia a la medianería.

El Cc regula la medianería en sede de servidumbre (arts. 571 a 579) calificándola reiteradamente de servidumbre. No obstante es una situación especial de cotitularidad de las paredes, muros o vallas que dividen o separan unas fincas de otras, con independencia de que tengan naturaleza rústica o urbana.

16.3.6. La servidumbre de luces y vistas.

La mayor parte de los preceptos (580 a 585) que el Cc engloba dentro de la sección Servidumbres de luces y vistas, giran alrededor de las respectivas limitaciones o límites que la contigüidad de las fincas hace recaer sobre sus respectivos propietarios.

16.3.7. Las servidumbres de desagüe.

Dejando aparte el que el art. 586 contempla un verdadero límite institucional del dominio, el Cc regula 2 verdaderas servidumbres en esta materia, ambas referidas a las aguas pluviales :

1. La de *vertiente de tejados*. Art. 587.

2. La de *desagüe de patio enclavado*. Art. 588.

En relación con las aguas residuales (art. 590) habrá de estarse a la correspondiente legislación administrativa.

16.4. LAS SERVIDUMBRES VOLUNTARIAS.

16.4.1. La libertad de constitución de servidumbres.

Aunque el Cc no contiene declaración alguna respecto de la libertad del dominio, es obvio que parte del presupuesto de que, salvo existencia de servidumbre, o cualquier otro derecho real limitado, existe **libertad de predios**. De ahí que el art. 540 exija la existencia de título o acreditación de la usucapión habida para que pueda elegirse la afección de utilidad de servicio de un predio (sirviente) a otro (predio dominante).

Pero siendo la propiedad libre, también es libre el propietario de una finca para someterla a servidumbre : Art. 594 ... *Todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le parezca, siempre que no contravenga las leyes ni el orden público ...*

El tenor de dicho precepto respecto a la libertad contractual o principio de autonomía privada es el mismo que el del art. 1255.

Ambos arts. coinciden en señalar que los límites del libre albedrío del titular del derecho subjetivo (propietario o contratante) vienen fijados por el hecho de que su actuación "sea contraria a las leyes o al orden público".

16.4.2. Título, contenido y relación de servicio en las servidumbres voluntarias.

El Cc partiendo de la libertad de constitución mediante pacto, se limita a establecer una regla general : Art. 598 ... *El título y, en su caso, la posesión de la servidumbre adquirida por prescripción, determinan los derechos del predio dominante y las obligaciones del sirviente ...*

Ante la posibilidad de que resulte indeterminado el contenido de la servidumbre, el Cc establece como regla supletoria la aplicación de ... *las disposiciones del presente título que le sean aplicables ...* Tales disposiciones pueden ser tanto las reglas propias de los distintos tipos de servidumbres (aguas, paso, etc) cuanto los escasos principios generales establecidos respecto del ejercicio de las servidumbres. La idea de servicio, utilidad o beneficio en favor del predio dominante y su configuración como gravamen o carga real de carácter duradero son características a la propia figura de la servidumbre, con independencia de que su fuente constitutiva sea la ley o la voluntad de los particulares, por tanto, la relación de servicio debe encontrarse también presente en las servidumbres voluntarias.

16.4.3. Reglas particulares.

Aparte lo dicho el Cc no contiene más reglas generales sobre servidumbres voluntarias, recogiendo, en cambio una serie de reglas particulares.

1. La regla general en relación con las obras necesarias para el ejercicio de la servidumbre consiste en que el propietario del fundo dominante corre con los consiguientes gastos.

2. Otra serie de reglas particulares se encuentra comprendida en los arts. 595 a 597, relativos a casos de pluralidad de titulares de derechos reales sobre la finca en que haya de recaer la servidumbre, para determinar quién tiene o no facultades suficientes a efectos de constituir una posible servidumbre voluntaria.

16.5. OTRAS FORMAS DE CONSTITUCIÓN

Encuadran la denominada constitución por signo aparente.

16.6. CONSTITUCIÓN POR SIGNO APARENTE O DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA.

Desde el Código de Napoleón, todos los Códigos latinos contienen uno o varios artículos cuyo objetivo radica en otorgar relevancia constitutiva al hecho de que existan signos ostensibles de servicio entre fincas, de las que posteriormente pasa a ser titular una persona diferente por cualquier título transmisivo : Art. 541.

16.6.1. Requisitos de la constitución de servidumbre por signo aparente.

A/ Existencia de signo aparente : Situación objetiva de relación de servicio entre fincas.

B/ Signo establecido y/o mantenido por el propietario.

C/ Enajenación, división o segregación de fincas.

16.6.2. Actos obstructivos a la constitución de la servidumbre.

Que exista título para que la servidumbre continúe activa o pasivamente, salvo que se realicen cualquiera de los actos siguientes :

— Que se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de las fincas.

— Que se hagan desaparecer los signos antes del otorgamiento de la escritura.

16.7. ADQUISICIÓN DE LA SERVIDUMBRE MEDIANTE LA USUCAPIÓN.

16.7.1. Las servidumbres susceptibles de usucapión : Continuas y aparentes.

Caben pocas dudas sobre el hecho de que el Cc sólo considera susceptibles de adquisición mediante usucapión a las servidumbres que simultáneamente sean continuas y aparentes.

Art. 537 ... *Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud de títulos o por la prescripción de 20 años ...*

Art. 539 ... *Las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean o no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de título ...*

Cualquier servidumbre que no reúna las características de continuidad y apariencia, consista en lo que

consista, no es susceptible de adquirirse o constituirse mediante usucapión. Consecuentemente :

1. Serán usucapibles las servidumbres de acueducto, luces y vistas ... por ser continuas y aparentes.
2. No podrá adquirirse por usucapión la servidumbre de paso, por ser discontinua.

La reducción del posible alcance de la usucapión en relación con la constitución de las servidumbres es un corolario más de los presupuestos de la **libertad de predios** : Libertad de constitución de servidumbres.

16.7.2. El plazo veintenal de usucapión.

El Cc es terminante al establecer que ... *Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren ... por la prescripción de 20 años ...* (art. 537).

El art. 537 constituye una regla de usucapibilidad especial para las servidumbres y en consecuencia :

- El plazo prescriptivo es veintenal por haberlo establecido así el legislador.
- En la usucapión de servidumbres no se exige buena fé y justo título, sino sólo la posesión *ad hoc* ...
- La usucapión sólo es viable respecto de las servidumbres continuas y aparentes.
- La usucapión de las servidumbres puede ser **ordinaria** en los mismos plazos que el dominio, y **extraordinaria** en 20 años.
- La usucapión ordinaria puede aplicarse a cualesquiera servidumbres susceptibles de posesión, la extraordinaria sólo a las continuas y aparentes.

16.7.3. El cómputo del plazo.

Las reglas relativas al cómputo del plazo se encuentran establecidas en el art. 538, según el cual se computará el tiempo ...

- En las positivas, desde el día en que el dueño del predio dominante o, el que haya aprovechado la servidumbre, hubiera empezado a ejercerla sobre el predio sirviente.
- En las negativas, desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente, la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre.

16.8. NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES.

16.8.1. Caracteres comunes.

1. La servidumbre es un derecho real limitado, que recae sobre cosa ajena, exigiendo una relación de servicio entre dos fincas.
2. Es necesario que existan dos fundos, que pueden y suelen ser contiguos, pero la contigüidad no es precisa, basta la vecindad o proximidad.

3. La servidumbre no se presume, debe probarse. En caso contrario, priva la libertad de predios.
4. Las servidumbres son inseparables de la finca a la que activa o pasivamente perte-necen.
5. La relación de servicio entre predio dominante y sirviente da como resultado la prolongada duración temporal : La servidumbre es tendencialmente perpetua.
6. La servidumbre también se caracteriza por su indivisibilidad, sin que se vea afec-tada por la segregación ó división de los fundos.

16.8.2. El razonable y correcto ejercicio de la servidumbre.

Puede deducirse de una serie de arts. del Cc, comprendidos en la sección relativa a los derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente :

- Art. 545. El dueño del predio sirviente no podrá menoscabar el uso de la servidum-bre constituída.
- Art. 543, faculta al dueño del predio dominante para hacer, a su costa, en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, pero sin alterarla ni hacerla más gravosa.
- Art. 544.2 prevé la posibilidad de que el dueño del predio sirviente colabore en el pago de las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, si la utilizase de algún modo.

16.9. LAS SERVIDUMBRES PERSONALES.

La clásica distinción de las servidumbres en prediales y personales, procedente del Derecho justiniano tuvo como objeto englobar como servidumbres personales a los derechos de usufructo, uso y habitación, idea que inspira aún algunos Cc modernos, como el alemán.

El Cc español ocupa una posición *sui generis* : Niega el carácter de servidum-bres personales a los derechos de usufructo, uso y habitación, aunque admite una categoría de tales servidumbres personales, ya que tras definir las prediales en el art. 530 como ... *un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro pertene-ciente a distinto dueño* ... añade en el art. 531 que ... *también pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad a quienes no pertenezca la finca gravada* ...

El Cc no contiene ninguna norma que aclare cuál es el régimen jurídico de esta clase de servidumbres, pues las previstas como tales son todas prediales. Habrían de regirse por el título o negocio jurídico de su creación (art. 598) y en lo no establecido por dicho título, por las disposiciones generales de los arts. 538-548, aunque muchos de los preceptos de este bloque legal no son aplicables a las servidumbres personales que aparecen casi huérfanas de tratamiento legal, y prácticamente sometidas al poder de la autonomía privada.

La duración de las servidumbres personales :

Por regla general, las servidumbres pueden darse con carácter perpetuo. A falta de disposición en el acto constitutivo, deben considerarse al menos como vitalicias. Siempre que su utilidad se vincule a una persona o comunidad determinada, la servidumbre existirá por el tiempo que éstas duren. Sin embargo el carácter perpe-tuo de una servidumbre personal puede ponerse en duda, dado que esa perpetuidad presupone una inmodificabilidad en la situación existente entre los predios y se encuentra establecida en beneficio del predio, lo que no ocurre en las servidumbres personales.

La servidumbre personal de pastos.

Es el derecho que se concede a una o varias personas determinadas o a una colectividad o universalidad de ellas, para pastar sus ganados en la finca gravada.

La genuina comunidad de pastos se produce cuando los propietarios acuerdan poner en común los pastos de sus respectivas fincas, de tal manera que los ganados de todos ellos aprovechan los pastos de todas ellas. *Prima facie*, parece que hay una servidumbre recíproca de pastos con limitaciones recíprocas al derecho de propiedad de cada uno.

El art. 600 dice *...La comunidad de pastos sólo podrá establecerse en lo sucesivo por concesión expresa de los propietarios, que resulte de contrato o de última voluntad, y nó a favor de una universalidad de individuos y sobre una universalidad de bienes, sino a favor de determinados individuos y sobre predios también ciertos y determinados. La servidumbre establecida conforme a este art. se registrará por el título de su institución ...*

La comunidad de pastos en terrenos públicos, ya pertenezca a los municipios, ya al Estado, se registrará por las leyes administrativas (art. 601).

El Cc sólo contempla la servidumbre personal de pastos (arts. 600 y sigs) pero sin duda caben otros supuestos de carga real tendencialmente perpetua sobre un determinado bien inmueble en beneficio de determinadas personas.

17

Los censos

17.1. EL DERECHO REAL DE CENSO.

17.1.1. Concepto y clases.

Aunque sea infrecuente, es posible que el propietario de un inmueble acepte gravarlo contra la recepción de una suma de dinero, con el pago sobre la finca de un canon o pensión ; que acepte transferir el inmueble a otra persona a cambio de percibir periódicamente dicho canon, o que ceda casi todas las facultades dominicales sobre la finca o dominio útil, conservando para sí algunas de menor entidad o dominio directo y el derecho a cobrar la pensión, o bien, como operación inversa del negocio anterior, retenga sobre su finca el señorío útil o de mayor contenido y transfiera a otro el señorío directo y el derecho a percibir el canon o pensión. A todas estas figuras, agupadas tradicionalmente bajo la denominación de censos, se refiere el art. 1604 Cc *... Se constituye el censo cuando se sujetan algunos bienes inmuebles al pago de un canon o rédito anual en retribución de un capital que se recibe en dinero, o del dominio pleno o menos pleno que se transmite de los mismos bienes ...*

El censo, supone la imposición de prestaciones reiteradas sobre un inmueble, la obligación de pagar periódicamente el tenedor (que conserva la propiedad del inmueble) o dueño (que adquiere su propiedad) o cuasidueño de la finca (que recibe o conserva las mayores facultades dominicales o dominio útil sobre ella), una cierta cantidad al titular del derecho a la pensión, debida por referencia a dicha finca y garantizada sobre ella.

Cuando el obligado no tiene otro deber habitual que el pago de la carga, y es verdadero y único dueño de la finca, el censo se califica como consignativo o reservativo.

17.1.2. Censo consignativo.

*Es **consignativo** el censo, cuando el censatario impone sobre un inmueble de su propiedad el gravamen del canon o pensión que se obliga a pagar al censalista por el capital que de éste recibe en dinero ...* Art. 1606

17.1.3. Censo reservativo.

*Es **reservativo** el censo cuando una persona cede a otra el pleno dominio de un inmueble, reservándose el derecho a percibir sobre el mismo inmueble una pensión anual que debe pagar el censatario ... Art. 1.607 Cc*

17.1.4. Censo enfiteúutico.

*Es **enfiteúutico** el censo cuando una persona cede a otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio ... Art. 1.605 Cc*

17.1.5. La indefinida duración del censo : La perpetuidad.

Según la Comp. catalana, el censo es una prestación periódica dineraria anual de carácter perpetuo o temporal, que se vincula a la propiedad de una finca, la cual responde directa e inmediatamente de su pago ...

Los censos imponen una deuda de prestación reiterada sobre la finca, de tal modo que ésta, a la vez, designa al deudor (censatario) y garantiza el pago.

Mientras en los censos consignativo y reservativo, el censatario es verdadero propietario de la finca, y el censalista un mero titular de un derecho a la prestación periódica, en la enfiteusis competen al censalista otras facultades, desde las de defensa y garantía del cobro de la pensión, hasta la de recuperación de la finca por el concedente mediante el comiso.

El antecedente romano más antiguo de los censos afinca en el ámbito del Derecho público : Cesión por el Estado o municipio, a particulares, a cambio de un canon (vectigal) de la posesión y el goce de predios para su puesta en explotación, por un tiempo muy largo o incluso a perpetuidad.

En los textos medievales se regula ampliamente la enfiteusis, que según las Partidas, no puede ser ni venta ni arrendamiento.

Los censos enfiteúutico y reservativo responden a una sociedad feudal de señores y labriegos. El consignativo a una economía más desarrollada, monetaria y ciudadana.

Suprimidos los censos por la Revolución francesa, que los consideraba restos del régimen feudal, se aceptaron después por otras legislaciones, simplificando la versión medieval.

El Cc regula los censos como instituto unitario, con diferencias accidentales, más profundas en tema de enfiteusis. La doctrina, en cambio, separa la enfiteusis de los demás censos, como figuras diversas.

En todas las variedades, lo esencial es la existencia de un derecho a la pensión de duración indefinida y la posibilidad sólo en una de las partes (deudor de la pensión) de devenir propietario pleno y sin gravamen.

17.1.6. La indivisibilidad de la finca gravada.

Identidad esencial que permite considerar actualmente a todos los censos, pese a su diferente origen, como instituto unitario. La verdadera divergencia, cualquiera que sea su origen, media entre las distintas manifestaciones de un derecho de pensión y los derechos de disfrute a largo término : Temporalidad, reversión e inessentialidad del canon frente, en el caso de los censos, a derecho de pensión institucionalmente imprescindible, indefinido y redimible.

La esencialidad del derecho a la pensión, como elemento conceptualmente definitorio del censo, ha sido puesta especialmente de relieve en la Ley Catalana de Censos de 1990, sobre cuya base institucional común, los otros caracteres significativos (en su sistema, perpetuidad y redimibilidad : censo enfiteútico, ó temporalidad e irredimibilidad salvo pacto : censo vitalicio), suponiendo que el derecho real típico y unitario de censo tenga distintas clases o manifestaciones.

Los censos sólo pueden establecerse sobre bienes inmuebles y en el título negocial de su constitución debe hacerse constar necesariamente : Capital del censo o valoración de la finca a efectos de redención del gravamen, y el Canon o pensión. Estos tres elementos del censo son recurrentes en todas las variantes de la figura reguladas en el Cc y en los Derechos territoriales, constituyendo los primeros aspectos a considerar en relación al régimen jurídico general de los censos.

a) La finca :

El censo sujeta bienes inmuebles. Además de disponerlo respecto de todo censo el art. 1604, lo establece especialmente el art. 1628 para la enfiteusis ... *El censo enfiteútico sólo puede establecerse sobre bienes inmuebles y en escritura pública ...*

Tales bienes inmuebles han de serlo por naturaleza, y han de ser fructíferos, aunque basta con que puedan producir frutos civiles.

b) El Capital :

Todos los censos exigen, para su validez, fijar en el negocio constitutivo, además de la pensión, el capital que sirve de módulo para su redención. Según el art. 1629 Cc ... *Al constituirse en censo enfiteútico, se fijará en el contrato, bajo pena de nulidad, el valor de la finca y la pensión anual que haya de satisfacerse ...*

Según el art. 1661 ... *No puede constituirse válidamente el censo reservativo sin que preceda la valoración de la finca por estimación conforme de las partes o por justiprecio de peritos ...*

El capital, a los simples efectos de la redención del gravamen, no tiene que coincidir necesariamente con el valor real del inmueble, señalando sólo la base sobre la que habrá de determinarse el precio del rescate de la finca como libre para el censatario : *El capital de la redención, a falta de acuerdo, se determinará en consideración al valor del dinero y al beneficio que la redención reporte al censatario ...* (Ley 545.2 Comp. Navarra).

c). Exigencia y garantía :

Por ser la pensión una prestación ob rem, además de señalar la persona del deudor, la finca responderá del pago de las pensiones vencidas y no satisfechas : Art. 1623 ... *Para el cobro de la pensión, los censos producen acción sobre la finca gravada ... Además de la acción real, podrá el censalista ejercitar la acción personal para el pago de las pensiones atrasadas y de los daños e intereses cuando hubiere lugar para ello ... con las limitaciones de la LH (arts. 114,115 y 116).*

d) Prescripción :

Según el art. 1620 ... *Son prescriptibles tanto el capital como las pensiones de los censos ...* En razón de ello, el derecho a cobrar la pensión prescribe a los 5 años, siendo, sin embargo, discutible si esta prescripción quinquenal , aplicable a la acción personal cuando las pensiones se perciben por años o en períodos más breves, lo es igualmente frente a la acción real. La jurisprudencia tiende a la solución contraria.

e) Indivisibilidad :

La opción legislativa de la indivisibilidad de los censos, adoptada por el Cc, tiene su razón de ser en evitar la molestia adicional que lo contrario supondría para el censalista en el momento de dirigirse contra el poseedor del inmueble, puesto que habría de efectuar reclamaciones o ejercitar acciones separadas, contra los varios censatarios entre los que el censo se dividiera : Art. 1618.1º ... *No pueden dividirse entre dos o más personas las fincas gravadas con censo sin el consentimiento expreso del censalista, aunque se adquieran a título de herencia ...*

Sin embargo, el censo podrá dividirse, con el beneplácito del concedente : Art. 1618.2º.

f) Conservación de la garantía :

De diversas normas concretas se deduce que, en general, el censatario está obligado a conservar la finca, asegurando, en su caso, las prestaciones accesorias y el derecho del censalista a recuperar, sobre todo en los casos de redención forzosa, el llamado capital del censo.

La obligación de conservar la garantía fundiaria, no sólo resulta de la ya considerada responsabilidad de la finca para el pago de las pensiones (Art. 1623), sino también de la indemnización que el censatario deberá al censalista si la pérdida parcial del inmueble acaecida por su culpa, le causa perjuicio (Art. 1625-2º) y de la consecuencia sancionatoria de caer en comiso la finca enfiteútica, si el censatario la deteriora gravemente (Art. 1648-2º).

g) Reconocimiento :

Con arreglo al art. 1616, el censalista, al tiempo de entregar el recibo de cualquier pensión, puede obligar al censatario a que le dé resguardo en que conste haberse hecho el pago.

Para la enfiteusis, dispone el art. 1647 que ... *Cada 29 años podrá el dueño directo exigir el reconocimiento de su derecho por el que se encuentre en posesión de la finca enfiteútica. Los gastos del reconocimiento serán de cuenta del enfiteuta, sin que pueda exigírsele ninguna otra prestación por este concepto ...*

17.2. REGLAS COMUNES SOBRE CONSTITUCIÓN, CONTENIDO, TRANSMISIÓN, REDENCIÓN Y EXTINCIÓN.

17.2.1. Constitución.

Los censos se constituyen como los demás derechos reales, por lo que pueden crearse por contrato, oneroso o gratuito, por testamento o por usucapión (Art. 609-2º Cc).

El título habitual de la constitución de los censos ha venido siendo el contrato. El art. 1628 Cc exige, para la constitución contractual de la enfiteusis, la escritura pública *ad solemnitatem*. En los otros censos sólo es necesaria *ad probationem*.

En el Derecho navarro, la constitución del censo consignativo, único al que se refiere, ha de hacerse constar necesariamente en escritura pública, y en Cataluña, es indispensable la escritura pública para la constitución de cualquier censo por contrato.

Para celebrar el contrato de censo se requiere, en general, la capacidad de obrar exigible para concluir contratos y poder de disposición, no pudiendo celebrarlo como censatarios, aquellas personas que no podrían comprar la finca (Art. 1459 Cc).

El Cc y el Derecho navarro contemplan sólo, conforme a la tradición, la constitución contractual del censo

consignativo, mediante la prestación de un capital en dinero, pero sin que nada se oponga a que pueda constituirse gratuitamente. El Cc también se refiere a la constitución onerosa de la enfiteusis, cediendo una persona el dominio útil y reservándose el directo y el derecho a percibir del enfiteuta la pensión anual, pero es posible que cuando la constitución se lleve a cabo por el dueño de la finca, cediendo a otro los derechos del dueño directo, pueda tener lugar con carácter lucrativo. En cambio, no cabe la constitución de un censo reservativo o enfiteútico como negocio plenamente gratuito, por ser contradictorio.

A la constitución onerosa del censo se aplicarán, con las precisas adaptaciones, las reglas de la compraventa sobre diferencias de cabida o saneamiento, y a la gratuita las reglas de la donación en tema de inoficiosidad o revocación.

Lo mismo en el censo reservativo que en el enfiteútico, constituidos onerosamente, es admisible pactar el pago de una cantidad en el momento de la constitución.

Los censos pueden también constituirse en testamento, mediante aquellas determinaciones *mortis causa* que se establezcan en cada caso, y mediante las combinaciones adecuadas a cada supuesto en favor de sucesores diversos, las posiciones de censalista y censatario.

La constitución del censo puede tener lugar, asimismo, por usucapión, cumpliéndose las condiciones que para la adquisición por prescripción de los derechos reales sobre inmuebles, establecen las leyes (Arts. 1957 y 1959 Cc).

Tratándose de unos derechos reales inmobiliarios, los censos pueden ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad.

17.2.2. Contenido : Derechos y obligaciones de censalista y censatario.

-- El pago del canon ó pensión :

La pensión o canon es esencial en el censo, por lo que no puede concebirse en cualquiera de nuestros ordenamientos civiles, un censo típico sin la pensión : Por constituir el contenido esencial de la titularidad del censalista, su pago es un signo de su reconocimiento.

En relación al fundamental elemento del censo que es la pensión, deben considerarse específicamente su determinación, su pago, su exigencia y garantía sobre la finca y su prescripción.

1. Determinación :

Art. 1613-1º Cc ... *La pensión de los censos se determinará por las partes al otorgar el contrato ...*

No se requiere que el canon sea justo o módico, ni se prohíbe que sea muy bajo, en cuyo caso podría haber donación parcial.

El Cc autoriza que pueda consistir en dinero o frutos, a diferencia de la legislación catalana que exige en todo caso que la pensión se determine en dinero.

Fijada la pensión en frutos, no es indispensable que éstos sean de la finca o de los que ella pueda producir. En cambio, no cabría, establecer como contenido del derecho real una contraprestación consistente en servicios.

La pensión se fijará con carácter anual : Arts. 1604, 1605, 1607, 1609, 1629 y 1660-2º Cc.

2. Pago :

El pago de la pensión anual, como el de cualquier otra prestación, ha de ser íntegro, disponiendo a este respecto, el art. 1624 ... *El censatario no podrá pedir el perdón o reducción de la pensión por esterilidad accidental de la finca ni por la pérdida de sus frutos ...*

El sujeto obligado al pago, en cuanto que la pensión es una prestación *ob rem*, es el censatario. Cabe, no obstante, que el pago pueda corresponder a otra persona, como el usufructuario, en razón de aprovechar éste las utilidades de la finca censada.

Las pensiones se pagarán en los plazos convenidos, y a falta de convenio, si consisten en dinero, por años vencidos a contar desde la fecha del contrato o de la constitución del censo, y si en frutos, al fin de la respectiva recolección : Art. 1614 Cc.

En el Derecho navarro está prohibido el pacto de pagar anticipadamente la pensión del censo consignativo.

En relación al lugar del pago, se estará a lo dispuesto en el art. 1615.

El pago de la pensión autoriza al censatario a exigir el recibo justificativo del mismo.

Sin embargo, del pago y de su prueba no resulta presuntivamente el cumplimiento de las prestaciones anteriores, siendo necesario el pago de 2 pensiones consecutivas para suponer satisfechas todas las anteriores.

3. Pago de impuestos :

Según el art. 1622 ... *El censatario está obligado a pagar las contribuciones y demás impuestos que afecten a la finca censada. Al verificar el pago de la pensión podrá descontar de ella la parte de los impuestos que corresponda al censalista ...*

17.2.3. Transmisión.

La tendencial perpetuidad del censo potencia la posibilidad de que, ora el censalista, ora el censatario, transmitan a cualquier otra persona la posición que ocupan respectivamente.

Art. 1617 ... *Pueden transmitirse a título oneroso o lucrativo las fincas gravadas con censos, y lo mismo el derecho a percibir la pensión ...*

17.2.4. Redención.

Art. 1608 ... *Es de la naturaleza del censo que la cesión del capital o de la cosa inmueble sea perpetua o por tiempo indefinido, sin embargo, **el censatario podrá redimir el censo a su voluntad** aunque se pacte lo contrario, siendo esta disposición aplicable a los censos que hoy existan ...*

La redención consiste en el pago del capital del censo : Art. 1651 ... *La redención del censo enfiteútico consistirá en la entrega en metálico y de una vez, al dueño directo, del capital que se hubiese fijado como valor de la finca al tiempo de constituirse el censo, sin que pueda exigirse ninguna otra prestación, a menos que haya sido estipulada ...*

Art. 1658 ... *La redención del censo consignativo consistirá en la devolución al censalista, de una vez y en metálico, del capital que hubiese entregado para constituir el censo ...*

Art. 1662 ... *La redención del censo reservativo se verificará entregando el censatario al censalista, de una vez y en metálico, el capital que se hubiese fijado conforme el artículo anterior ...*

Los gastos que se ocasionen para la redención y liberación del censo, serán de cuenta del censatario, salvo los que se causen por oposición temeraria, a juicio de los Tribunales (Art. 1612).

17.2.5. Otras causas de extinción.

Los derechos de censalista y censatario se extinguen por las mismas causas que los restantes derechos sobre las cosas, con ciertas peculiaridades.

a) Expropiación :

... Se abona a cada uno de los interesados en la cosa, censalista y censatario, el justiprecio de su derecho (Art. 57 Ref) : Norma válida ante Administración y expropiados, pero aplicándose el Cc en la relación interna.

El art. 1627 regula la expropiación de fincas gravadas con censo, por causa de utilidad pública, sea total o parcial.

El art. 1631 regula la expropiación de fincas enfiteúticas.

b) Pérdida :

Art. 1625 ... *Si por fuerza mayor o caso fortuito se pierde o inutiliza totalmente la finca gravada con censo, quedará éste extinguido, cesando el pago de la pensión. Si se pierde sólo en parte, no se eximirá al censatario de pagar la pensión, a no ser que prefiera abandonar la finca al censalista. Interviniendo culpa del censatario, quedará sujeto, en ambos casos, al resarcimiento de daños y perjuicios ...*

c) Abandono :

El censo se extingue también, por el abandono de la finca o de la parte no perecida por el censatario, facultad que le compete en cualquier momento y libremente, como en cualquier otro derecho real.

El abandono de la finca no exime al censatario del abono de los deterioros y pensiones vencidas. Respecto a su derecho a ser indemnizado por las mejoras hechas parece aplicable para todos los censos, la regla del art. 1652 Cc.

e) Prescripción :

Los derechos del censalista (Cc --> Capital), prescriben, como los demás derechos reales, a los 30 años (Art. 1620), siendo igualmente prescribible en el mismo plazo la condición de enfiteuta.

17.3. LA DISMINUCIÓN DEL VALOR DE LA FINCA EN LOS CENSOS CONSIGNATIVO Y RESERVATIVO.

Los arts. dedicados a regular las características del censo consignativo (1657–1660) y del censo reservativo (1161–1664), sólo contienen una regulación específica de los efectos que dimanen del valor de la finca acensuada en los arts. 1659 y 1660 respecto del censo consignativo, pero tales preceptos, por remisión del art. 1664, rigen también para el censo reservativo.

17.4. LA ENFITEUSIS Y EL CENSO ENFITEÚTICO : Régimen jurídico.

Art. 1605 Cc ... *Es enfiteútica el censo cuando una persona cede a otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este*

mismo dominio ...

En la figura concurren los siguientes aspectos :

1. Hay una concurrencia de dominios, pues el propietario inicial, reservándose el dominio directo, transmite a otra persona el dominio útil.
2. El titular de éste último, el dueño útil, se denomina por el propio Cc enfiteuta sin que, a lo largo del articulado, se le denomine nunca censatario, pese a que debe ser él quien afronte el pago de la pensión anual.

En su origen romano, el enfiteuta es un precarista o un arrendatario, y sólo en época más tardía, titular de un derecho real sobre cosa ajena : el concedente es único y verdadero propietario. En la Edad Media, se considera dividido el dominio entre concedente y enfiteuta, dueños ambos, aun cuando no *in solidum* ni menos en copropiedad, sino investido cada uno de atributos diferentes, que sólo al dueño pueden competir.

La **naturaleza** de la enfiteusis, en su configuración legislativa actual, es objeto de controversias, pues algunos niegan la división del dominio que refleja la disciplina positiva de la enfiteusis. Pero en el ámbito normativo del Cc, censalista y enfiteuta, tienen cada uno, su respectivo dominio.

17.4.1. Régimen jurídico de la enfiteusis.

Derechos y obligaciones del enfiteuta (dueño útil) y del censalista.

La obligación fundamental del censatario (y correlativo derecho del censalista) consiste en el pago del canon o pensión establecido.

El art. 1622 establece que, dada su condición de propietario ... *El censatario está obligado a pagar las contribuciones y demás impuestos que afecten a la finca acensuada, si bien al verificar el pago de la pensión podrá descontar de ella la parte de los impuestos que corresponda al censalista ...*

Art. 1632 ... *El enfiteuta hace suyos los frutos de la finca y de sus accesiones ...* Tiene los mismos derechos que corresponderían al propietario en los tesoros y minas que se descubrieren en la finca enfiteútica ...

La libre transmisión y gravamen del derecho del enfiteuta tiene como límite el contenido del derecho mismo. Por ello, cuando la pensión consista en una parte alícuota de los frutos de la finca enfiteútica, no podrá imponerse servidumbre ni otra carga que disminuya los productos sin consentimiento expreso del dueño directo (Art. 1634).

La constitución por parte del primer enfiteuta de un nuevo derecho a favor y en contra de un segundo enfiteuta, queda prohibida, por considerarse esta multiplicidad de intermediarios opuesta al interés público de la libertad de las fincas, y que supondría una especulación incompatible con el propósito y finalidad del instituto.

17.4.2. Tanteo y retracto.

Según el art. 1631-1º Cc, ... *Corresponden recíprocamente al dueño directo y al útil el derecho de tanteo y el de retracto, siempre que vendan o den en pago su respectivo dominio sobre la finca enfiteútica ...*

No hay retracto en la permuta, salvo si ésta se pactó como tal precisamente para eludirlo. Esta disposición no es aplicable a las enajenaciones forzosas por causa de utilidad pública (Art. 1636-2º).

-- Tanteo :

Art. 1637 ... *El que trate de enajenar el dominio de una finca enfiteutíca deberá avisar al otro condueño, declarándole el precio definitivo que se le ofrezca o en que pretenda enajenar su dominio ... Dentro de los 20 días siguientes al del aviso, podrá el condueño hacer uso del derecho de tanteo, pagando el precio indicado. Si no lo verifica, perderá este derecho y podrá llevarse a efecto la enajenación ...*

-- Retracto :

Si no hay aviso, la enajenación sigue siendo válida y al otro dueño le queda el retracto que según el Cc también puede ejercitarse, aunque por plazo más limitado, cuando, tras el aviso, no se ha hecho uso del tanteo. En cuanto al retracto, el art. 1638 dispone que, cuando el dueño directo o el enfiteuta en su caso, no haya hecho uso del derecho de tanteo podrá utilizar el de retracto para adquirir la finca por el precio de la enajenación. En este caso, deberá utilizarse el retracto dentro de los 9 días útiles siguientes al del otorgamiento de la escritura de venta.

Si ésta se ocultare, se contará dicho término desde la inscripción de la misma en el Registro de la propiedad. Se presume la ocultación cuando no se presenta la escritura en el registro dentro de los 9 días siguientes al de su otorgamiento.

Independientemente de la presunción, la ocultación puede probarse por los demás medios legales. Si se hubiere realizado la enajenación sin el previo aviso que ordena el art. 1637, el dueño directo y en su caso el útil, podrán ejercita la acción de retracto en todo tiempo hasta que transcurra 1 año contado desde desde que la enajenación se inscriba en el Registro de la Propiedad (art. 1639).

Conforme al art. 1649, en las ventas judiciales de fincas enfiteutícas, el dueño directo y el útil, en sus casos respectivos, podrán hacer uso del derecho de tanteo dentro del término fijado en los edictos para el remate, otorgando el precio que sirva de tipo para la subasta y del retracto, dentro de los 9 días útiles siguientes al del otorgamiento de la escritura. En este caso no será necesario el aviso previo que exige el art. 1637. El precepto no se aplica a la subasta pública extrajudicial.

17.4.3. Extinción de la enfiteusis.

Comiso.

La enfiteusis permite al censalista recuperar el dominio útil, extinguiéndolo en el enfiteuta, en ciertos casos concretos de incumplimiento, y siempre como último remedio. Esta posibilidad de recuperación del dominio útil y de consolidarse la propiedad plena para el concedente se establece en el art. 1648, según el cual ...
Caerá en comiso la finca y el dueño directo podrá reclamar su devolución :

1º Por falta de pago de la pensión durante 3 años consecutivos.

2º Si el enfiteuta no cumple la condición estipulada en el contrato y deteriora gravemente la finca ...

La extinción en la enfiteusis lleva consigo la de las hipotecas, servidumbres, etc, que gravan el derecho del enfiteuta. También la redención o liberación del censo extingue las hipotecas impuestas sobre el derecho del concedente.

Art. 1652-1º ... *En el caso de comiso, o en el de rescisión por cualquier causa del contrato de enfiteusis, el dueño directo deberá abonar las mejoras que hayan aumentado el valor de la finca, siempre que este aumento subsista al tiempo de devolverlo ...*

Reversión por sucesión.

Art. 1653 ... *A falta de herederos testamentarios, descendientes, ascendientes, cónyuge superstite y parientes del 6º grado, volverá la finca al dueño directo en el estado en que se halle, si no dispuso de ella el enfiteuta en otra forma.*

17.5. FOROS Y OTROS GRAVÁMENES ANÁLOGOS A LA ENFITEUSIS.

17.5.1. Laudemio.

Derecho del censalista a percibir una cantidad por la transmisión de la finca enfiteútica llevada a cabo por el censatario. La obligación de pagar el laudemio corresponde al adquirente salvo pacto en contrario (art. 1645).

La regulación del Cc es muy restrictiva : El laudemio no puede cobrarse tratándose de transmisiones gratuitas. Art. 1644-1º ... *En las enajenaciones a título oneroso de fincas enfiteúticas sólo se pagará laudemio al dueño directo cuando se haya estipulado expresamente en el contrato de enfiteusis ... Si al pactarlo, no se hubiera señalado cantidad fija, ésta consistirá en el 2 % del precio de la enajenación ...*

Cuando el enfiteuta hubiera obtenido del dueño directo licencia para la enajenación ó le hubiese dado el aviso previo que previene el art. 1637, no podrá el dueño directo reclamar, en su caso, el pago del laudemio, sino dentro del año siguiente al día en que se inscriba la escritura en el Registro de la propiedad. Fuera de dichos casos, esta acción estará sujeta a la prescripción ordinaria (art. 1646).

17.5.2. Foros.

Institución enfiteútica propia de Galicia y extendida por los territorios de Asturias y León, incluso en el resto de España.

El foro comenzó siendo un arrendamiento *ad meliorandum* a largo plazo, y el estímulo para su constitución era la recuperación de la finca por el concedente con las mejoras. Como herencia de ese inicial carácter arrendaticio, persiste el deber de mejorar y la normal irredimibilidad, así como la falta de laudemio.

En el foro, a semejanza de la enfiteusis, también se da la división del dominio entre el dueño útil (forero) y el dueño directo (forista), caracterizándose la posición del primero por la posesión, aprovechamiento y deber de mejora del inmueble, y la obligación del pago de la pensión o renta foral, y la del segundo por el derecho al cobro de tal prestación periódica.

El Cc no se preocupó de los foros y subforos existentes en el momento de su promulgación, limitándose a enunciar una ley especial para su redención (Art. 1611). En cuanto a los foros futuros, equiparó en su art. 1655 los constituidos por tiempo indefinido al censo enfiteútico, y los temporales o por tiempo limitado al arrendamiento.

17.5.3. El censo a primeras cepas (rabassa morta).

Es un género de censo distinto de la enfiteusis típica por su esencial temporabilidad, su dependencia de circunstancias agronómicas y la ausencia de laudemio y en particular, por la recuperación de la propiedad por el concedente sin derecho de redención del censatario. Son los llamados censos a primeras cepas : Cesión de suelo inculto para plantar viñas, duradera tanto como las primeras que se plantan, o hasta que mueren (por término medio 50 años), a cambio de una renta o pensión anual.

Se ha considerado alternativamente por la jurisprudencia como modalidad enfiteútica ó como arrendamiento.

La figura está regulada minuciosamente en el art. 1656 Cc, que el art. 320 de la Comp. Catalana incorpora llana y simplemente a su texto.

Los derechos reales

1.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS REALES.

1.1.1. Introducción.

El ordenamiento jurídico concede la consideración de derecho (subjetivo) a la dominación del hombre sobre las cosas, tanto la dominación total que es el derecho de propiedad, como otros más concretos y limitados : Derecho a los frutos de la cosa o usufructo, obtener alguna utilidad concreta como la servidumbre. A cualquiera de estos derechos en la cosa, se le llama derecho real.

1.1.2. El concepto de derecho real.

El concepto de derecho real es producto de una generalización, hecha hasta cierto punto, ya en Roma, pero en el plano de las acciones. Lo que los romanos clásicos conocieron fue sólo la contraposición entre *actio in rem* y *actio in personam*.

Ha de esperarse hasta el Derecho común para que la doctrina comience a distinguir entre el *ius in personam* y el *ius in re*. Con todo, la distinción sólo alcanza su madurez con las primeras codificaciones, a través de la Escuela del Derecho Natural.

Los derechos en la cosa, expresión del interés en la utilidad de los bienes, han representado siempre la fortuna feudal, aristocrática, agraria y estática, prepon—derante en otros tiempos, en los que *tener* era más prestigioso que *ser acreedor*, mientras la condición de *deudor* representaba, salvo para los más poderosos, un riesgo de ruina y servidumbre.

En la economía moderna, más importante que *tener* (haber adquirido) es *tener crédito*.

1.1.3. Caracterización general de los derechos reales.

Son características del derecho real, su inherencia a la cosa que le hace oponi—ble frente a todos (*erga omnes*) y su exclusividad.

a) La **inherencia** significa la posibilidad del titular de obtener de la cosa el provecho correspondiente a su derecho sin mediación de otra persona, no precisando de acto ajeno para satisfacer su interés.

De la inherencia del derecho a la cosa se deriva la *reipersecutoriedad* que falta en la obligación.

b) A favor de la **exclusividad** o absolutividad, el titular del derecho real puede impedir a los demás cualquier influencia sobre la cosa en perjuicio de su derecho. En consecuencia, el derecho sigue a la cosa dondequiera que se halle y cualquiera que sea su poseedor.

c) Estos caracteres del derecho real de **poder hacerse valer directamente sobre la cosa y frente a todos** (eficacia *erga omnes*), constituyen respectivamente sus elementos *interno* y *externo*; el segundo, igual para cualquier derecho sobre la cosa, pues todos ellos, lo mismo la propiedad que el usufructo o la servidumbre son oponibles frente a todos y se pueden hacer efectivos excluyendo a los demás (deber general de abstención), mientras el primero tiene un contenido siempre diverso y caracteriza cada derecho real.

1.2. DISTINCIÓN ENTRE LOS DERECHOS REALES Y LOS DERECHOS DE

CRÉDITO.

La diferencia esencial entre el derecho real y el de crédito u obligación, es que aquél tutela la influencia directa e inmediata sobre la cosa sin intervención de otra persona, mientras éste permanece en el ámbito de la vinculación entre dos o varios sujetos, sin dar acceso directo a los bienes.

1.2.1. Algunos criterios distintivos.

A/ Sujetos y legitimación pasiva.

La relación obligatoria presupone la existencia de un acreedor (sujeto activo) y de un deudor (sujeto pasivo), individual o pluralmente considerados, se trate de relaciones contractuales propiamente dichas o extracontractuales *lato sensu* (responsabilidad civil, enriquecimiento injusto o cuasicontratos).

El derecho real, en cambio, se constituye por autonomía mediante la existencia de un único sujeto que ostenta las facultades de poder sobre la cosa en sí misma considerada.

Por el contrario, los derechos de crédito, en cuanto derechos relativos, conllevan que el acreedor requiera al cumplimiento a la persona que ostenta la posición de deudor u obligado.

B/ Objeto.

El elemento objetivo de la relación obligatoria es la prestación : Conducta que debe desplegar el deudor (dar, hacer o no hacer algo : Art. 1.088 Cc).

El elemento objetivo de cualquier derecho real es una cosa sobre la que recaen, de forma directa e inmediata, los poderes del propietario o del titular del derecho real.

C/ Permanencia de los derechos reales.

La mayor parte de los derechos reales son en general derechos de duración prolon-

gada y tendencialmente permanentes mientras no se modifique la situación fáctica que los creó.

Los derechos de crédito atienden fundamentalmente al intercambio de bienes y servicios para satisfacer necesidades. En tal sentido, la mayor parte de las relaciones obligatorias se caracterizan por su transitoriedad y con vocación de autoextinción en cuanto el deudor lleve a cabo la ejecución de la prestación.

D/ Forma y tradición.

La tendencial permanencia de los derechos reales, sobre todo cuando recaen sobre bienes inmuebles conlleva que el ordenamiento jurídico requiera mayores requisitos de forma para los actos o contratos constitutivos, modificativos o extintivos de los derechos reales que para la generalidad de los contratos o de las demás fuentes de las obligaciones en sentido estricto.

Por otra parte, cuando la adquisición y transmisión de la propiedad y de los derechos reales tiene lugar mediante contrato, nuestro sistema jurídico exige que, junto a la forma prescrita legalmente, tenga lugar también la tradición o entrega de la cosa para que el efecto transmisivo se produzca.

1.2.2. Los derechos reales constituídos y los derechos de crédito : La importancia práctica de la distinción.

La transmisión convencional del derecho real requiere que tenga lugar la tradición en cualquiera de sus formas : Junto a la causa, origen de la transmisión del derecho, debe darse la puesta a disposición del nuevo dueño o titular de otro derecho real de dicha cosa.

Una vez constituidos los derechos reales, su titular cuenta con una posición jurídica reforzada, en cuanto puede hacerla valer frente a terceros y excluir todo tipo de perturbaciones posesorias. Por el contrario los derechos de crédito nacidos de cualquier contrato de finalidad traslativa se encuentran *in itinere* hacia el derecho real. El propio acreedor lo que desea es dejar de serlo y convertirse en titular real para garantizar una adquisición que, mientras tanto, depende de la voluntad de cumplimiento del deudor transmitente.

1.3. FIGURAS INTERMEDIAS.

1.3.1. El *ius ad rem*.

Situación de tránsito hacia el derecho real de quien adquiere una cosa que todavía no se le ha entregado.

Inicialmente *ius in re* equivalía a derecho real (en sentido técnico) y el *ius ad rem* implicaba el derecho de crédito que se tenía contra el deudor obligado a entregar una cosa.

1.3.2. Derechos reales *in faciendo*.

Se pregunta la doctrina si son verdaderas obligaciones o más bien resultado de un derecho real de quien pretende su cumplimiento, los deberes de hacer y de dar, que surgen en la relación entre el titular del dominio y el de la servidumbre que grava su finca, o entre aquél y el usufructuario, o entre los condueños, especialmente en las situaciones de propiedad horizontal o urbanizaciones colectivas, etc.

1.3.3. Obligaciones *propter rem*.

A estos deberes se les denomina obligaciones *propter rem* porque van ínsitas en la cosa misma : Es la titularidad de ésta la que designa al sujeto pasivo de la deuda, y cuando aquélla cambia, por pasar la cosa a un nuevo titular, cambia también el deudor, siéndolo ahora ese nuevo titular. También se les llama obligaciones ambulatorias : Obligaciones accesorias del derecho real propiamente dicho.

Una especialidad de las obligaciones *propter rem* son las cargas reales : Obligación de pago que viene impuesta sobre un inmueble en favor de una persona por voluntad privada.

En la doctrina se habla, a la vez que de obligaciones *propter rem* , de derechos reales *in faciendo* , como aspectos de un mismo fenómeno. Cabría distinguir ambas especies por la posibilidad de liberarse del *facere* , el afectado por el derecho *in faciendo* totalmente y con efecto retroactivo, abandonando la cosa, mientras el obligado *propter rem* continuaría debiendo las prestaciones ya vencidas pese al abandono.

Las obligaciones *propter rem* son verdaderas obligaciones inherentes al derecho real y con deudor designado por una titularidad real, con la consiguiente posibilidad de liberarse sin asentimiento del acreedor que ha renunciado a ella, mientras persista la garantía del cumplimiento de la obligación *propter rem* , que puede hacerse efectiva *erga omnes* sobre el objeto.

Dada esta inherencia, la transmisión de la obligación al adquirente de la cosa, que deviene deudor, es automática : Sigue a la transferencia de la cosa como un efecto a la causa sin concurrir la voluntad de las partes (Hay asunción de deuda, no interviniendo para nada el acreedor).

1.4. SISTEMAS DEL NUMERUS CLAUSUS Y NUMERUS APERTUS EN LA CREACIÓN

CIÓN DE LOS DERECHOS REALES.

Doctrina y jurisprudencia se preguntan sobre si la voluntad del sujeto de derecho puede crear a su arbitrio nuevos derechos reales sobre las cosas : Derechos dotados de carácter absoluto y oponible *erga omnes* distintos de los contemplados en las leyes o si son éstas las únicas que pueden crear tales figuras.

El disfrute de los bienes inmuebles, se caracterizó desde el siglo X hasta finales del XVIII por la pluralidad de regímenes (nobles, plebeyos, siervos de la gleba, dominio directo y útil, etc) y el entrelazamiento y multiplicidad de los derechos de los diversos titulares.

La Revolución francesa, al lanzar a la circulación los bienes expropiados a la nobleza y el clero, trató de simplificar ese caos, atribuyendo el Código civil, en principio, a un único sujeto, el propietario, el poder de gestión económica y el aprovechamiento de los bienes.

El legislador alemán modela los tipos de derecho real posibles, mientras en los ordenamientos con libertad de tipos, las partes pueden incluir en el concepto general de derecho real, cualesquiera especies compatibles con los caracteres esenciales de tal concepto.

1.4.1. La libre creación de derechos reales en base a la autonomía privada.

Por **tipo** de derecho real se entiende la descripción esencial de una influencia particularizada y especificada sobre la cosa, potencial o actual, dotada de inherencia y reipersecutoriedad. Para que haya tipo legal no es indispensable que la ley lo defina, basta su aceptación.

El sistema de *numerus clausus* que hace de los derechos reales moneda acuñada circulando en el tráfico con un valor fijo y determinado, presta gran seguridad a los adquirentes y a los terceros. El *numerus clausus* sirve a los intereses de la claridad y la seguridad jurídica, que aconsejan evitar la aglomeración de clases y variedades infinitas de fenómenos.

Para los partidarios del *numerus apertus*, la solución contraria es una camisa de fuerza puesta a la voluntad privada : La espontaneidad social forja para cada situación, instrumentos más adecuados que la ley. El propio Registro inmobiliario debe estar al servicio de la vida real, siendo apto para recoger los instrumentos jurídicos que en cada caso resultan más a propósito para satisfacer las necesidades y aspiraciones de los sujetos, y por tanto los derechos reales no típicos.

Tres textos legales son importantes en la discusión relativa a nuestro ordenamiento, y los 3 son defensores del *numerus apertus*. Tal defensa se funda :

- a) Aplicación analógica del art. 1255, que permite dar al contrato cualquier contenido.
- b) En el art. 2.2º LH, según el cual son inscribibles los títulos referidos a derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y **otros cualesquiera reales** (... todos los que invente el arbitrio privado).
- c) Art. 7 RH, según el cual no sólo son inscribibles los títulos relativos a los derechos reales que allí se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, **sin tener nombre propio en derecho** modifique alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.

Sin embargo, estos textos han sido objeto de otras interpretaciones.

1.4.2. Defensa del número tasado de derechos reales.

Una postura intermedia que acepte un sistema restringido de libertad de creación exige que los derechos creados como reales, estructuralmente reúnan los elementos exigidos por el ordenamiento jurídico para ser considerados como tales.

Una postura favorable a un relativo *numerus clausus* se explica a través del art. 594 Cc., que autoriza al dueño para establecer en su finca las servidumbres que tenga por conveniente y en el modo y forma que bien le pareciere : Dentro del concepto general de servidumbre, unos contenidos tienen nombre en derecho y regulación en el Código, mientras que otros son configurados por las partes, en uso de las facultades que la ley les concede.

1.4.3. Posición de la Dirección General de los registros y del Notariado.

Parte de la idea de que el Derecho español permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales que no han sido contempladas por el legislador, aunque sean muy cercanas a otras legalmente reguladas.

Aun admitiendo el principio de libre creación, la DGRN es muy rigurosa en la contemplación de los supuestos concretos ante ella planteados, exigiendo que la trascendencia real de las relaciones jurídicas no contempladas por la legislación en vigor sea indiscutible, por darse la inmediatez, la eficacia *erga omnes* y la tendencial permanencia de relación creada.

1.5. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES.

La influencia directa y exclusiva del sujeto sobre la cosa en que consiste el derecho real, puede alcanzar a todos los aspectos de su dominación y entonces compone la *propiedad plena* : el derecho total sobre sus utilidades y posibilidades de servicio.

Pero puede tenerse sobre la cosa sólo alguna facultad concreta. El derecho que se tiene entonces sobre ella es limitado, restringido a un aspecto, a una faceta de su aprovechamiento o utilización. Este derecho limitado se llama también en cosa ajena, pues si la cosa es propia ya no sería derecho limitado sino facultad del dominio.

La influencia limitada sobre las cosas presenta caracteres jurídicos diversos según su contenido, distinguiéndose :

1.5.1. Caracterización general de los derechos reales de goce.

O derechos de disfrute, comprende los derechos de usufructo, uso, habitación, censos, servidumbres y superficie.

Representan el disfrute parcial o total de la cosa. Ese disfrute se ejerce a través de la posesión de una parte o de toda la cosa : Cuanto mayor sea el contenido del derecho real de goce, más restringida será el propietario su facultad.

Pueden encontrar su origen en la ley o ser constituídos voluntariamente por su propietario.

1.5.2. Función económica de los derechos reales de garantía.

El valor en venta del bien asegura contra el eventual incumplimiento de una obligación pecuniaria. Vg : Derechos de prenda e hipoteca.

Lo que caracteriza a los derechos reales limitados y a la vez los distingue entre sí, no es la obligación de respeto de los no titulares, igual para todos, sino su contenido : La clase de influencia directa que autoriza cada derecho sobre la cosa, y que puede ser muy variada. Esta influencia sobre la cosa (*elemento interno del*

dere-cho real) describe la entidad del derecho, su valor económico de utilización, siendo el dato que contempla la ley en las definiciones de las diferentes figuras concretas de derecho real.

Ha de entenderse correctamente que el elemento interno del derecho real en cosa ajena no presta al derecho su realidad, la cual procede precisamente de su carácter externo de derecho oponible frente a todos (*erga omnes*). Tampoco que todos los derechos de obligación puedan traducirse en pretensiones *erga omnes* ni todos los *iura in re* en créditos, sino sólo unos pocos, cuando el interés del titular pueda ser satisfecho a través de ambos cauces. En general, la protección obligacional y la real sirven a intereses diversos : Aquella, al tráfico y a los intereses de cambio y transformación, y ésta, más intensa y prolongada, a los intereses de conservación y estabilidad.

Mientras en los derechos de crédito lo fundamental es la vinculación de un deudor que está obligado a prestar algo al acreedor, en cambio, los derechos reales imponen un deber de abstención, de respeto, que incumben a todos, por lo cual todos deben conocer la existencia de esos derechos reales que dan origen a tales deberes. De ahí que sean unos derechos que reclaman más urgentemente que los demás, la publicidad.

El aparato oficial destinado a anunciar las titularidades reales sólo tiene verdadera utilidad cuando versa sobre objetos fácilmente reconocibles en el tráfico : Registro de la Propiedad.

1.5.3. Facultad de disposición y derechos reales de adquisición preferente.

La facultad de disposición permite, como regla, que el propietario enajene el bien

que le pertenece cuando le venga en gana. No obstante, en casos determinados, dicha facultad se encuentra coartada por entender la Ley que otros intereses protegidos deben primar sobre la libre disposición del dueño.

La categoría de derechos reales conocidos como derechos de adquisición preferente comprende fundamentalmente los derechos de tanteo, retracto y opción.

2

La adquisición de los derechos reales

2.1. INTRODUCCIÓN : LA ADQUISICIÓN DE LOS DERECHOS REALES.

Se denomina "dinámica de los derechos reales" a las distintas vicisitudes por las que éstos pueden atravesar, especialmente a su adquisición, transmisión y extinción.

Aunque el Cc parece dar un tratamiento unitario a la propiedad y a los demás derechos reales sobre los bienes, la normativa general y la dogmática se han construido básicamente sobre la adquisición del dominio, teniendo que ser, en cada caso, sometido a las oportunas matizaciones.

Dentro del tema "Los diferentes modos de adquirir la propiedad ", el precepto pretende hacer un catálogo de tales modos. Su texto es ... *La propiedad se adquiere por la ocupación ... La propiedad y los demás derechos sobre los bienes, se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición ... Pueden también adquirirse por medio de la prescripción ...*

Según la ley 355 de la Compilación Navarra, la propiedad de las cosas se adquiere por acto de disposición mortis causa o por la entrega de las mismas hecha por su propietario en virtud de convenio justificante de la transmisión. También puede adquirirse por usucapion o prescripción adquisitiva, por hacerse una cosa

accesoria de otra principal y por disposición de ley.

2.2. LOS MODOS DE ADQUIRIR : EL ART. 609 Cc.

El art. 609 Cc textualmente se expresa : *La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada o intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción ...*

El art. 609, en su faceta de simple enumeración de unos modos de adquirir, carecería de virtualidad normativa. Aun en ese aspecto, se echa de menos en él, la mención de la accesión y acaso la expropiación forzosa. En cambio, la sucesión mortis causa no es sólo un modo de adquirir la propiedad o titularidad real e incluso puede no transmitir directamente los bienes desde el patrimonio del causante hasta su último destinatario.

El art. 609, al presentar los modos de adquirir, parece guardar cierta simetría con el 1089 y su catálogo de fuentes de las obligaciones. Los modos del 609 serían las fuentes del derecho real. Pero el propósito y alcance de ambas enumeraciones no parece ser el mismo. El art. 609 es de pura ordenación, limitándose a ser un índice incompleto, y no comunica virtualidad a las fuentes en él enumeradas ni pretende ser exhaustivo.

El art. 609 se presenta como un precepto de limitada trascendencia práctica. Es, por contra, importante, en cuanto al sistema de adquisición derivativa de las cosas, por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

2.2.1. Los contratos de finalidad traslativa y la tradición.

Requiere el Cc que tenga lugar la tradición respecto de ciertos contratos, lo que permite diferenciar entre contratos de (o con) finalidad traslativa y aquellos que carecen de ella.

La transmisión convencional (mediante contrato) de derechos reales requiere, en todo caso, que se produzca la tradición o entrega del objeto del derecho real o la puesta en disposición del mismo en favor del titular.

La tradición se identifica con la escritura pública e inscripción registral.

2.2.2. La donación, particular.

Pese a su naturaleza contractual y tratarse de un contrato de finalidad traslativa, la donación se contempla separada de los contratos, por atribuirle el Cc un efecto transmisivo particular de las cosas donadas, sin necesidad de tradición de la cosa, que no obstante constituye un requisito de la perfección del contrato.

2.2.3. La sucesión *mortis causa*.

Los derechos reales también se adquieren y transmiten por sucesión testada o intestada, sin embargo, dado que la herencia constituye una unidad patrimonial, sompuesta por toda clase de acciones, obligaciones y derechos, reclama un estudio específico constituyendo un sector del Derecho Civil.

2.2.4. El origen legal de ciertos derechos reales.

La causa de nacimiento, adquisición o transmisión de los derechos reales, se encuentra a veces en la propia Ley : Usufructo, servidumbres, hipotecas, retractos ... legales.

2.2.5. La usucapión.

La prescripción adquisitiva o usucapión (art. 609.3º Cc) es una causa legítima de adquisición, tanto de la propiedad en sí misma como de los demás derechos reales que sean susceptibles de posesión.

2.2.6. La ocupación.

Sólo legitima la adquisición de la propiedad, resultando inhábil para transmitir el propio dominio, tampoco sirve como medio o causa de nacimiento y adquisición de los demás derechos reales.

2.2.8. La accesión.

No existe ninguna referencia a ella en la relación de modos de adquirir contemplados por el art. 609 Cc, no obstante ello no afecta a su condición propia de modo de adquirir las cosas accesorias incorporadas a la principal.

2.3. ADQUISICIÓN ORIGINARIA Y DERIVATIVA DE LOS DERECHOS REALES.

La doctrina clasifica los modos de adquirir en **originarios** que proporcionan el derecho real sin la efectiva colaboración de un transmitente y sin nexo con una pérdida correspondiente, y **derivativos**, en los cuales la adquisición procede de un titular anterior y se recibe el derecho tal cual.

2.3.1. Adquisición originaria.

Se habla de ADQUISICIÓN ORIGINARIA cuando la titularidad dominical (o de cualquier otro derecho real) se obtiene con independencia del derecho del titular anterior :

— Porque la misma adquisición coincide con el derecho de propiedad, haciéndolo nacer o generándolo :
Supuesto de la ocupación de bienes muebles vacantes o abandonados.

— Porque la titularidad jurídico-real (propiedad o cualquier otro derecho real limitado, que sea susceptible de posesión), se consiga sin estar fundamentada en el derecho del titular anterior, vg : A través de la usucapión.

2.3.2. Adquisición derivativa.

Tiene lugar cuando el titular cede o transmite su derecho real (propiedad o cualquier otro, siempre que sea transmisible) a otra persona que pasa a ser nuevo titular, ocupando la posición del anterior. No obstante, éste puede transmitir íntegramente su propio derecho o una facultad de éste, por ello se distingue entre :

A/ Adquisición derivativa traslativa .

Mediante ella se transmite o adquiere el mismo derecho del titular anterior.

B/ Adquisición derivativa constitutiva.

El titular transfiere o transmite parcialmente su derecho, dando origen a un nuevo derecho real.

2.3.3. Razones de la diferenciación entre ambas.

La confrontación entre adquisición originaria y derivativa no es la única clasificación posible de los modos de adquirir, pero sí la más útil.

Por otra parte, la calificación de una causa de adquisición como originaria o derivativa no está privada de consecuencias prácticas : En caso de adquisición originaria de la propiedad, ésta se ha de presumir libre de

cualquier otro derecho real limitado que anteriormente le afectase : Vg : La ocupación o la usucapión, además de conllevar la extinción del derecho de propiedad del titular anterior, comportan la extinción de los derechos reales y cargas que pesasen con anterioridad sobre la cosa.

2.3.4. Otras clasificaciones de los modos de adquirir.

Atendiendo a la existencia o no de contraprestación por parte del adquirente del derecho real, cabe hablar de modos de adquirir onerosos o gratuitos.

La adquisición de los derechos reales puede producirse mediante actos inter vivos o mortis causa.

Teniendo en cuenta el ámbito objetivo de la transmisión o adquisición, se habla de modos de adquirir universales y particulares, en cuanto referidos a la adquisición o transmisión de uno o varios derechos reales, aisladamente considerados.

2.4. LA ADQUISICIÓN O TRANSMISIÓN DERIVATIVA DE LOS DERECHOS REALES.

2.4.1. La transmisión derivativa en Derecho español.

Conforme al art. 609 Cc, la transmisión convencional de los derechos reales requiere la existencia de dos elementos :

- Ciertos contratos (de finalidad traslativa).
- Mediante la tradición o entrega de la cosa.

Dicha regla impregna el conjunto normativo del Derecho patrimonial, expresándose en el articulado del Cc en preceptos con vocación de generalidad.

El adquirente no se convierte en titular real sólo cuando se ha producido la entrega de la cosa y dicha cosa encuentre fundamento en un contrato apto para transferir el dominio o el derecho real de que se trate : Vg : Art. 1095 Cc.

2.4.2. La teoría del título y el modo.

La llamada teoría del título y el modo, tradicional en nuestra doctrina jurídica y que en buena medida inspira la regulación de nuestro Cc, nace de una interpretación causalista de la traditio romana. La traditio por sí sola no sirve para transmitir el dominio, si no va precedida de un negocio jurídico antecedente que justifique la transmisión : Necesaria la yuxtaposición de 2 elementos : El contrato antecedente (causa remota) y el traspaso posesorio (causa próxima o modo de adquirir).

La teoría del título y el modo es una interpretación causalista del sistema de transmisión de dominio, ordenada con una terminología escolástica (causa próxima y causa remota) que domina en la doctrina europea.

2.4.3. Referencia al sistema francés y alemán.

El primero se caracteriza por que la transmisión puede tener lugar mediante el mero consentimiento de los interesados en la dinámica del derecho real de que se trate.

El Código alemán llegó a la conclusión contraria : El título causal es irrelevante. Basta y sobra con el mero

acuerdo abstracto relativo a la adquisición o transmisión del dominio.

2.5. LA TRADICIÓN.

2.5.1. Concepto y efecto fundamental.

La Tradición consiste en la entrega de la cosa transmitida, que hace el tradens al accipiens pero como la entrega puede obedecer a múltiples fines, se exige que vaya acompañada de una voluntad de transferir y adquirir el dominio o derecho real. En el tráfico jurídico ordinario ocurre, sin embargo, que muchas veces, la entrega no va acompañada de ninguna de esas manifestaciones de voluntad. Existe simplemente una entrega, que se realiza entre las partes para dar cumplimiento al negocio traslativo celebrado entre ellas.

La tradición en esencia consiste en un traspaso posesorio.

El efecto fundamental de la tradición consiste en transmitir de una persona a otra la propiedad de una cosa o un derecho real sobre una cosa.

2.5.2. Las clases o formas de la tradición.

A/ Espiritualización de la tradición.

Todos los sistemas jurídicos han ido siguiendo un proceso conocido como *espiritualización de la tradición* : Partiendo de la base de la entrega manual y efectiva se llega a convertir el mero acuerdo entre transmitente y adquirente en un acto equivalente a la entrega.

B/ Sede normativa.

El Cc regula las diversas formas de tradición en los arts 1462 a 1464 dentro del artículo dedicado al contrato de compraventa, contrato que, por autonomía, pese a ser consensual, se caracteriza por ser el contrato transmisivo o traslativo de la propiedad : Mediante la entrega de una cantidad de dinero, el comprador pretende adquirir la propiedad de lo que compra.

2.5.3. La tradición real : Material y simbólica.

Art. 1.462.1º ... *Se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador* ... Entrega que puede tener lugar de dos maneras diferentes :

-- Materialmente :

Es la entrega material de la cosa. Paso de mano a mano tratándose de muebles o la ocupación material si son inmuebles : "Puesta en poder y posesión".

-- De forma simbólica :

Cuando la transmisión del dominio no va ligada al traspaso material de la posesión de la cosa, sino a la entrega de una accesoria en la que queda simbolizada la principal :

-- Entrega de llaves, del lugar en que esté depositada la cosa.

-- Entrega al adquirente de los títulos de pertenencia.

2.5.4. La tradición instrumental.

Art. 1462.2º ... *el otorgamiento de la escritura pública equivaldrá a la entrega de la cosa ...*

Para su eficacia, el precepto requiere implícitamente que el transmitente tenga la posesión a título de dueño, aunque la posesión inmediata o inferior la ostente otra persona ligada a él.

2.5.5. Otras formas de tradición.

A) *Traditio brevi manu.*

Supuestos en que el transmitente no necesita verdaderamente entregar la cosa al adquirente, por tenerla ya éste bajo su posesión.

B) *Constitutum possessorium.*

Reverso de la figura anterior : El transmitente seguirá poseyendo la cosa, pero no en condición de propietario, sino por cualquier otro título.

C) El simple acuerdo transmisivo : La *traditio ficta*.

Según el art. 1463, se efectuará por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta, o si éste la tenía ya en su poder.

D) *La cuasitradicción ó tradición de derechos.*

Art. 1464 ... Respecto de los bienes incorpóreos, regirá lo dispuesto en el art. 1462, 2º ... El precepto debe entenderse referido tanto a los bienes incorpóreos propiamente dichos, como a los derechos reales susceptibles de posesión, excluyendo la propiedad sobre las cosas.

3

El derecho de propiedad en la codificación

3.1. EL FENÓMENO DE LA APROPIACIÓN PRIVADA Y SU REGULACIÓN

JURÍDICA.

La propiedad, en cuanto institución social no es campo privativo de los juristas, quienes han de enfocarla necesariamente desde el ángulo del ordenamiento jurídico.

La meta perseguida por el jurista estriba en la regulación técnico-jurídica de una institución social que es objeto de estudio por parte de diversas disciplinas.

3.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INSTITUCIÓN.

3.2.1. La reacción contra el feudalismo : Revolución francesa y Códigos Civiles.

Las quejas de los dueños tributarios y de los cultivadores que aspiraban a ser dueños, reflejadas en las reclamaciones presentadas por los representantes del *tiers etat* cuando se convocan en Francia los Estados Generales, determinan el Decreto de la Asamblea constituyente (4-8-1789), liberando la tierra de las cargas feudales que la gravaban. Esta libertad del dominio que había encontrado su fundamentación ideológico en la Escuela del Derecho natural racionalista, es una conquista definitiva.

El Código de Napoleón define la propiedad como "el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o los reglamentos".

La propiedad, enlazando con la imagen que se le atribuye en el Derecho romano, aparece como un derecho absoluto, unitario, libre de los viejos gravámenes, teóricamente accesible a todos y del que cualquiera puede autoprivarse mediante la enajenación.

La real innovación introducida por el Código civil francés no fue tanto la de consentir el acceso a la propiedad de la clase burguesa, que ya era propietaria, como la de insertar plenamente los bienes en el fenómeno de la producción y del cambio.

3.2.2. El binomio libertad y propiedad.

Contra la pluralidad de posiciones dominicales y la multiplicidad de derechos concurrentes sobre un mismo bien, la propiedad encontró afirmación como única y exclusiva, como absoluta e íntegra, constituyendo un reflejo de la libertad política conseguida.

Jugando con ambos conceptos (propiedad y libertad) se consideraba que la finalidad principal radicaba en la libertad individual, mientras que la propiedad venía a ser un colofón de aquélla, transformándose en un elemento de protección de la propia libertad : La propiedad individual.

El concepto de propiedad actualmente vigente procede, en mayor o menor grado, de los dogmas consagrados en Francia a finales del siglo XVIII que fueran calando en el resto de los Códigos europeos.

3.2.3. Fundamentación histórica : Iusnaturalismo y Derecho romano.

Existe un dato paradójico : Conexión existente entre la concepción revolucionaria de la propiedad y las enseñanzas de la Escuela clásica de Derecho Natural y principios del Derecho Romano.

El iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII propugnaba el principio de la ilimitación de la propiedad y la libertad como afirmación teórica y abstracta. De otra parte, el proceso de reacción contra la teoría del *duplex dominium* supuso un retorno al Derecho Romano, sustituyéndose la doble titularidad personal sobre la cosa, materializada en el dominio útil y dominio eminente, por la concepción romana de que cada tierra no tenía más que un sólo dueño. De todo ello sólo se pretende resaltar la historicidad del concepto.

3.3. EL PRETENDIDO CARÁCTER ABSOLUTO DE LA PROPIEDAD.

La propiedad queda consagrada como un poder absoluto, de la persona sobre la cosa, concretada primordialmente en las facultades de goce y disposición, de las que sólo de forma anormal podrá privarse al propietario, ya que determinan el contenido típico del derecho subjetivo dominical, ilimitado por definición.

3.3.1. Planteamiento político y formulación técnica.

Se ha afirmado razonablemente que una concepción absoluta y totalitaria de la propiedad no existió nunca. Sistemática resulta la diferencia entre la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y las disposiciones legales del Código Civil francés en cuanto a calificación del derecho de propiedad. A pesar del clima socio-político reinante resultó del todo imposible configurar la propiedad como sagrada e inviolable.

Por ello se ha podido predicar hasta nuestros días la validez de las prescripciones de los Códigos que se muestran en la misma línea que la más reciente y autorizada doctrina, la cual, cuando se enfrenta con el problema de definición de la propiedad, ha de acudir a la idea de señorío exclusivo reconocido por el ordenamiento jurídico sobre el objeto de que se trate.

3.3.2. La cuestión de los límites y las limitaciones de la propiedad.

La labor delimitadora del ordenamiento jurídico sobre la fórmula jurídica, en su intento de salvar la concepción absolutizante del dominio, hubo de recurrir al expediente técnico del límite o de la limitación, cuya misión estriba en imposibilitar el desenvolvimiento del contenido normal de la propiedad en todos aquellos casos en que sea necesario por exigencias comunitarias de carácter público o privado.

En sentido estricto, se ha de entender por limitación aquella reducción que encuentra causa en una disposición legal expresa, establecida con independencia de la voluntad del propietario y en atención a las necesidades planteadas por la convivencia social, sean por razón del interés público o del privado.

Acorde con la naturaleza de las cosas, el límite es un elemento connatural del mismo derecho de propiedad, cuyo ejercicio legitima y condiciona, habiendo de reputarse como un elemento definitorio de los poderes o facultades atribuidos al propietario por el ordenamiento jurídico.

3.4. LÍNEAS MAESTRAS DEL Cc ESPAÑOL : PROPIEDAD Y PROPIEDADES

ESPECIALES.

Nuestro Cc sigue de cerca el ideario y la formulación textual del Cc francés, con puntualizaciones :

— Ilimitada extensión del dominio en sentido vertical (art. 350) : En el Cc español no existe la declaración de que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de forma absoluta de los bienes (art. 348).

— El Cc español se caracteriza por un título *ad hoc* para la regulación de algunas propiedades especiales : *Consideración pluralista de la propiedad* .

3.5. CONSIDERACIÓN PLURALISTA DE LA PROPIEDAD .

3.5.1. La formulación de la propuesta doctrinal.

La visión de la propiedad como una institución plural fue únicamente cuando desde una perspectiva realista se reconoció la imposibilidad de reconducir al concepto codificado la variedad de manifestaciones que la idea de propiedad, referida tanto al goce como a la disposición, presenta actualmente.

La llamada teoría clásica de la propiedad ha sido construida en base a una labor de gabinete con notable alejamiento de la realidad jurídica, tratándose de una valoración de datos técnicamente jurídicos que no resaltaba el verdadero alcance de la riqueza y pluralidad de soluciones que de los mismos cuerpos legales codificados, hacían gala.

3.5.2. Significado y alcance del pluralismo de la propiedad privada.

El pluralismo de la propiedad privada como línea metodológica de análisis sería una justificada reacción contra la propia que el movimiento liberal significó frente a los parámetros del *ancien regime* resaltando lo obvio : Que los intereses particulares del propietario no pueden superponerse, de forma sistemático y por definición, a los propios intereses generales, sobre todo cuando los intereses jurídico-públicos exigen configurar las facultades dominicales en un determinado sentido (ora privando al propietario del goce temporal, ora estableciendo prohibiciones de disponer, ora sacrificando el propio derecho de propiedad privada mediante la expropiación forzosa, etc).

El contenido de la propiedad

4.1. EL PODER O LA FACULTAD DE EXCLUSIÓN.

Propiedad privada significa que el propietario tiene facultad de excluir a cualesquiera otras personas del uso y utilización de cuanto le pertenece, así como contar con las garantías suficientes de que, salvo que se den los presupuestos de la expropiación forzosa, no será privado de sus bienes.

Art. 33.3 CE y art. 349 Cc ... *Nadie puede ser privado de sus bienes sino por causa justificada de utilidad pública y mediante la correspondiente indemnización ...*

La facultad de exclusión es un derivado de la propiedad individual y un corolario de que la sujeción y el apoderamiento de las cosas comporta la exclusividad del propietario, quien siendo titular del derecho real por autonomía puede hacer efectivo *erga omnes* el respeto debido a su posición jurídica, a su relación directa e inmediata con la cosa objeto de su propiedad

4.1.1. La facultad de cerrar o cercar las heredades.

Art. 388 Cc ... *Todo propietario podrá cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos o de cualquier otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituídas sobre las mismas ...*

4.1.2. Referencia al *ius usus inocui*.

Bajo tal expresión se pretende integrar el derecho a utilizar los predios ajenos sin que el dueño sufra daño alguno : Vg : Rebusca de frutos sobrantes de la recolección, espiguelo de cereales restantes una vez terminada la cosecha. Semejantes aprovechamientos tradicionales se asientan exclusiva y generalmente en la tolerancia del dueño.

4.2. LA FACULTAD DE GOCE Y DISFRUTE.

Art. 348 Cc ... *La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa ...*

4.2.1. Goce y disfrute.

La facultad de goce significa que el propietario es, por principio y salvo que disponga otra cosa, el único legitimado para usar, utilizar, modificar e incluso consumir la cosa que le pertenece. En tal sentido, la propiedad seguiría siendo *ius utendi, fruendi et abutendi*.

Tanto en la descripción legal del art. 348 Cc como en la práctica cotidiana es innegable que alcanzar la propiedad de algo tiene por guía obtener el correspondiente uso o rendimiento del objeto de que se trate.

Es obvio que la primera función de la propiedad privada es servir a la atención de las necesidades individuales : Legitimar al propietario para el uso, goce, disfrute e incluso consunción de la cosa, que a su vez es el elemento definidor por excelencia de las facultades del titular dominical, en cuanto que el título de propiedad le legitima para ejercer un poder efectivo sobre la cosa.

El uso y disfrute de la cosa autoriza al propietario para modificar el destino socio-económico de la cosa de acuerdo con su personal conveniencia, realizar toda suerte de actos de administración, incluidos la transmisión de sus poderes de goce a otras personas, y obtener cualesquiera frutos o rendimientos que de la cosa dimanen.

4.2.2. Atribución y adquisición de los frutos.

La distinta y plural naturaleza de los bienes objeto de propiedad privada arroja la necesidad de distinguir entre los bienes fructíferos en sentido estricto y aquellos que no lo son.

La regla fundamental al respecto viene establecida, de forma apodíptica, por el art. 354, al afirmar que cualesquiera tipos de frutos «pertenecen al propietario». Al propietario de la cosa fructífera, claro está, aunque el Código no lo exprese así, por-que la adquisición de los frutos es una mera consecuencia o derivación de la facultad de goce con que, en principio, cuenta el propietario.

La adquisición de los frutos es una mera necesaria derivación de la facultad de goce y disfrute o del *ius fruendi*.

A/ La denominada accesión discreta.

El art. 354 se encuentra dentro del capítulo dedicado a regular el «derecho de accesión» y precedido de una norma en cuya virtud, «la propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente» (art. 353). Ello ha obligado a la doctrina a discurrir sobre las similitudes y diferencias entre la accesión propiamente dicha (o *accesión continua*), y la adquisición de los frutos, denominada clásicamente *accesión discreta*; y, de otra parte, a determinar si tales derechos de accesión tienen el mismo fundamento y naturaleza, dada la agrupación sistemática que realiza nuestro Código.

Realmente, entre los supuestos englobados bajo una y otra denominación no existe similitud alguna. Por tanto, la llamada *accesión discreta* debe considerarse una facultad dominical, en cuanto necesaria derivación de la facultad de goce. En cambio, la accesión propiamente dicha o *accesión continua* ha de configurarse como un modo independiente de adquirir, aunque no sea objeto de contemplación expresa en el art. 609.

B/ Percepción de los frutos.

La consideración autónoma de los frutos y su percepción por el propietario sólo resulta posible cuando han sido objeto de separación de la cosa matriz que los ha producido, pues con anterioridad a dicho momento sólo cabe hablar de la cosa (matriz) objeto de propiedad.

Dicha materia la regula el Código en el art. 451, refiriéndose textualmente a *frutos percibidos* e identificando la percepción de los frutos con el propio momento de la separación y, por consiguiente, adjudicación en propiedad («hace suyos», dice el precepto). A tal efecto :

- Respecto de los frutos naturales (e industriales), entiende el precepto que la independencia de los frutos se produce «desde que se alzan o separan». Se trata de una *separación natural*.
- En relación con los frutos civiles «se consideran producidos por días». Esta regla no es de carácter imperativo, sino que cabe su sustitución por cualquier otra fracción temporal mediante acuerdo convencional.

C/ La transmisión del *ius fruendi*.

El art. 451 se encuentra englobado en los preceptos reguladores de la posesión. Por tanto, conforme a su tenor literal, quien «hace suyos los frutos [ya] percibidos» es el poseedor de buena fe. Naturalmente ello no obsta a todo lo dicho con anterioridad. Los frutos corresponden al propietario, salvo que éste haya transmitido voluntariamente a cualquier otra persona la facultad de goce, sea en virtud de la constitución de un derecho real limitado (usufructo, por ejemplo) o mediante otro tipo de relación jurídica (un contrato, por ejemplo, un arrendamiento), sea porque en virtud de cualesquiera otras circunstancias se da una situación posesoria que merece la protección del legislador (posee *de facto* y cultiva el olivar el heredero aparente).

En estos últimos casos, obviamente la regla general no resulta exceptuada, ni contradicha, sino sencillamente adecuada al supuesto de hecho posesorio que corres-ponda, lo que es claramente otra cuestión. La adquisición de los frutos, en todo caso, sigue constituyendo una mera derivación de la facultad de goce o del *ius fruendi* tendencialmente atribuida siempre al propietario (y que a él retornará), aunque ahora quien la detente (con mejor o peor derecho) sea un mero poseedor.

4.2.3. La extensión del dominio en sentido vertical.

El dominio de una finca plantea el problema de hasta dónde llegan, en altura y profundidad, los derechos del dueño.

Los jurisconsultos romanos le reconocían la facultad de utilización indefinida del espacio aéreo que se halla sobre su fundo y del subsuelo bajo él.

Art. 350 Cc ... *El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvo las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre minas y aguas y en los reglamentos de policía ...*

El subsuelo :

El art. 350 Cc quiere decir que la propiedad del suelo se extiende por el sub-suelo sin límites, hasta donde llega la posibilidad de extraer una ventaja cualquiera, y salvo que entre en colisión con la propiedad del Estado o de otro particular.

La facultad de exclusión del dueño de la superficie no alcanza a aquella profundidad en la que el subsuelo no sea ya utilizable por él.

4.3. LÍMITES Y LIMITACIONES AL PODER DE GOCE : UTILIDAD PÚBLICA Y

UTILIDAD PRIVADA.

La multiplicidad de bienes sometidos a propiedad privada, prácticamente casi todos los existentes, genera a su vez la existencia de numerosos supuestos en los que las facultades de goce y disfrute de las cosas se ven afectadas por razones de utilidad pública o privada.

El Cc se refiere a las de utilidad pública afirmando en el art. 550 que ... *Todo lo concerniente a las servidumbres establecidas para utilidad pública o comunal se regirán por las leyes y reglamentos especiales que las determinen y, en su defecto, por las disposiciones del presente título ...* Pero el Cc no se refiere sólo a las servidumbres, sino a todos los aspectos regulados por la legislación administrativa que incidan sobre la titularidad dominical de los particulares delimitando sus facultades de uso y disfrute de los bienes, e incluso, determinando a veces, el propio destino económico de tales bienes.

4.4. LAS RELACIONES DE VECINDAD.

El contenido de la propiedad inmobiliaria se configura teniendo especialmente en cuenta el interés de los dueños en la normal utilización de sus fincas, por lo que cualquier propietario u ocupante contiguo o vecino ha de respetar esa utilización, como los demás respetan la suya.

4.4.1. La insuficiente regulación del Código Civil.

En el momento de su publicación el Cc no llegó a establecer norma general alguna que permitiera un tratamiento general de las limitaciones dominicales que comportaban las relaciones de vecindad, sino que sólo

recogió una serie de supuestos que son considerados como definidores de la actuación del propietario en relación con sus vecinos :

- La servidumbre natural de aguas o vertiente natural de las aguas (Art. 552).
- Servidumbre temporal por obras o derecho temporal de paso (Art. 569).
- Preceptos relativos a luces y vistas (Art. 581 a 583).
- Recogida de aguas pluviales en el propio fundo (Art. 586).
- Prohibición general de inmisiones y obligación de guardar las debidas distancias (Art. 590).
- Observancia de las distancias preestablecidas entre plantaciones (Art. 591, 592 y los dispuestos en materia de responsabilidad civil : 1908).

4.4.2. La caracterización legal de servidumbres.

Todas las normas anteriores recogidas en la relación precedente se encuentran comprendidas en el capítulo que el Cc dedica a las servidumbres legales (arts. 549 a 593 Cc), caracterización que no es correcta, pues los deberes y obligaciones recíprocos entre vecinos no generan un fundo dominante y otro sirviente, sino que precisan cuáles son y hasta dónde pueden llegar las facultades de los propietarios en cuanto vecinos. Por tanto constituyen límites del dominio en atención a las relaciones de vecindad.

4.4.3. El planteamiento actual de las relaciones de vecindad y la responsabilidad

por las inmisiones.

La vecindad de los predios impone una serie de limitaciones a sus titulares para hacer posible el mejor ejercicio de sus derechos. **Se denominan relaciones de vecindad al conjunto de normas que con esa finalidad regulan aquella relación.**

El Cc establece unas veces una limitación del dominio y otras autoriza, en aras del mejor disfrute, la constitución de un derecho real de servidumbre, que ha de ser soportado por la finca gravada exclusivamente.

Las reglas de vecindad se regulan en Cc, en gran parte, entre las servidumbres, aunque no lo sean propiamente, distinguiéndose de ellas en :

1. Las limitaciones afectan a los fundos considerados en un plano de igualdad y reci-procidad, engendrando derechos y deberes correlativos para los propietarios, mientras que las servidumbres colocan a uno de los fundos en la posición de dominante y al otro en la de sirviente.
2. Las relaciones de vecindad imponen limitaciones internas, inherentes a los fundos, a los que se incorporan directamente por ley, mientras que las servidumbres aun siendo legales, pueden imponerse coactivamente, necesitando que su constitución sea exigida.
3. Las relaciones de vecindad no confieren derecho a indemnización alguna, salvo cuando se incumplen, mientras que sucede lo contrario con las servidumbres, que atribuyen derecho a indemnización al propietario de la finca gravada.

4. Las servidumbres legales no están exentas del régimen de la prescripción, y las relaciones de vecindad sí, pues persisten tal y como las atribuye directamente la ley.

Igual que las servidumbres, también cabe liberarse, mediante contrato, de aquellas reglas legales en tema de vecindad (luces y vistas, distancia de árboles ...) que persiguen la salvaguarda de intereses privados de los colindantes.

Actualmente, las soluciones tienen que partir del hecho de que la eventualidad de la **inmisión** desde un fundo a otro, aun sin dolo o negligencia, se ha multiplicado, de modo que resulta habitual.

Sobre la base de textos legales, existe una **regla de principio**, según la cual, la actividad del dueño o ocupante no podrá ser anormalmente molesta para el vecino o circunstancias, habida cuenta de la naturaleza de la finca, de las vecinas y del entorno. También intervienen en la valoración de su licitud o ilicitud, nuevos elementos de juicio : Por un lado, el desarrollo de la economía nacional que representa un interés adicional y distinto del de los particulares, con el cual entra en colisión, y de otro, la tutela de otros valores fundamentales reconocidos constitucionalmente : salud, medio ambiente, calidad de vida, etc.

No importa que la influencia dañosa del vecino sea inmaterial, porque el deber de respeto de la propiedad ajena, incluye también la abstención de la **inmisión de imponderables**.

Tanto del art. 1908 Cc como de la legislación administrativa se desprende que lo que determina la responsabilidad del propietario es la intolerabilidad de la inmisión o influencia y **nó su culpa**.

4.5. LA MEDIANERÍA

La situación de medianería es fruto de la utilización en común, entre propietarios de predios vecinos o contiguos, de paredes, cercas o vallados. El Cc la regula, sin embargo, entre las servidumbres legales.

A/ Existencia de la medianería.

El Cc presume la existencia de medianería en los siguientes supuestos :

1. En las paredes divisorias de los edificios contiguos hasta el punto común de elevación.
2. En las paredes divisorias de los jardines sitos en poblado o en el campo.
3. En las cercas, vallados y setos vivos que dividen los predios rústicos.
4. En las zanjas o acequias abiertas entre fincas.

En defensa de la libertad de predios, la existencia de la pared, cerca o zanja medianera en sí misma considerada, no determina la medianería si hay signo exterior en contrario. El Cc ofrece una extensa enumeración de posibles signos exteriores que excluyen la medianería.

Excluida la medianería en tales supuestos, la conclusión normativa es que la existencia de cualquiera de tales **signos exteriores** determina que las paredes, vallados, setos o zanjas *pertenecen exclusivamente al dueño de la finca o heredad que tenga a su favor la presunción fundada en cualquiera de los signos indicados* : Arts. 573.2 y 574.2 *in fine*.

B/ Derechos y obligaciones de los medianeros :

1. En relación con el uso de la pared medianera, el art. 579 dispone una serie de reglas muy cercanas a las establecidas por el Cc para la comunidad o copropiedad ordinaria.
2. La obligación fundamental de los medianeros consiste en contribuir, en proporción al derecho de cada uno, a los gastos de reparación o construcción de los muros o setos medianeros.
3. Caso de elevación, o profundización de los cimientos de la pared medianera, el responsable de tales actos habrá de indemnizar a los restantes medianeros, de los perjuicios que se les ocasionen.
4. Dada la indefinida proyección temporal de la medianería, el Cc contempla la posibilidad de que cualquiera de los medianeros renuncie a aquélla, y que consecuentemente se desentienda en adelante de contribuir a los gastos de construcción, reparación o mantenimiento de las paredes medianeras.

La **renuncia** a la medianería queda vetada, como regla, en el caso de que la pared sostenga un edificio de quien pretenda renunciar a ella (art. 575.2). Sin embargo, si el edificio va a ser derruido, el propietario podrá renunciar a la medianería, pero serán de su cuenta todas las reparaciones y obras necesarias para evitar, por esa sola vez, los daños que el derribo pueda ocasionar a la pared medianera (art. 576).

4. 6. LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN.

La propiedad es el derecho de disponer de una cosa, sin mas limitaciones que las establecidas en las leyes ...

4.6.1. La realización de actos dispositivos.

El propietario cuenta con un haz de facultades que, en su conjunto, forman la denominada **facultad de disposición** : Comprende la realización de toda suerte de actos jurídicos que tengan trascendencia jurídico-real, culminen o nó en la pérdida de la propia condición de propietario por parte del disponente : Cuando el acto dispositivo tiene como objeto transmitir la propiedad a otra persona, conforme a las reglas generales de adquisición de los derechos reales. El mismo resultado produce la renuncia del derecho o el abandono de cosas muebles o inmuebles. Deben considerarse igualmente dispositivos todos aquellos actos en cuya virtud el propietario, continuando como tal, constituye a favor de otra persona cualquier derecho real limitado, con independencia de que este último otorgue al nuevo titular facultades de goce o disfrute, o las características facultades de los titulares de los derechos reales de garantía. En ambos casos, han quedado afectadas las facultades originarias del propietario.

Entre las diversas especificaciones y limitaciones, algunas constituyen verdaderos deberes positivos del dueño, pero la gran mayoría supone deberes de tolerar (*pati*) o no hacer (*non facere*) que, cuando recaen sobre bienes inmuebles presentan alguna semejanza, mayor o menor, con las servidumbres, de ahí que se denominen a estos límites **servidumbres administrativas** (refiriéndose no sólo a las servidumbres, sino a todos los aspectos regulados por la legislación administrativa e incluso determinando a veces el propio destino económico de tales bienes).

4.6.2. La disposición como facultad integrada en el derecho subjetivo.

La facultad de disposición en un componente más del derecho subjetivo que en términos económicos manifiesta que el significado fundamental de la propiedad es su valor de cambio en una economía de mercado (art. 38 CE), permitiendo al propietario intercambiar sus bienes o algunas de las facultades que sobre ellos recaen por otros bienes o, en definitiva, por una determinada masa dineraria.

4.7. LAS PROHIBICIONES DE DISPONER.

Hay derechos indisponibles por estar atribuidos en consideración a la persona de su titular, y normal legales

que, por motivos de interés público, limitan o modalizan la facultad de disponer sobre ciertos bienes.

Otros preceptos establecen la misma limitación, generalmente durante un tiempo, por razones de interés privado, como el art. 196 Cc, en relación a los bienes del declarado fallecido, y el 1618 Lec, para las adquisiciones en virtud de retracto.

Las prohibiciones de disponer pueden asimismo emanar del Juez o de la Administración, con el fin de asegurar los derechos de los litigantes o del fisco. Son objeto de anotación preventiva en el Registro (Art. 26.2º LH).

4.7.1. Las prohibiciones legales de disponer.

-- Art. 196.2 Cc ... *Los herederos del declarado fallecido no podrán disponer a título gratuito hasta 5 años después de la declaración de fallecimiento ...*

-- Art. 525 Cc ... *Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título ...*

-- Algunas facultades del derecho moral de autor son radicalmente inalienables atendiendo a su carácter personalísimo : Art. 14 de la vigente Ley de Propiedad intelectual.

-- Art. 24 de la vigente Ley 19/1995 de Modernización de las Explotaciones Agrarias.

-- La legislación vigente en materia de patrimonio histórico establece una variada suerte de prohibiciones de disponer sobre los bienes muebles o inmuebles que hayan de considerarse integrados en dicho patrimonio.

La legislación vigente prevé muchos más supuestos en los que la facultad de disposición del propietario se ve, de una u otra forma, afectada por la existencia de normas específicas que delimitan el ámbito de actuación del propietario. Validez de tales disposiciones, que dado su origen legal, está fuera de toda duda. Además, el art. 26.1º LH prevé que las prohibiciones de disponer establecidas por la Ley que, sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitan inscripción separada y especial, surtiendo efectos como limitaciones legales del dominio. No obstante, pese a la multiplicidad de supuestos, las prohibiciones legales de disponer desempeñan un papel marginal en el ordenamiento jurídico.

4.7.2. Prohibiciones voluntarias :

Impuestas por voluntad del particular, pueden entenderse de 2 modos : Como obligación de no disponer el dueño de ciertos bienes, cuya infracción da lugar a resarcimiento de daños o al pago de una pena, pero que no hace inválida o ineficaz la disposición, o bien como gravamen que elimina la posibilidad de disponer de la cosa, de modo que el acto de disposición no produciría efecto alguno.

A/ Actos a título gratuito y las prohibiciones de disponer :

-- **Prohibiciones con efecto real :**

Modalidad de más propia prohibición, bastante frecuente en la práctica, sea en forma absoluta, o prohibiendo la disposición durante cierto tiempo, o por determinados títulos (sobre todo la enajenación a título oneroso o *inter vivos*), o bien prohibiendo la enajenación fuera de un determinado círculo de personas.

En el sistema actual, sólo las prohibiciones lícitas de disponer establecidas en testamento, capitulación matrimonial o donación son plenamente eficaces con eficacia real, haciendo, por tanto, ineficaz, cualquier disposición que las contradiga.

-- Requisitos :

El régimen de la prohibición de enajenar se aplica únicamente a las que se plantean como tales.

La prohibición eficaz de enajenar requiere la gratuidad pura y simple del acto. No valdría un *negotium mixtum cum donatione*. Requiere asimismo, aunque no lo establezca ningún precepto, la presencia de un interés justo y legítimo, en cuyo servicio se imponga aquélla.

La exigencia del requisito de un interés legítimo procede del Derecho romano, de donde pasó a las Partidas, y aunque no está expresa en el Cc, la sobreentienden en él la jurisprudencia del TS y la DG.

-- Efectos :

La prohibición válida sustrae al gravado la facultad de disponer, de modo que sus actos de enajenación son, nulos, sino ineficaces.

La prohibición tiene un límite, destinado a impedir la amortización del dominio.

Para dejar sin efecto la prohibición, basta la voluntad del prohibente, pues aquélla no creó derechos subjetivos en terceras personas, y quien pudo donar ilimitadamente (prohibente), puede levantar las limitaciones puestas.

B/ Prohibiciones de disponer incorporadas a actos a título oneroso :

-- La prohibición obligacional :

Cabe formular la prohibición de disponer en la forma impropia de una obligación del titular, cuyo incumplimiento no afecta al acto de disposición, sino que, simplemente obliga a aquél a indemnizar. Esta obligación sí que puede contraerse en cualquier clase de negocios, onerosos o gratuitos, al amparo del art. 1255 Cc y con las únicas limitaciones de éste. Tienen vetado el acceso al Registro de la Propiedad, careciendo de efectos frente a terceros.

4.7.3. Las denominadas prohibiciones judiciales y administrativas de disponer.

El art. 261.1º LH configura las prohibiciones de disponer llamadas legales como aquellas que tienen plena eficacia jurídica sin expresa declaración judicial o administrativa. Por ello, cuando la plasmación concreta de la prohibición se funda en la ley, pero se materializa a través de un resolución judicial o administrativa se habla de las prohibiciones *ad hoc* que ahora se consideran.

Su fundamento es la garantía del patrimonio del demandado en un determinado proceso o del interesado en un expediente que conlleve préstamos o subvenciones de los diversos organismos administrativos, cuyas condiciones especiales han de garantizarse.

11

La propiedad horizontal

11.1. SUPUESTO DE HECHO Y CONSIDERACIONES DE ORDEN TERMINO-

LÓGICO.

En Derecho español se conoce con el nombre de **propiedad horizontal** el derecho de propiedad que recae fundamentalmente sobre las casas construídas por pisos.

Según el moderno modelo de construcción (pisos, apartamentos ...) realmente no puede hablarse de propiedad privada exclusiva de cada uno de los propietarios, ni tampoco de copropiedad. Su peculiaridad se manifiesta en la propia exposición de motivos de la Ley de Propiedad Horizontal ... *Mientras sobre el piso stricto sensu o espacio delimitado y de aprovechamiento independiente, el uso y disfrute son privativos, sobre el inmueble, edificación, pertenencias y servicios (abstracción hecha de los particulares espacios) tales uso y disfrute han de ser naturalmente compartidos, pero unos y otros derechos, aunque distintos en su alcance, se reputan inseparablemente unidos, unidad que también se mantiene respecto de la facultad de disposición ...*

El tratamiento de la propiedad horizontal debe comenzar por reconocer la peculiaridad de la misma, conforme a la naturaleza del bien sobre el que recae : De una parte, **elementos comunes del edificio** , pertenecientes conjunta e inseparablemente a todos los copropietarios, y de otra, **partes privativas**, pertenecientes de forma correlativa a cada uno de los propietarios que comparten el bloque de viviendas.

Aunque la denominación de propiedad horizontal se ha impuesto tanto en la práctica como en la teoría, entre juristas y ciudadanos que no lo son, se ha resaltado la inconveniencia e imprecisión de tal denominación que la propia Ley, en su articulado, parece no seguir a veces, al hablar recurrentemente de "propiedad de casas por pisos".

11.2. REGULACIÓN POSITIVA Y NORMATIVA APLICABLE.

En la redacción originaria del art. 396 Cc se regulaba la figura como si tratase de un subespecie de copropiedad ordinaria, y de modo dispositivo, se atendía únicamente a la distribución de gastos. Ante su insuficiencia, el mencionado art. fue objeto de reforma por la Ley de 1939, conforme a la cual ... *El titular de pisos o partes de piso, tendrá un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su piso o parte de él, y además un derecho conjunto de copropiedad sobre los otros elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute ...*

A partir de ahí, paulatina e irremisiblemente, doctrina y jurisprudencia españolas han aceptado la tesis de que la propiedad horizontal constituye una figura *sui generis*, caracterizada por la coexistencia de una dualidad de titularidades dominicales o la yuxtaposición de 2 clases distintas de propiedad : La propiedad singular sobre los elementos privativos y la copropiedad o comunidad compartida sobre los elementos comunes.

11.2.1. La Ley de Propiedad Horizontal de 21-VII-1960.

Actualmente, la materia se encuentra regulada por la Ley 49/1960 : Ley de Propiedad Horizontal, que pretende resolver todos los problemas que plantea la convivencia en bloques de pisos entre los diversos propietarios. Sin embargo, tiene sus fallos. Aun es mas insatisfactoria en relación con realidades urbanas o convivenciales que actualmente, por aplicación analógica, deben entenderse que regula (urbanizaciones y complejos residenciales).

11.2.2. Las reformas de la Ley de 1960 : La Ley 8/1999.

La LPH ha sido objeto de modificación por 2 disposiciones normativas con rango de ley :

- Ley 2/1988, por la que se reforma el funcionamiento de la Junta de Propietarios y las obligaciones de éstos.
- Ley 3/1990, por la que se modifica el art. 16 en relación con la adopción de acuerdos que tengan por finalidad facilitar el acceso y la movilidad de los minusválidos en el edificio de su vivienda.
- Ley 8/1999 : Ley de reforma de la Ley 49/1960, sobre Propiedad Horizontal.

A finales de 1991 se dió por terminada la elaboración del borrador del Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, con pretensión de ofrecer una nueva regulación de los complejos urbanos, propiedad horizontal, multipropiedad, la comunidad de aprovechamientos por turno y los derechos de aprovechamiento por turnos sin carácter real, sin que aún haya obtenido consenso parlamentario.

La referida Ley 8/1999 ha introducido diversas modificaciones :

- Respecto de los distintos órganos de la comunidad de propietarios, régimen de convocatorias y reducción de la unanimidad en los acuerdos de la Junta de propietarios.
- Se ha creado *ex novo* la obligación para la comunidad de constituir un fondo de reserva.
- Se priva a los propietarios morosos del derecho al voto en las Juntas de la comunidad.
- El nuevo art. 24 del nuevo texto normativo comprende el régimen de los complejos inmobiliarios privados.

11.2.4. Estatutos y normas de régimen interior.

El art. 396 Cc dispone ... *Esta forma de propiedad (la horizontal) se regirá por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados ...* : Junto a la LPH y siempre que no contradigan el contenido preceptivo de la misma, cada comunidad de propietarios podrá autoimponerse unos *estatutos* que, cuando forman parte del título constitutivo, su modificación requiere la unanimidad de los propietarios, y si han sido inscritos en el Registro de la Propiedad, sus normas vinculan y perjudican incluso a terceros.

Como complemento de los Estatutos, en algunas comunidades de propietarios existen unas *normas de régimen interior u ordenanzas*, cuyo objeto fundamental es regular los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes, no requiriendo unanimidad para su aprobación o modificación (simple mayoría).

11.3. MODALIDADES DE CONSTITUCIÓN Y TÍTULO CONSTITUTIVO.

11.3.1. Constitución del régimen de propiedad horizontal.

Atendiendo a los textos legislativos que han de considerarse, las modalidades de constitución del régimen de propiedad horizontal son básicamente 3 :

1ª : Construcción de un inmueble, dividido en pisos a enajenar separadamente.

La constitución del régimen de propiedad horizontal se lleva a efecto de forma simultánea a la construcción material del propio edificio.

2ª : Posibilidad de que el dueño de un inmueble entero, ya construido, enajene los diferentes pisos, o algunos de ellos, llevando a cabo previa o simultáneamente, mediante un acto unilateral, la constitución del régimen de propiedad horizontal.

3ª : Sometimiento al régimen de propiedad horizontal de un inmueble que, con anterioridad se encontraba sometido a la copropiedad ordinaria o por cuotas de varios con-dueños.

Dado que la situación de partida es la de copropiedad ordinaria, basta que uno sólo de los copropietarios lo solicite, para que quede abierto el camino hacia la propiedad horizontal.

11.3.2. El título constitutivo de la propiedad horizontal.

El título constitutivo de la propiedad horizontal no requiere forma solemne en sentido propio, sino que el régimen de propiedad horizontal puede dar comienzo mediante documento privado de venta de alguno de los pisos o de cualquier otra norma que acredite que el titular único del edificio, en construcción o ya construido, da por hecho que éste queda sometido a tal régimen.

El título en sentido formal no genera siempre la situación de propiedad horizontal, sino que ésta frecuentemente preexiste al propio otorgamiento del título constitutivo.

La Ley 49/1960 regula en cambio detalladamente el contenido del título constitutivo : Art. 5º :

- Descripción del inmueble en su conjunto y de cada uno de los pisos o locales a los que se asignará número correlativo.
- Fijación de la cuota de participación que corresponda a cada piso o local.
- De forma potestativa, contempla la posibilidad de incorporación al título en sentido formal de los Estatutos de la comunidad.
- De forma igualmente potestativa, pueden incorporarse al título constitutivo, las normas de régimen interior.

11.4. ELEMENTOS COMUNES Y ELEMENTOS PRIVATIVOS.

11.4.1. Elementos privativos.

Art. 3.a LPH : ... *Espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente* ... con los elementos e instalaciones de todas clases, aparentes o nó, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, así como el de los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título, aunque se hallen situados fuera del espacio delimitador.

Delimitación que completa el art. 396 Cc disponiendo que ... *Los elementos privativos deben tener salida propia a un elemento común o a la vía pública* ...

11.4.2. Elementos comunes.

Los elementos comunes los define el art. 3.b LPH por exclusión : ... *Los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes* han de ser considerados elementos comunes : suelo, vuelo, cimentaciones, pasos, muros, fosos, patios, pozos, escaleras, porterías, ascensores, corredores, cubiertas, canalizaciones y servidumbres ... Tratándose de una mera relación *ad exemplum* que no tiene necesariamente carácter imperativo, sino meramente descriptivo.

11.4.3. Elementos precomunales.

Aunque la Ley no recoge semejante calificación, se ha impuesto doctrinalmente denominar como tales a aquellos espacios o locales que, siendo en principio susceptibles de propiedad singular y privativa, han sido, sin embargo, objeto de destinación al servicio común del inmueble o del conjunto residencial de que se trate.

Dicha relación de servicio habrá de constar en el título constitutivo como acuerdo relativo a la desafectación de dicho elemento, requiriendo la unanimidad de los copropietarios.

11.5. PROPIEDAD DE LAS PARTES PRIVATIVAS Y COPROPIEDAD DE LOS

ELEMENTOS COMUNES.

La nota característica de la Ley de Propiedad Horizontal consiste en reconocer la *propiedad exclusiva* del propietario de cada uno de los pisos, locales o apartamentos sobre las denominadas partes privativas, debiéndose distinguir entre las facultades que ostentan los copropietarios respecto de las partes privativas y en relación con los elementos comunes.

11.5.1. Derechos del propietario sobre las partes privativas.

El derecho singular y exclusivo de propiedad que la Ley reconoce a cada propietario sobre el espacio aéreo de su piso, se concreta en :

A/ El propietario puede realizar obras y modificaciones dentro de sus elementos privativos, siempre que no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exterior o perjudique los derechos de otro propietario. En todo caso debe dar cuenta de tales obras, previamente, al Presidente de la Comunidad (art. 7.1 LPH).

B/ El propietario puede llegar a dividir materialmente la parte que le corresponde privativamente (segregación) o añadir (agregación) : Art. 8 LPH. Correspondientemente, la cuota de participación habrá de ser modificada.

C/ El propietario podrá disponer libremente de su derecho de propiedad, siempre que el acto de disposición recaiga sobre el piso y de forma conjunta sobre los elementos que le sean anejos e inseparables, así como sobre su derecho de copropiedad respecto de los elementos del edificio (art. 3 LPH).

11.5.2. Derechos del propietario sobre los elementos o partes comunes.

Cualquiera de los propietarios tendrá derecho a la utilización, conforme a su naturaleza, de todos los elementos comunes del edificio. Sin embargo, no podrá en forma alguna proceder a su enajenación o disposición por separado : Art. 396.2º Cc ... *Las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable ...*

11.6. OBLIGACIONES DEL PROPIETARIO.

11.6.1. El pago de los gastos de comunidad.

La obligación fundamental del propietario radica en contribuir, con arreglo a la cuota de participación que le corresponda, a los gastos generales originados por el sostenimiento, servicios y conservación del inmueble (art. 9.e LPH).

Actualmente, el fortalecimiento del crédito de la comunidad de propietarios contra el comunero que incurre en impago se traduce en una pluralidad de medidas a la que alude expresamente la Exposición de Motivos de la LPH :

— Carácter preferente del crédito : Art. 1.923 Cc.

-- Afección real del bien inmueble, incluso en caso de adquisición por terceros.

11.6.2. Otras obligaciones.

Es obvio que el propietario debe observar la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás propietarios (art. 9.1.a LPH), así como a consentir que en su propiedad se lleven a cabo las reparaciones exigidas por el conjunto del inmueble (art. 9.1.d LPH).

11.7. LA CUOTA DE PARTICIPACIÓN.

Conforme a ella se determinará la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad, sirviendo de módulo para el pago proporcional de los gastos de comunidad.

La cuota ha de ser tenida en cuenta en la adopción de acuerdos en la Junta de propietarios, la cual ha de representar la mayoría de cuotas de participación.

11.7.1. Fijación en el título constitutivo e inmodificabilidad de la cuota.

1. La cuota ha de quedar fijada en el título constitutivo de la propiedad por pisos.
2. Dicha cuota será tendencialmente inmodificable, no pudiendo verse modificada por las mejoras o menoscabos de cada piso o local.
3. La alteración de la cuota atribuida sólo podrá hacerse por acuerdo unánime de la totalidad de los propietarios.

11.7.2. Posibilidad de impugnación de la cuota injusta.

Pese a la tajante declaración de la Ley, cabe la impugnación de la cuota atribuida cuando se hayan burlado los criterios legales de fijación de cuotas establecidos en el art. 5.2.2 LPH ... *Se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes ...*

11.7.3. Fijación de la cuota en centésimas.

La LPH indica que la cuota de participación, con relación al total del valor del inmueble, quedará referida a centésimas del mismo (art. 3.2) : Coeficiente que aplicado a los gastos de comunidad, arroje la cantidad resultante a pagar por cada uno de los propietarios.

11.8. RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN Y DE REPRESENTACIÓN DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS.

La Comunidad de propietarios es una colectividad organizada, aunque carezca de personalidad jurídica. Pese a ello, la LPH la reconoce legitimación procesal : Aptitud para comparecer en juicio, sea como demandante o como demandada.

11.8.1. La Junta de propietarios .

Órgano colegiado de carácter asambleatorio, de gobierno de la comunidad. Sus funciones se enumeran en el art. 14 :

1. Nombrar o cesar al Presidente o Administrador.
2. Aprobar, anualmente, al menos, los estados de cuentas y el presupuesto.
3. Aprobar, en su caso, la ejecución de obras extraordinarias y de mejora.
4. Aprobar o modificar los Estatutos y/o las normas de régimen interior.
5. Cualesquiera otros asuntos de interés general.

Para el quorum de constitución, basta la asistencia de la mitad + 1, que representen la mayoría simple de cuotas de participación.

11.8.2. Los acuerdos de la Junta.

Los acuerdos de la Junta deberán constar en un Libro de Actas, y antes de la reforma de 1999 debían adoptarse :

- Por unanimidad, cuando afecten a cualquier asunto recogido en el título constitutivo o en los estatutos.
- Por mayoría : Restantes asuntos.

Tras las reformas introducidas por la Ley 8/199, el nuevo marco de mayorías es el siguiente :

- Sólo se requiere la unanimidad cuando los acuerdos afecten a un asunto recogido en el título constitutivo o en los Estatutos.
- El establecimiento o supresión de los servicios de ascensor, portería y otros servicios de interés general, aun estando recogidos en el título constitutivo o en los Estatutos, podrá adoptarse válidamente mediante el concurso de las 3/5 partes de los propietarios.
- Los restantes acuerdos podrán adoptarse por mayoría.
- Reciben un claro trato de favor los acuerdos relativos a la instalación de infraestructuras comunes de telecomunicación que podrán adoptarse, a petición de cualquier propietario, por un tercio de los propietarios.

11.8.3. El Presidente, Secretario y Administrador.

Concurrencia de cargos unipersonales en la Comunidad de propietarios.

El Presidente es un órgano unipersonal, encargado de la gestión o ejecución de los acuerdos adoptados por la Junta, así como la representación en general de la Comunidad de propietarios (Art. 12.1 LPH). Es elegido, generalmente, cada año, y entre sus facultades de gestión y representación, ostenta la de convocar la Junta. Además de la figura del Presidente existen la del Secretario y Administrador, pero la propia Ley prevé que todos los cargos unipersonales ya vistos puedan ser desempeñados por una misma y única persona, en cuyo caso primará el cargo de Presidente.

11.8.4. Aplicación del art. 398 Cc en pequeñas comunidades.

Cuando el número de copropietarios sea inferior a 5, puede optarse por funcionar en la comunidad rigiéndose por el esquema organizativo de la LPH o por el régimen de administración previsto en el art. 398 Cc. En este último caso, su opción debe recogerse expresamente en los Estatutos.

11.9. EXTINCIÓN.

El art. 21 LPH prevé expresamente 2 causas de extinción del régimen de propiedad horizontal :

1. Por la destrucción del edificio, salvo pacto en contrario.
2. Por conversión en propiedad o copropiedad ordinaria.

La conversión del régimen de propiedad horizontal en propiedad ordinaria tiene efecto por concentración o confusión : Supuesto en que los diferentes pisos hayan sido adquiridos por cualquier título por una sola persona.

El retroceso a la copropiedad ordinaria, (art. 16 LPH) requiere la unanimidad en Junta de propietarios, pues en ningún caso procederá la acción de división para hacer cesar la situación que regula esta ley (art. 4 LPH).

12

La multipropiedad

12.1. DESCRIPCIÓN DEL FENÓMENO.

La denominada multipropiedad o, ahora, el derecho de aprovechamiento por turno, es una figura que, en sus coordenadas actuales, es de reciente creación y de una gran indefinición en sus modalidades concretas. En el tráfico económico, incluso por quienes no dominan la lengua inglesa, es conocida también bajo la denominación *timesharing*.

Se puede definir como un nuevo instrumento jurídico que, respondiendo a una técnica de *marketing* y a un proceso de promoción empresarial de extraordinaria agresividad, permite el acceso a una vivienda turística durante un determinado período de tiempo anual en sucesivas anualidades.

Su particularidad más relevante reside en que el uso del bungalow, piso o apartamento se divide en fracciones temporales determinadas. De tal forma, el adquirente ostenta el derecho de usar la vivienda durante un período concreto del año, siendo un derecho de carácter perpetuo o temporal (pero de larga duración), según sea la fórmula utilizada.

Las exposiciones sistemáticas de Derecho civil en España, al menos hasta la aprobación de la Ley 42/1998, han estudiado la multipropiedad ora como un apéndice de la copropiedad, ora como un anexo de la propiedad horizontal.

Una vez aprobada la Ley 42/1998, reguladora de la materia en España, uno de los problemas sustanciales de *lege ferenda* ha residido en determinar si la contratación al respecto debía regirse por la *lex rei sitae* o por la *lex loci*. Ni que decir tiene que los países receptores de turismo y con condiciones climatológicas y medioambientales idóneas para la instalación de los correspondiente complejos turísticos (España o Italia, por ejemplo) se han pronunciado siempre a favor de la *lex rei sitae* ; mientras que, por el contrario, los países de origen del turismo masivo o de la contratación turística masiva (Alemania, Holanda, etc.) han sido favorables a la ley del lugar de celebración del contrato. De ahí que la Disposición adicional segunda de la Ley 42/1998 (rubricada bajo la expresión *Imperatividad de la Ley*) establezca precisamente que : *Todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles situados en España durante un*

período deter–minado o determinable del año quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley, cualquiera que sea el lugar y la fecha de su celebración.

Sus defensores resaltan fundamentalmente que es el único sistema comercial que permite a amplísimas capas de ciudadanos acceder a bienes de carácter turístico de calidad (aunque sea sólo durante la «segunda semana de julio» o la «tercera de septiembre»); al tiempo que les facilita generalmente el intercambio con una amplia relación de complejos inmobiliarios de todo el planeta, en el caso de que así lo deseen los titulares o adquirentes.

Por su parte, los detractores del sistema arguyen que se trata, casi connota–turalmente, de una práctica comercial engañosa, que se trata de un sistema comercial que da lugar a numerosísimos abusos en perjuicio de los consumidores, etc.

12.2. NORMATIVA REGULADORA en Europa.

La Ley española reguladora actualmente de la materia es la Ley 42/1998, que representa una de las últimas disposiciones legislativas tanto a nivel patrio como desde el punto de vista del Derecho comparado. Es una consecuencia de la Directiva europea 94/47, aprobada el 26 de octubre de 1994, llevando a cabo la consiguiente incorporación de los principios de dicha Directiva, así como dando cuenta del movi–miento prelegislativo de las instituciones europeas.

12.2.1. La Directiva europea.

En el seno de la Unión Europea, se aprobó el 26 de octubre de 1994 la Direc–tiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo «relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido».

La Directiva 94/47 tiene como misión establecer algunos mecanismos de protección a los adquirentes, puesto que da por hecho que se trata de un campo abonado a los fraudes y en el que la aparición de algunos promotores sin escrúpulos ha supuesto un cierto receso en la extraordinaria evolución económica que se mani–festaba. Las medidas que se adoptan para dicha protección al adquirente pueden resumirse :

1. Información sobre la celebración del contrato.

En el curso de las conversaciones previas a la conclusión del contrato de adquisición de tiempo compartido se exige que el vendedor entregue a cualquier interesado en la adquisición un documento en el que figure una información pormenorizada sobre una serie de aspectos contractuales.

2. Las condiciones del contrato.

La Directiva intenta velar por los intereses de los ya adquirentes, previéndose una serie de disposiciones :

- Toda la información facilitada en el documento informativo debe quedar incorpo–rada al contrato.
- El contrato debe documentarse por escrito y tener un contenido mínimo.
- Lengua en que se debe redactar el contrato : En alguna de las lenguas del Estado de residencia o de nacionalidad del adquirente, a su elección.
- Se consideran como no vinculantes las posibles cláusulas del contrato en las que el adquirente renuncie a los beneficios de la Directiva o en las que se exonere al ven–dedor de las obligaciones que derivan de la misma.

3. Procedimientos y formas de desistimiento del contrato.

La Directiva consagra la posibilidad de que los adquirentes, una vez perfeccionado el contrato de adquisición de tiempo compartido, puedan separarse de él.

4. Prohibición de pagos anticipados.

Se establece la prohibición de cualquier pago realizado con anterioridad al transcurso de los diez días naturales que tiene el sujeto para poder desistir sin alegar causa alguna.

12.2.2. Derecho comparado.

La multipropiedad está regulada en los siguientes países :

- Portugal.
- Francia.
- Grecia.
- Reino Unido.

12.3. CONFIGURACIÓN JURÍDICA.

12.3.1. La regulación española

Hasta la aprobación de la Ley 42/1998 se ha dado un vacío legal en la materia, con una manifiesta voluntad política de llenar este hueco mediante la elaboración de una normativa específica : *Borrador para un Anteproyecto de Ley de Multipropiedad*, de febrero de 1988 ; *Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios*, en sus versiones de octubre de 1989 y de diciembre de 1991, del Ministerio de justicia, o el *Borrador de Anteproyecto de Ley de Tiempo Compartido*, del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo ; hasta el más reciente *Borrador de Anteproyecto de Ley sobre Aprovechamientos por turno de bienes inmuebles*, del Ministerio de justicia e Interior, de 8 de noviembre de 1994.

Por otra parte, antes de la aprobación de la Directiva existían ya algunas normas de carácter autonómico y de rango reglamentario, de ciertas Comunidades Autónomas, cuya preocupación básica radicaba en establecer reglamentaciones de carácter administrativo para solventar algunos de los muchos problemas que la institución planteaba.

Jurisprudencialmente, no se conoce hasta la fecha sentencia alguna del Tribunal Supremo que haya tratado la figura y simplemente existen algunas resoluciones de Audiencias Provinciales que sí han analizado esta problemática, fijándose sobre todo en cuestiones relativas a la protección de los consumidores.

12.3.2. La Ley 42/1998 : Dualidad de regímenes normativos.

Dejando aparte la referencia a las normas tributarias y al destino turístico de los bienes inmuebles, el legislador español ha optado finalmente por la creación de un nuevo derecho real de goce. Dicho derecho real se denomina «derecho de aprovechamiento por turno». Junto a dicho derecho real, la Ley permite configurar la utilización periódica y temporal de los bienes de uso turístico mediante una fórmula arrendaticia especial que la propia Ley califica como «una variante del arrendamiento de temporada». El legislador de 1998 ha sido perfectamente consciente de ello y ha dejado suficiente constancia en la Exposición de motivos, al tiempo que ha regulado expresamente tal dualidad de regímenes, convirtiendo al régimen jurídico-real en la regla, pero

permitiendo asimismo que el derecho de aprovechamiento por turno se constituya a través de un contrato de arrendamiento ... El derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o de conformidad con lo dispuesto en el apdo 6º de este artículo ...

12.4. LA PROTECCIÓN DEL ADQUIRENTE DE UN DERECHO DE MULTIPRO-

PIEDAD EN LA DIRECTIVA COMUNITARIA.

El derecho real de aprovechamiento por turno no podrá en ningún caso vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad.

A los efectos de publicidad, comercialización y transmisión del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, podrá utilizarse cualquier otra denominación, siempre que no induzca a confusión a los consumidores finales y del mismo se desprenda con claridad la naturaleza, características y condiciones jurídicas y económicas de la facultad de disfrute.

Está prohibida la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno con la denominación de multipropiedad o cualquier otra que contenga la palabra propiedad.

Caracteres.

Se trata de un derecho temporal, pues se establece una duración mínima (tres años) y máxima (cincuenta años) del régimen de aprovechamiento por turno.

La facultad de disfrute a favor del titular del aprovechamiento por turno, así como las obligaciones del constituyente del régimen se encuentran delimitadas imperativamente por la Ley 42/1998.

Régimen normativo.

La imperatividad de la Ley se acentúa en relación con la escritura reguladora del régimen de aprovechamiento por turno, cuyo extenso contenido es contemplado en el art. 5, que tiene naturaleza constitutiva.

Por su parte, la inscripción en el Registro de la Propiedad del régimen de aprovechamiento por turno se configura como obligatoria, de tal manera que cualesquiera contratos relativos al nuevo derecho real habrán de considerarse nulos de pleno derecho si se han celebrado antes de constituirse el régimen de aprovechamiento por turno .

Contenido.

El contrato debe documentarse por escrito y tener un contenido mínimo que enumera y regula el art. 9 de la Ley 42/1998.

Toda la información facilitada en el documento informativo debe quedar incorporada al contrato .

Desistimiento y resolución contractual.

El art. 10 de la Ley 42/1998 permite al adquirente de derechos de aprovechamiento por turno desvincularse libremente del contrato celebrado tanto a través del desistimiento unilateral cuanto mediante la modalidad especial de resolución que el precepto regula.

En cualquiera de ambos casos bastará realizar la oportuna notificación al promotor o propietario del régimen de aprovechamiento por turno, en el entendido de que la notificación podrá hacerse por cualquier medio que

garantice la constancia de la comunicación y de su recepción, así como de la fecha de su envío.

1) *El desistimiento unilateral.*

Durante un plazo de diez días, contados desde la firma del contrato, cualquier adquirente de derechos de aprovechamiento por turno puede «desistir del mismo a su libre arbitrio». «Ejercitando el desistimiento, el adquirente no abonará indemnización o gasto alguno».

2) *Facultad de especial resolución del contrato.*

Con independencia de la vía ordinaria, consistente en «instar la acción de nulidad del contrato conforme a lo dispuesto en los arts 1.300 y siguientes del Cc», el 2º apdo del art. 10 de la Ley 42/1998 considera un supuesto especial de resolución. Dicho supuesto encuentra su punto de arranque en la posibilidad de que ora el documento informativo (u oferta vinculante), ora el documento contractual, hayan omitido o incumplido uno cualquiera de los numerosísimos extremos contemplados en los arts 8 y 9 .

En tales casos, pese a haber suscrito el contrato, el adquirente «podrá resolverlo en el plazo de tres meses, a contar desde la fecha del contrato, sin que se le pueda exigir el pago de pena o gasto alguno».

Prohibición de anticipos.

Dado todo lo visto en relación con la eventualidad del desistimiento y/o la especial resolución contractual, es obvio que la Ley no podría mirar con simpatía el pago que pudiera llevar a cabo el adquirente antes del transcurso del correspondiente plazo. La Ley va más allá y considera que cualquier operación relativa a un derecho de aprovechamiento por turno comporta o debiera comportar un «precio aplazado», mientras que cualquier pago realizado «por el adquirente al transmitente antes de que expire el plazo de ejercicio de la facultad de desistimiento o mientras disponga de la facultad de resolución» merece la calificación de anticipo y que cualquier anticipo está radicalmente prohibido, aunque podrán las partes establecer los pactos y condiciones que tengan por convenientes para garantizar el pago del precio aplazado ...

14

La propiedad intelectual

14.1. LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y DERECHO DE AUTOR.

Se habla en Derecho español de "propiedad intelectual" para referirse al régimen legal que regula los derechos y obligaciones presentes en el entorno de la creación literaria, artística o científica. Otros autores prefieren utilizar la expresión "derechos de autor" para referirse a la misma problemática. Ambas son sinónimas, pretenden referirse al régimen normativo de la creación intelectual y a los derechos que competen a los creadores". Desde esta perspectiva, resultará preferible hablar de derecho de autor. Por el contrario, para resaltar la pertenencia de lo creado al autor, es admisible hablar de propiedad intelectual.

14.2. LEGISLACIÓN REGULADORA.

El Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual vigente actualmente se aprobó en virtud del Real Decreto Legislativo 1/1996, publicado en el BOE el 22 de Abril de 1996.

La necesidad de materializar un Texto Refundido resulta llamativa si se atiende a que el tronco normativo, relativamente reciente, estaba plasmado en la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual. Posteriormente se le han ido incorporando diversas disposiciones : Meras leyes de incorporación al Derecho español, de sendas Directivas comunitarias.

En relación con el derecho de autor, la incardinación del Derecho comunitario en el ordenamiento nacional ha ido produciéndose *in crescendo*. En virtud de la refundición normativa de 1996, quedan derogadas por su *disposición derogatoria única* :

1. Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual.
2. Ley 20 /1992, de modificación de la Ley 22/1987.
3. Ley 16/1993, de incorporación al Derecho español de la Directiva 91/250CEE sobre protección jurídica de programas de ordenador.
4. Ley 43/1994, de incorporación al Derecho español de la Directiva 92/1000/CEE, sobre derecho de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.
5. Ley 27/1995, de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/98/CEE, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines.
6. Ley 28/1995, de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/83/CEE, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.

No obstante, la publicación del Texto refundido no ha significado el final de la evolución normativa en la materia : Poco antes de aprobarse y publicarse el RD 1/1996, la Unión Europea aprobó la Directiva 96/9, sobre la protección jurídica de las bases de datos, cuya incorporación se ha llevado a cabo mediante la Ley 5/1998. Así, el vigente Texto viene representado por el Decreto Legislativo, conforme a la Ley 5/1998 (las modificaciones de detalle y la alteración de los numerales de muchos preceptos son muy abundantes).

El Texto refundido mantiene la misma estructura sistemática y en general, los mismos principios normativos de la Ley 22/1987, cuyo significado y alcance sigue siendo plenamente válido.

14.3. LAS OBRAS OBJETO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

La vigente Ley de Propiedad Intelectual opta por llevar a cabo una enunciación relativamente detallada de las obras literarias, artísticas o científicas que regula y que, consiguientemente, pueden considerarse obras protegidas con carácter general.

14.3.1. Obras susceptibles de generar derechos de autor.

La categoría de obras susceptibles de generar derechos de autor comprende tanto las obras originales propiamente dichas como las obras derivadas de otras preexistentes, que de forma indicativa contempla la Ley en sus arts. 10 a 12.

14.3.2. Obras originales.

Según el art. 10, han de considerarse obras originales, las siguientes :

- a) Libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza.
- b) Las composiciones musicales, con o sin letra, considerándose autores a ambos : Músico y letrista.
- c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y en general, las obras teatrales.
- d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales.
- e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas.
- f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.
- g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y en general a la ciencia.
- h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.
- i) Los programas de ordenador.
- j) El título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella.

14.3.3. Adaptaciones y transformaciones de obras preexistentes.

En las obras aludidas, la enunciación legislativa tiene por objeto las obras que generan derechos de autor en favor de su creador de forma *ex novo*, en cuanto constituyen obras originales. Sin embargo, la Ley contempla también una serie de obras que constituyen adaptaciones o transformaciones de otras preexistentes y que han de ser deslindadas de éstas, ya que sobre la obra derivada o transformada concurrirán tanto los derechos de autor propiamente dichos, como los derechos de los adaptadores o transformadores de la obra existente con anterioridad.

14.3.4. Obras generadoras de derechos afines o conexos.

Dejando a salvo los derechos de autor considerados hasta ahora, la vigente Ley de Propiedad Intelectual otorga a otra serie de personas y entidades el derecho exclusivo de autorizar la reproducción y comunicación pública de las obras en cuyo proceso productivo han participado : Derechos afines o derechos conexos, y los otorga la Ley a los siguientes grupos o categorías de personas :

- En relación con las obras dramáticas y dramático-musicales, los directores de escena y de orquesta, junto con los artistas, intérpretes o ejecutantes intervinientes, tienen el derecho exclusivo de autorizar la reproducción y comunicación pública de sus interpretaciones o ejecuciones (arts. 105 y ss).
- Respecto de las obras fonográficas, sus productores gozan del derecho de autorizar su reproducción, la distribución de copias y la comunicación pública de unos y otras (art. 114 y ss).
- Ostentan también el derecho de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, los productores de grabaciones audiovisuales (arts. 121 y 122).

-- Las Entidades de radiodifusión también cuentan a su favor con el derecho exclusivo de retransmisión y comunicación pública de sus emisiones (art. 126).

-- Igual derecho corresponde a quien realice una fotografía que carezca de la originalidad suficiente como para ser considerada obra intelectual.

-- La Ley 5/1997 ha añadido un nuevo Título al Libro II (arts. 133 a 137) del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, con el objeto de regular el derecho *sui generis* que ostenta el fabricante de cualquier base de datos que merezca tal calificativo conforme a la definición del art. 12.2 del vigente texto refundido.

14.3.5. Obras excluidas del derecho de autor.

El art. 13 LPI es terminante al afirmar ... *No son objeto de propiedad intelectual* : No generan derecho de autor alguno las siguientes obras :

- a) Las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos.
- b) Las resoluciones de los órganos jurisdiccionales.
- c) Los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos.
- d) Las traducciones oficiales de todos los textos anteriores.

14.3.6. Requisitos de las obras protegidas.

No obstante la larga enunciación de obras protegidas, la ley no las considera *numerus clausus*, solamente una ejemplificación. Cabe considerar que hoy en día existen obras de creación intelectual que la Ley ha omitido y que en el futuro se presentarán ante la sociedad. De ahí el interés en determinar los requisitos que deben contener las obras para ser consideradas objeto idóneo de la protección otorgada por la Ley de Propiedad Intelectual, requisitos que sólo pueden ser extraídos del conjunto normativo aplicable :

- Originalidad de la creación.
- Plasmación material de la idea original.
- Suficiencia del acto de creación.

Como otros requisitos :

- La creación intelectual como presupuesto de la creación de la obra.
- La presunta licitud de la obra.
- La calidad o mérito de la obra realizada.

14.4. AUTORÍA Y COAUTORÍA.

Resulta necesario atender a quien o quienes sean creadores de la obra, con independencia de que la naturaleza de ella sea literaria, artística o científica. La concurrencia de diversas personas en la realización de cualquier creación intelectual complica el análisis de una cuestión fundamental : Saber quien o quienes ostentan los derechos de naturaleza personal y patrimonial que constituyen el marco jurídico del denominado derecho de autor o propiedad intelectual : Arts. 5 a 9 : *Sujeto de la propiedad intelectual*.

14.4.1. Las obras individuales : La autoría.

En el caso de que la obra sea realizada por un autor único y exclusivo, el problema de dilucidar quién detenta los derechos de propiedad es fácil de resolver : El autor.

La Ley requiere expresamente que el autor sea una persona física, excluyendo de raíz que las personas jurídicas puedan ser consideradas autores de obras literarias científicas o artísticas. Lo que no quiere decir que ello no resulte inviable en alguna ocasión : Art. 5 ... *De la protección que esta Ley concede al autor se podrán beneficiar personas jurídicas en los casos expresamente previstos en ella ...*

14.4.2. Las obras plurales.

Obras en cuya realización ha participado, más de una persona, respecto de las cuales se complica la determinación de los respectivos derechos de propiedad intelectual, dependiendo de la relación existente entre los diversos autores.

La Ley diversifica su consideración y distingue entre los siguientes grupos de obras plurales :

-- Obras unitarias o en colaboración.

Obra considerada fruto de la capacidad creadora de varios autores que puestos de acuerdo, generan una única obra en la que todos han participado.

-- Obras colectivas.

Se considera obra colectiva la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita o publica bajo su nombre, estando constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada.

-- Obras compuestas o derivadas.

Obra nueva que incorpore una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última.

-- Obras independientes.

La que constituye creación autónoma, aunque se publique conjuntamente con otras.

14.5. EL DENOMINADO DERECHO MORAL DE AUTOR.

Tiene por finalidad fundamental que la obra creada no pueda ser objeto de divulgación, alteraciones o modificaciones que no sean consentidas por el autor.

14.5.1. Contenido del derecho moral de autor.

La LPI identifica el derecho moral de autor con una serie de derechos contemplados en el art. 14. Se trata de derechos subjetivos : Ejercitables por su titular y protegibles frente a terceros.

A/ Derechos sobre la divulgación de la obra.

La iniciativa de divulgación de la obra y la forma en que ésta ha de realizarse corresponde en exclusiva al autor.

B/ Derecho de paternidad.

El apdo. 3º otorga al autor la facultad de exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra, con la intención de subrayar la procedencia concreta de la creación literaria, artística y científica.

C/ Derecho a la integridad.

Se reconoce el derecho del autor a exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.

D/ Derecho de modificar y retirar la obra del comercio.

Por cambio de sus convicciones intelectuales o morales. Tal derecho es personalísimo y ejercitable única y exclusivamente por el autor.

Cuando el art. 14.5º habla de respeto a los derechos de los terceros, se refiere a quienes tuviesen derechos de explotación sobre la obra, requiriéndose que el autor indemnice a sus titulares de los daños y perjuicios que el cambio de criterio creativo les origine.

14.5.2. Características de los derechos de autor de naturaleza personal.

La libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica debe considerarse un derecho fundamental o un derecho de la personalidad. Sin embargo, una vez ejercitada y concretada dicha libertad creativa en una obra, ya no cabe afirmar que la propiedad intelectual que recae sobre ella sea, simultáneamente, derecho de la personalidad.

Puede considerarse que tal derecho de la personalidad conlleva unas características propias :

A/ Perpetuidad.

Duración de los derechos recogidos en el art. 14, dado que algunos no se extinguen con la muerte de su titular. Los denominados derecho de/a la paternidad y a la integridad tienen carácter perpetuo respecto de la obra publicada.

B/ Irrenunciabilidad.

Los derechos considerados en el art. 14 tienen la condición de irrenunciables, aunque no todos en el mismo grado.

C/ Inalienabilidad.

... Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables ... El encabezamiento del art. 14 proclama que los derechos de autor de naturaleza personal no pueden transmitirse a otra persona, por tener el rango de personalísimos y requerir el ejercicio por su propio titular.

14.6. EL CONTENIDO PATRIMONIAL DEL DERECHO DE AUTOR.

Junto a los aspectos personalísimos, se encuentran los puramente patrimoniales o pecuniarios del mismo.

La LPI prefiere titularlos como *derechos de explotación* (arts, 17 a 23).

14.6.1. Derechos comprendidos en la explotación de la obra.

A/ Derecho de reproducción.

Pese a tratarse de un bien inmaterial, la creación intelectual tiene una eventual capacidad expansiva muy superior a la de la propiedad de los bienes materiales, pudiendo generar a favor de su propietario beneficios indefinidos, sólo limitados por la saturación del mercado (art. 18).

B/ Derecho de distribución.

El art. 19 define qué debe entenderse por distribución : Puesta a disposición del público del original o copias de la obra, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

C/ Derecho de comunicación pública.

Definido en el art. 20, encuentra su campo de acción en relación con la creación literaria, artística y científica que no acaba convirtiéndose en libro.

D/ Derecho de transformación.

Art. 21 LPI ... La transformación de la obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma, de la que se derive una obra diferente ... Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultante corresponden al autor de esta última, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente.

14.6.2. Otros derechos : La remuneración por copia privada.

La Ley 22/1987 no llegó a prohibir las copias privadas de las obras divulgadas y publicadas (art. 31.2º). Para tratar de que los autores no se vean demasiado perjudicados, la propia Ley optó por establecer una remuneración compensatoria o un derecho de remuneración por copia privada (Ley 10/1992) en favor de aquéllos y a cargo de los fabricantes de equipos técnicos capaces de realizar tales copias privadas.

14.6.3. El derecho de colección.

Art. 22 LPI ... La cesión de los derechos de explotación sobre sus obras no impedirá al autor publicarlas reunidas en colección escogida o completa ...

14.6.4. Los límites : Las reproducciones totales sin autorización del autor.

Aunque la regla general establecida por la Ley sea que el ejercicio de cualesquiera de los derechos de explotación queda reservado en exclusiva en favor del autor y que, cualquier tercero necesitará contar con su autorización, la propia Ley establece una serie de límites o excepciones en los arts. 31 y sigs.

A/ Prueba documental.

Se excluye la necesidad de la autorización cuando la obra deba reproducirse para su constancia en un procedimiento judicial o administrativo.

B/ Copias privadas.

Están permitidas sólo las copias privadas y personales, quedando absolutamente vetadas las copias objeto de utilización colectiva y lucrativa.

C/ Copias privadas para invidentes.

El art. 31 autoriza la realización de reproducciones para uso privado de invidentes, en sistema Braille, y que no sean objeto de uso lucrativo.

D/ Reproducciones destinadas a centros de documentación o investigación.

E/ Reproducciones de obras difundidas por los medios de comunicación social.

F/ reproducción de intervenciones públicas.

G/ Reproducciones satíricas o parodias.

14.6.5. El derecho de cita o reproducción parcial.

Art. 32 LPI ... Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas ... siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico.

14.7. LA TEMPORALIDAD DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR.

14.7.1. La regla general de duración : Plazo vitalicio y duración *post mortem*.

El art. 26 LPI fija la duración de los derechos de explotación de la obra en un plazo que dura toda la vida del autor más 70 años contados a partir de su muerte.

La duración *post mortem* de los derechos de explotación constituye una cifra intermedia entre la establecida por la Ley de 1879 y el plazo vigente por lo general en los países de nuestra órbita cultural y política.

14.7.2. Reglas especiales de duración.

La vigente LPI regula minuciosamente la cuestión en relación con una serie de obras que podrían considerarse especiales :

A/ Obras póstumas.

Obras divulgadas después de la muerte del autor ... Los derechos de explotación durarán 70 años desde la fecha de su divulgación.

B/ Obras seudónimas y anónimas.

Lo fundamental es determinar si en la relación entre el autor y el distribuidor de la obra aquél resulta identificable, y si existe algún tipo de relación contractual que permita acreditar la verdadera identidad del autor, pues en caso afirmativo resultarán de aplicación las reglas generales contempladas en el art. 26 LPI.

C/ Obras unitarias o en colaboración.

El art. 28 LPI establece que en caso de obras unitarias o en colaboración, el plazo de duración de los derechos de explotación se computará desde la muerte del último coautor superviviente.

D/ Obras colectivas.

El hecho de que en tales obras resulte imposible atribuir a los participantes un derecho sobre el conjunto de la

obra realizada, comporta que el art. 28.2 establezca que el plazo sea también de 70 años, pero contados desde su divulgación, con independencia de la duración de la vida de los autores y sus causahabientes.

E/ Obras compuestas e independientes.

Para ambos tipos de obras establece el art. 28 LPI que ha de atenderse a la duración de la vida de cada uno de los autores y al plazo general de 70 años de protección post mortem en beneficio de sus respectivos causahabientes.

F/ Obras por partes o entregas.

Establece el art. 29 LPI que tales obras han de ser dependientes, accesorias o complementarias las unas de las otras, con la expresión de que no sean independientes.

G/ Programas de ordenador.

Conforme al art. 98, si el autor es persona natural el plazo de protección se rige por las reglas generales, mientras que si la obra se debe a una persona jurídica, será únicamente de 70 años.

H/ Obras audiovisuales.

La vigente LPI dedica su Libro II a regular otros derechos de propiedad intelectual diferentes de los derechos de autor propiamente dichos, entre los que comprende los relativos a las siguientes categorías de personas :

- Artistas, intérpretes y ejecutantes.
- Productores de fonogramas.
- Productores de grabaciones audiovisuales.
- Entidades de radiodifusión.

Los plazos establecidos por la Ley en beneficio de las personas reseñadas es de 50 años, según disponen los arts. 112,119,125 y 127 de la vigente ley.

I/ Las bases de datos.

El derecho sui generis que corresponde a los fabricantes de bases de datos cuenta con un plazo de protección que expirará a los 15 años.

J/ Las meras fotografías.

Incluso las fotografías no originales o comunes otorgan a su realizador el derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución o comunicación pública durante un período de 25 años desde su realización.

14.7.3. Extinción de los derechos de explotación e incorporación de las obras al

acervo cultural común.

La regla general considera que, a partir del transcurso de los plazos legalmente determinados, la obra pasa a engrosar el acervo cultural común, de forma que a partir de ahí nadie puede pretender legítimamente arrogarse derecho de monopolio alguno sobre la divulgación, edición o publicación de la misma (art. 41 LPI).

14.8. LA TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR, EN

GENERAL.

La LPI regula la cuestión con gran detalle, sentando junto a las reglas generales un marco normativo de carácter imperativo, para concluir en el art. 55 ... Los beneficios que se otorgan en el presente título a los autores y sus derechohabientes serán irrenunciables ...

14.8.1. Transmisión *mortis causa* e *inter vivos*.

Los derechos de explotación pueden transmitirse tanto *mortis causa* como *inter vivos* : Mediante los mecanismos hereditarios generales o a través de los oportunos contratos que regula la propia LPI.

14.8.2. La cesión *inter vivos* a título oneroso.

A/ Reglas de capacidad contractual y forma.

Rigen en principio las normas generales sobre capacidad de obrar de las personas y el principio de libertad de forma imperante en el Derecho español. No obstante, la LPI señala algunas especialidades.

El art. 44 establece que los autores menores de edad, pero mayores de 16 años, tienen plena capacidad para ceder la explotación de la obra, cuando vivan de forma independiente con consentimiento de sus padres o tutores o con autorización de la persona o institución que los tengan a su cargo.

El art. 45 es inicialmente tajante : Toda cesión deberá formalizarse por escrito.

B/ Remuneración a porcentaje y a tanto alzado.

Art. 46 LPI ... La cesión otorgada por el autor a título oneroso le confiere una participación proporcional en los ingresos de la explotación, en la cuantía convenida con el cesionario ... El contrato que sirva de vehículo a la cesión debe prever, necesariamente, la retribución del autor mediante la técnica del porcentaje sobre el volumen total de ventas al público de los ejemplares de la obra.

El art. 47 permite al autor que ha celebrado la cesión a tanto alzado solicitar la revisión del contrato cuando considere que los beneficios del editor son desproporcionados en relación con lo que él recibió en su día.

C/ Caracterización de los frutos y créditos a favor del autor.

Los arts. 53 y 54 tratan de asimilar los rendimientos del autor a los salarios devengados por los trabajadores ... Los derechos de explotación correspondientes al autor no son embargables, pero sí sus frutos o productos que se considerarán como salarios, tanto en lo relativo al orden de prelación para el embargo, como a retenciones o parte inembargable ...

D/ La protección de la libertad de creación del autor.

Art. 43 LPI ... Será nulas las estipulaciones por las que el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro ...

14.8.3. En particular, la cesión en exclusiva.

Se contempla en los arts. 48 y 49 LPI. De ellos resulta claramente que la cesión en exclusiva es un pacto o acuerdo en cuya virtud del cesionario queda facultado para gestionar la explotación de la obra según sus

propios criterios empresaria- les, con exclusión de cualquier otra persona, comprendido el propio cedente ...

14.9. EL REGISTRO GENERAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL COPYRIGHT.

14.9.1. El carácter potestativo de la inscripción.

La vigente LPI se caracteriza por reconocer la propiedad intelectual de cual-quier obra al autor por el solo hecho de su creación.

La inscripción registral se contempla como un complemento protector de los derechos preexistentes del autor, como una inscripción meramente potestativa.

14.9.2. La organización del Registro General de la Propiedad Intelectual.

El Reglamento del registro fue aprobado por el RD 1584/1191, poco después la materia se vió afectada por la Ley 20/1992 y por la aprobación de un nuevo Regla- mento (RD 733/1993). El Real Decreto Legislativo 1/1996, tras la publicación de la Ley 5/1998, texto ahora vigente, contempla el Registro en sus arts. 134 y 145.

14.9.3. Las titularidades sobre las obras como objeto del registro.

El objeto propio de las inscripciones del Registro de la Propiedad Intelectual no son las obras en sí mismas consideradas, sino los derechos existentes sobre dichas obras.

14.9.4. Los símbolos de reserva de derechos : El copyright .

Literalmente traducido significa *derecho de reproducción* [C].

Nuestro legislador lo incorporó al art. 141 LPI sin necesidad de utilizar expre- samente el término anglosajón referido : *El titular o cesionario en exclusiva de un derecho de explotación sobre una obra o producción protegidas por esta ley podrá anteponer a su nombre el símbolo C con precisión del lugar y año de la divulgación de aquéllas*. Tal símbolo pretende evidenciar que el derecho de reproducción de la obra de que se trate queda reservado a quienes se declaran titulares del mismo y, por tanto, tiene eficacia probatoria y posesoria de la titularidad de los derechos sobre la obra.

Su importancia universal y su utilización generalizada encontraron apoyo en el art. III.1 de la Convención Universal de Ginebra sobre los derechos de autor de 1952.

14.10. PROPIEDAD INDUSTRIAL : Remisión.

En paralelo con la propiedad intelectual, la propiedad industrial trata acerca del monopolio temporal de explotación y aprovechamiento económico en favor de los inventores y acreadores de procedimientos, modelos, dibujos o signos distintivos de carácter industrial o comercial.

Frente a la propiedad intelectual que contempla la creación literaria y artística, la llamada propiedad industrial se centra en el ámbito de las cosas útiles, del *homo faber* en su actividad de productor, primero, y luego en la de vendedor.

El contenido de este denominador común suele agruparse en 3 categorías :

— Los derechos que recaen sobre la creación industrial : Sobre la invención (patente y modelo de utilidad).

-- Modelos y dibujos industriales : Híbrido entre la propiedad intelectual y los signos distintivos.

-- Signos distintivos de la mercancía o del origen del producto.

La legislación hoy vigente se diversifica y especializa : Ley de 20-3-1986 sobre patentes de invención y modelos de utilidad, y Reglamento para la aplicación de la Ley.

Las leyes de patentes y marcas contienen disposiciones específicas relativas a la violación de cada uno de esos derechos, pero en tema de jurisdicción y normas procesales, el art. 40 LM reenvía al título 13 de la ley de patentes en todo lo compatible con la propia naturaleza de las marcas.

Los delitos contra la propiedad industrial son objeto de una consideración muy sumaria en el art. 534 Cc, el cual castiga *al que infringiere intencionadamente los derechos de propiedad industrial ...*

Su estudio en profundidad corresponde al Derecho Mercantil.

18

La Superficie.

18.1. FACULTAD DE ACCESIÓN Y DERECHO DE SUPERFICIE.

Superficie no es, en el lenguaje jurídico, el área apta para la edificación, sino precisamente lo que está encima del área : Lo edificado o plantado.

La regla general es que, por derecho de accesión, lo edificado o plantado en un terreno, corresponda al propietario del terreno (Art. 398). Pero, aparte de que el propietario puede conceder sobre el edificio o la plantación un derecho real de uso y aprovechamiento, es posible también que, como atenuación o excepción a la regla tradicional de la accesión, el propietario de la finca conceda gratuitamente o a cambio de un canon, a otra persona (superficiario), el derecho de hacer y mantener una construcción o plantación sobre el suelo de aquélla, de modo que lo edificado o plantado sea de propiedad (superficiaria) de quien construyó o plantó, y no del dueño del terreno, quien, sin embargo, recuperaría su propiedad a la extinción del derecho del superficiario.

La idea, en general, de ser el superficiario propietario de la construcción ó de la plantación, proviene de avatares históricos.

El planteamiento romano *superficies solo cedit*, inicialmente se oponía a la concepción del derecho sobre el suelo como un derecho real, obligando para garantizar el uso del suelo y el aprovechamiento económico de lo plantado o edificado por el superficiario, a emplear la figura del arrendamiento. Sólo más adelante se refuerza la situación del superficiario, primero con la concesión del interdicto de superficies, y después con acciones útiles *in rem*, de carácter similar a la reivindicatoria.

En ciertos Derechos medievales se llegó a admitir la idea de que pertenezca a un sujeto la propiedad del suelo y a otro la del edificio levantado sobre él, perpetua-mente o durante cierto tiempo.

En nuestro ordenamiento, el derecho de superficie no estuvo regulado en los cuerpos históricos ni tampoco en los textos codificados modernos, si bien se menciona en el art. 107.5º LH, para prevenir su hipotecabilidad, y en el art. 1611 Cc, para eliminar de su ámbito, a los foros, subforos, derechos de superficie y cuales quiera otros gravámenes semejantes, sobre cuya base, la jurisprudencia propendió a su asimilación con la figura de la enfiteusis. Posteriormente, la Ley del Suelo de 1956, texto refundido vigente de 1976, reglamentó para promover la ejecución de planes de ordenación urbanística y la construcción de viviendas, la llamada

superficie urbanística, y el Rh, introdujo mejoras en sus arts. 16.1 y 30.3, sobre reglas sobre el derecho de superficie urbana en general, y sobre el derecho de superficie rústica (derecho de vuelo).

Naturaleza.

Se han buscado analogías con el arrendamiento, del que se diferencia, sin embargo, por su naturaleza real, con la servidumbre y, por la distribución de dominios que la situación determinaría, con la enfiteusis, si bien actualmente se propende a considerar que se trata de una relación que da lugar a un derecho real autónomo que consiente edificar o plantar sobre finca ajena, y mantener en ella la edificación o la plantación, detentando la propiedad separada de lo edificado o plantado. En este sentido, el derecho específico de superficie supondría el soporte jurídico de la propiedad superficiaria.

18.2. REGULACIÓN NORMATIVA Y CLASES.

18.2.1. La falta de consideración legislativa en el momento codificador.

El derecho de superficie no tiene un enclave preciso en la regulación del Cc. Sólo se nombra en una ocasión el derecho de superficie, y en sede de censos : Art. 1.611.3º, que no pretende regularlo, sino sólo declarar que la forma de redención de este gravamen no es la específicamente regulada para los censos.

18.2.2. La resurrección legal de la figura.

La desolación ciudadana que conllevaron las Guerras Mundiales provocó una cierta vivificación de la figura, por hacerse muy precisa la regeneración no sólo del parque de viviendas de las ciudades, sino del tejido agrícola.

En España hubo que esperar a la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1956, para que se regulase la superficie relativa al sector urbanístico.

Dicha Ley ha sufrido hasta el presente diversas modificaciones : Por la Ley de 1975 (Texto Refundido), y por la Ley de 1990 plasmada en el vigente RDL 1/1992, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (TR-1992).

18.2.3. Clases de superficie en Derecho español.

Aunque algunos extremos de la regulación de la superficie de Derecho común, podrían parecer afectadas por la reforma del RH, lo esencial queda a merced del pacto, y en su defecto, de la costumbre y de los principios generales. La libertad de configuración es amplia, y numerosas las posibles figuras del derecho de superficie.

-- Superficie urbana :

Aquella cuyo objeto es la construcción o edificación en suelo ajeno, además del disfrute de lo edificado.

-- Superficie urbanística :

Superficie urbana regulada en la Ley del Suelo : El suelo donde se constituye la superficie está sujeto a un Plan de ordenación urbana.

-- Superficie rústica :

Aquella cuyo objeto es la plantación o siembra en terreno ajeno, además del disfrute de lo plantado o sembrado (RH).

18.3. CONCEPTO Y CARACTERES.

18.3.1. Concepto.

La Ley del Suelo (texto refundido 1976) contiene una regulación detallada del derecho de superficie, pero relativa al convenio exclusivamente para la construcción de viviendas, servicios complementarios, instalaciones industriales, comerciales u otras edificaciones determinadas en los planes de ordenación (Art. 171.1).

La superficie urbanística se constituye necesariamente mediante inscripción en el Registro previa escritura pública. La concedida por el Estado y demás personas públicas no puede pactarse por duración superior a los 75 años y el derecho convenido entre particulares, no puede pasar de los 99 años.

El superficiario debe edificar en el plazo previsto en el Plan o en el convenio, extinguiéndose, en otro caso, su derecho.

Cuando la superficie se constituye por título oneroso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión, en el pago de un canon periódico, o en la adjudicación al concedente de viviendas o locales o en concesiones arrendaticias, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo que se hubiese pactado al constituir el derecho.

18.3.2. Caracteres.

1. Es un derecho real de goce que otorga a su titular la facultad de edificar o plantar en suelo ajeno.
2. El carácter de derecho real limitado no empaña que el superficiario sea dueño de lo construido o sembrado, y que por tal título pueda disponer del derecho de superficie que es facultad propia de todo propietario.
3. En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de superficie es actualmente un derecho real temporal o temporalmente limitado.
4. Siendo temporal el derecho de superficie, ha de subrayarse la consecuencia de que, expirado el plazo por el que se constituyó, lo edificado o plantado revierte al propietario del suelo.

18.4. CONSTITUCIÓN.

18.4.1. Elementos personales.

Dos partes se relacionan jurídicamente en el derecho de superficie : El propietario del suelo que concede el derecho (concedente o suficiente) y el superficiario o concesionario (titular del derecho de superficie).

El superficiante, como dueño del suelo, puede ser una persona privada (individual o colectiva) o pública (Estado, CCAA, Municipios o cualesquiera entes públicos). En cualquier caso necesitará de capacidad de disposición del inmueble que ha de ser garvado, lo que presupone su plena titularidad dominical.

Al superficiario sólo se le exigirá capacidad general para obligarse.

Los derechos y deberes del superficiario y el dueño del terreno, en lo no previsto por el título de su constitución, se regulan por la costumbre, acaso por las reglas generales del censo, algunas de la enfiteusis y desde luego por los principios generales. El superficiario, salvo que no se haya pactado, está obligado al

pago de un canon al dueño del terreno.

18.4.2. Elementos formales.

a) En general :

Si el superficiante es una persona pública, la superficie será urbanística, ya que aparte la LMVMC, los entes públicos no parecen tener más posibilidad que constituir ese tipo de superficie urbana.

Si el cedente es un particular, normalmente la constitución de la superficie (sea urbana o rústica) tendrá lugar a título oneroso y por acto inter vivos, pero no impide que se realice de forma gratuita y por acto *mortis causa*.

b) Registro de la Propiedad :

Constitúyase de uno u otro modo, para su validez y eficacia, el derecho de superficie necesita de escritura pública y posterior inscripción en el Registro de la Propiedad.

El RH en su reforma de 1995 regula el derecho de superficie, no limitándose sólo a determinar los requisitos de inscribibilidad que deben contener los títulos en que se constituya. Por otra parte, su normativa abarca tanto la superficie urbana como la rústica, siendo complemento indispensable de la superficie de la LS antes de su reforma.

1. Superficie urbana :

El art. 16.1 RH determina que para su eficaz constitución, deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el vuelo o efectuarlas sobre el suelo de los fundos ajenos.

A tenor del citado art., los títulos públicos en que se establezca dicho derecho, deberán reunir, además de las circunstancias generales para la inscripción, las siguientes :

1. Plazo de duración del derecho de superficie que no excederá de 50 años. Transcurrido ese plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario.
2. Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyere a título oneroso, pudiéndose estipular como contraprestación la reversión de todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido.
3. Plazo señalado para realizar la edificación, que no podrá exceder de 5 años, y sus características generales, destino y coste del presupuesto.

b) Superficie rústica :

El derecho real de vuelo sobre fincas rústicas ajenas se inscribirá en el folio de aquella hoja sobre la que se constituya. En la inscripción se hará constar : Duración, plantación o siembra en que consista, así como el destino de éstas y el de las mejoras en el momento de la extinción del derecho, los convenios y prestaciones estipuladas y si las hubiere, las garantías pactadas con carácter real.

18.5. DURACIÓN.

El derecho de superficie es un derecho tendencialmente temporal. Las leyes que regulan su existencia señalan

un plazo máximo de duración.

Concretamente el TR 1992 expresa que dicho plazo no podrá exceder de 75 0 99 según que los concedentes del suelo sean, respectivamente, personas públicas o particulares (art. 289). Se desvía con ello del plazo de 50 años previsto para la superficie urbana por el art. 16.1 Rh.

A pesar de lo dicho se afirma comúnmente que la temporalidad no es un requisito *sine qua non* de la modalidad común de superficie.

18.6. CONTENIDO.

18.6.1. Derechos y facultades del superficiario.

1. Derecho a edificar o plantar si aún no se hizo, o si se destruyó lo edificado o plantado y queda tiempo para ello.
2. Derecho de propiedad sobre lo edificado o sembrado, al menos mientras dure el derecho de superficie.
3. Derecho de disposición de su derecho de superficie.
4. Derecho real de utilizar el suelo ajeno para mantener en él lo edificado o sembrado, y realizar todos los actos necesarios al ejercicio de la propiedad superficiaria.

18.6.2. Derechos y facultades del concedente.

1. El sustrato económico : Reversión a su patrimonio de lo edificado, construido o plantado.
2. Derecho a la satisfacción de una contraprestación cuando se constituya de forma onerosa la superficie.
3. Respecto de la superficie urbanística, el concedente tiene derecho a exigir que el superficiario edifique dentro del término previsto en la licencia que autorice edificar.

18.7. EXTINCIÓN.

El derecho de superficie y la propiedad superficiaria se extinguen por las causas habituales de terminación de los derechos reales, y por alguna de las relativas a los censos.

A/ Agotamiento del plazo.

A la finalización del plazo convenido o legalmente previsto, se producirá la reversión, en cuyo momento el titular del suelo hará suya la propiedad de lo edificado, no dando lugar a indemnización. También se extinguirán los derechos reales y personales impuestos por el superficiario.

B/ Consolidación.

La consolidación de los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario en una misma persona origina una situación de confusión de derechos.

C/ Falta de construcción o plantación.

El incumplimiento del deber de construir es causa de extinción sólo aplicable a la superficie urbanística.

Art. 173.2 LS ... *Cuando se extinga el derecho de superficie por haber transcurrido el plazo, el dueño del suelo hará suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido aquel derecho ...*

En lo no previsto por la Ley del Suelo o por el convenio urbanístico, el derecho de superficie urbanística se rige por las normas del Derecho privado general.

18.8. LOS DENOMINADOS DERECHO REAL DE VUELO Y DE SUBSUELO.

Desde la reforma del RH (1959) existe unanimidad en la admisión de derechos de vuelo y derechos de subsuelo que, sin ser configurados como derecho de superficie propiamente hablando, facultan a su titular para elevar plantas de un edificio ya construido, o, inversamente, actuar en tal sentido en el subsuelo de un edificio o solar ajenos. También se les denomina derechos de sobreedificación o sobreelevación y de subedificación.

Sobreelevación y construcción subterránea :

Sin constituir exactamente un derecho de superficie, puede tener carácter real el de elevar una o más plantas sobre un edificio ó el de realizar construcciones bajo su suelo. El pacto constitutivo concreto de esta modalidad puede aproximarla, bien a la superficie urbana o a la propiedad horizontal.

19

Los derechos reales de garantía.

19.1. INTRODUCCIÓN.

19.1.1. Observaciones sistemáticas.

La categoría doctrinal de los derechos reales de garantía ha de considerarse una categoría sistemática del legislador decimonónico y contemporáneo.

El problema estriba en definir si la agrupación sistemática llevada a cabo por los Códigos en el siglo XIX fue consecuencia del status doctrinal existente entonces o si la opción legal de codificar agrupados los derechos de prenda, hipoteca y anticresis constituyó un punto de partida para el desarrollo teórico de la categoría.

19.1.2. Advertencia pedagógica.

El estudio del presente capítulo permite fijar y menorizar los aspectos fundamentales de cada uno de los derechos reales de garantía, incluidos los preceptos capitales de nuestro Derecho positivo.

19.2. SISTEMÁTICA BÁSICA DEL CÓDIGO CIVIL.

19.2.1. La regulación en sede contractual.

El Cc español agrupa en el Título XV del Libro IV (De las obligaciones y contratos) el tratamiento *De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis*, resaltando la base contractual de la trilogía típica de los derechos reales de garantía.

Aunque con variantes se sigue el patrón utilizado por el francés que responde a la idea de reordenar las garantías reales sobre principios esquemáticos.

19.2.2. Las reglas generales de contenido jurídico–real relativas a la prenda y a la

hipoteca.

Debe subrayarse el contenido y carácter de los artículos integrados en el cap. I del Título XV del Libro IV (arts. 1857 a 1862) que el Cc intitula como Disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca y que responden a la preocupación del legislador de determinar los caracteres esenciales de los derechos reales de garantía.

19.3. LOS PRESUPUESTOS TÉCNICOS DE LA CODIFICACIÓN EN LA SISTEMATIZACIÓN DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA.

Los criterios decisivos de la regulación de los derechos reales de garantía en el Cc español vienen representados por la naturaleza o condición del bien gravado y de la existencia o inexistencia del desplazamiento posesorio del bien gravado al ámbito propio de actuación del titular del correspondiente derecho.

19.3.1. La condición de los bienes objeto de garantía real.

Atendiendo al carácter o a la naturaleza del bien sobre el que recaen, se establece una precisa frontera :

1. La prenda queda reservada para los bienes muebles (art. 1.864).
2. El objeto propio de la hipoteca son los bienes inmuebles (arts. 1874 Cc y 106 y sigs

LH) al igual que en la anticresis.

19.3.2. La posesión de los bienes gravados.

Teniendo en cuenta el criterio del desplazamiento posesorio del bien sujeto o afecto a la garantía, ha de observarse :

1. La prenda requiere que la posesión de la cosa se transmita al acreedor (pignoraticio) : Titular del derecho real de garantía.
2. La hipoteca, al recaer sobre bienes inmuebles (difícilmente sustraíbles de facto a la acción del acreedor) y estar garantizada por el control jurídico que representa el Registro de la Propiedad, no requiere que se produzca desplazamiento posesorio alguno. El deudor hipotecario seguirá conservando la posesión y el goce efectivos de la cosa inmueble objeto de la garantía.

19.4. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA POSTERIOR AL CÓDIGO : LAS GARANTÍAS REALES MOBILIARIAS.

Los criterios sistematizadores propios de la Codificación fueron bien aceptados en su momento como manifestación de una regla de racionalidad en la materia. Acompañados de la instauración del Registro de la Propiedad y el consiguiente fortalecimiento de la seguridad de la garantía hipotecaria, aparecían como francamente duraderos. Pero a comienzo del siglo XX se pusieron de manifiesto graves problemas en el ensamblaje entre la prenda y los bienes muebles.

El primer escollo representado en España por los buques lo superó la Ley de Hipoteca Naval de 1893,

recurriendo a la ficción de que aunque obviamente no lo fuesen, los buques debían ser considerados inmuebles a efectos de hipoteca.

Los problemas siguen en relación con ciertos bienes muebles destinados al servicio de explotaciones agrarias y cuya pérdida de posesión por el titular representa— ría privarle de la continuidad en tales explotaciones.

El resultado definitivo de la evolución legislativa hace precisa la distinción entre los siguientes tipos de garantía real y, en su caso, sus correspondientes variantes :

1. Hipoteca (inmobiliaria o propia).
2. Prenda (común u ordinaria, con transferencia o desplazamiento de la posesión del bien gravado al acreedor).
3. Anticresis.
4. Hipoteca mobiliaria.
5. Prenda sin desplazamiento de la posesión.

La posterior aparición o consideración de bienes que a pesar de ser muebles, son susceptibles de identificación, sea por sus características o por razón del lugar en que se hallan, ofrece la posibilidad de gravarlos sin desplazamiento posesorio, susti—tuido, como en la hipoteca, por la inscripción en el Registro, de los mismos bienes cuando son plenamente identificables, o del lugar en que se encuentran, cuando no lo son. Así :

— La prenda sin desplazamiento posesorio sobre : Frutos y cosechas, animales y aperos (agrícola), máquinas y bienes muebles identificables, mercaderías y materias primas almacenadas y objetos de valor artístico e histórico (Arts. 52 a 54 LH).

— La hipoteca mobiliaria sobre : Establecimientos mercantiles, vehículos de motor, aeronaves, maquinaria industrial, y propiedad intelectual e industrial .

El Derecho objetivo atiende mediante estas nuevas figuras a conjugar, en cuan—to a los bienes muebles, las ventajas de su gravabilidad, con la evitación de los incon—venientes que comporta el desplazamiento posesorio, especialmente cuando tales bie—nes son productivos, mediante su explotación.

Todas estas figuras responden al concepto doctrinal de derecho subjetivo. Son derechos subjetivos, reales y concretamente de garantía, pudiendo además existir garantías reales sin entidad suficiente o estructura adecuada para que, técnicamente, puedan ser consideradas como derechos subjetivos. A los que hay que añadir las posibilidades ofrecidas por el sistema *numerus apertus* de derechos reales donde se admita : Garantías reales atípicas.

19.5. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LOS DERECHOS REALES DE

GARANTÍA .

La afección de bienes en garantía de la responsabilidad del deudor, proclamada en el art. 1.911 Cc, conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal, es susceptible de experimentar alteraciones, de origen legal algunas, convencional otras.

Una de esas alteraciones consiste en separar jurídicamente un determinado bien o varios, del deudor y afectarlo/s con carácter preferente y eficacia *erga omnes* en garantía del cumplimiento de una obligación, también determinada. Otra, en atraer a aquella afección en garantía de la responsabilidad del deudor, con los mismos caracteres de preferencia y absolutividad, uno o varios bienes determinados, propiedad de un tercero.

El derecho de crédito personal es relativo : Eficaz sólo *inter partes*, vinculando la conducta del deudor, pero quedando afectado en garantía su patrimonio para, en caso de incumplimiento, satisfacer a su costa el interés del acreedor. Para evitar que, llegado el vencimiento de la obligación, incumplida por el deudor, carezca su patrimonio de bienes en que hacer efectivo el interés del acreedor, se dota al derecho de crédito de la inherencia y de la repersecutoriedad propias de los derechos reales, de modo que se mantengan afectos a la garantía, el bien o bienes de que se trate.

19.5.1. La amplitud de la obligación garantizada y la accesoriedad de los

derechos reales de garantía.

Los derechos reales de garantía se constituyen siempre para asegurar el cumplimiento de una obligación preexistente, denominada técnicamente obligación garantizada, pese a que legalmente priman las expresiones de obligación principal u obligación asegurada. Los derechos reales de garantía (art. 1861 Cc) pueden asegurar toda clase de obligaciones, sean puras ó estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria.

Los derechos reales de garantía consisten en la adscripción de unos o varios bienes determinados (del deudor o de un tercero) a la satisfacción, mediante su valor en venta, de un determinado crédito, con carácter preferente y cualquiera que sea el patrimonio en que se encuentren. Así, el deudor puede calificar su responsabilidad patrimonial universal gravando bienes que quedan especial, preferente y absolutamente afectos a satisfacer con su valor el interés del acreedor, caso de incumplimiento por su parte. Puede también ampliar aquella responsabilidad patrimonial si un tercero ofrece alguno/s de sus bienes para que sean gravados a los mismos efectos (Art. 1857 Cc). En ambos casos, el gravamen permanece en el bien gravado a lo largo de sus sucesivas transmisiones, pudiéndose realizar su valor en satisfacción del crédito garantizado, cualquiera que sea el patrimonio en que se encuentre. Llegado el vencimiento de la obligación, si el deudor no la cumple, el acreedor puede provocar la realización del valor del bien gravado, y satisfacer su crédito, con preferencia a cualquier otro acreedor.

De la preexistencia de la obligación garantizada se deduce la característica de la *accesoriedad* de los derechos reales de garantía que sólo pervivirán mientras la obligación se encuentre subsistente y pendiente de cumplimiento. Los derechos reales de garantía son accesorios del crédito que garantizan. No pueden existir ni subsistir sin el crédito garantizado. Su validez, licitud, etc, se hallan supeditadas a la de éste, y no se pueden transmitir por separado del mismo.

Art. 1857 Cc ... *Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca : 1º Que se constituyan para asegurar el cumplimiento de una obligación principal ... La misma accesoriedad se refleja en la disposición en sede de transmisión de créditos del art.1528 ... La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio ...*

Art. 144 LH ... *Todo hecho o convenio entre las partes, que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compensación, la espera, el pacto o promesa de no pedir la novación del contrato primitivo y la transacción o compromiso, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos ...*

19.5.2. La indivisibilidad de los derechos reales de garantía.

La eficacia y pervivencia temporal de las garantías reales es efectiva en tanto no se produzca el total e íntegro cumplimiento de la obligación garantizada y, en su caso, de las obligaciones accesorias de ella dimanantes : El cumplimiento parcial o la división de la obligación principal no conlleva la división del derecho real de garantía : Art. 1.860.1 Cc ... *La prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor ...*

La única excepción posible a la regla de indivisibilidad será ... *el caso en que, siendo varias las cosas dadas en prenda o hipoteca, cada una de ellas garantice sola— mente una porción determinada del crédito* : Art. 1860.4. En casos de índole similar ... *El deudor ... tendrá derecho a que se extinga la prenda o hipoteca a medida que se satisfaga la parte de deuda de que cada cosa **responda especialmente*** : Art. 1.860.5.

Art. 122 LH ... *La hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada ...*

Se produce una especie de solidaridad crediticia y obligacional, respecto a la garantía real : Aunque se cobre una parte del crédito (se pague una parte de la deuda), la prenda o hipoteca subsisten íntegras (sobre la totalidad de los bienes hipotecados). En la misma dirección se orienta la LH, art. 119 y 124 : Especie de mancomunidad real pero referida sólo al gravamen real, nó a la responsabilidad del deudor.

19.5.3. La especialidad.

Se ha resaltado el párrafo 5º del art. 1860 Cc por indicarse en él que las cosas gravadas responden especialmente : Cuando se habla de *especialidad de los derechos reales de garantía*, se quiere dar a entender que el objeto sobre el que recae la garantía se ha de encontrar especialmente determinando.

Las facultades del titular de la garantía real de venta de la cosa gravada y de cobro preferente de lo obtenido en la correspondiente subasta, única y exclusivamente recaen sobre el producto líquido obtenido una vez concluida la ejecución de los bienes *especialmente* afectos a tal garantía.

19.5.4. La reipersecutoriedad.

Esta característica pone de manifiesto el carácter real del conjunto de facultades atribuídas al acreedor, quien podrá ejercitarlas frente a cualquier otra persona, tercer adquirente o poseedor.

Pese a la denominación no se trata de reivindicabilidad de la cosa, sino sólo y exclusivamente de ejercitar sus funciones propias de enajenación del bien gravado y de cobro preferente.

19.6. LAS FACULTADES DE VENTA DEL BIEN GRAVADO Y DE COBRO PREFERENTE.

Dejando aparte el supuesto de la anticresis, por regla general y salvo pacto en contrario, los derechos reales de garantía no conceden al acreedor facultad alguna de goce y uso de la cosa, aunque exista desplazamiento posesorio, lo que es natural, ya que la función propia de la prenda y la hipoteca no radica en transmitir facultades dominicales de goce o disfrute de sus bienes, sino en garantizar el cumplimiento de la obligación que pesa sobre el deudor.

La finalidad de garantizar el cumplimiento de la obligación que es la única perseguida, se consigue atribuyendo al acreedor pignoraticio o hipotecario las facultades de venta coactiva del bien gravado y el derecho preferente de cobro.

19.6.1. La facultad de instar la venta del bien gravado (o *ius distrahendi*).

Art. 1.858 Cc ... *Es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor ...*

A la facultad de instar la venta de la cosa gravada suele identificarse con la expresión *ius distrahendi*, aunque autores contemporáneos prefieren hablar de *facultad de realización del valor*, siendo sinónimas ambas expresiones.

El *ius distrahendi* a la vez que una facultad es también el deber del acreedor de promover judicial o notarialmente la venta de la cosa objeto de garantía. La autoapropiación de ésta por parte del acreedor está rigurosamente prohibida por el art. 1.859 Cc ... *El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas ...*

La no apropiabilidad es, a tenor de lo dispuesto en la ley, innegable si no se estableció nada al respecto. Pero es posible acordar, al constituir la garantía que, si se incumple la obligación, el acreedor pueda, en vez de promover la enajenación, que-darse en propiedad con la cosa. Este acuerdo llamado **pacto comisorio**, no está prohibido (al menos expresamente) en el art. 1859 para la prenda y la hipoteca, pero sí en el art. 1884.2º para la anticresis. En cualquier caso, lo que es cierto es que la jurisprudencia ha venido rechazando la posibilidad del pacto comisorio.

19.6.2. El derecho de preferencia en el cobro (o *ius praelationis*).

El crédito garantizado con prenda o hipoteca otorga a su titular (acreedor pignoraticio o hipotecario), la facultad de cobrar antes que otros acreedores respecto del precio obtenido en la subasta pública mediante la enajenación del bien especial- mente gravado.

19.7. LA TITULARIDAD DE LOS BIENES GRAVADOS.

19.7.1. Capacidad dispositiva y propiedad del constituyente.

Si el establecimiento de los derechos reales de garantía puede determinar la venta coactiva del bien gravado, ha de suponerse que el deudor constituyente de tales garantías ha de contar con la libre disposición de los bienes objeto de la garantía. En otro caso, la eventual adjudicación a un tercero o, en su caso, al propio acreedor titu- lar de la garantía, no garantizaría la adquisición de la propiedad de los bienes.

El art. 1.857 eleva a requisitos esenciales de la prenda e hipoteca :

1. *Que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca.*

2. *Que las personas que constituyan la prenda o hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o, caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto.*

19.7.2. Deudor y constituyente.

Atendiendo a los datos prácticos, la condición de constituyente de la garantía suele coincidir con la cualidad de deudor de la obligación principal. Sin embargo, quien sea dueño de un bien y tenga capacidad dispositiva sobre él, puede someterlo a gravamen en favor o beneficio de un tercero, por las razones que fueren. A tal even- tualidad se refiere el art. 1.857.3º ... *Las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes ...*

La condición de deudor la seguirá ostentado quien lo fuese en el momento de constitución de la garantía y sobre él seguirá pesando la obligación de satisfacer el crédito garantizado en caso de que la ejecución del derecho real no comporte la íntegra satisfacción del titular del derecho real de garantía. Pero en tal caso, éste dejará de serlo y pasará a ser un acreedor común, que podrá instar el cobro del crédito restante en base a la responsabilidad patrimonial universal del deudor, pero en absoluto contra el constituyente de la garantía.

20

La Prenda

20.1. LA PRENDA COMO GARANTÍA.

La prenda que el Cc contempla y regula como contrato real, puede ser descrita, en cuanto derecho real de garantía, como aquel en cuya virtud determinados bienes muebles, del deudor o de un tercero, quedan especial y preferentemente afectos al cumplimiento de una obligación, para lo cual se desplaza su posesión al acreedor o a un tercero, pudiendo el acreedor realizar su valor y satisfacer en él su crédito con exclusión de los no privilegiados si, llegado el vencimiento de la obligación, ésta no fuese cumplida.

La primera distinción entre pignus e hipoteca fue seguramente el desplazamiento posesorio de la primera. Posteriormente, el derecho justiniano comenzó a referir preferentemente el pignus a las cosas muebles. Y el Cc, atendiendo más al criterio codificador que a los precedentes patrios, se dejó captar por el principio diferenciador de la naturaleza mueble del objeto : Art. 1864 ... *Pueden darse en prenda, todas las cosas muebles que estén en el comercio, con tal de que sean susceptibles de posesión ...*

En cuanto a las obligaciones garantizables con la prenda, pueden serlo de toda clase : Puras o sometidas a condición suspensiva o resolutoria.

20.2. CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE PRENDA.

20.2.1. El contrato de prenda.

Se mencionan en el Cc (art. 1857) los siguientes requisitos para constituir la prenda :

1º Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

2º Que la cosa pignorada pertenezca en propiedad al que la empeña.

3º Que las personas que constituyan la prenda tengan la libre disposición de sus

bienes, ó que en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto

Art. 1863 ... *Además de los requisitos exigidos en el art. 1857, se necesita, para constituir el **contrato de prenda**, que se ponga en posesión de la prenda al acreedor o a un tercero, de común acuerdo ...*

El desplazamiento posesorio desempeña una función de control patrimonial y de publicidad : Asegura al acreedor que el deudor no enajenará como libre, a terceros adquirentes de buena fé, en fraude de su derecho, el bien mueble gravado, y al mismo tiempo, pone sobre aviso a los sucesivos o precedentes, no privilegiados, acreedores, del mismo deudor, sobre la limitación de solvencia que experimenta el patrimonio del mismo, consecuente a la afección preferente del objeto pignorado.

Cumple la prenda esa función de control de modo tan sencillo y primario que ello explica su antigüedad y su importancia histórica.

El art. 1873 dispone que respecto a los Montes de Piedad y demás establecimientos públicos, que por instituto o profesión, presten sobre prendas, se observarán las leyes y reglamentos especiales que les conciernen, y subsidiariamente las disposiciones del Cc.

Con todo, la garantía prendaria comporta los inconvenientes inherentes a la desposesión, por lo que se han generalizado las figuras de garantía real, principalmente la hipoteca, que, recayendo sobre bienes susceptibles de publicidad, pueden quedar afectos a la satisfacción del crédito garantizado, sin salir de la posesión de su dueño.

Como en la hipoteca y la anticresis, el Cc sólo regula la constitución contractual del derecho de prenda. Pueden tener, sin embargo, otro origen (en teoría), pero en nuestro Derecho vigente no existen las prendas legales ni judiciales.

El contrato de prenda conserva en el Cc la naturaleza real que lo caracterizó en el Derecho histórico : No se perfecciona por el sólo acuerdo o consentimiento de voluntades. Es constitutiva de su existencia la entrega de la cosa al acreedor o tercero (como elemento connatural del contrato), con independencia de cual sea la forma propiamente dicha del contrato.

20.2.2. La eficacia frente a terceros : La documentación pública del contrato.

La forma de celebración del contrato es intrascendente, inter partes. En cambio, respecto de terceros, el art. 1865 establece ... *No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de la fecha ...*

La verdadera eficacia real del derecho de prenda sólo despliega su plenitud de efectos cuando la constitución de la prenda mediante contrato se instrumente en escritura pública, pues en otro caso, en caso de existir terceros interesados, el acreedor pignoraticio no podrá prevalerse del crédito preferente que le reconocen los arts. 1.922.2 y 1.926.2.1.

El instrumento público deberá contener las precisiones suficientes para la identificación del objeto gravado.

20.2.3. Otras formas de constitución.

A/ Constitución *mortis causa* :

Legado de prenda o de crédito y prenda. Dando por supuesto en la institución de heredero, que éste sucederá a título universal, en el crédito pignoraticio insito en el as hereditario, y adquirirá la posesión civilísima de la cosa prendada (Art. 440 Cc).

B/ Constitución por usucapión.

Tesis de M. Albadalejo : Si mediante la usucapión pueden adquirirse tanto el dominio como los demás derechos reales susceptibles de posesión, basta con acreditar el carácter poseíble del derecho real de prenda para aceptar su posible constitución mediante la prescripción adquisitiva.

20.3. CONTENIDO DE LA GARANTÍA PIGNORATICA.

En el contrato de prenda son **sujetos** el acreedor pignoraticio y el constituyente, deudor o tercero. Cuando la prenda la constituye éste último, cobra especial relieve en la relación jurídico-real, dentro del llamado sujeto pasivo universal, y respecto del deudor subyace una relación de mandato de útil gestión.

También cobra especial importancia subjetiva, en su caso, el tercero depositario de la cosa prendada,

designado de común acuerdo. Su intervención ofrece la doble ventaja de desinteresar al acreedor de la custodia, que puede ser enojosa, del objeto pignorado, y de permitir al deudor pignorar una misma mercancía a diversas personas y obtener así de ellas, todo el crédito de que son capaces, al encargarse un tercero de conservar la cosa entregada en prenda, por cuenta de varios acreedores a la vez.

El **objeto** del derecho de prenda es la cosa mueble cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero, y en cuyo valor, puede aquél, en su momento, satisfacer su crédito.

La exigencia 2ª del art. 1857, excluye la eficacia de la prenda de cosa ajena, aun que llegue a ser después propiedad del deudor, quedando a salvo los efectos de la adquisición de bienes muebles de buena fé (Art. 464).

En cualquier caso, el régimen consecuente a la naturaleza real de la prenda, excluye la prenda ordinaria de cosas futuras.

20.4. LA POSICIÓN DEL DEUDOR PIGNORATICIO.

20.4.1. El deudor pignoraticio como pignorante.

Vigente el derecho real de prenda, la pertenencia en principio de la cosa pignorada al deudor (art. 1869.1) determina que cualesquiera frutos o productos que pueda generar han de considerarse *ab initio* como integrantes del patrimonio del deudor pignoraticio : Art. 1868 ... *Si la prenda (cosa pignorada) produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben, y si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital ...* : **Compensación anticrética.**

Extinguido el derecho real de prenda como consecuencia del cumplimiento de la obligación garantizada por parte del deudor, éste tendrá derecho a la inmediata devolución de la cosa mueble : Art. 1.871.

20.4.2. La pertenencia de la cosa pignorada a tercero : El pignorante no deudor.

Todo lo dicho no excluye la posibilidad de que la cosa pignorada pertenezca a una tercera persona, ni la falta de aplicación del apdo 3º del art. 1.857).

De otra parte, aunque la eventualidad del pignorante no deudor quede relativamente ignorada, la eventual ejecución de la prenda debe realizarse con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso (art. 1.872).

20.5. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ACREEDOR PIGNORATICIO.

20.5.1. Las obligaciones del acreedor pignoraticio.

La situación dependiente característica del derecho real de prenda presupone que hasta el momento del vencimiento definitivo de la obligación garantizada, las facultades propias del acreedor pignoraticio queden ensombrecidas por el cuadro de obligaciones que sobre él recaen :

1. No usar la cosa salvo autorización del propietario, y si lo hiciere o abusare de ella en otro concepto, puede el propietario pedir que se le constituya en depósito (Art. 1870).
2. Conservar la cosa pignorada con la diligencia de un buen padre de familia, respondiendo de su pérdida o deterioro conforme a las disposiciones del Cc.

Supuesto que el deudor lleve a cabo el cumplimiento total y exacto de la obligación garantizada (art. 1.871 Cc), la obligación fundamental del acreedor pignoraticio consistirá en la inmediata restitución de la cosa, pues

a partir de ahí su posesión resultaría carente de título alguno.

20.5.2. Los derechos del acreedor pignoraticio.

La prenda no atribuye el dominio de la cosa pignorada, que permanece bajo la titularidad del pignorante, pero , excepcionalmente, se le confiere al acreedor pigno-raticio la defensa de ese dominio : Art. 1869 ... *Mientras no llegue a ser expropiada la cosa dada en prenda, el deudor sigue siendo dueño de ella ...* No obstante, el acreedor podrá ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa pignorada para reclamarla o defenderla contra tercero ... : Posesión y derecho de retención sobre la cosa.

Lo característico de la prenda es su desplazamiento posesorio (Art. 1863 Cc). El contrato de prenda da derecho al acreedor para retener la cosa en su poder o en el de la tercera persona a quien hubiere sido entregada hasta que se le pague el crédito : Se trata de una posesión de buena fé en concepto distinto de dueño. El acreedor o cuidador de la cosa pignorada tiene derecho al abono de los gastos hechos para su conservación respondiendo de su pérdida o deterioro (Art. 1867).

La posesión prendiaria se mantiene hasta la satisfacción total de la deuda asegurada : Art. 1871 ... No puede el deudor pedir la restitución de la prenda contra la voluntad del acreedor mientras no pague la deuda y sus intereses ...

El contenido más característico de la prenda es el derecho de realización de valor. Podrá instarse judicial o extrajudicialmente : Art. 1872-1º.

Sobre el precio obtenido en la subasta, el acreedor pignoraticio tiene **preferencia absoluta** (derecho preferente de cobro.

En los casos de concurso, quiebra y suspensión de pagos, puede el acreedor pignoraticio abstenerse en el convenio y exigir la ejecución separada de su crédito sobre los bienes pignorados.

20.5.3. El derecho de retención.

Cuando la posesión corresponda al propio acreedor el art. 1866-2º, le confiere en determinadas condiciones, la facultad de **retención** posesoria : ... *Si mientras el acreedor retiene la prenda, el deudor contrajese con él otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, podrá aquél prorrogar la retención hasta que se le satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la prenda a la seguridad de la segunda deuda ...*

20.5.4. El llamado *pignus gordianum*.

El derecho de retención otorgado al acreedor pignoraticio tiene una especial característica enunciada en el art. 1.866.2º ... *Si mientras el acreedor retiene la prenda, el deudor contrajese con él otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, podrá aquél prorrogar la retención hasta que se le satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la prenda a la seguridad de la segunda deuda ... : **Pignus gordianum.***

20.5.5. El ejercicio de las acciones reales.

Históricamente se ha ido produciendo una ampliación de la legitimación activa de las acciones reales en favor de quienes, aun no siendo propietarios, son titulares de otros derechos reales : Art. 1.869.2º ... *El acreedor pignoraticio podrá ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa pignorada para reclamarla o defenderla contra tercero ...*

20.5.6. El ius distrahendi : La enajenación de la cosa pignorada.

Con tal expresión se hace referencia a la facultad del acreedor pignoraticio de proceder a la enajenación coactiva de la cosa pignorada en el supuesto de que el deudor no haga frente, en tiempo y forma, al exacto cumplimiento de la prestación debida : Arts. 1.872 y 1.873 Cc.

20.5.7. El derecho preferente de cobro.

En el supuesto de que la realización del valor de la cosa gravada culmine con su enajenación a tercero, el precio obtenido queda afecto, en primer lugar, al pago del crédito pignoraticio : Art. 1.926.1º : El crédito pignoraticio excluye a los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda.

20.6. EXTINCIÓN.

En cuanto derecho real, la prenda se extingue por las mismas causas que los demás derechos reales, pérdida o destrucción de la cosa. Si estaba asegurada, la garantía recae sobre el crédito para hacer efectiva la indemnización del seguro o sobre ésta ya percibida. La extinción de la garantía real no conlleva la de la obligación asegurada.

Por su carácter accesorio, se extingue la prenda cuando, por cualquier causa, se extinga la obligación asegurada. También, por renuncia del acreedor o convenio con el deudor.

Conforme al art. 1.191 Cc ... *Se presumirá remitida la obligación accesoria de prenda, cuando la cosa pignorada después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor : Presunción iuris tantum*, que exige prueba contraria a la voluntad condomante : Prueba de que se le entregó la cosa pignorada para su reparación.

20.7. SUPUESTOS ESPECIALES DE GARANTÍA REAL PIGNORATICA.

20.7.1. La prenda de cosa fungible : La prenda irregular.

Considerado en su consistencia específica, el dinero puede ser objeto del derecho de prenda, pues es un bien mueble, in comercio y posesible.

La única particularidad de esta prenda consiste en la abreviatura de la realización de valor, ya que no resulta necesaria la subasta : El crédito vencido y nó satisfecho podrá hacerse efectivo en el dinero pignorado.

Como **cosa genérica y fungible**, puede establecerse la prenda de dinero o de otra cosa fungible, con el pacto (expreso o tácito) de que la restitución al pignorante, la haga el acreedor no mediante las mismas monedas u objetos recibidos, sino mediante otro tanto de la misma especie y calidad : **Prenda irregular**. En realidad, no es un contrato de prenda, sino un contrato de aseguramiento distinto, traslativo del dominio del dinero u objeto fungible o consumible, al acreedor, el cual cumplida la obligación asegurada, deberá devolver al constituyente otro tanto de la misma especie y calidad, y vencida y no cumplida aquélla, se imputará a ella el dinero u objeto recibido.

Prenda irregular

En la prenda irregular se da una verdadera especialidad en cuanto al objeto, pues el constituyente entrega dinero (aunque no hay inconveniente dogmático para que sean otras cosas fungibles) sin especificación, y el acreedor pignoraticio ha de devolver otro tanto al cumplirse la obligación garantizada.

Tal especialidad del objeto impone que, llegado el momento de la ejecución de la garantía, el acreedor impute

a la deuda el importe del dinero recibido en prenda, prescindiendo de los procedimientos legales de ejecución de la misma.

20.7.2. La prenda de derechos.

Propiamente, los derechos no son bienes muebles poseedores, ni, por tanto, susceptibles de prenda. No obstante, la doctrina admite, desde antiguo, la pignoratitividad de los derechos reales recayentes sobre bienes muebles in comercio y susceptibles de posesión. Y en cuanto a los derechos de crédito, el tráfico ha tipificado una figura de garantía que la doctrina califica de prenda por cuanto produce una inmovilización semejante a la producida en los bienes muebles por el desplazamiento posesorio. Consiste en la cesión del crédito en garantía de una obligación, notificándolo al deudor cedido, y constituyendo la prenda en instrumento público.

Mayor plasticidad prendaria ofrece la figura cuando el crédito objeto de la prenda está incorporado a un título, valor, acción, obligación, cheque ...

Nuestro ordenamiento contempla como normal la prenda de valores (Art. 1868).

Según el art. 1872 ... *si la prenda consistiere en valores cotizables, se venderán en la forma prevenida en el Código de Comercio ...*

El art. 57.2 de la Lsa de 22-12-1989 establece expresamente que ... *Tratándose de acciones nominativas, la constitución de derechos reales podrá efectuarse por medio de endoso acompañado, según los casos, de la cláusula "valor en garantía" o "valor en usufructo" o de cualquier otro equivalente ...*

En cambio, no constituyen prenda de derechos, sino de cosas muebles, aunque simbolizadas en un título, los warrants.

20.7.3. La prenda de créditos.

En términos técnicos, los créditos NO son susceptibles de posesión, no siendo siquiera mencionados por el Cc. Proviene del *pignus nominis* del Derecho romano, en cuyo sistema representaba más una cesión del crédito realizada en función de una garantía, que una verdadera prenda.

20.7.4. La prenda de valores.

Art. 1872 Cc ... Si la prenda consistiese en valores cotizables, se venderán en la forma prevenida por el Código de Comercio (Dcho. Mercantil).

La Ley 24/1988 del Mercado de Valores ha dado nueva redacción a los arts. 320 a 324 Ccom, incorporando una serie de preceptos de gran importancia respecto del préstamo con garantía de valores (negociables en bolsa).

Conforme a la nueva regulación del Ccom, la prenda de valores requiere ser constituida en documento público y permitir la adecuada identificación de los valores dados en garantía. Atendidos tales requisitos, el acreedor pignoraticio al que la Ley denomina prestador en vez de prestamista, goza de facultades pignoraticias de acusada firmeza.

20.7.5. Las prendas constituidas en favor de los Montes de Piedad.

Los Montes de Piedad y demás establecimientos públicos, que por instituto o por profesión presten sobre prendas, y su régimen son remitidos según el art. 1873 Cc, a las leyes y reglamentos especiales que les

conciernan, y subsidiariamente a las disposiciones de este Título.

El préstamo con garantía pignoraticia de los Montes de Piedad es una operación bancaria más de la correspondiente entidad bancaria, sometida a comisiones de apertura (sobre un 1 ó 1,50 %) y de cancelación anticipada, similares a las constituciones de hipoteca y con un interés nominal de 6 a 8 puntos más alto que el hipotecario.

El impago del préstamo genera la subasta pública de los bienes pignorados en la propia Sala de Almoneda de los Montes de Piedad.

21

La Hipoteca

21.1. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DE LA HIPOTECA.

El Código sólo dedica a la hipoteca 7 arts (1874 a 1880) ya que por su publicación en 1889 existía una Ley Hipotecaria precedente (1861) que instauraba un verdadero sistema de publicidad inmobiliaria en beneficio del crédito territorial y de la dinamización económica de la sociedad de su tiempo.

La parca regulación del Cc es sólo un trasunto compendiado y resumido de las características del Derecho Hipotecario y del sistema registral inmobiliario instaurado por la Ley Hipotecaria ya vigente. El art. 1880 Ce efectúa una remisión en bloque a la LH preexistente y cuya vigencia se encarga de ratificar el propio Cc ... *La forma, extensión y efectos de la hipoteca, así como lo relativo a su constitución, modificación y extinción y a lo demás que no haya sido emprendido en este cap., queda sometido a las prescripciones de la Ley Hipotecaria que continúa vigente ...*

21.1.1. Apunte histórico.

La concepción actual de la hipoteca se entronca con las reformas legislativas del siglo XIX. La LH de 1861 y el Cc ofrecen una regulación de la hipoteca que tiene escaso parecido a las características de épocas pasadas y, en particular, con lo que en Roma se denominaba hipoteca. Ello no quiere decir que el sistema romano desconociese la figura, sino que sus características de entonces fueron precisamente las repudiadas por los legisladores del siglo XIX, sin que corrieran mejor suerte otras formas de garantía de devolución de préstamos que durante los siglos medievales se impusieron en los territorios en los que se aplicaba el Derecho germánico.

Dado el entronque básicamente romanista de nuestro Derecho, basta con rememorar algunos datos fundamentales que acrediten la profunda diferencia entre la concepción romana de la hipoteca y la actual :

- Cabía constituir la hipoteca de forma tácita, basada en la presunción de la voluntad de la persona que la constituía.
- No se requería formalidad alguna en su constitución, sino que bastaba el simple convenio, pese al carácter generalmente formalista del Derecho romano.
- El mismo Gayo enseñaba también que podían quedar sometidos a hipoteca tanto los bienes dados en garantía como los restantes bienes actuales del deudor e incluso los bienes futuros.

En otros extremos la concepción romana de la hipoteca ha pervivido a través de los siglos, siendo los modernos ordenamientos tributarios de los juriconsultos de Roma.

25.1.2. Noción legal contemporánea.

En nuestra doctrina, los arts. 104 LH y el art. 1876 Cc ofrecen el concepto de hipoteca, teniendo exactamente el mismo contenido ... *La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida ...*

HIPOTECA : Derecho inscrito en el Registro de la Propiedad que otorga la sujeción inmediata de ciertos bienes inmuebles ajenos que, continuando en posesión de su dueño, quedan afectos en garantía al cumplimiento de una obligación principal y eventualmente a su venta o adjudicación en subasta pública .

21.2. NOTAS FUNDAMENTALES Y CARACTERÍSTICAS DE LA HIPOTECA.

La hipoteca es un derecho real de garantía, de realización de valor, con carácter preferente. Con ello se distingue de otras formas de garantía inmobiliaria, como la condición resolutoria explícita.

Es, por tanto, un derecho accesorio : Art. 1856 Cc ... *al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida ...*

Característica diferencial de la hipoteca es su condición inmobiliaria : Sólo son hipotecables los bienes inmuebles y los derechos reales enajenables impuestos sobre los mismos (Arts. 1874 Cc y 106 a 108 Lh).

21.2.1. La inscripción registral como requisito constitutivo.

La constancia registral de la hipoteca, es determinante de su propio nacimiento. Por ser la inscripción registral de naturaleza constitutiva, sin ella la hipoteca carece de vida jurídica.

21.2.2. La hipoteca como derecho de garantía de carácter accesorio.

La hipoteca requiere o presupone la existencia de una obligación principal, cuyo cumplimiento asegura y garantiza (obligación garantizada). Dicha obligación garantizada puede consistir en cualquier tipo de obligación, siempre y cuando sea evaluada económicamente por las partes, pues las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses.

21.2.3. La hipoteca como derecho real sin desplazamiento posesorio : Relaciones entre el crédito y la hipoteca.

Los arts. 1876 Cc y 104 Lh disponen coincidentemente que la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida.

La hipoteca es un derecho real de garantía sobre cosas inmuebles mediante la publicidad registral, un derecho subjetivo perfecto que atribuye a su titular un poder jurídico directo en la cosa, oponible a todos.

La hipoteca no es, aunque la presuponga, una relación jurídica entre el acreedor y el deudor, sino un poder jurídico del acreedor sobre la cosa, sin demasiado rigor conceptual, pero con gran expresividad de la realidad económica y jurídica. Podría decirse que es una relación entre el crédito garantizado y la cosa hipotecada

La hipoteca es un derecho real limitado *in re aliena*. Limitativo del dominio ajeno en el contenido dominical (*ius disponendi*), no porque el dueño no pueda disponer de la cosa así gravada, sino porque tiene que soportar que se disponga de ella, a iniciativa del titular de la hipoteca, al margen de su voluntad.

Constituída la hipoteca, el derecho de crédito sigue existiendo, pero el acreedor suma a su condición la de ser titular de un derecho real que le atribuye mayores y mejores facultades de protección de su crédito.

21.2.4. La hipoteca como instrumento crediticio.

En el siglo XIX la instauración del moderno sistema hipotecario fue la búsqueda de un sistema de firme garantía crediticia que permitiese la movilización de capitales y un mejor desarrollo económico.

La creación de la hipoteca en su formulación contemporánea conectada con la instrumentación pública a cargo de los Notarios y la garantía implícita en el Registro de la Propiedad, ha sido la institución jurídica que ha obtenido mayor triunfo y un éxito en crescendo.

21.3. CLASIFICACIÓN DE LAS HIPOTECAS.

Generalmente se realiza atendiendo a varios criterios :

1. Diferenciación entre que la hipoteca nazca a consecuencia de un acto de autonomía privada o a consecuencia de una disposición legal expresa : Hipotecas voluntarias o legales.
2. Otro criterio de clasificación es la naturaleza y características de la obligación asegurada de una parte, y de otra al objeto propio del gravamen hipotecario.

Art. 105 LH ... *La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones ...* El art. 1.861 Cc añade ... *ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria ...*

Art. 12 LH ... *Las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses, si se hubiesen estipulado ...*

-- De obligación futura o condicionada :

La admiten los arts. 142 y 143 LH que permiten su constitución y que ordenan que surta todos sus efectos, incluso contra tercero, desde la fecha de la inscripción, en el supuesto de que la obligación prevista como futura llegue a constituirse : Hipoteca actual en garantía de una obligación futura.

En la medida en que la hipoteca es actual tiene acceso inmediato al Registro y es objeto de inscripción.

Esta hipoteca presenta en nuestro sistema jurídico 2 fases distintas : La primera, a la que se refiere el art. 142 LH, se produce en el momento en que la garantía nace y el crédito se encuentra aún en estado potencial. La segunda, regulada por el art. 143 LH aparece cuando nacida la obligación se hace constar este hecho por medio de una nota marginal y la hipoteca pasa a ser ordinaria.

La hipoteca en garantía de obligaciones sujetas a condición suspensiva se encuentra también admitida y regulada por los arts. 142 y 143. La hipoteca puede constituirse a través de la inscripción en el Registro, produciendo todos sus efectos desde la fecha de la inscripción, obviamente en el caso de que la condición llegue a cumplirse.

-- De propietario :

La reforma hipotecaria de 1944-46 introdujo en el art. 138 LH la posibilidad de constituir hipotecas voluntarias, por disposición del dueño de los bienes sobre los que se establezca : Principio de consentimiento.

La legislación española se inspiró en la hipoteca de propietario característica del Derecho alemán, en cuya

virtud el mismo propietario de los bienes hipotecados se reserva un rango hipotecario a su favor. No obstante no sólo nó la admite, sino que el Prámbulo de la Ley de 1946 se pronuncia expresamente sobre el rechazo de la figura, cuyas funciones propias son atribuidas en nuestro sistema a la hipoteca unilateral.

-- Constituída por acto unilateral :

El art. 248 del Reglamento Hipotecario dispone ... 1. *Las hipotecas en garantía de prestaciones periódicas podrán constituirse por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada ...* 2. *Cuando las hipotecas en garantía de rentas o prestaciones periódicas se constituyan en actos de última voluntad, será título suficiente para inscribirlas, el testamento, acompañado de los certificados de defunción del testador, del Registro General de Actos de Última Voluntad y la aceptación del beneficiario de la prestación, pudiendo otorgarse en la escritura particional de la herencia o en otra escritura ...*

Art. 141 LH ... Las hipotecas voluntarias pueden ser constituídas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada ...

Art. 237 LH ... Si no constare la aceptación del beneficiario después de transcurridos 2 meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó ...

-- En garantía de títulos transmisibles :

Admite esta hipoteca el art. 150 LH, regulándola detalladamente el art. 154. Conforme al art. 150, cuando la hipoteca se haya constituido para garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador, el crédito hipotecario se entenderá transferido con el título, sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerlo constar en el Registro. De la dualidad reseñada surgen 2 importantes variedades : La hipoteca cambiaria y las obligaciones hipotecarias.

La hipoteca cambiaria garantiza los créditos nacidos del giro de una o varias letras de cambio. Las obligaciones hipotecarias son títulos valores emitidos como consecuencia de un empréstito lanzado por una persona física o jurídica o por una sociedad mercantil, que acude, para cubrir necesidades financieras, al ahorro privado, ofreciendo un interés y unos plazos de amortización. La obligación que asume el deudor prestatario se garantiza con hipoteca.

-- En garantía de cuentas corrientes de crédito :

En esta hipoteca la obligación garantizada es el saldo que resulta de la liquidación final de una apertura de crédito en cta. cte (art. 153 LH).

Pertenece al tipo de hipoteca de máximo y en ella el principio de especialidad exige que se fije la cantidad máxima de la que responde la finca hipotecada. Es hipoteca de máximo porque el crédito que se garantiza es indeterminado en su existencia, o en su cuantía.

El art. 153 LH exige que en la escritura de constitución de la hipoteca figure la cantidad máxima de que responda la finca, el plazo de duración de la cuenta, si éste es prorrogable o nó, y los plazos de liquidación de la cuenta.

-- En garantía de pensiones o rentas periódicas :

Se admite en el art. 157 LH y su especialidad radica en que las prestaciones objeto de la obligación garantizada son múltiples y se hallan temporalmente espaciadas, por lo que el derecho de realización del valor no puede ser ejecutado de una sólo vez, sino cada vez que vencido un plazo, la prestación o la renta no

resulten pagadas.

21.4. LAS HIPOTECAS VOLUNTARIAS Y LAS LEGALES.

21.4.1. Noción general.

Son hipotecas voluntarias, las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se establezcan (art. 138 LH).

Son hipotecas legales, las admitidas expresamente por las leyes con tal carácter, lo que no significa que la hipoteca la cree la ley automáticamente, lo que la ley hace es conceder un derecho a exigir la constitución de la hipoteca (art. 158 LH). Su constitución exige la inscripción registral del título en cuya virtud se constituye (art. 159 LH).

La diferencia entre las hipotecas voluntarias y las legales radica **sólo en su origen**, pues conforme a la Ley Hipotecaria :

*1º Las personas a cuyo favor concede la Ley hipoteca legal, no tendrán otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca **especial**, suficiente para la garantía de su derecho ... (Art. 158.2 LH).*

2º Para que las hipotecas legales queden válidamente establecidas se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan ... (Art. 159 LH).

3º La hipoteca legal, una vez constituida e inscrita surte los mismos efectos que la voluntaria, sin más especialidades que las expresamente determinadas en esta Ley, cualquiera que sea la persona que deba ejercitar los derechos que la misma hipoteca confiera ... (Art. 161 LH). Tales especialidades son realmente escasas, cabiendo sólo resaltar las siguientes :

– *Los derechos o créditos asegurados con hipoteca legal no podrán cederse sino cuando haya llegado el caso de exigir su importe :* Mera restricción temporal de la posibilidad de realizar la cesión del crédito hipotecario.

– Representa una especialidad propia de las hipotecas legales la facultad de su titular de solicitar ampliación de la hipoteca en los términos establecidos en el art.163 LH ... *En cualquier tiempo en que llegaren a ser insuficientes las hipotecas legales inscritas, podrán reclamar su ampliación o deberán pedirla, los que, con arreglo a esta Ley, tengan respectivamente el derecho o la obligación de exigir las y de calificar su existencia ...*

21.4.2. Supuestos de hipoteca legal.

Dejando de lado leyes especiales, el art. 168 LH sólo atribuye facultad para exigir su constitución a las personas siguientes :

1. Los reservatarios sobre los bienes de los reservistas en los supuestos de reserva hereditaria o sucesoria. Los reservatarios, en cuanto destinatarios finales de un bien o conjunto de bienes, determinado de la herencia, tienen derecho a exigir garantía hipotecaria a los reservistas (Art. 168.2 LH).

Tal redacción responde a la existencia de una regulación propia de las reservas en algunos Derechos Forales (en particular Navarra, Cataluña y País Vasco).

2. El Estado, las provincias y los pueblos, sobre los bienes de los que contraten con ellos o administren sus intereses, por las responsabilidades que contrajeron éstos de conformidad con lo establecido en las leyes y reglamentos (Art. 168.5 LH).

3. El Estado, las provincias y los pueblos, sobre los bienes de los contribuyentes, por los créditos tributarios o fiscales que no correspondan a las 2 últimas anualidades (Art. 168.6 en relación con el 194 LH).

4. Los aseguradores, sobre los bienes de los asegurados, por las primas impagadas que no correspondan a las 2 últimas anualidades (Art. 168.7 en relación con los arts. 195–197 LH).

21.5. LOS CRÉDITOS PREFERENTES DENOMINADOS HIPOTECAS LEGALES

TÁCITAS.

Para el cobro de los créditos correspondientes a las 2 últimas anualidades de los supuestos considerados anteriormente : 3 y 4, la LH concede preferencia absoluta a los entes públicos y a los aseguradores respecto de los demás acreedores.

21.5.1. Los créditos tributarios.

El art. 194.1 LH establece ... *El Estado, las provincias o los pueblos tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor y sobre el tercer adquirente, aunque hayan inscrito sus derechos en el Registro, para el cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de las contribuciones o impuestos que graven a los bienes inmuebles ... Se entenderá por anualidad vencida la constituida por los 4 trimes–tres del ejercicio económico anterior al corriente, sea cualquiera la fecha y periodicidad de la obligación fiscal de pago ...*

21.5.2. Los créditos de los aseguradores.

Respecto de los créditos de los aseguradores establece la LH una particular preferencia crediticia que también encuentra su refrendo en el art. 1923.2 Cc. En particular, el art. 196 LH determina ... *Mientras no se devenguen* (en el sentido de que se abonen) *las primas de los 2 años o los 2 últimos dividendos, en su caso* (caso de seguro mutuo) *tendrá el crédito del asegurador preferencia sobre los demás créditos.*

21.5.3. La naturaleza de crédito preferente.

A tal preferencia, la denominan algunos autores **hipoteca legal tácita**, con criterio un tanto inadecuado. La preferencia para el cobro no dimana de la presunta existencia de hipoteca alguna, sino de la existencia de un crédito preferente, en razón de una **preferencia privilegiada**. Desde la Ley Gral. Tributaria de 1963, los créditos tributarios se encuentran suficientemente protegidos por la legislación fiscal. Por otra parte, el tratamiento de los créditos de los aseguradores requiere consideraciones de otra índole. El planteamiento contemporáneo es considerar que en cuanto se produzca el impago de la prima, el asegurador puede dar por resuelto el contrato o, en todo caso, determinar la suspensión de la cobertura.

21.6. LAS HIPOTECAS LEGALES EN EL ÁMBITO FAMILIAR.

Además de los supuestos anteriormente considerados, el art. 168 LH enumera una serie de casos en los que determinadas personas pueden solicitar la constitución de hipotecas legales a su favor atendiendo a razones de organización económica de la familia o a la existencia de tutela, aunque hayan perdido en gran medida su significado propio y salvo particulares excepciones, resulten inaplicables en la práctica. Conforme al citado art. 168 LH, tienen derecho a exigir hipoteca legal :

1. "Las mujeres casadas sobre los bienes de sus maridos :

a) Por las dotes que les hayan sido entregadas solemnemente bajo fé de Notario.

b) Por los parafernales que solemnemente hayan entregado a sus maridos.

c) Por las donaciones que los mismos maridos les hayan prometido dentro de los límites de la Ley.

d) Por cualesquiera otros bienes que las mujeres hayan aportado al matrimonio y entregado a sus maridos con la misma solemnidad" (art. 168.1 LH).

2. "Los hijos sometidos a la patria potestad por los bienes de su propiedad usufructuados o administrados por el padre o madre que hubieran contraído 2º matrimonio, y sobre los bienes de los mismos padres" (art. 168.3 LH).

3. "Los menores o incapacitados sobre los bienes de sus tutores, por los que éstos administren y por la responsabilidad en que incurrieren, a no ser que presten en lugar de la fianza hipotecaria, otra garantía establecida y autorizada por el Cc" (art. 168.4 LH).

21.6.1. La hipoteca legal en favor de la mujer casada.

Su establecimiento respondía a un esquema de relaciones familiares en el que la disposición y administración de los bienes quedaba encomendada exclusivamente al marido, por lo que era natural que la esposa exigiese una garantía de buena administración. A partir de la CE de 1978, situados los cónyuges en absoluto plano de igualdad, las reformas capitales del Derecho de familia abrogaron tanto la dote como los bienes parafernale, revisando las relaciones contractuales entre los cónyuges, donaciones incluídas. De ahí que el RD 3215/1982 derogó los arts. 250 a 258 del RH, reguladores de la hipoteca dotal.

21.6.2. La hipoteca legal en favor de los hijos sometidos a patria potestad.

Es rarísima en la práctica. El precepto hipotecario sólo obliga a constituir la a los

progenitores que contraigan segundas nupcias, y además desde la publicación de la Ley 11/1981, los padres carecen de derecho alguno de usufructo sobre los bienes de los hijos, por lo que la hipoteca legal comentada sólo podría encontrar fundamento en la administración de los bienes, siempre y cuando el Juez considera oportuna la constitución de dicha hipoteca y no la prestación de cualquier otra garantía.

21.6.3. La hipoteca legal en favor de menores o incapacitados en relación con los tutores.

El mismo precepto hipotecario refiere la hipotética constitución de la hipoteca legal a los casos en que los tutores no presten otra garantía establecida y autorizada por el Cc.

En virtud de la redacción dada al art. 260 Cc por la Ley 13/1983 ... El Juez podrá exigir al tutor la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma ... Cuando la tutela sea desempeñada por una entidad pública, ésta queda exonerada de la prestación de fianza alguna.

21.7. CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA.

Conforme al sistema inmobiliario instaurado por el Derecho positivo español, la característica principal de la hipoteca consiste en su necesaria constancia registral. El documento público mediante el que se haya constituido (escritura pública o manda-miento judicial) debe inscribirse en el Registro de la Propiedad : Inscripción registral de la hipoteca : Naturaleza constitutiva.

Partiendo de la distinción conocida entre hipotecas legales, existen *prima facie* 2 grandes modos de constituir la hipoteca. El primer modo se refiere a las hipotecas voluntarias y es, según se deduce del art. 138, el convenio entre las partes o la disposición unilateral del dueño de los bienes sobre los que se establezca. El segundo para las hipotecas legales, es el acto (privado o judicial) realizado en cumplimiento de la disposición legal.

21.7.1. Planteamiento general : La opción innovadora del Cc.

Art. 1.875 Cc ... *Además de los requisitos exigidos en el art. 1.857, es indis-pensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad ...*

Para el Cc la eficacia constitutiva de la inscripción despliega sus efectos tam- bién *inter partes*, de forma que el acreedor prestamista no alcanza la condición de acreedor hipotecario o titular del derecho real de hipoteca y las prerrogativas que tal condición atribuye hasta que se haya producido la inscripción registral.

Las reformas hipotecarias de 1909 y 1946 siguen la opción del Cc :

-- Según el art. 145 LH ... *Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente constituidas, se requiere :*

1. *Que se hayan constituido en escritura pública.*
2. *Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad ...*

21.7.2. La constitución de las hipotecas voluntarias.

La circunstancia de que los preceptos citados hablen de escritura respecto de las hipotecas se asienta en el hecho de que en la mayoría de supuestos reales, la hipoteca nace de un contrato de préstamo instrumentado en escritura pública. No obstante, no son imposibles otras formas de establecimiento de la hipoteca, tal y como reconoce nuestra legislación, ni que la falta de escritura pública determine la invalidez de actos de autonomía privada (contractuales o nó) que tengan como fin la creación del derecho real de hipoteca. En tales casos, el recurso al art. 1.279 Cc por parte del acreedor puede determinar que el otorgamiento de la escirtura sea ordenado por la autoridad judicial, una vez firme la sentencia y otorgado el correspondiente manda-miento.

La legislación hipotecaria permite que la génesis de la hipoteca venga repre- senatada por el testamento (art. 248 RH) si posteriormente el eventual acreedor hipo- tecario manifiesta su aceptación en la escritura particional.

El carácter convencional de la hipoteca decae en el caso de la hipoteca unila- teral : Art. 141 LH establece que en este caso la aceptación del beneficiario se hará constar en el Registro por nota marginal.

21.7.3. La constitución de las hipotecas legales.

El art. 159 LH exige terminantemente la inscripción del título : Del que en cada caso corresponda y sea susceptible de ingreso en el Registro.

Si el obligado por la ley a constituir la hipoteca no se ofrece voluntariamente a hacerlo, el beneficiario de la hipoteca legal habrá de recurrir al procedimiento especial contemplados en los arts. 165 y 166 LH que, en caso de falta de avenencia de las partes, se resuelve por el trámite procesal de los incidentes. Cabe por tanto, que el título que finalmente acceda al Registro esté representado por un mandamiento judicial.

22

La obligación garantizada con hipoteca

22.1. LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA CON HIPOTECA, EN GENERAL.

Según dispone el art. 105 LH ... *La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones ...*

El art. 1.861 Cc indica lo mismo añadiendo ... *ya sean puras, o estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria ...*

La LH contempla detalladamente las hipotecas constituídas en garantía de :

1. Obligaciones futuras (arts. 142 y 143).
2. Obligaciones sometidas a condición suspensiva o resolutoria (arts. 142 y 143).
3. Títulos transmisibles por endoso o al portador (art. 150).
4. Cuentas corrientes de crédito (art. 153).
5. Rentas o prestaciones periódicas (art. 157).

Si la hipoteca garantiza el importe de la obligación asegurada, o en todo caso, la cantidad máxima a que asciende la responsabilidad hipotecaria, dichas circunstancias habrán de constar en la inscripción registral : Art. 12 LH.

22.2. HIPOTECA DE TRÁFICO, DE SEGURIDAD Y DE MÁXIMO.

Según quede configurada la obligación asegurada en la inscripción registral, suele distinguirse entre hipoteca de tráfico e hipoteca de seguridad.

22.2.1. Hipoteca de tráfico u ordinaria.

Se da en aquellos supuestos en que la obligación es cierta, y su cuantía queda determinada en la propia inscripción registral.

22.2.2. Hipoteca de seguridad.

La hipoteca, en este caso, asegura el cumplimiento de una obligación cuya cuantía no se halla determinada de forma segura y concreta, en la inscripción registral o bien se trata de una obligación cuya existencia en el futuro es incierta o dudosa. En tales supuestos, la exacta identificación del crédito hipotecario no puede deducirse del Registro de la propiedad, cuya exactitud queda circunscrita a la existencia de la hipoteca, pero no a la existencia y cuantía del crédito hipotecario, que habrán de determinarse extrarregistralmente en el momento oportuno.

22.2.3. Hipoteca de máximo.

Es un subtipo o derivación de la hipoteca de seguridad, en la que sin embargo registralmente consta el importe máximo del crédito asegurado. Su figura típica es la establecida en garantía de cuentas corrientes de crédito. No obstante, en la actualidad el esquema hipotecario de máximo se aplica a la mayor parte de las hipotecas, incluídas las más numerosas : Las de préstamo hipotecario para adquisición de vivienda.

22.3. LOS INTERESES DE LA OBLIGACIÓN ASEGURADA.

22.3.1. Introducción.

La LH parte del presupuesto de que si la obligación garantizada produce intereses remuneratorios, la hipoteca cubre también el pago de ellos. No obstante, la mayor parte de las hipotecas constituídas se asientan en una deuda pecuniaria, cuyo cumplimiento por el deudor es lo que se garantiza.

Si la hipoteca garantiza el importe de la obligación asegurada (o en todo caso, la cantidad máxima a que asciende la responsabilidad hipotecaria) es natural que dichas circunstancias consten en la inscripción registral : Art. 12 LH ... *Las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses, si se hubiesen estipulado ...* La exacta determinación del importe de la obligación asegurada es absolutamente necesaria : No cabe constituir hipoteca alguna sin expresar el importe de la obligación garantizada.

Al ser la hipoteca un derecho de realización de valor, impone que el crédito asegurado consista en una prestación pecuniaria o reducible a ella.

De no existir pacto al respecto, entran en juego los intereses legales, pero son raramente aplicables pues el crédito territorial es una actividad típica de las instituciones financieras, y las cláusulas de estilo prestan particular atención a la fijación de los intereses remuneratorios convencionales, así como a los intereses moratorios y los gastos y costas que pudieran generar el impago y la ejecución hipotecaria.

22.3.2. Bienes hipotecados en poder del tercer poseedor.

En el supuesto de que, llegado el momento de la ejecución, el titular registral de los bienes hipotecados sea una persona distinta al deudor hipotecante (tercer poseedor), la hipoteca asegura únicamente los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente, salvo pacto en contrario incorporado a la escritura constitutiva : Art. 114.1º-2º ... *Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés, no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente ... En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a 5 años ...*

22.3.3. Continuidad de la pertenencia de los bienes al deudor hipotecario.

En tal supuesto, no hay tasa temporal para los intereses : Los bienes responden por todos los intereses impagados, por antiguos que sean, siempre que no hayan prescrito (5 años conforme al art. 1.966 Cc, aunque dicho plazo es susceptible de interrupción). En tal sentido, el art. 146 LH establece ... *El acreedor hipotecario podrá repetir contra los bienes hipotecados por el pago de los intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que deba verificarse el reintegro del capital, pero si hubiere un tercero interesado en dichos bienes, a quien pueda perjudicar la repetición, no podrá exceder la cantidad que por ella se reclame de la garantizada con arreglo al art. 114 ...*

Para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos, el acreedor podrá exigir

al deudor ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados (art. 115.1 LH).

22.3.4. Precisiones complementarias.

La detallada regulación de los intereses se debe a que el Registro informa del momento constitutivo de la hipoteca, pero no del alcance concreto de la obligación de intereses en un momento posterior. Por lo que, un eventual adquirente de la finca hipotecada, sólo a través de la cláusula inscrita, puede conocer hasta donde le afecta la responsabilidad hipotecaria.

La expresión relativa al eventual tercero perjudicado va dirigida a proteger a cualquier persona que con posterioridad a la constitución de la hipoteca de que se trate, adquiera un derecho real susceptible de inscripción y en particular, a los acreedores hipotecarios sucesivos (vg : Titular 2ª hipoteca), debido a que cuanto más cobre el acreedor hipotecario en concepto de intereses, más disminuirá el patrimonio del deudor y en consecuencia las expectativas de cobro de los restantes acreedores.

22.3.5. Los intereses variables.

La alta tasa de inflación característica de España durante décadas determinó que los intereses hipotecarios hayan sido muy altos e inamovibles hasta la década de los 80. Debido a ello la Dirección General de los Registros y del Notariado se mostraba reticente a admitir cláusulas de interés variable, cosa que sólo ha sido posible recientemente (Ley 2/1994). Pero incluso antes de dicha Ley la admisión de los intereses variables fue incorporada a la LH en virtud de la reforma legislativa operada por la Ley 19/1986. En previsión de cambios excesivos al alza, la DGRN exige que los intereses variables puedan determinarse mediante cláusulas específicas y en relación con un tipo de referencia de carácter objetivo que no dependa de la parte acreedora.

22.3.6. Los intereses moratorios.

Aunque la LH no haga referencia a ellos, actualmente constituyen cláusula de estilo. Mediante pacto expreso, los intereses nacidos a consecuencia del incumplimiento de la obligación garantizada pueden quedar asegurados mediante la hipoteca, pero el acuerdo debe reunir los siguientes requisitos :

1. Establecerse nítida y diferenciadamente respecto de los intereses remuneratorios.
2. Determinación de un tipo propio de interés propio, coincida o no con el establecido para los remuneratorios, o en su caso, un tope máximo de responsabilidad por razón de ellos.
3. Respetar, sumados a los remuneratorios, el plazo máximo de 5 años establecido en el art. 114 LH.

22.3.7. Las costas y gastos.

En virtud de pacto expreso, la garantía hipotecaria suele extenderse también a las costas y gastos originados en la relación hipotecaria.

Entre las costas adquieren especial relevancia las judiciales que pueda originar la propia ejecución hipotecaria o el ejercicio de la acción de devastación. Los gastos han de reducirse a las cantidades abonadas por el acreedor para evitar el perjuicio de la cosa hipotecada o por acuerdo expreso con el deudor.

La incertidumbre que pesa sobre tales gastos y costas conlleva a que el pacto a ellos relativo haya de concretarse de forma que la hipoteca quede configurada como de máximo.

22.4. ESPECIALIDADES HIPOTECARIAS EN ATENCIÓN A LA OBLIGACIÓN

ASEGURADA.

22.4.1. Obligaciones futuras y sometidas a condición.

La LH regula especialmente los casos relativos a las obligaciones futuras y a las obligaciones condicionales en los arts. 142 y 143.

A/ Obligaciones futuras y sometidas a condición suspensiva.

Art. 142.1º y art. 143 :

... La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas, surtirá efecto contra tercero, desde su inscripción, si la obligación llega a contraerse o la condición a cumplirse ...

... Cuando se contraiga la obligación futura o se cumpla la condición suspensiva ... podrán los interesados hacerlo constar mediante nota al margen de la inscripción hipotecaria ...

B/ Obligaciones sometidas a condición resolutoria.

Art. 142.2º *... Si la obligación asegurada estuviese sujeta a condición resolutoria inscrita, surtirá su efecto la hipoteca, en cuanto a tercero, hasta que se haga constar en el Registro el cumplimiento de la condición ...*

22.4.2. Obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador.

Regula la LH la posibilidad de garantizar mediante hipoteca el cumplimiento de aquellas obligaciones que se encuentran incorporadas a un título valor, ya se trate de un título a la orden (transmisión mediante endoso) o al portador.

La LH regula el supuesto inicialmente al considerar la posibilidad de cesión del crédito hipotecario : Art. 150 *... Cuando la hipoteca se hubiese constituido para garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador, el derecho hipotecario se entenderá transferido, con la obligación o con el título, sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro :* En cuanto accesoria de la propia titularidad del título valor, la posición de acreedor hipotecario no depende en absoluto del Registro : Será acreedor hipotecario quien sea, en cada momento, tenedor o endosatario del título. Tal peculiaridad trata de superarla la LH estableciendo en el art. 154 un mandato. Por una parte procurando evitar la indeterminación del titular del crédito mediante la exacta delimitación de los títulos, y de otra ordenando la incorporación material a los títulos de las oportunas referencias a la constitución de la hipoteca.

22.4.3. Cuentas corrientes de crédito.

O línea de crédito o apertura de crédito en cta. cte. : El acreditado puede disponer del crédito necesario, sin necesidad de entrega material de fondos y sin quedar obligado al pago (capital e intereses) más que de lo realmente dispuesto.

Las obligaciones dimanantes pueden ser aseguradas mediante hipoteca, cuya constitución y características se regulan en el art. 153 LH. Su peculiaridad más sobresaliente consiste en la constante indeterminación del saldo vivo del crédito y, por tanto, en la fijación de la correlativa responsabilidad hipotecaria.

La legislación hipotecaria impone la concreción de datos relativos a la afección que incide sobre la finca hipotecada :

— Cantidad máxima de que ha de responder la finca (Hipoteca de máximo).

-- Período de duración de la garantía hipotecaria.

La determinación del saldo vivo y la contabilidad de las diversas operaciones entre las partes constituye un punto álgido del tema. El art. 153.4º parte del requisito de existencia por duplicado de una libreta en las que han de anotarse las diversas operaciones. A los efectos de proceder ejecutivamente, el saldo podrá acreditarse mediante certificación de la Entidad acreedora, contra la que se podrá recurrir, caso de error o falsedad, dentro de los 8 días siguientes.

22.4.4. Rentas o prestaciones periódicas.

El cumplimiento de las prestaciones periódicas puede garantizarse hipotecaria-mente desde la aprobación de la LH de 1944. Su prolongación en el tiempo requiere a veces establecer un medio seguro de exigir su cumplimiento al deudor.

La LH dedica el art. 157 a la regulación de dicha hipoteca ... *En la inscripción de la hipoteca se hará constar el acto o contrato por el que se hubiesen constituido las rentas o prestaciones y el plazo, modo o forma con que deban ser satisfechas ... Salvo pacto en contrario, transcurridos 6 meses desde la fecha en que, a tenor de lo consignado en el Registro, debiera haberse satisfecho la última pensión o prestación, el titular del inmueble hipotecado, podrá solicitar la cancelación de la hipoteca, siempre que no conste asiento alguno que indique haberse modificado el contrato o formulado reclamación contra el deudor sobre pago de dichas pensiones o presta-ciones ...*

Como característica peculiar ... *El que remate los bienes gravados con tal hipoteca los adquirirá con subsistencia de la misma y de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento ...*

22.4.5. La hipoteca unilateral.

El art. 248.2º del RH dispone que las hipotecas en garantía de prestaciones periódicas podrán constituirse por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, precisando que cuando se constituyan en actos de última voluntad, será título sufi-ciente para inscribirlas el testamento, acompañado de los certificados de defunción del testador y del Registro Gral de Actos de Última Voluntad, y la aceptación del pensio-nista o beneficiario de la prestación podrá otorgarse en la escritura particional de la herencia o en otra escritura : Hipoteca testamentaria.

Pero si el beneficiario, por la razón que sea, no hace constar en el Registro su aceptación, no deviene acreedor hipotecario, y no siendo titular de derecho de hipo-teca alguno, la LH dispone que podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad de consentimiento de la persona en cuyo favor se constituyó (art.141.2º). Pero la pretensión de cancelación por parte del constituyente unilateral sólo será eficaz si no constare la aceptación después de transcurridos 2 meses a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado.

La importancia del requerimiento es una de las características primordiales de la hipoteca unilateral : Supone una expresa admonición de posible cancelación de la hipoteca.

23

El objeto de la garantía hipotecaria

23.1. BIENES SUSCEPTIBLES DE HIPOTECA.

Conforme a los arts. 1874 Cc y 106 Lh, pueden ser objeto de hipoteca los bienes inmuebles. Supuesto que, el objeto del derecho real de hipoteca es siempre la finca, el ámbito jurídico del gravamen viene determinado por

el derecho subjetivo que, sobre ella, legitime la constitución de la hipoteca ; tal ámbito jurídico es total, cuando el "derecho hipotecado " es el pleno dominio, y en mayor o menor medida limitado, cuando es otro derecho. A los derechos hipotecables distintos del dominio, se refiere el art. 107 Lh, a cuyo tenor podrán también hipotecarse ...

23.2. PECULIARIDADES DE CIERTAS HIPOTECAS POR RAZÓN DEL OBJETO.

23.2.1. La hipoteca del derecho de usufructo.

Queda extinguida la hipoteca cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluído a no mediar el hecho que le puso fin. Se exceptúan, en principio, los usufructos legales.

23.2.2. La hipoteca de la nuda propiedad.

Si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, no sólo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo, como no se haya pactado lo contrario ...

23.2.3. La hipoteca de los bienes previamente hipotecados.

El art. 107.3º declara susceptibles de hipoteca los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverse a hipotecar ... Las diversas hipotecas impuestas sobre una misma finca, propiamente no concurren, sino que suceden. Entre los garantizados con las sucesivas hipotecas no hay *pars conditio creditorum*, sino que se mantiene la preferencia o privilegio de cada uno sobre los que le siguen. La característica de la preferencia origina así la regla del rango hipotecario .

23.2.4. La subhipoteca.

No es lo mismo hipotecar aunque sea sucesivamente los bienes que hipotecar el propio derecho de hipoteca : Hipoteca del derecho de hipoteca voluntaria.

El acreedor hipotecario en cuanto titular de un derecho real inmobiliario, convierte su derecho de hipoteca en objeto de una nueva hipoteca.

23.2.5. La hipoteca del derecho de superficie y otros derechos análogos.

El art. 107.5º declara susceptibles de hipoteca los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real ...

El carácter temporal del derecho de superficie hace que la regla relativa a la extinción de la hipoteca por transcurso del tiempo previsto en la constitución de la superficie deba ser la aplicable a todo supuesto de superficie, salvo que ésta haya sido constituída por tiempo indefinido.

23.2.6. La hipoteca de las concesiones administrativas.

Permite la LH que sean objeto de hipoteca las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios o terrenos que no estando directa o exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario ...

Presupuestos de tal hipotecabilidad son su consideración de bien inmueble, conforme al art. 334.10° Cc y su inscribibilidad en el Registro, también que sea susceptible de enajenación y, concretamente, que la concesión lo autorice. Y como quiera que su objeto es la concesión misma y no los bienes que sean de ésta, el adjudicatario, en la ejecución de la hipoteca, deberá reunir los requisitos exigidos para ser concesionario.

23.2.7. La hipoteca del retracto convencional y de los bienes vendidos con pacto

de retro.

Los números 7° y 8° del art. 197 LH, expresan que pueden hipotecarse los bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia, si el comprador o su causa-habiente limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, a fin de que si se retrajeran los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, a no mediar para ello precepto judicial ... El derecho de retracto convencional, si bien el acreedor no podrá repetir contra los bienes hipotecados sin retraerlos previamente en nombre del deudor en el tiempo en que éste tenga derecho y anticipando la cantidad que para ello fuese necesario ...

23.2.8. La hipoteca de bienes litigiosos.

Cabe también hipotecar (art. 107.9°) los bienes litigiosos, si la demanda origen del pleito, se ha anotado preventivamente, o si se hace constar en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio, pero en cualquiera de los dos casos, la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito ...

23.2.9. La hipoteca de los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas.

La hipoteca que recaiga sobre la titularidad de bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas, es factible, pero habrá de quedar extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante ...

23.2.10. La hipoteca de los pisos y/o locales sometidos al régimen de propiedad

horizontal.

El número 10 del art. 107 es el resultado de una adición incorporada a la LH por obra de la Ley de Propiedad Horizontal. De todos los supuestos relacionados en el precepto es el más frecuente.

23.3. LOS DERECHOS REALES NO HIPOTECABLES.

Por exigencia lógica, acogida en el art. 1858 Cc, la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes inmuebles. La Ley Hipotecaria completa el elenco positivo de bienes hipotecables (arts. 106 y 107) con otro de derechos no susceptibles del gravamen (Art. 108), a cuyo tenor NO serán hipotecables :

23.3.1. Las servidumbres.

No pueden hipotecarse las servidumbres, a menos que se hipotequen conjuntamente con el predio dominante, exceptuándose, en su caso, la de aguas (saca de agua y abrevadero), la cual podrá ser hipotecada.

23.3.2. Los usufructos legales.

El art. 108.2° prohíbe someter a hipoteca los usufructos legales, excepto el concedido al cónyuge viudo por el Cc.

23.3.3. Los derechos de uso y habitación.

El uso y la habitación son derechos considerados *personalísimos*, por lo que las facultades atribuidas a sus titulares sólo pueden ser ejercidas por ellos mismos y no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título (Art. 525 Cc) : Son radicalmente inalienables por lo que carecen de uno de los requisitos señalados por el art. 106 LH para ser susceptibles de hipoteca.

23.4. LA EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA HIPOTECA.

Al ser la hipoteca un derecho real de carácter inmobiliario y tener por objeto un bien de naturaleza inmueble, es claro que dentro de la hipoteca debe quedar comprendido todo lo que es el inmueble o forma parte de él, y quedar excluido aquello que no es en puridad el inmueble.

A la vista de los arts. 109 –111, el problema de la extensión objetiva del derecho real de hipoteca es un problema del negocio jurídico creador de la hipoteca, siendo la declaración de voluntad de las partes la fuente primordial de reglamentación.

Tanto el art. 1874 Cc como el art. 106 Lh, consideran hipotecables los bienes inmuebles inscribibles y los derechos reales inmobiliarios enajenables.

23.4.1. La extensión natural de la hipoteca.

Art. 109 y 110 LH ... *La hipoteca se extiende a las **acciones naturales**, a las **mejoras** y al importe de las **indemnizaciones** concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados ...* En el régimen legal de la materia, pueden distinguirse 3 apartados :

A/ Accesiones naturales :

Tiene tratamiento de **elemento natural** : Supone la inclusión legal en el objeto de la hipoteca, en el inmueble, de elementos, aunque no se mencionen en el contrato. Art. 110 Lh ... *Se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario.*

B/ Mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualesquiera otras semejantes que no consistan en agregación de terrenos, excepto por accesión natural o en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere.

C/ Indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de éstos, siempre que el siniestro o hecho que los motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca, y asimismo los procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública.

D/ Otros aspectos :

Aunque no sean objeto de mención expresa en los arts. 109 y 110 Lh, la extensión natural de la hipoteca alcanza objetivamente a los siguientes aspectos :

1. La hipoteca se extiende a cualesquiera servidumbres de las que el predio hipotecado sea dominante, por ser inseparables del propio dominio (art. 108).

2. Atendiendo a la indisponibilidad de consideración separada, en el caso de que la hipoteca recaiga sobre un bien inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal, se extiende a la copropiedad sobre los elementos comunes del edificio.

3. El art. 215.1º RH expresa ... La hipoteca se extenderá al exceso de cabida de la finca hipotecada que se haya

hecho constar en el registro con posterioridad a la inscripción de aquélla.

23.4.2. Extensión pactada o convencional de la hipoteca.

El ámbito objetivo de la hipoteca procedente de pacto se deduce a contrario de las exclusiones enumeradas en el art. 111 Lh ... *Salvo pacto expreso o disposición legal en contrario, la hipoteca, cualquiera que sea la naturaleza y forma de la obligación que garantice ... NO comprenderá :*

1º Los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto.

2º Los frutos, cualquiera que sea la situación en que se encuentren.

3º Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada.

23.4.3. Extensión objetiva de la hipoteca respecto del tercer poseedor .

Cuando la finca hipotecada pasa a manos de un subadquirente, su condición de tercero en la constitución de la relación hipotecaria, aconseja recortar el alcance objetivo de la hipoteca, excluyendo los elementos que procedan del propio adquirente.

Respecto de terceros habrá que estar a los términos de la inscripción registral y sólo ésta determinará el alcance de la sujeción de aquellos bienes incorporados o destinados al servicio del inmueble.

23.5. DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA.

La legislación hipotecaria española, asentada en el principio de especialidad, requiere que, en el caso de que la hipoteca vaya a afectar a varias fincas o derechos reales inmobiliarios (o a cuotas indivisas de ellos), se determine desde el momento de su constitución hasta dónde alcanza la responsabilidad hipotecaria de las diversas fincas, derechos o cuotas indivisas : Rechazo de cualquier clase de hipoteca solidaria, partiendo del principio de que debe quedar identificada la responsabilidad real de los bienes sujetos a gravamen : Art. 119 LH y art. 216 RH.

El RH facilita la determinación de la responsabilidad hipotecaria a través de muy distintos procedimientos, pero en todo caso previos a la constitución de la hipoteca propiamente dicha, con independencia de las posibles eventualidades que puedan darse posteriormente en relación con los bienes gravados.

23.5.1. Agrupación o agregación de fincas.

La previa determinación de la responsabilidad hipotecaria permite que el titular de la finca gravada pueda actuar libremente en el tráfico, sea adquiriendo fincas colindantes o construyendo nuevas edificaciones sobre los terrenos hipotecados sin que los nuevos bienes se encuentren también sometidos a la garantía hipotecaria.

El art. 110 LH excluye de la extensión objetiva de la hipoteca la agregación de terrenos o la nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere.

23.5.2. División o segregación de la finca hipotecada.

La misma consecuencia de irrelevancia de la nueva situación fáctica tiene lugar cuando se produce el fenómeno contrario : Dueño de finca hipotecada la divide en varias fincas o procede a segregar una parte como finca independiente, con independencia de que siga siendo titular de todas ellas o de que proceda a su

enajenación a terceros.

Art. 123 LH ... *Si una finca hipotecada se dividiere en dos o más, no se distri-buirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor ...* : La responsabilidad hipotecaria se mantiene incólume conforme a las reglas previstas en el título de constitución y todas las fincas o unida-des registrales resultantes de la división seguirán encontrándose gravadas por la garantía hipotecaria, salvo que el acreedor preste su conformidad a la distribución de la responsabilidad hipotecaria. Los gastos e impuestos de tales operaciones recaen siempre y exclusivamente sobre el deudor.

En el supuesto de que el acreedor hipotecario no se avenga a una nueva distri-bución de la responsabilidad hipotecaria, podrá repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez.

23.5.3. La cotitularidad del crédito hipotecario.

En el caso de que los acreedores hipotecarios sean 2 o más, el art. 54.1 RH dispone que Las inscripciones de partes indivisas de un finca o de un derecho preci-sarán la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos, que permitan cono-cerla indudablemente : Se requiere la determinación precisa e inequívoca del conte-nido y extensión de los derechos que pretenden su acceso al Registro, a fin de facilitar la fluidez y seguridad de su tráfico jurídico (Arts. 9, 11 y 12 LH).

23.5.4. La hipoteca de cuotas indivisas : Art. 217 RH.

La excepción más importante a todo lo expuesto se establece en el art. 217 RH, conforme al cual ... *Si se tratase de hipotecar varios derechos integrantes del dominio o participaciones pro indiviso de una finca o derecho, podrán acordar los propietarios o titulares respectivos ... la constitución de una sólo hipoteca sobre la titularidad de los derechos, sin que sea necesaria la previs distribución ...*

23.5.5. La hipoteca conjunta sobre edificios en régimen de propiedad horizontal.

Queda excluído igualmente de la necesidad de distribuir la responsabilidad hipotecaria el supuesto regulado en el art. 218 RH que prevé el caso de que el conjunto de los copropietarios de pisos en un edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal constituyan una hipoteca conjunta sobre la totalidad de la finca ... *El acreedor hipotecario sólo podrá hacer efectivo su derecho en estos casos, dirigién-dose contra la totalidad del edificio ...* : Supuesto rara avis en la actualidad.

24

Contenido y efectos de la hipoteca

24.1. CONTENIDO Y EFECTOS DE LA HIPOTECA.

La constitución de la hipoteca no priva en absoluto a los sujetos en ella inte-resados de la capacidad de disposición de su posición jurídica respectiva.

Los bienes inmuebles (sean cosas propiamente dichas o derechos) pueden ser enajenados por el deudor hipotecante, aunque pesen sobre ellos una o varias hipo-tecas. Esta circunstancia de encontrarse los bienes hipotecados (Art. 107.3 LH) no conlleva indisponibilidad jurídica alguna, sino la lógica depreciación del valor de mercado de tales bienes.

1.- El adquirente del bien hipotecado recibe el calificativo de tercer poseedor del bien hipotecado, aunque realmente no sea tal (poseedor en el sentido de detentador), sino verdadero titular o propietario del bien afecto

a la garantía (y afecto seguirá mientras el deudor de la obligación principal garantizada no la cumpla).

2.- El acreedor hipotecario puede ceder o transmitir su posición jurídica, de acuerdo con el principio general establecido en el art. 1.112 Cc y lo dispuesto en el art. 149.1º LH ... *El crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro ...* (Norma que hace suya el art.1878 Cc).

La cesión del crédito hipotecario no modifica, sin embargo, la composición subjetiva de la relación hipotecaria : El adquirente del crédito o cesionario se subrogará en la posición jurídica del cedente (Art. 149.3 LH) convirtiéndose en el nuevo acreedor hipotecario.

En lo que se refiere a los efectos fundamentales de la hipoteca, es evidente que en cuanto garantía accesoria de la obligación principal, la operatividad de la hipoteca depende del cumplimiento o incumplimiento de la obligación asegurada :

a/ En caso de cumplimiento exacto y total de la obligación principal, ésta habrá de considerarse extinguida y, por tanto, también habrá de privarse de efectos a la hipoteca (aunque será necesario cancelarla registralmente).

b/ Cuando el deudor incumpla, el acreedor hipotecario podrá hacer efectivo el *ius distrahendi* propio de la garantía real a través de los procedimientos de ejecución.

c/ De forma preventiva, el acreedor hipotecario podrá asimismo ejercitar la acción de deterioro o devastación si el comportamiento del propietario de la cosa hipotecada conlleva el deterioro de la cosa o del derecho sobre el que recae la garantía.

24.2. LA VENTA DE FINCA HIPOTECADA.

Es indudable que los bienes sometidos a hipoteca pueden ser objeto de libre disposición por su propietario, siendo el mantenimiento de dicha facultad uno de los presupuestos de la constitución de la hipoteca y del sistema de crédito territorial en su conjunto, de forma que sería radicalmente nula (no susceptible de inscripción en el Registro) la estipulación en cuya virtud el deudor hipotecario fuese privado de ella.

Para que el deudor hipotecario pueda realizar actos de disposición sobre la cosa hipotecada, es obvio que ha de encontrarse con el supuesto de deudor hipotecante pues en el caso de que la cosa hipoteca pertenezca a otro, al no coincidir la condición de deudor hipotecario con la titularidad del bien hipotecado (hipotecante no deudor), sería lógico concluir que el deudor puede transmitir válidamente la cosa objeto de la hipoteca (lo que no obsta a la validez contractual de la venta de cosa ajena, cosa bien distinta).

El supuesto de que el deudor hipotecante transmita a un tercero la propiedad de la finca o el derecho que, en su día, fuera objeto de hipoteca, puede llevarse a cabo de distintas maneras, pues el adquirente del bien hipotecado puede subrogarse en la posición del deudor hipotecante o por el contrario, limitarse a adquirir la cosa con la carga de la hipoteca, pero sin asumir la responsabilidad personal que, como complemento de la hipotecaria, pesaba sobre el deudor hipotecario.

24.2.1. La subrogación del adquirente : La asunción liberatoria.

Art. 118.1 LH ... *En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el 2º se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el 1º desligado de dicha obligación, si el acreedor prestase su consentimiento*

expreso o tácito ...

Según dicho precepto :

1°. La venta de cosa hipotecada determinante de la asunción por el adquirente de la condición de deudor hipotecario exige el consentimiento de las 3 partes interesadas : Vendedor (deudor hipotecante en su día y deudor hipotecario en el momento de ven-der), comprador (que pasa a ser el nuevo deudor hipotecario) y el acreedor hipotecario.

2°. El primitivo deudor hipotecario deja de serlo tanto respecto de la responsabilidad hipotecaria propiamente dicha como de la obligación personal (o principal, generalmente la devolución del préstamo) cuyo cumplimiento, en su día, fue garantizado mediante la constitución del derecho real de hipoteca (responsabilidad accesoria).

3°. La adquisición por el comprador de la condición de deudor hipotecario, supone para el primitivo deudor hipotecario, la liberación de la deuda u obligación principal (también de la accesoria) : Asunción liberatoria de deuda, de puro alcance modificativo en sentido subjetivo respecto del deudor hipotecario.

4°. El comprador del bien hipotecado es tan deudor hipotecario como lo fue el deudor hipotecante desde el momento en que constituyó la hipoteca hasta que realizó la venta subrogando (con consentimiento del acreedor hipotecario) en su posición al comprador.

5°. El comprador no puede ser considerado tercer poseedor, sino que asume las responsabilidades derivadas de la hipoteca y de la obligación personal con ella garantizada : Responde del cumplimiento de tales obligaciones tanto con el bien gravado con hipoteca (si el acreedor ejerce la acción real), como con su restante patrimonio, si el acreedor hipotecario opta por el ejercicio de la acción personal.

-- En el caso de que la entidad prestataria venda la finca ... el adquirente podrá subrogarse en el presente préstamo e hipoteca y será por cuenta del mismo la comisión de subrogación del 0,50 % sobre el principal subrogado, que percibirá el Banco de una sola vez en el momento de la formalización de la subrogación ...

-- Cumplidos estos trámites y admitida la subrogación, el nuevo deudor hipotecario podrá solicitar el cambio de domiciliación de pago a otra oficina del Banco ...

24.3. LA SUBROGACIÓN HIPOTECARIA A INSTANCIAS DEL DEUDOR : La Ley

2/1994.

La Ley 2/1994 supone la definitiva consagración legislativa de los préstamos hipotecarios con interés variable y la introducción de una aplicación concreta de la subrogación legal prevista en el art. 1211 Cc. Esta ley se caracteriza, en términos formales, por no introducir modificación alguna a la LH, aunque en términos materiales suponga la introducción de un supuesto legal de subrogación que puede actuar el deudor hipotecario cuando le convenga, sin necesidad de contar con el consentimiento del acreedor hipotecario (art. 2°), cualquiera que sea la fecha de formalización del crédito hipotecario y aunque no conste en él la posibilidad de amortización

anticipada (art. 1°).

El fondo del tema radica en permitir que el deudor hipotecario pueda subrogar su hipoteca a otro acreedor que le ofrezca mejores condiciones en relación con el tipo de interés.

En la realidad cotidiana, la oferta vinculante de la subrogación que ha de presentar la nueva entidad financiera

que esté dispuesta a surogarse en la hipoteca ha de servir para que el acreedor hipotecario originario rebaje sus propias condiciones de interés pactadas.

24.4. LA FASE DE SEGURIDAD DE LA HIPOTECA : FACULTADES DEL

ACREEDOR HIPOTECARIO.

La hipoteca suele establecerse para garantizar el cumplimiento de obligaciones duraderas que ligan a las partes durante un prolongado período de tiempo. Durante el plazo que media entre la constitución de la hipoteca y el momento de cumplimiento de la obligación garantizada, la hipoteca otorga al acreedor una serie de facultades, de carácter preventivo, dirigidas a evitar el perjuicio del crédito hipotecario.

Al referido plazo temporal se denomina doctrinalmente fase de seguridad, con vistas a resaltar que, durante la misma, los derechos y las expectativas del acreedor hipotecario quedan asegurados mediante la llamada acción de deterioro o devastación y la subrogación legal.

Ambos mecanismos son facultades legalmente atribuídas al acreedor hipotecario para evitar que, por circunstancias ora fortuitas ora imputables al deudor, se perjudiquen los bienes objeto de garantía.

24.4.1. La acción de deterioro o devastación.

Constituye una medida de seguridad fundamental para evitar la depreciación de la finca por causas imputables al dueño de la misma (falta de realización de reparaciones necesarias, abandono y dejadez de la explotación ... etc).

Se encuentra contemplada legalmente en el art. 117 LH ... *Cuando la finca hipotecada se deteriore, disminuyendo su valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del juez ... que le admita justificación sobre estos hechos, y si de la que diere resultase su exactitud y fundado temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitarlo o remediar el daño ...*

Si después insistiere el propietario en el abuso, dictará el Juez nueva providencia poniendo el inmueble en administración judicial ... Tales pretensiones se tramitarán a través del juicio verbal.

Dicha norma faculta al acreedor hipotecario para obligar al propietario, mediante la consiguiente intervención judicial, a hacer ó dejar de hacer cuanto convenga para mantener inalterable el valor del objeto afecto a la hipoteca, evitando su insuficiencia, por cuanto la disminución del valor del bien hipotecado puede resultar determinante llegado el momento de ejecución.

Caso de que el propietario haga caso omiso y reitere la conducta perjudicial en relación con el valor del bien hipotecado, el Juez dictará una providencia poniendo el inmueble bajo administración judicial, aunque para ello se requiere reiteración en el abuso por parte del propietario. La administración judicial, en su caso, podría ser desempeñada por el acreedor hipotecario.

La acción de devastación es raramente utilizada, dada la profesionalización característica del crédito hipotecario. Se considera que es una prerrogativa infundada y excesiva, creada en favor del acreedor hipotecario, en contra del deudor hipotecario.

24.4.2. La subrogación real.

Art. 110.2º LH ... *Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de éstos, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución*

de la hipoteca, y asimismo, las procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública se encuentran comprendidas dentro de lo que habitualmente se denomina extensión natural de la hipoteca ... Conforme a ello, resultaría que tales indemnizaciones, en cuanto montante pecuniario "quedarían hipotecadas" en el caso de que el dueño (y el acreedor hipotecario que de alguna forma ve esfumarse la garantía hipotecaria) perdieran la cosa :

-- A causa de un siniestro cualquiera que afecte físicamente al bien hipotecado.

-- Por razón de expropiación forzosa.

Sin embargo, sólo en sentido figurado puede hablarse de tal hipoteca de las indemnizaciones, pues en realidad, aplicando el principio de subrogación real, el precepto citado considera afectas tales cantidades al pago del acreedor hipotecario ... Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerlas hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados o en defecto de convenio, en la establecida por los arts. 1.176 y sigs Cc ... Referencia normativa que equivale a decir que las indemnizaciones deberán quedar consignadas judicialmente hasta que llegue el vencimiento de la obligación asegurada. El problema a presentar radica en la previa y preceptiva notificación al *solvens* de la existencia de la hipoteca. De no existir, la aseguradora o la Administración correspondiente, cumpliría pagando al asegurado o al expropiado. Debido a ello son frecuentes las cláusulas al respecto en las escrituras de constitución

de la hipoteca.

26.5. LA CESIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO.

En el Derecho patrimonial contemporáneo la transmisibilidad de los derechos de crédito constituye un principio fundamental del sistema normativo : Art. 1112 Cc ... *Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario ...*

Art. 149 LH ... *El crédito hipotecario puede ser enajenado o cedido a un tercero en todo o en parte, con las formalidades exigidas por la ley ... Siempre que se haga en escritura pública de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más de lo que estuviese por el suyo. El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente ...*

La LH sigue el mismo principio general establecido en el Cc, la general transmisibilidad del crédito hipotecario que, en cuanto accesoria de éste, supone la cesión de la hipoteca llevando consigo las facultades anejas al acreedor hipotecario (en particular, el posible ejercicio de la acción real). De la cadencia literal del precepto de la LH se deduce que la cesión del crédito hipotecario requiere la concurrencia de 3 requisitos :

26.5.1. La escritura pública.

El otorgamiento de escritura pública es requisito necesario de la cesión y una aplicación particular de lo dispuesto en el art. 1280.1º Cc. En la práctica, además, es de lo más extraño que el cesionario admita otro tipo de documentación del acto transmisivo.

26.5.2. La puesta en conocimiento del deudor.

La notificación al deudor de la cesión de crédito realizada no afecta para nada a su validez, teniendo sólo por objeto vincular al deudor hipotecario con el cesionario o nuevo acreedor.

Art. 151 LH ... *Si se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente*

responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta ... Se perpetúa la responsabilidad del cedente, pero no se pone en duda la eficacia de la cesión realizada ...

Conforme al art. 242 RH, el deudor puede renunciar (también en escritura pública) a la facultad que, inicialmente le atribuye el art. 149 LH de ser notificado de la cesión del crédito hipotecario. En la práctica, la mayor parte de las veces la propia escritura de constitución de la hipoteca contiene una cláusula en tal sentido.

26.5.3. La inscripción registral de la cesión.

El hecho de que la inscripción de la hipoteca sea constitutiva, unido a los términos literales del art. 149 LH, lleva a algunos autores a pronunciarse respecto de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario en términos que sugieren la esencialidad de tal requisito y en consecuencia, el carácter constitutivo de la propia inscripción de la cesión del crédito hipotecario. Sin embargo, no hay tal, pues el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente, aunque no haya inscrito a su favor la cesión. TS : La omisión de los requisitos de forma, establecidos en el art. 149 LH NO dará lugar a la nulidad .

La inscripción de la cesión del crédito hipotecario sólo despliega su eficacia en las relaciones entre el cesionario y, en su caso, los terceros.

26.5.4. Reglas particulares.

El régimen general de la cesión del crédito hipotecario se completa en la LH con 2 reglas particulares :

1ª En el supuesto de hipotecas transferibles por endoso o títulos al portador, su particularidad radica en que bastará la transferencia del correspondiente título (art 150LH).

2ª Respecto de las hipotecas legales, la cesión del crédito hipotecario sólo es admisible cuando haya llegado el caso de exigir su importe (Art. 152) : [Los créditos asegurados con hipoteca legal, no pueden cederse antes de su vencimiento], por la obvia razón de entender que la hipoteca se concede precisamente para proteger a sus titulares natos y no para que negocien con ella.

24.6. REFERENCIA AL MERCADO HIPOTECARIO .

La cesión del crédito hipotecario, jurídica y económicamente, queda limitada a la sustitución de una persona por otra. Pero realmente no es un sistema adecuado para incrementar las inversiones en el sector inmobiliario. A tal finalidad atiende el denominado **mercado hipotecario**, regulado por la Ley 2/1981 y desarrollada reglamentariamente por el RD 685/1982.

La hipoteca cumple una amplia gama de funciones, referidas a los derechos reales de garantía. Normal y habitualmente, con hipoteca se garantizan créditos a medio y largo plazo, pero la hipoteca, como figura total y unitaria, resulta o puede resultar excesiva o desproporcionadamente importante y compleja, además de que los préstamos garantizados así, suelen ser cuantiosos, y su constitución requiere escritura pública e inscripción en el Registro ... Todo ello hace prácticamente prohibitiva la operación a los pequeños inversionistas que, sin embargo, reunidos y mediante gestión delegada, invertirían con seguridad sus ahorros mediante tal garantía real.

Para colmar tal interés práctico, el ordenamiento jurídico ha propiciado la existencia de un mercado hipotecario mediante la tipificación y regulación de cédulas, bonos y participaciones hipotecarias : Ley de 25-3-1981.

Por otra parte, las entidades financieras al conceder préstamos para la adquisición de viviendas con garantía hipotecaria, modifican los elementos de su activo, sale dinero en efectivo y se incrementa la cartera de

créditos hipotecarios, pudiendo llegar a tener dificultades de disponible o de liquidez. Para evitar semejante eventualidad y partiendo de la base de la seguridad de cobro que proporciona la hipoteca, las entidades financieras acuden a la refinanciación : Emisión de títulos que se ofrecen al título en general, para que inversores y los pequeños ahorradores puedan suscribirlos : Podrían definirse como títulos-valores que incorporan créditos contra la entidad emisora y que están especialmente garantizados con ciertos créditos hipotecarios ya constituidos que, a su vez, tiene la entidad emisora frente a terceros. Son transmisibles, sin necesidad de intervención de fedatario público, ni de notificación al deudor, y los titulares gozan de acción ejecutiva para reclamar el pago del emisor.

El titular no lo es de una hipoteca sobre la finca, sino sobre el crédito hipotecario impuesto por el emisor sobre ésta. Nuestra legislación contempla 3 tipos de títulos hipotecarios :

- Cédulas hipotecarias.
- Bonos hipotecarios.
- Participaciones hipotecarias.

Características comunes :

- Todos los títulos hipotecarios son títulos valores (créditos incorporados a un título en sentido formal), de fácil y cómoda transmisión.
- El conjunto del mercado hipotecario se encuentra intervenido por las autoridades económicas y es objeto de control administrativo, de forma particular, por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera.
- Los titulares de las cédulas y de los bonos cuentan con un crédito preferente, acción ejecutiva y una especie de hipoteca sobre los créditos hipotecarios a que afectan, como garantía de recuperación del capital invertido y los correspondientes intereses.
- Los titulares de las participaciones hipotecarias (partícipes) son una especie de cotitulares del crédito hipotecario junto con la entidad emisora. Pero ésta sigue siendo la única titular, conforme al Registro de la Propiedad, del crédito hipotecario.
- Las participaciones han de ser necesariamente nominativas.
- Los títulos hipotecarios pueden transmitirse sin necesidad de escritura pública, ni intervención de fedatario público alguno (Notario o Corredor de comercio). Pueden transmitirse incluso sin necesidad de notificación al deudor, salvo las participaciones.
- Las cédulas hipotecarias incorporan al título un crédito para su titular, frente a la enti-

dad emisora, garantizado con hipoteca sobre todas las que en cualquier tiempo consten inscritas a favor de la entidad emisora, sin necesidad de inscripción. Pueden ser nominativas, a la orden y al portador.

24.7. EL CAMBIO DE RANGO.

El lugar que cada derecho real ocupa en el orden determinado por la prioridad constituye su rango, de gran importancia económica pues determina el contenido efectivo y la vitalidad del derecho.

El sistema español de rango hipotecario es de avance de puestos . La extinción de una hipoteca produce la corrida en el escalafón de las posteriores : La inmediata ocupa el puesto de la extinguida y cada una de las siguientes el de su anterior, mejorando así su respectivo rango.

El rango de la hipoteca ó situación registral que ocupa en el folio del inmueble, es susceptible de ser objeto de contratos sobre el particular.

24.7.1. La posposición de hipoteca.

El art. 241 RH regula una eventualidad = Reserva de rango = Posposición de una hipoteca a otra futura, siendo indiferente que la hipoteca pospuesta lo sea desde el momento de su constitución o de forma sobrevenida. Para la admisión de semejan- te efecto de "reservar un mejor rango" o un rango preferente a la hipoteca antepuesta de futura constitución, el RH exige los siguientes requisitos :

1º Que el acreedor que haya que posponer consienta expresamente la posposición.

2º Que se determine la responsabilidad máxima por capital, intereses, costas u otros conceptos de la hipoteca futura, así como su duración máxima.

3º Que la hipoteca que haya de anteponerse se inscriba dentro de plazo necesariamente convenido al efecto : Condición *sine qua non* por STS de 30-XI-1993.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de afrontar en 2 ocasiones si el precepto reglamentario puede entenderse aplicable a la posposición de una condición resolutoria inscrita (y por extensión a cualquier otro derecho inscrito), resolviendo en sentido afirmativo en las Resoluciones de 25-X-1979

y 23-XI-1993. En la 1ª (aunque desecha la hipoteca futura por indeterminación en sus datos básicos) con expresa cita del art. 4.1 Cc, admite la aplicación analógica dada la semejanza de la condición resolutoria con la hipoteca.

24.7.2. La permuta de rango hipotecario .

Pese al silencio de nuestra legislación hipotecaria sobre el particular, es perfectamente admisible la permuta de rango hipotecario, siempre que haya consentimiento expreso sobre los efectos correspondientes por todas aquellas personas que sean titulares de derechos inscritos o anotados. Semejante concurrencia ineludible de consentimientos determina la rareza práctica del supuesto.

25.1. LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA.

En caso de incumplimiento de la obligación asegurada, el acreedor hipotecario puede instar la ejecución de la hipoteca.

Ejecutar la hipoteca significa promover la enajenación de las cosas sujetas a la garantía para cobrar el crédito garantizado (art. 1.858 Cc). Para ello, el acreedor cuenta con una serie de procedimientos especiales, de carácter ejecutivo.

25.2. LA ACCIÓN REAL Y LA ACCIÓN PERSONAL DEL ACREEDOR HIPOTECARIO.

El acreedor cuenta a su favor con la posibilidad de reclamar en cuanto mero acreedor, dado que su condición es doble. Es un acreedor, pero de un crédito especialmente garantizado. Procesalmente hablando, el acreedor cuenta tanto con una acción de carácter real como con una de carácter personal. Esta última tiene una relevancia práctica mucho menor que la real, tanto que si las prerrogativas procesales fuesen idénticas, probablemente ningún acreedor procuraría la constitución de la hipoteca ni el deudor acabaría por aceptarla.

El ejercicio de la **acción personal** por el acreedor hipotecario supondría la culminación del correspondiente juicio declarativo en búsqueda de una sentencia de condena que posteriormente podría ser objeto de la correspondiente ejecución. Aunque sea en términos puramente temporales, semejante opción queda oscurecida frente a la posibilidad de reclamar en base a un título ejecutivo, directamente contra los bienes hipotecados. Así ocurre cotidianamente, pues es muy raro que un acreedor hipotecario actúe por vía declarativa.

Al incorporarse al crédito la garantía hipotecaria, el acreedor cuenta a su favor con una **acción real** de naturaleza ejecutiva que puede instrumentar a través de cualquiera de los siguientes procedimientos :

- 1º Procedimiento judicial sumario (arts. 131 y sigs. LH).
- 2º Procedimiento ejecutivo ordinario (LEC).
- 3º En caso de pacto expreso, el procedimiento extrajudicial.

Duración o plazo de ejercicio de la acción hipotecaria.

Pese a la declaración gral del Cc relativa a que...*las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los 30 años ...* (Art. 1963), la LH primitiva (1.861) optó por establecer un plazo veintenal de prescripción para la acción hipotecaria. Siguiéndola, el art. 1964.1 Cc dispone textualmente que ... *La acción hipotecaria prescribe a los 20 años ... Las acciones personales que no tengan señalado término especial, a los 15 años ...*

La prescripción de la acción hipotecaria :

No cabe duda sobre el plazo de vigencia de la acción hipotecaria : 20 años. Tal plazo no se computa desde el momento de constitución de la hipoteca, sino **desde que pueda ser ejercitada** (Art. 128 LH) : Desde que el incumplimiento de la obligación garantizada abre para el acreedor la vía del oportuno ejercicio judicial de su derecho real de garantía.

La prescripción de la acción hipotecaria es algo de escasa importancia. Refiere a la prescripción extintiva

no existen resoluciones o sentencias dignas de men-ción. Desde el punto de vista teórico, sin embargo, el tema ha merecido una cierta atención doctrinal, señalándose que la opción por el plazo veintenal de la LH se debe al precedente de las Leyes de Toro (1.505) que se encontraban vigentes en el momento de promulgación de la LH.

El plazo de prescripción de la acción personal y real con que cuenta el acree-dor hipotecario, siguen, cada una, sus propias reglas.

Existen hipotecas constituídas sobre la base de créditos que tienen señalado término especial de prescripción : Pensiones periódicas (5 años : art. 1966), honora-rios profesionales (3 años : art. 1967).

La caducidad de la hipoteca :

Cosa muy distinta es que la hipoteca se haya constituído por un período tempo- ral predeterminado y por lo común, más breve que los plazos de amortización hipo- tecaria generalmente aplicados en el mercado (que giran habitualmente en torno a los 12 o 15 años como regla) y el plazo veintenal de la acción hipotecaria.

Por resultar admisible la denominada caducidad convencional, la Dirección Gral. de los Registros y del Notariado afirma que nada se opone a que la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituída por un plazo determinado de modo que únicamente durante su vigencia pueda ser ejercitada la acción hipotecaria.

En casos de semejante índole, la acción hipotecaria sólo puede ejercitarse den-tro del plazo convencionalmente previsto, pero nó porque una vez transcurrido éste haya prescrito la acción, sino porque a partir de una determinada fecha señalada por las partes (o del acaecimiento del evento contemplado como condición resolutoria, en su caso), se ha producido la extinción del derecho real de hipoteca o ha caducado el ejercicio de las acciones hipotecarias.

25.3. EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO del art. 131 LH :

25.3.1. Introducción.

En la mayoría de los supuestos de incumplimiento de la obligación asegurada, el acreedor hipotecario ejercita sus derechos a través del llamado procedimiento judi- cial sumario, regulado con gran detalle, dada su importancia, en la LH, arts. 131 y sigs. Procedimiento introducido por la reforma hipotecaria de 1909 y la Ley 19/86 y cuyo objeto fundamental radica en adecuar al ámbito hipotecario las modificaciones procedimentales que, en la vía de apremio, introdujo la Ley 34/84, de reforma urgente de la LEC.

Tales reformas han tenido por objeto erradicar el sistemático incumplimiento de numerosos deudores y consecuentemente, restablecer la seguridad del tráfico jurídico que a todos beneficia.

El carácter sumario del procedimiento judicial y la limitación de las excepciones con que cuenta el deudor (cuyo deber es pagar y de no hacerlo someterse a las con- secuencias), ha determinado que incluso algunos deudores hayan pretendido sus- traerse a los efectos del incumplimiento alegando ante el TC la inconstitucionalidad del procedimiento. Pero el TC ha establecido en reiteradas ocasiones la adecuación al Derecho del procedimiento en cuestión, aunque sí ha declarado inconstitucionales algunas prerrogativas especiales del régimen propio y especial del procedimiento de ejecución establecido en favor del banco hipotecario.

25.3.2. Presupuestos de aplicación.

Aunque la mayor parte de las escrituras de hipoteca acordadas en favor de los Bancos contienen una

referencia expresa al art. 131, el procedimiento judicial su-mario no requiere pacto expreso entre las partes : Resulta aplicable aunque las par- tes no hayan establecido convenio al respecto, por tratarse de una norma de carác- ter procesal de contenido imperativo.

Los únicos presupuestos de aplicación del procedimiento judicial sumario son los establecidos por la propia LH ... *Para que pueda tramitarse la reclamación con arreglo al procedimiento judicial sumario será indispensable que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta, y un domicilio que fijará el deudor, para la prác-tica de los requerimientos y las notificaciones ...* (Art. 130 LH). El primero de tales requisitos viene exigido por la necesaria determinación de la llamada responsabilidad hipotecaria, el 2º es una consecuencia del deber establecido a cargo del acreedor hipotecario de requerir siempre de pago al deudor antes de instar el procedimiento judicial.

25.3.3. Referencias de carácter procesal : Demanda y subastas.

El recurso continuado a dicho procedimiento se asienta en que, por lo común, el acreedor logra llegar a su culminación en un período temporal relativamente breve (menos de 1 año, incluyendo las sucesivas subastas del bien hipotecado).

El procedimiento judicial sumario, como cualquier otro, se inicia a través de la oportuna demanda y la acreditación de haber requerido al deudor para el pago. Las causas tasadas de suspensión del procedimiento se encuentran reguladas en el art. 132 desde una perspectiva de notoria restricción, reenviándose cualesquiera otras cuestiones al juicio declarativo que corresponda.

Si procede la admisión de la demanda, como suele ocurrir en la mayoría de los casos, y se unen a ella los documentos exigidos por la regla 3ª (entre los que asume gran protagonismo el acta notarial que acredite el requerimiento de pago al deudor), **el Juez reclamará del Registrador de la Propiedad a instancias del actor, certificación comprensiva de los extremos siguientes :**

1º : Inserción literal de la última inscripción de dominio que se haya practicado y se halle vigente.

2º : Relación de todos los censos, hipotecas, gravámenes y derechos reales y anotaciones a que estén afectos los bienes, debiéndose hacer constar expresamente que se halla subsistente y sin cancelar la hipoteca a favor del actor (regla 4ª).

Seguidamente, a instancias asimismo del actor, el Juez debe ordenar la subasta de la finca a través de los oportunos edictos (reglas 7ª y 8ª). Para participar en la subasta como postor (salvo el actor), es necesario depositar o consignar en el Juz-gado correspondiente el 20% del tipo de la primera ó, en todo caso, de la 2ª subasta. Cabe realizar posturas por escrito, en pliego cerrado (regla 14ª).

En la regulación actual cabe en principio la realización de 3 subastas sucesivas:

— La 1ª tendrá como tipo el pactado en la escritura de constitución de la hipoteca y no se admitirá postura alguna que sea inferior (regla 9ª) : El rematante habrá de abonar la cantidad fijada como responsabilidad hipotecaria.

Suele quedar desierta y los acreedores hipotecarios tampoco suelen adjudicarse el bien hipotecado por el tipo fijado en la escritura de constitución (regla 10ª), dando paso a la 2ª subasta.

-- Para la 2ª subasta, servirá de tipo el 75% de la 1ª y una vez celebrada sin que existan rematantes, el acreedor hipotecario podrá adjudicarse el bien hipotecado con dicha rebaja.

-- De proceder la 3ª subasta, ésta se celebrará **sin sujeción a tipo** : El rematante podrá ofrecer cualquier cantidad por el bien hipotecado (regla 12ª).

Esta última posibilidad es la que ha permitido la existencia de los **subasteros** : Grupos de personas especializadas en la especulación y el seguimiento de la insol-vencia ajena : La regla 12ª del art. 131 trata de evitar que semejante técnica se generalice. Por ello establece que si la postura de la 3ª subasta fuese inferior al tipo fijado para la 2ª (75% tipo pactado en escritura de constitución), podrá el actor que no haya sido rematante, el dueño de la finca o un 3º autorizado por ellos, mejorar la postura en el término de 9 días.

Si existe rematante o adjudicatario del bien, en el plazo de 8 días a contar des-de la notificación, en su caso, habrá de abonar la diferencia entre lo depositado para tomar parte en la subasta y el total del precio del remate (regla 15ª). El precio del remate se destinará, sin dilación, al pago del crédito hipotecario del actor, siendo entregado el sobrante a los acreedores posteriores o a quien corresponda, consti-tuyéndose entre tanto en depósito en el establecimiento público destinado al efecto (regla 16ª).

Terminado el procedimiento mediante la adjudicación del bien hipotecado al rematante, el deudor ejecutado pierde la propiedad del bien y el acreedor hipotecario ha consumido la acción hipotecaria. Sin embargo, el resultado de la subasta no impli-ca necesariamente que **haya sobrante** en relación con el crédito del actor. De existir crédito pendiente, el actor podrá ejercitar la acción correspondiente, una vez concluido el procedimiento judicial sumario, normalmente a través del juicio ejecutivo ordinario.

25.3.4. La posesión interina de la finca hipotecada y el pacto anticrético.

El art. 131, 6ª,1 LH establece que si el deudor no atiende el requerimiento de pago, el actor podrá pedir que se le confiera la administración o posesión interina de la finca, si así se hubiese pactado en la escritura de constitución de la hipoteca o tuviere reconocido expresamente ese derecho por alguna Ley. El acreedor percibirá en ese caso las rentas vencidas y no satisfechas, si así se hubiese estipulado, y los frutos y rentas posteriores, cubriendo con ellos los gastos de conservación y explotación que la misma finca exija y después de su propio crédito.

Las facultades del acreedor hipotecario recogidas en el precepto requieren un pacto expreso sobre el particular : Suele ser cláusula de estilo en los modelos banca-rios de hipoteca, aunque llegado el momento de ejecución, no es frecuente que el acreedor hipotecario haga uso de tales facultades.

25.3.5. La cancelación de las cargas y gravámenes posteriores.

Art. 131, 17ª LH ... Verificado el remate o la adjudicación y consignado, en su caso, el precio, se dictará de oficio auto, aprobándolos y ordenando la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor, y en su caso, la de todas las inscrip-ciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquélla, incluso las que se hubie-ran verificado después de expedida la certificación prevenida en la regla 4ª, despa-chándose al efecto el oportuno mandamiento, en el que se hará constar que se hicieron las notificaciones expresadas en la regla 5ª, de que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor, y en el caso de haberlo superado, que se consignó el exceso ... a disposición de los acreedores posteriores ...

La norma va dirigida obviamente al Juez, quien ha de actuar de oficio, dictando el correspondiente auto. El objeto primero y principal de este auto consiste en que, en virtud del oportuno mandamiento judicial, el Juez ordena al Registrador de la Propie-dad que lleve a cabo la cancelación de la hipoteca que ha dado lugar a la ejecución y que ha quedado extinguida.

Pero en caso de existencia de hipotecas de peor rango o cualesquiera otras inscripciones o anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que ha causado la ejecución, todas las cargas de inferior rango registral han de ser objeto de cancelación : Las cargas posteriores no afectan ni vinculan al rematante, el cual únicamente ha de atender en consecuencia a la posible existencia de cargas o derechos preferentes respecto de la hipoteca objeto de ejecución.

25.3.6. La ejecución hipotecaria y la subsistencia de los arrendamientos.

Los arrendamientos anteriores a la constitución de la hipoteca deberán considerarse subsistentes. En cambio, los celebrados con posterioridad a la inscripción de la hipoteca, con carácter general deberán declararse extinguidos.

En la última década algunas sentencias del TS y TC han enturbiado el entendimiento tradicional de la materia, declarando que los arrendamientos posteriores a la hipoteca sólo podrán ser declarados extinguidos si se han celebrado fraudulentamente en perjuicio del acreedor hipotecario.

Los arrendamientos gravosos.

Según el art. 219-2º Rh ... el valor de la finca hipotecada, a los efectos del art. 117 de la ley, se entenderá disminuído cuando con posterioridad a la constitución de la hipoteca, se arriende el inmueble en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar dicha disminución de valor. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe el indicado propósito, si el inmueble se arrienda por renta anual que, capitalizada a 6 %, no cubra la responsabilidad total asegurada. El juez, a instancia de parte, podrá declarar vencido el crédito, decretar la administración judicial, ordenar la ampliación de la hipoteca a otros bienes del deudor, o adoptar cualquier otra medida que estime procedente ...

25.4. EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ORDINARIO.

El hecho de que el acreedor hipotecario pueda ejercitar sus derechos a través del juicio ejecutivo ordinario regulado en la LEC lo establece de forma indiscutible el propio encabezamiento del art. 126 LH ... *Cuando en juicio ejecutivo seguido conforme a las disposiciones de la LEC se persiguiere bienes hipotecados y éstos hubiesen pasado a poder de un tercer poseedor ...*

Conforme a tal art. la incoación del procedimiento ejecutivo ordinario puede llevarse a efecto tanto si los bienes hipotecados pertenecen aún al deudor hipotecario como si han pasado a manos de un tercer poseedor. Las disposiciones propias del art. 126 LH están dirigidas a este último supuesto, como especialidades propias del juicio ejecutivo. La aplicación de las reglas propias del juicio ejecutivo ordinario establecidas en la LEC a partir de su art. 1429, supone que será también de aplicación lo establecido en el art. 1447.1 ... *Si hubiere bienes dados en prenda o hipotecados especialmente, se procederá contra ellos en primer lugar ...*

En principio, el ejercicio del juicio ejecutivo ordinario coincide materialmente con el propio procedimiento judicial sumario : Serán ejecutados los bienes hipotecados mediante su venta o adjudicación en subasta pública, para la satisfacción del acreedor hipotecario. Dada la coincidencia, la mayor parte de las entidades financieras (acreedoras por autonomasia) recurren directamente al procedimiento judicial sumario, pues dada su especialidad y sumariedad garantiza una mayor rapidez en su culminación. Por otra parte, se comprende por qué el tipo fijado para la subasta y la fijación de la responsabilidad hipotecaria supera en mucho el propio importe de la obligación garantizada : Al acreedor hipotecario le interesa sobre todo "liquidar el asunto" del eventual impago de la hipoteca en el procedimiento judicial sumario.

Sin embargo, en el caso de que de la culminación del procedimiento judicial sumario no haya resultado lo suficiente (supuesto bastante infrecuente), agotado el valor de los bienes especialmente hipotecados, el acreedor hipotecario seguirá contando con la posibilidad de ejercitar el juicio ejecutivo ordinario por el

crédito restante, embargando otros bienes. A través del título ejecutivo representado por la 1ª copia de la escritura pública de constitución de la hipoteca (Art. 1429,1 LEC), podrá reclamar por vía ejecutiva siguiendo el orden de embargos previsto en el art. 1447.2 LEC (dine-ro, valores, alhajas, créditos realizables en el acto, frutos y rentas de toda especie, bienes muebles o semovientes, bienes inmuebles, sueldos o pensiones, créditos y derechos no realizables en el acto y establecimientos mercantiles o industriales).

Las reglas especiales establecidas en los arts. 126 y 127 LH están inspiradas en el hecho de que en el ejecutivo ordinario se demanda al deudor, resultando necesario "involucrar" en el procedimiento al tercer poseedor, caso de existir, por la sencilla razón de que el resultado final del proceso ejecutivo le supondría la pérdida de sus bienes si son objeto de realización en la correspondiente subasta. De ahí el tenor lite-ral del art. 126 LH ... *Cuando en juicio ejecutivo seguido conforme a las disposiciones de la LEC se persiguiere bienes hipotecados y éstos hubiesen pasado a poder de un tercer poseedor, podrá el acreedor reclamar de éste el pago de la parte del crédito asegurada con los que él mismo posee, si el vencimiento del plazo no lo verificara el deudor después de requerido judicialmente o por Notario ...*

... Requerido el tercer poseedor de uno de los dos modos expresados en el párrafo anterior, deberá verificar el pago del crédito con los intereses correspon-dientes, conforme a lo dispuesto en el art. 114, o desamparar los bienes hipotecados ... Si el tercer poseedor no paga ni desampara los bienes será responsable con los suyos propios, además de los hipotecados, de los intereses devengados desde el requerimiento y de las costas judiciales a que por su morosidad diere lugar. En el caso de que el tercer poseedor desampare los bienes hipotecados se considerarán éstos en poder del deudor, a fin de que pueda dirigirse contra los mismos el procedimiento ejecutivo ...

25.5. EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

25.5.1. El Real Decreto 290/1992.

El Real Decreto 290/92, de 27 de Marzo, introdujo importantes reformas en el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, modificando el tenor literal de los arts. 234, 235 y 236 del Reglamento Hipotecario, vigentes hasta esa fecha, e introdu-ciendo 16 nuevos arts., en dicho Reglamento, que vienen a constituir *bises* del art. 236, identificados por letras añadidas. La profundidad de la reforma se justifica en el preámbulo del Real Decreto, refiriéndose a una serie de razones :

- 1.- Se constata la importancia del crédito territorial, considerándolo como uno de los fenómenos más significativos de nuestra expansión económica.
- 2.- La sobrecarga de procedimientos ejecutivos de que, vía art. 131 LH, deben cono-cer cotidianamente los Tribunales ordinarios. Preocupa al legislador el colapso judicial ante el aumento de litigiosidad (o de impagos) en la materia y lo explica por activa y pasiva, pese a la brevedad del Preámbulo.
- 3.- La falta de operatividad práctica del procedimiento extrajudicial de ejecución hipo-tecaria tal y como hasta la fecha se encontraba regulado por el RH. El Preámbulo reconoce que nuestra legislación hipotecaria ya prevé un procedimiento extrajudicial de ejecución, pero en la práctica su articulación reglamentaria no ha funcionado adecuadamente ...

El procedimiento extrajudicial ha sido siempre un cuerpo extravagante en la práctica hipotecaria, siendo muy escasamente utilizado desde su consagración legislativa en el RH de 1915, tras las dudas existentes sobre la validez del pacto de procedimiento extrajudicial, hecho a imagen y semejanza del regulado para la prenda en el art. 1872 Cc.

Algunas de las novedades fundamentales introducidas por el Real Decreto 290

25.5.2. Domicilio para la práctica de los requerimientos y notificaciones.

El nuevo art. 234.1.2ª RH establece como circunstancia de necesaria constancia en la escritura de constitución de la hipoteca ... *El domicilio señalado por el hipotecante para la práctica de los requerimientos y notificaciones, que no podrá ser distinto del fijado para el procedimiento judicial sumario, podrá modificarse posteriormente con sujeción a lo previsto en el art. 130 LH ...*

25.5.3. Pacto expreso y estipulación separada.

Bajo la regulación anterior, la procedencia del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria requería pacto expreso entre las partes, siempre que en la escritura se recogiesen las circunstancias contempladas en el art. anterior. Conclusión que coincide con la vigente redacción del RH que refuerza la necesidad de conocimiento especial de dicho pacto.

En efecto, el art. 234.2 establece ... *La estipulación en virtud de la cual los otorgantes hayan pactado la sujeción al procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca, deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura ...* El mandato normativo de dicho párrafo radica en la necesidad de que el pacto de procedimiento extrajudicial se materialice formalmente en una "cláusula autónoma" o en una "estipulación separada" de la escritura de constitución de la hipoteca.

25.5.4. Limitación a las hipotecas ordinarias.

Constituye igualmente una novedad reglamentaria la disposición incluída en el art. 235.1 ... *La ejecución extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora, liquidados de conformidad con lo previsto en el título y de los gastos de ejecución a que se refiere el art. 236...*

Conforme a ello, es claro que el procedimiento extrajudicial sólo puede pactarse respecto de las hipotecas de tráfico u ordinarias. Por el contrario, la ejecución de las hipotecas de seguridad o de máximo deberá instrumentarse necesariamente ante la autoridad judicial competente.

25.5.5. Otros aspectos.

La nueva regulación, mucho más detallada y detallista que la anterior, contiene numerosos puntos que requerirían precisiones complementarias. Por concisión, se señalan :

- Las modificaciones introducidas en los anuncios de la subasta : Si hasta 1992, el tipo excedía de 100.000 ptas, era necesaria la publicación en el BOE, el RD lo eleva a 12.000.000, suprimiéndose la necesidad de anuncios en la prensa de la provincia (para abaratar el procedimiento).
- Los postores en la subasta deberán consignar el 30% en 1ª y 2ª subasta, en vez del 10% anteriormente previsto.
- El acreedor podrá solicitar la adjudicación de la finca incluso antes de celebrarse la 2ª subasta, si en la 1ª no hubiera postores que cubran el tipo previsto.
- En la nueva redacción cabe la 3ª subasta.
- La disposición adicional prevé que la nueva regulación será aplicable a cualesquiera ejecuciones extrajudiciales que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor del RD 290/92 (cuya *vacatio legis* es la general prevista en el art. 2.1 Cc) con independencia de la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución de la hipoteca.

-- En relación con el tema del domicilio, la disposición transitoria es bastante previosa ... *El domicilio establecido a efectos de requerimientos y notificaciones para el procedimiento judicial sumario en las escrituras otorgadas antes de la entrada en vigor del RD, servirá igualmente para los requerimientos y notificaciones que hayan de practicarse en el seno de la ejecución extrajudicial ...*

25.6. PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN HIPOTECARIA.

Pese a la declaración gral del Cc relativa a que...*las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los 30 años ...* (Art. 1963), la LH primitiva (1.861) optó por establecer un plazo veintenal de prescripción para la acción hipotecaria. Siguiendo, el art. 1964.1 Cc dispone textualmente que ... *La acción hipotecaria prescribe a los 20 años ... Las acciones personales que no tengan señalado término especial, a los 15 años ...*

25.6.1. La prescripción de la acción hipotecaria.

No cabe duda sobre el plazo de vigencia de la acción hipotecaria : 20 años. Tal plazo no se computa desde el momento de constitución de la hipoteca, sino **desde que pueda ser ejercitada** (Art. 128 LH) : Desde que el incumplimiento de la obligación garantizada abre para el acreedor la vía del oportuno ejercicio judicial de su derecho real de garantía.

La prescripción de la acción hipotecaria es algo de escasa importancia. Referida a la prescripción extintiva no existen resoluciones o sentencias dignas de mención. Desde el punto de vista teórico, sin embargo, el tema ha merecido una cierta atención doctrinal, señalándose que la opción por el plazo veintenal de la LH se debe al precedente de las Leyes de Toro (1.505) que se encontraban vigentes en el momento de promulgación de la LH.

El plazo de prescripción de la acción personal y real con que cuenta el acreedor hipotecario, siguen, cada una, sus propias reglas.

Existen hipotecas constituídas sobre la base de créditos que tienen señalado término especial de prescripción : Pensiones periódicas (5 años : art. 1966), honorarios profesionales (3 años : art. 1967).

25.6.2. La caducidad de la hipoteca.

Cosa muy distinta es que la hipoteca se haya constituido por un período temporal predeterminado y por lo común, más breve que los plazos de amortización hipotecaria generalmente aplicados en el mercado (que giran habitualmente en torno a los 12 o 15 años como regla) y el plazo veintenal de la acción hipotecaria.

Por resultar admisible la denominada caducidad convencional, la Dirección Gral. de los Registros y del Notariado afirma que nada se opone a que la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo determinado de modo que únicamente durante su vigencia pueda ser ejercitada la acción hipotecaria.

En casos de semejante índole, la acción hipotecaria sólo puede ejercitarse dentro del plazo convencionalmente previsto, pero no porque una vez transcurrido éste haya prescrito la acción, sino porque a partir de una determinada fecha señalada por las partes (o del acaecimiento del evento contemplado como condición resolutoria, en su caso), se ha producido la extinción del derecho real de hipoteca o ha caducado el ejercicio de las acciones hipotecarias.

25.7. LA EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA.

La hipoteca, como derecho real accesorio constituido en garantía del cumplimiento de la obligación garantizada, ha de seguir la misma suerte que la obligación principal : Se extingue cuando se extingue la

obligación que garantiza.

Consideraciones de ídole registral y las propias reglas hipotecarias determinan que, registralmente hablando, la hipoteca pueda seguir vigente, pese a la extinción de la obligación principal. Art. 179 RH ... *Aun cuando se haya extinguido por pago el crédito hipotecario, no se cancelará la correspondiente inscripción de hipoteca sino en virtud de escritura pública en la que preste su consentimiento para la cancelación el acreedor, o en su defecto en virtud de ejecutoria judicial ...*

Sin embargo, **como consecuencia de la publicidad registral, sucede que mientras no se cancele la inscripción, la extinción no surte efecto contra tercero.**

Si un crédito hipotecario se extingue por pago pero no se cancela la hipoteca y el exacreedor lo cede, con todos los requisitos legales, en pago de una deuda pendiente con tercero que lo cree subsistente, el crédito hipotecario subsiste efectiva- mente en cuanto a este cesionario.

El deudor podrá pedir y el Registrador deberá practicar la cancelación de la hipoteca cuando se haya extinguido la obligación garantizada.

Como derecho real, la hipoteca se extingue también por las causas genéricas de extinción de los derechos reales : Destrucción total del inmueble, Expropiación (sin perjuicio de la afección de las indemnizaciones), Renuncia, Consolidación (con las particularidades, cuando se hayan pactado, de la llamada hipoteca de propietario), Expiración del término o cumplimiento de la condición resolutoria, etc.

Específicamente, en cuanto hipoteca, se extingue por : Prescripción (la acción hipotecaria prescribe a los 20 años), por ejecución de hipoteca preferente, por cadu- cidad de la inscripción (causa más característica e individualizadora), por cancelación de su inscripción, incluso en el caso del llamado expediente de liberación de gravá- menes.

Las causas de extinción de la hipoteca, como derecho real y como derecho real de hipoteca precisamente, no determinan la extinción de la obligación, que es, respecto de aquélla, principal : La regla *accessorium sequitur principale* no es rever- sible.

25.7.1. Derivada de la extinción de la obligación asegurada.

Art. 134 LH ... *Todo hecho o convenio entre las partes que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compen- sación, la espera, el pacto o promesa de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción o compromiso, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga cons- tar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación parcial o total o de una nota marginal, según los casos ...*

El precepto transcrito denomina "obligación hipotecaria anterior" a la obliga- ción asegurada o garantizada, cuyo cumplimiento se garantiza mediante la constitu- ción de la hipoteca.

Extinguida la obligación asegurada por cualquier causa (Son causas de extin- ción de la hipoteca las del art. 1156 Cc y las no incluidas en él que también extinguen la obligación : Mutuo disenso, renuncia, resolución, rescisión, etc.) el acreedor hipote- cario deja de ser tal por haberse extinguido la hipoteca. Pero tal efecto se produce única y exclusivamente *inter partes*, no frente a cualesquiera terceros que, confiando en el Registro y basándose en la inscripción registral de la hipoteca, pudieran ser los acreedores hipotecarios en el momento de extinción de la obligación principal. De ahí que el precepto insista en que la modificación o extinción de la relación obligatoria sólo puede afectar a terceros si consta registralmente.

25.7.2. Extinción de la hipoteca pese a la subsistencia de la obligación asegu-

rada.

La ejecución de una hipoteca preferente o de cualquier derecho preferente respecto de la hipoteca en cuestión, determina la "cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor" de inferior rango (regla 17ª art. 131 LH). Por ello, cualquier acreedor hipotecario puede dejar de serlo si existen derechos o cargas preferentes a su propio derecho de hipoteca, aunque ello no quiere decir que la pérdida del derecho real de garantía (y de las consiguientes acciones reales) conlleve la extinción de la obligación garantizada.

El mismo efecto extintivo de la hipoteca, pese a la subsistencia de la obligación asegurada en los términos que requiera la satisfacción del crédito del acreedor se da en otros casos que, atendiendo a la práctica, podrían considerarse extraños o marginales en el cotidiano desenvolvimiento de las relaciones sociales. Así, por diferentes razones, el derecho real de hipoteca puede resultar extinguido en los siguientes supuestos :

-- Cuando tenga lugar la pérdida total de la cosa inmueble gravada [Art. 79.1º LH].

-- En los casos en que, a consecuencia de lo que normalmente se denomina **renegociación de la deuda** , el acreedor hipotecario consiente la cancelación de la hipoteca constituida en su favor, por considerar que tales garantías revisten incluso mayores dosis de seguridad que la propia hipoteca.

-- Si el acreedor hipotecario, *motu proprio* y debido a cualesquiera circunstancias (siempre que no atenten contra el orden público o tengan base fraudulenta : Art. 6.2 Cc), renuncia a la hipoteca y otorga escritura de cancelación, pese a no condonar la obligación principal.

25.7.3. Cancelación.

Conforme al art. 79 Lh ... *Podrá pedirse y deberá ordenarse, en su caso, la cancelación total de las inscripciones ... cuando se extinga el derecho inscrito ...*

Consiguientemente, cuando se extinga la obligación principal garantizada o el derecho real de hipoteca, procederá la cancelación de la inscripción (Como ésta es constitutiva, cuando se cancela indebidamente, se extingue la hipoteca, sin perjuicio de otras consecuencias jurídicas).

Con todo, en el caso del pago del crédito hipotecario, se requiere escritura pública en la que preste su consentimiento para la cancelación, el acreedor, o bien sentencia ejecutoria (Art. 179 Rh).

Del art. 174 Rh se deduce que este régimen es extensivo a toda extinción del crédito hipotecario, por voluntad de los interesados.

26

Garantías reales mobiliarias sin desplazamiento posesorio

26.1. INTRODUCCIÓN : PRECEDENTES, PRESUPUESTOS, SIGNIFICADO Y

ALCANCE ACTUALES DE LAS GARANTÍAS REALES MOBILIARIAS.

Superadas las ideas decimonónicas sobre el concepto de los derechos reales de garantía, en la actualidad los bienes muebles pueden ser objeto de igual o mejor garantía que los inmuebles :

-- En determinados casos la prenda no tiene porque significar la transmisión de la posesión al acreedor, sino que el deudor puede seguir usando y obteniendo rendimientos económicos de la cosa afecta a la garantía.

-- Es posible hipotecar bienes muebles de valor indudable, caracterizados por su fácil identificabilidad.

26.1.1. La Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento.

La Ley de 16-XII-1954 regula la prenda sin desplazamiento de posesión (PSD). pero también articula la normativa de la hipoteca mobiliaria (HM), admitiendo que este derecho real de garantía, tradicionalmente reservado para los bienes inmuebles, recaiga sobre bienes muebles.

Los bienes muebles tienen como característica esencial su **fácil identificación**, por lo que pueden ser perseguidos por la acción real hipotecaria, prestándose a una publicidad registral, si bien no tan completa como los inmuebles.

26.1.2. Precedentes legislativos .

La Ley de Hipoteca Naval (21-VIII-1893) hubo de recurrir a la ficción de considerar al buque como inmueble (en contra de lo dispuesto en el art. 585 Ccom), para considerarlo susceptible de ser hipotecado. Sin embargo la LHM consideró innecesario acudir a tal ficción.

Con posterioridad a la aprobación del Código, diversas disposiciones legislativas abrieron las puertas de la prenda sin desplazamiento :

-- RD de 22-IX-1917, reguló la prenda agrícola y ganadera.

-- D de 29-XI-1935, reglamentó la prenda aceitera.

-- Ley de 17-V-1941, reglamentó la prenda industrial.

-- La Ley de 5-XII-1941 estableció una regulación general de la prenda sin desplazamiento.

26.1.3. Presupuestos básicos de la nueva formulación legislativa.

La Ley de 16-XII-1954 creó abiertamente las contrafiguras de las dos garantías reales tradicionales (prenda --posesoria-- e hipoteca --inmobiliaria--):

1. La prenda sin desplazamiento de la posesión.

2. La hipoteca mobiliaria.

La *ratio legis* del nuevo enfoque normativo se identifica con el fin de agilizar el tráfico económico e incrementar el crédito, permitiendo que los propietarios de bienes muebles de valor notorio puedan capitalizar su derecho en función de garantía.

El presupuesto adoptado de tomar como referencia el establecido por la Ley Hipotecaria arroja la consecuencia establecida en la Disposición Adicional 3ª de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento : *En caso de insuficiencia de los preceptos de esta Ley se aplicarán subsidiariamente los de la legislación hipotecaria en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los bienes y con lo prevenido en los arts. anteriores ...*

26.1.4. Significado y alcance actuales de las garantías reales mobiliarias.

Las garantías reales representan un sector patrimonial de gran importancia cuantitativa que, además puede considerarse, en paulatino y constante ascenso, referido, sobre todo, a la hipoteca sobre maquinaria industrial.

26.2. BIENES SUSCEPTIBLES DE HIPOTECA MOBILIARIA.

La ley restringe los bienes susceptibles de HM a los que taxativamente enumera, por estimar que en ellos se cumple más fácilmente que en otros el requisito de la identificación, siempre que no se hallen hipotecados, embargados o pignorados con anterioridad, y cuyo precio de adquisición esté íntegramente satisfecho, excepto en el caso de que se constituya la hipoteca en garantía del precio aplazado (art. 2º).

Asimismo, la ley prohíbe la constitución de hipoteca sobre el derecho de hipoteca mobiliaria (art. 12).

1. Hipoteca de establecimiento mercantil.

Su objeto no es el inmueble, sino un derecho.

Art. 19 ... Para que puedan ser hipotecados los establecimientos mercantiles deberán estar instalados en local de negocio de que el titular sea dueño o arrendatario con facultad de traspasar ...

... El objeto fundamental y directo de la hipoteca es el establecimiento mercantil ... que es la base del derecho real (de hipoteca mobiliaria), es el soporte objetivo de la hipoteca, que apoyada en él, puede extenderse a otros elementos de aquella ...

2. Hipoteca de vehículos de motor.

El art. 34 LHM permite la hipoteca de automóviles y otros vehículos de motor, con tal que sean susceptibles de matrícula en el correspondiente Registro.

También son hipotecables los tranvías, trolebuses y vagones de ferrocarril de propiedad particular.

3. Hipoteca de aeronaves.

Las aeronaves de nacionalidad española podrán ser hipotecadas siempre que se hallen inscritas en la sección correspondiente del Registro Mercantil de la provincia donde estén matriculadas.

4. Hipoteca de maquinaria industrial.

Art. 42 ... Podrán ser hipotecadas las máquinas, instrumentos o utensilios instalados y destinados por su propietario a la explotación de una industria y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma. Dicha industria deberá figurar anotada en el censo industrial o minero a nombre del hipotecante ...

5. Hipoteca de la propiedad intelectual e industrial.

Tales derechos han de figurar inscritos en los Registros de la Propiedad Intelectual o Industrial. Tal inscripción registral es la base para su protección jurídica.

Conforme al art. 53 del vigente texto regulador de la propiedad intelectual (RDL 1/1996) ... *Los derechos de explotación de las obras protegidas en esta Ley podrán ser objeto de hipoteca con arreglo a la legislación vigente ...* La remisión a la LHMPD incide fundamentalmente en 2 arts. :

– Art. 48 : *El deudor hipotecario no podrá renunciar a su derecho, ni ceder su uso o explotación, total o parcial, sin consentimiento del acreedor ...*

– Art. 49 : *El acreedor que en virtud de pacto adquiera la facultad de cobrar el importe de los derechos del titular, en su totalidad o en una determinada proporción, imputará las sumas percibidas al pago de intereses, y en lo que exceda, a la amortización del capital ...*

26.3. LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE LA POSESIÓN.

26.3.1. El deudor pignorante.

La incierta identificabilidad que, por definición, padecen los bienes objeto de prenda sin desplazamiento, trata de ser compensada en la ley, mediante una serie de deberes impuestos al constituyente, de facultades concedidas al acreedor, y con medidas tendentes a la inamovilidad del objeto : Art. 59 Lhm ... *El dueño de los bienes pignorados, a todos los efectos legales, tendrá la consideración de depositario de los mismos ...*

El art. 57 Lhm al puntualizar las circunstancias que debe contener el título de constitución, exige que conste la obligación del dueño de conservarlos y tenerlos a disposición del acreedor, para que éste pueda en cualquier momento, inspeccionar- los y comprobar la existencia y estado de los mismos.

-- Naturaleza jurídica :

Art. 56 ... *La constitución de prenda no perjudicará, en ningún caso, los derechos legítimamente adquiridos, en virtud de documento de fecha auténtica anterior, por terceras personas ...*

En lo demás, la prenda sin desplazamiento goza de la preferencia que le confieren los arts. 1922-21 y 1926-1º Cc, por remisión del art. 10 Lhm.

26.3.2. Bienes susceptibles de prenda sin desplazamiento.

Las cosas muebles (*numerus clausus*) que pueden ser objeto de este gravamen, son bastantes heterogéneas. Sin embargo existe una característica común que justifica la tipificación de la prenda sin desplazamiento : Existencia de cosas muebles que no son susceptibles de hipoteca mobiliaria, y que tampoco lo son de prenda común, por la imposibilidad física, jurídica o económica de su desplazamiento al acreedor o a un tercero.

La Lhm enumera los bienes susceptibles de este gravamen en distintos tipos, social y económicamente :

1. Prenda agraria :

Art. 52 Lhm ... *Podrán constituir prenda sin desplazamiento los titulares legítimos de explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias sobre los siguientes bienes :*

1º Los frutos pendientes y las cosechas esperadas.

2º Los frutos separados y productos de dichas explotaciones.

3º Los animales, así como sus crías y productos.

4º Las máquinas y aperos de las referidas explotaciones.

2. Prenda industrial o comercial :

Art. 53 Lhm ...

1º Máquinas y demás bienes muebles identificables por características propias, como marca y número de fabricación, modelo y otras análogas, que no reúnan los requisitos exigidos en el art. 42.

2º Mercaderías y materias primas almacenadas.

3. Prenda artística o histórica :

Art. 54 Lhm ... *Colecciones de objetos de valor artístico e histórico, como cuadros, esculturas, porcelanas o libros ...*

Art. 56 Lhm ... *Advierte de la responsabilidad civil o criminal en que incurre el que defrauda a otro, ofreciendo en prenda como libres las cosas que sabía estaban gravadas.*

26.3.3. Identificación de los bienes sujetos a prenda sin desplazamiento.

Solamente puede constituir prenda sin desplazamiento el propietario de la cosa pignorada (Art. 56 Lhm). La escritura o póliza de constitución de la prenda ha de contener, además de las circunstancias generales :

1º Descripción de los bienes que se pignoran, con expresión de su naturaleza, cantidad, calidad, estado y demás circunstancias que contribuyan a individualizarlos o identificarlos.

2º Determinación, en su caso, del inmueble en que se encuentren estos bienes por su origen, aplicación, almacenamiento o depósito.

3º Obligación del dueño de conservarlos en las condiciones y a los fines indicados.

4º Seguros concertados, con referencia a la póliza correspondiente.

Los respectivos títulos de constitución de prenda sin desplazamiento se inscriben en el respectivo Registro de la Propiedad (Art. 70 Lhm).

26.4. DISPOSICIONES COMUNES A LA HIPOTECA MOBILIARIA Y A LA PRENDA

SIN DESPLAZAMIENTO DE LA POSESIÓN.

Se contemplan en el Título I de la Ley de Hipoteca Mobiliaria :

26.4.1. Relativas a los bienes afectos a las garantías.

La susceptibilidad para ser objeto de hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento la determina el propio legislador, estableciendo una enumeración taxativa de los correspondientes bienes. Además, los bienes objeto de garantía han de ser enajenable, y por expresa disposición de la Ley sólo puede hipotecarse o pignorar la íntegra propiedad de los mismos, sin que se encuentre sometida previamente a gravamen o a cualquier otro derecho real (incluido el propio de la hipoteca mobiliaria o el de la prenda sin desplazamiento) : No caben las garantías reales mobiliarias sobre cuotas indivisas, ni sobre el usufructo ...

Art. 2 Ley de Hipoteca Mobiliaria ... *No podrá constituirse hipoteca mobiliaria ni prenda sin desplazamiento*

de posesión sobre bienes que estén ya hipotecados, pignorados o embargados, o cuyo precio de adquisición no se halle íntegramente satisfecho, excepto en el caso de que constituya la hipoteca o la prenda en garantía del precio aplazado ...

26.4.2. La constitución de las garantías mobiliarias : La inscripción constitutiva.

La LHMPD en su art. 3.1º dispone que las garantías reales mobiliarias deben constituirse necesariamente en escritura pública. Para la prenda sin desplazamiento, en ciertos supuestos, se permite también la póliza mercantil.

-- La escritura o en su caso, la póliza, deberán ser inscritas en el Registro que por la Ley LHMPD se establece.

-- La falta de inscripción de la hipoteca o de la prenda en el Registro, privará al acreedor hipotecario o pignoraticio de los derechos que, respectivamente, les concede esta Ley.

26.4.3. La extensión legal de la garantía a las indemnizaciones.

Siguiendo el patrón del art. 110.2º LH, el art. 5 de la LHMPD establece ... La hipoteca y la prenda se extenderán a toda clase de indemnizaciones que correspondan al hipotecante o pignorante, concedidas o debidas por razón de los bienes hipotecados o pignorados, si el siniestro o hecho que los motiva acaeciere después de la constitución de la prenda o hipoteca. Si dichas indemnizaciones hubieren de pagarse antes del vencimiento de la obligación garantizada, el que haya de satisfacerlas entregará su importe con arreglo a lo convenido ; en defecto de convenio, se consignará en la forma establecida en los arts. 1.176 y sigs Cc, siempre que en uno y otro caso hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca o de la prenda ...

26.4.4. La preferencia del titular de la garantía real mobiliaria.

En relación con el tem de eventual concurrencia y prelación de créditos, el art. 10.1º de la LHMPD establece ... *El acreedor hipotecario o pignoraticio gozará para el cobro de su crédito, de la preferencia y prelación establecidas en los arts. 1922.2º y 1926.1º Cc, dejando a salvo siempre la prelación por créditos laborales ...*

El acreedor hipotecario goza para el cobro de su crédito de preferencia sobre los otros acreedores del deudor, en relación con el precio obtenido en la enajenación forzosa de los bienes hipotecados

En caso de quiebra no se incluirán en la masa los bienes hipotecados mientras no sea satisfecho el crédito garantizado, sin perjuicio de llevar a aquélla el sobrante del precio obtenido en la subasta (art. 10.2).

26.4.5. Plazo de prescripción de la acción real.

Las acciones derivadas de las garantías reales mobiliarias sin desplazamiento posesorio prescriben a los 3 años contados desde que puedan ser legalmente ejercitadas (art. 11 LHMPD).

26.5. REFERENCIA A LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN.

Los procedimientos relativos a la hipoteca mobiliaria se contemplan en los arts. 82 a 91, y los establecidos respecto a la prenda sin desplazamiento en los arts. 92 a 95.

En relación con la ejecución de los créditos derivados de la prenda sin desplazamiento, ha de reseñarse que en caso de que los bienes pignorados no hayan sido depositados en poder de la persona designada por el actor (art. 92.3º), o entregados en posesión de quien haya designado el requiriente (art. 94.3º), NO PODRÁN

SEGUIR SU CURSO, respectivamente, NI EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO NI EL EXTRAJUDICIAL.

27

La anticresis

27.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.

Nuestro Cc regula como una figura de garantía real más, la denominada anti- crosis (arts. 1.881 y sigs.). Constituye claramente una figura residual y de extrañísima aplicación práctica a lo largo del siglo XX.

La peculiaridad de la institución se manifiesta en las propias raíces griegas del vocablo (crosis en griego significa *uso*) y en el hecho de que, al parecer, ni siquiera bajo el antiguo Derecho griego, existía la anticresis como una figura independiente ni como un derecho real autónomo. Así ocurrió a lo largo de la experiencia jurídica romana y en las épocas anteriores a la Codificación, en las que el *pacto anticrético* era siempre una estipulación o cláusula particular añadida a los contratos de prenda e hipoteca. En virtud de tal pacto, el acreedor pignoraticio o hipotecario podía, en contra de las reglas generales, hacer suyos los frutos de la cosa gravada a efectos de compensarlos con los intereses devengados por el crédito garantizado.

Características básicas.

Conforme a nuestro propio sistema normativo, la anticresis es una de las especies de las garantías reales, en virtud de la cual el **acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren y después al del capital de su crédito** (Art. 1881 Cc).

Así, la anticresis se caracteriza por :

1. Constituir un derecho real de garantía que, al igual que en el caso de la prenda y la hipoteca, se asienta en la existencia de un crédito preexistente y en tal sentido desempeñar una eventual faceta más de la capitalización de la situación dominical.
2. Limitar su ámbito de aplicación a los bienes inmuebles y en consecuencia, carecer de aptitud alguna para recaer sobre los bienes muebles. Atendiendo a su ámbito de aplicación, la anticresis se diferencia claramente de la prenda ordinaria, coincidiendo sin embargo, con la hipoteca inmobiliaria (Pero no todos los bienes y derechos susceptibles de hipoteca pueden considerarse aptos como objeto de la anticresis).
3. Otorgar la titularidad de los frutos producidos por el inmueble al acreedor anti-crético desde el momento en que se producen, alzan o separan (si bien con la consiguiente obligación de aplicarlos al pago de los intereses). En tal sentido, al atribuir el disfrute del inmueble al acreedor anticrético, la anticresis se aproxima al usufructo, semejanza que no conviene desdeñar en algunos aspectos prácticos concretos.

27.2. NATURALEZA DE LA ANTICRESIS.

La anticresis en su formulación codificada debe considerarse un derecho real de garantía mediante el goce de un bien inmueble fructífero. No obstante, algunos de los autores que se han ocupado de la figura, le niegan tal carácter por considerar que el acreedor anticrético carece de facultad alguna de realización de valor (*ius distra-hendi*). Dicha interpretación es minoritaria y contradicha por las escasas resoluciones judiciales o de la Dirección Gral. de los Registros y del Notariado :

-- Resolución 31-VII-1935, que aunque tiene por objeto fundamental negar la aplicación analógica del art. 11 LH a la anticresis, adopta la calificación de que *el derecho de anticresis es de naturaleza real y presenta*

algunos puntos de semejanza con el de hipoteca ...

-- Resolución 11-III.1932, que considera equiparada la anticresis, con carácter de verdadero derecho real, a la hipoteca, según la jurisprudencia hipotecaria, en cuanto supone igualmente, aparte del característico percibo de frutos, una potencial enajenación de la propiedad del inmueble ...

-- En parecidos términos, la Resolución de 8-V-1963 considera que la anticresis puede configurarse como una figura autónoma e independiente (como un derecho real accesorio de garantía que presupone una obligación principal).

El art. 1886 Cc establece que son aplicables al contrato de anticresis algunos de los preceptos adoptados para la prenda y la hipoteca, identificándolos numeralmente :

-- Art. 1857.4 Cc ... *Las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes ...* Así, la cosa gravada con la anticresis puede pertenecer al propio deudor anticrético o a cualquier otra persona.

-- Art. 1866.2 Cc, referente al *pignus gordianum*.

-- Arts. 1860 y 1861 Cc. En el 1º se establece la indivisibilidad de los derechos reales de garantía. En el 2º se resalta su carácter accesorio, dada su funcionalidad de aseguramiento de toda clase de obligaciones.

La realización del valor de la cosa en la anticresis puede no ser del valor en cambio de la cosa, sino de su valor en producción.

El acreedor anticrético tiene también el goce (percepción de frutos) de la cosa dada en anticresis, pero sin convertir a ésta en un híbrido entre los derechos reales de garantía y los derechos reales de goce.

Es un derecho real inmobiliario (Art. 1881 Cc).

27.3. CONSTITUCIÓN DE LA ANTICRESIS.

El Cc no establece regla especial alguna : Art. 1280.1 : Imposición de la constancia en documento público, aunque su falta no implica ineficacia del acuerdo con tractual (art. 1279 Cc).

La finca gravada, por aplicación del art. 1857 *in fine*, puede pertenecer al propio deudor anticrético o a cualquier otra persona que la someta a gravamen a favor de aquél. En todo caso, la aplicación de tal precepto, presupone que quien la aporte en garantía tenga la plena disposición sobre el inmueble : Pueden constituir anticresis el **deudor** (art. 1881) o un **tercero** (art. 1857). Al ser acto de disposición, se requiere capacidad de obrar y libre disposición del bien gravado.

Titular del derecho de anticresis es siempre, por la accesoriedad del mismo, el acreedor. No se requiere capacidad especial.

El objeto es siempre de bienes inmuebles fructíferos.

Puede constituirse anticresis en garantía de toda clase de obligaciones.

Existiendo contrato y transferencia posesoria, el derecho real de anticresis puede considerarse existente, inscribese o nó en el Registro de la Propiedad : La inscripción constitutiva requiere una norma que así lo establezca. Sin embargo, por aplicación de las reglas hipotecarias generales, la anticresis no inscrita, generalmente no afectará a terceros protegidos por el art. 34 LH, pero ésto no es característico de la anticresis,

sino efecto normal de la publicidad registral.

27.4. CONTENIDO DE LA ANTICRESIS : DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS

PARTES.

Bajo la expresión "contenido" se analizan los derechos y obligaciones de las partes, conforme al esquema típico de la figura que el Cc establece. Sin embargo, en cuanto contrato, la anticresis puede ser objeto de los pactos, cláusulas y condiciones que las partes contratantes tengan por conveniente (Art. 1255 Cc).

Algunos preceptos específicos sitos en sede de anticresis ratifican que las partes puedan conformar el contenido de la anticresis con arreglo a sus propios intereses :

-- Art. 1885 Cc ... *Los contratantes pueden estipular que se compensen los intereses de la deuda con los frutos de la finca dada en anticresis ...* Lo que significa que la obtención de mayores o menores frutos atañe únicamente al acreedor anticrético, pues con independencia del resultado que obtenga, no podrá dirigir pretensión alguna relativa a los intereses. En tal caso de compensación de frutos e intereses, el derecho real de anticresis sólo tendrá por objeto garantizar la devolución del capital prestado, pues la *compensación* establecida supone que el montante o la valoración de unos y otros ha de considerarse, salvo pacto en contrario equiparable.

-- Por su parte, la obligación asignada al acreedor anticrético de "pagar las contribuciones y cargas que pesen sobre la finca" (art. 1882.1), permite el pacto en contrario.

-- De otro lado, si un eventual pacto sobre la privación de la percepción de los frutos por parte del acreedor anticrético, desnaturaliza la naturaleza anticrética de cualquier acuerdo contractual, la transmisión del goce posesorio puede ser objeto de precisión y de cláusulas particulares por las partes.

27.4.1. Derechos y deberes del acreedor anticrético o concedente.

-- El goce posesorio y la percepción de frutos :

Como regla, el contenido típico de la anticresis, conforme a la configuración realitzada por el Cc, implica que el acreedor anticrético ostentará el goce posesorio del inmueble y percibirá los frutos. La posesión de la finca por el acreedor anticrético constituye un presupuesto de la regulación típica de la figura, en cuanto se le obliga a desplegar los actos necesarios para la conservación de ella. No obstante, mediante pacto, cabe también que el efecto característico de la percepción de los frutos en favor del acreedor anticrético acaezca aunque el goce del inmueble lo siga ostentando el propio deudor.

-- La obligación de conservación de la cosa :

El acreedor está obligado, salvo pacto en contrario, a pagar las cargas que pesen sobre la finca, dispone el art. 1882.2 Cc que el acreedor anticrético ... *Lo está asimismo a hacer los gastos necesarios para su conservación y reparación ...*

Así lo ratifica el art. 1883.2 ... *Pero éste (el acreedor anticrético), para librarse de las obligaciones que le impone el art. anterior, puede siempre obligar al deudor a que entre de nuevo en el goce de la finca, salvo pacto en contrario ...*

-- El derecho de realización del valor :

El art. 1884.1 Cc niega radicalmente la validez de cualquier pacto comisorio acordado eventualmente por las

partes ... *El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago* ... La falta de pago, únicamente faculta al acreedor para pedir, en la forma que previene la LEC, el pago de la deuda o la venta del inmueble.

-- El derecho de retención :

Existen muy pocas dudas en relación con el carácter de retentor que ostenta el acreedor anticrético (salvo en el caso de que el acreedor anticrético no detente de forma efectiva la posesión del inmueble, si se admite), dado lo establecido en el art. 1883.1 : El acreedor anticrético, mientras no haya sido pagado, no tiene por qué entregar o transmitir el goce del inmueble. La aplicación del art. 1866.2 extiende dicha conclusión a los casos paralelos a los propios del *pignus gordianum*.

27.4.2. La posición del deudor anticrético.

Sobre el deudor anticrético pesa sobre todo la **obligación de pagar enteramente** cuanto debe para dar por extinguida la anticresis y readquirir el goce del inmueble (art. 1883.1 Cc).

El deudor anticrético (o en su caso, el tercero dueño de ella) conserva indudablemente la propiedad de la finca (art. 1884.1 Cc *contrario sensu*) a todos los efectos, tanto positivos como negativos. Por ello, los gastos de conservación o de carácter fiscal, en realidad se imputan al propietario, aunque inicialmente hayan de ser afrontados por el acreedor anticrético, en cuanto han de deducirse del valor de los frutos (art. 1882.3).

El deudor anticrético, en caso de ser dueño del inmueble, puede transmitir su derecho de propiedad o incluso puede hipotecarlo, en cuyo caso analógicamente se aplicaría lo establecido en el art. 107.2 LH.

27.4.3. Causas de extinción.

La anticresis, como derecho real de garantía, se extingue al desaparecer la obligación garantizada. Además, por su renuncia y realización del valor del inmueble, procedimiento éste último que satisface la deuda.

Con carácter general, sienta el art. 1883.1 ... *El deudor no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes enteramente lo que debe a su acreedor* ...

28

Los derechos de adquisición preferente

LA CATEGORÍA SISTEMÁTICA DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN

PREFERENTE.

Junto a los *iura in re aliena* (derechos reales de goce y garantía), la doctrina moderna ha introducido una 3ª categoría : Los derechos reales de adquisición, por entender que reúnen las características propias de los dos primeros. Su eficacia radica, básicamente, en conferir a su titular la facultad de adquirir, con preferencia frente a cualquier otra persona, la propiedad de una determinada cosa en caso de que su propietario decida enajenarla. Sucintamente enunciados son el tanteo, el retracto y la opción.

28.1.1. Facultad de disposición y derechos reales de adquisición preferente.

Los llamados derechos reales de adquisición podrían no ser entendidos como reales propiamente, ni siquiera como derechos subjetivos, debiendo ser incluidos en la categoría de derechos potestativos y puesto que el titular puede hacerlos efectivos frente a sucesivos adquirentes de la cosa, son "derechos de adquisición en un ámbito de eficacia que permite a su titular dirigirse contra terceros, pero nunca derechos reales por que en

ningún caso otorgan a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa.

Los derechos de adquisición pueden configurarse como de naturaleza personal con las características inherentes a tal naturaleza, aunque en determinadas circunstancias serían verdaderos derechos reales limitativos del dominio, dependiendo del concepto de derecho real que se profese.

La legislación administrativa, la agraria, el Derecho foral y la jurisprudencia han admitido la categoría en cuanto tal : Derechos reales limitados que facultan a su titular para conseguir la transmisión a su favor de una cosa o derecho, por quien sea su dueño o titular, pagando su precio .

Inciden sobre la facultad dispositiva del propietario, polarizándola a su favor : Haciendo que, sin que el dueño haya decidido enajenarla a nadie, se la transmita a él (opción), o que habiendo decidido transmitirla a X, se desvíe hacia él (Y) el impulso transmisivo (tanteo) o que, válidamente transmitida a X, éste se desplace de su posición de adquirente para ser ocupada por el titular (Y) : retracto.

Si el titular del derecho real de opción no ejercita su derecho, el dueño de la cosa gravada mantiene su dominio sin que la misma se transmita a nadie. Si el propietario decide transmitir la cosa a X y el titular del derecho de tanteo o de retracto no ejercita su derecho, la adquisición válida deviene firme. La incisión del derecho real de adquisición en la facultad dispositiva del dominio no consiste en impedir la adquisición por otro, sino en poder determinarla a su favor.

Sólo pueden serlo derechos reales cuya intermediación consista en que su ejercicio no precise la intermediación del propietario (no existe prestación) y cuya abolutividad descansa en la publicidad que les confiere la ley o el Registro. Son derechos limitados y limitativos en cuanto capaces de polarizar en favor de su titular la facultad dispositiva del dueño, y son además, derechos de tracto único, por cuanto su ejercicio los agota.

28.1.2. Origen legal y convencional de los derechos de adquisición preferente.

Aceptar la categoría de los derechos de adquisición preferente no implica desconocer que la formación y aceptación social y normativa de los derechos en ella encuadrables responde a una cerrada homogeneidad entre el tanteo, el retracto y la opción.

El derecho de tanteo y el retracto han sido desarrollados, desde una perspectiva histórica, fundamentalmente por el legislador. Por ello se afirma común y acertadamente de ambos que tienen **origen legal**.

Considerando en particular el retracto, por ser el más importante de ambos, alguna de sus modalidades o especies traen causa de regulaciones normativas pretéritas y de antiguo conocidas que fueron mantenidas incluso por los Códigos decimonónicos, pese a que en el momento de su elaboración se viviera un período de exaltación de la propiedad libre y soberana. Así, no resulta extraño que, pese a su raigambre histórica, el *retracto gentilicio* fuera desechado en los Códigos racionalistas y liberales. Algunas décadas después de haberse materializado la codificación, tanto en nuestro país como en los del entorno, nuevas figuras de retracto aparecen de la mano de otras leyes especiales (arrendamientos rústicos, legislación agraria, arrendamientos urbanos, etc ...)

El denominado derecho de opción hizo su aparición en la escena económica y jurídica de forma mucho más tardía, teniendo por autonomasia **origen convencional o voluntario** : No lo atribuye la Ley, sino que nace a consecuencia de un pacto o negocio entre las personas interesadas en establecerlo.

De otra parte, los casos en que la facultad de disposición se ve coartada por disponerlo así el Derecho positivo, se caracterizan porque la Ley concede a una persona la facultad de adquirir preferentemente el bien que el propietario pretende enajenar, siempre que dicha enajenación tenga lugar a título oneroso, quedando excluidas del ámbito de aplicación del derecho de tanteo y retracto las transmisiones a título gratuito. En

cambio, aunque en la realidad no suele ser frecuente, la gratuidad no es óbice para el establecimiento de un derecho de opción.

Para nuestro Cc existe igualmente el denominado **retracto convencional** cabiendo además que los particulares, también convencionalmente, pacten derechos de adquisición preferente de contenido o carácter atípico, dado que en Derecho español rige el sistema de *numerus apertus* respecto de los derechos reales.

Art. 1507 Cc ... *Tendrá lugar el retracto convencional cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligación de cumplir lo expre-sado en el art. 1518 y lo demás que se hubiese pactado* ...

28.1.3. Contenido jurídico-real de los derechos de adquisición preferente.

Además de debatir acerca de la utilidad o conveniencia de la categoría siste-mática de los derechos de adquisición preferente, algunos autores suelen acentuar su intrascendencia en cuanto ponen en duda el carácter real de los derechos de adqui-sición preferente. Dado que verdaderamente no otorgan a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa, sino que sólo encuentran su razón de ser en la **eventualidad** de la transmisión o enajenación por su propietario, debe negárseles contenido jurídico-real propiamente dicho.

Sin embargo, los derechos de adquisición preferente deben considerarse **derechos reales** en cuanto atribuyen al titular de los mismos un **señorío parcial sobre la cosa** en que recaen. Dicho señorío es muy limitado : Se circunscribe en exclusiva a adquirir la cosa con preferencia frente a cualquier otra persona en el caso de que el propietario pretenda enajenarla a título oneroso.

Dicha preferencia ha de ser respetada tanto por el propietario, en condición de disponente, cuanto por los restantes miembros de la colectividad, por tratarse de un derecho real recayente de forma directa e inmediata sobre la cosa, con indepen- dencia de quien sea el propietario de la misma. Por tanto, la eficacia *erga omnes* existe y en consecuencia, resulta difícil negar la existencia de la nota más caracterís- tica y determinante de los derechos reales.

EL TANTEO Y EL RETRACTO.

28.2.1. Concepto.

a) Tanteo y retracto :

Son ejercitables con ocasión de la enajenación de una cosa, mediante venta u otro negocio traslativo, facultando a su titular para sustituir (tanteo) o subrogarse en la posición del adquirente (retracto) de aquélla, pagando su precio.

Derecho de tanteo (*tantundem* : Exactamente otro tanto) es la facultad de que goza una persona para adquirir preferentemente una cosa que va a ser enajenada a un tercero, abonando la misma cantidad y en las mismas condiciones pactadas entre el transmitente y el tercero.

Derecho de retracto es la facultad de preferente adquisición de una cosa reconoci- da a su titular para que, abonando el tantumdem, deje sin efecto la transmisión reali- zada en favor de un tercero.

b) Opción de compra :

Que puede reservarse el vendedor (retracto convencional), o atribuirse a una persona con independencia de cualquier otro negocio o circunstancia, y que permite forzar al dueño que por tiempo fuere de la cosa, a venderla al optante en deter- minado precio.

28.2.2. Identidad de función y momento temporal divergente.

Tanteo y retracto tienen la misma función : Que el titular de los derechos pueda adquirir alguna cosa con preferencia respecto de las demás personas.

- El tanteo consiste en la facultad de adquirirla antes de que lo haga otro.
- Por el contrario, el retracto supone ejercitar la facultad de preferencia adquisitiva una vez que la enajenación ya ha sido realizada.
- Dada la identidad de función, la diferencia entre tanteo y retracto consiste en el momento temporal a que el derecho de adquisición preferente esté referido :
 - ♦ El tanteo se ha de ejercitar, de forma precisa, antes de que la enajenación tenga lugar.
 - ♦ El retracto entra en juego una vez consumada la enajenación.

28.2.3. Interdependencia entre tanteo y retracto.

La relación existente entre tanteo y retracto se ha planteado tradicionalmente sobre la base de que la preferencia adquisitiva requiere tendencialmente la dualidad de los elementos, partiendo de :

. Otorgar derecho de tanteo sin retracto equivale a permitir la infracción por el disponente y la consolidación de la adquisición del bien por el tercero en cualquier momento, pues basta con realizar la enajenación sin que el titular del tanteo llegue a tener conocimiento de ella, o falseando cualquiera de las condiciones contractuales de la enajenación.

. Atribuir al titular de la preferencia sólo el retracto, significa exigir que la enajenación se haga efectiva, para, después, ser privada de efectos.

La diferencia entre ambas modalidades consiste en que el ejercicio del tanteo y del retracto viene provocado por un acto antecedente del dueño : La enajenación de la cosa, proyectada o consumada, de modo que sólo en tal momento puede el titular del derecho (de preferencia) ejercitarlo, y nó mientras el dueño se limita a usar y disfrutar de la cosa sin transferirla. Otra diferencia es que el precio a pagar por la cosa en el tanteo y el retracto, es precisamente, el que otro está dispuesto a pagar o ha pagado ya (sólo se fija en el momento de enajenar), mientras en la opción se fija o se dan los datos para su fijación por la ley o el contrato, al crear tal derecho. Por último, tanteo y retracto tienen preponderantemente, aunque no exclusivamente, origen legal, en tanto que en la opción es voluntario.

28.3. EL RETRACTO EN EL CÓDIGO CIVIL : EL RETRACTO LEGAL.

Se contempla el retracto en el Cc en el cap. VI del Título dedicado a la compraventa. Dentro de dicho título , el art. 1506 dispone que la venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones, y además por las expresadas anteriormente, y por el retracto convencional o por el legal.

Después, los arts. 1507 a 1520 tratan del retracto convencional, y los arts. 1521 a 1525, del legal, y como manifestaciones de éste, el de comuneros y el de colin-dantes.

No regula el derecho de opción.

No regula unitariamente la categoría de los derechos reales de adquisición.

Leyes especiales.

En el Derecho español, fuera del Cc, se han desarrollado, en especial, en el ámbito del Derecho agrario y urbanístico, y de Derecho público, en relación con objetos de interés histórico, etc, y en las legislaciones autonómicas, figuras de prefe-rencia adquisitiva, algunas de las cuales pueden ser

consideradas como derechos reales :

- Tanteo, retracto y adquisición preferente en favor de arrendatarios y aparceros de fincas rústicas.
- Derecho de acceso a la propiedad de determinados arrendatarios de fincas rústicas.
- Diversos derechos de adquisición procedentes de la legislación agraria.
- Tanteo y retracto a favor del inquilino de vivienda y arrendatario de local de negocio en caso de venta por pisos.
- Tanteo y retracto en favor del arrendador de local de negocio en caso de traspaso del mismo por el arrendatario.
- Retracto del propietario del inmueble, en caso de adjudicación en pública subasta del establecimiento mercantil instalado en aquél, objeto de hipoteca mobiliaria.
- Derecho de adquisición preferente por dación en pago, en favor del acreedor, en caso de venta por el deudor, autorizada por aquél, del objeto de la prenda sin desplazamiento.
- Diversos derechos de adquisición en favor de particulares, establecidos en leyes administrativas.
- Diversos derechos de adquisición en favor del estado, Comunidades Autónomas o entes públicos.

Derecho Foral.

Los Derechos forales ofrecen manifestaciones peculiares de los derechos de adquisición, principalmente en materia de censos y figuras análogas del llamado dominio dividido y en el ámbito familiar respecto de bienes troncales, aparte de alguna en tema de retroventa.

28.3.1. El llamado retracto legal.

El retracto faculta para adquirir la cosa **después** de enajenada, y de manos del adquirente, subrogándose en su lugar en el contrato que realizó con el propietario enajenante : Art. 1.521 Cc ... *El retracto legal es el derecho de surogarse con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago ...*

Noción muy criticada y llena de consecuencias prácticas, entre las cuales la más ostensible es la de

determinar si las cargas fiscales inherentes a la transmisión realizada han de ser soportadas por el retrayente o por el retraído (tercer adquirente que a consecuencia del ejercicio del retracto, deja de serlo). Como a la legislación tributaria le preocupa únicamente que alguien abone el impuesto, el art. 48.I.B.2 del Texto refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales de 1980 establecía ... *Estarán exentas las transmisiones que se verifiquen en virtud de retracto legal, cuando el adquirente contra el que se ejercita aquél hubiese satisfecho el importe ...*

No basta con que el retrayente abone el mismo precio hecho efectivo por el tercero, sino que para que éste quede indemne, han de resarcírsele los gastos que le haya originado la abortada adquisición : Art. 1.518.

El art. 1.524 determina que el plazo de ejercicio del retracto será de 9 días contados desde la inscripción en el Registro de la propiedad, y en su defecto, desde que el retrayente haya tenido conocimiento de la venta.

28.3.2. Retracto de comuneros o copropietarios.

Esta modalidad de retracto (art. 1.522 Cc) conlleva que el copropietario de una cosa podrá ejercitarlo en caso de enajenarse la cosa a un **extraño** la parte de todos o de alguno de los demás condueños.

Por ello, no se encuentran legitimados activamente para ejercitar el retracto como condueños :

- Los arrendatarios.
- Los propietarios del suelo respecto a los del subsuelo y viceversa.
- Los usufructuarios respecto de los nudo propietarios.
- Los cotitulares en las situaciones de propiedad horizontal o multipropiedad.

El 2º párrafo del art. 1.522 Cc establece ... *Cuando dos o más propietarios quieran usar el retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común ...*

En caso de conflicto, el retracto de comuneros excluye el de colindantes (art. 1.524.2 Cc).

28.3.3. Retracto de colindantes.

Tiene como objetivo fundamental evitar la excesiva fragmentación de la tenencia de la tierra (minifundios), por considerarse que su proliferación es antieconómica.

El art. 1.523 Cc dispone ... *Tendrán el derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea ...*

28.3.4. Retracto de coherederos.

Art. 1.067 Cc ... *Si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifiquen en el término de un mes, a contar desde que éste se les haga saber .*

28.3.5. Tanteo y retracto enfiteúticos.

La particular situación de división dominical de esta institución hace que el Cc regule detalladamente los recíprocos derechos de tanteo y retracto que corresponden al dueño directo y al útil.

Los arts. 1.638 y 1.639 otorgan al correspondiente titular enfiteútico, ante la enajenación por parte del otro, derecho de retracto por partida doble ...

— Aunque el disponente lo haya hecho partícipe del eventual tanteo, si el titular enfiteútico no ha hecho uso de él, podrá utilizar el de retracto para adquirir la finca por el precio de la enajenación ... dentro de los 9 días útiles siguientes al del otorgamiento de la escritura de venta, o desde su inscripción en el Registro de la propiedad.

— Caso de que no se les hubiese ofrecido el tanteo, el dueño directo y en su caso el útil, podrán ejercitar la acción de retracto en todo tiempo hasta que transcurra 1 año contado desde que la enajenación se inscriba en el Registro de la Propiedad ...

28.4. OTROS SUPUESTOS DE DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE

ORIGEN LEGAL : RETRACTOS ARRENDATICIOS.

A tal efecto han de considerarse tanto el Texto refundido de la Ley de Arrendamientos urbanos de 1964 como la Ley de 1994.

28.4.1. Tanteo y retracto en favor del arrendatario de fincas rústicas.

Los derechos de adquisición preferente se encuentran especialmente reforzados en la Ley de Arrendamientos Rústicos, exigiéndose especiales cautelas que garanticen la posibilidad de su ejercicio por el arrendatario antes de que el tercero, en su caso, pueda inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad.

28.4.2. Tanteo y retracto en favor del arrendatario de fincas urbanas (LAU 1964).

La LAU de 1964 dedica su cap. VI a regular los derechos de tanteo y retracto del inquilino y del arrendatario de local de negocio (arts. 47 a 55).

Se otorgan tales derechos tanto a los arrendatarios de viviendas como a los de locales de negocio. En ambos casos se requiere que el arrendatario se encuentre efectivamente ocupando el inmueble arrendado.

28.4.3. Tanteo y retracto en favor del arrendador de locales de negocio.

El reverso de los supuestos considerados es el representado por el otorgamiento de los derechos de tanteo y retracto al arrendador de locales de negocio que vayan a ser traspasados por el arrendatario (arts. 35 y 36 LAU 1964).

28.4.4. Los derechos de adquisición preferente en la LAU de 1994.

Conforme al esquema clásico, salvo en el caso de venta conjunta de varios bienes o del inmueble, la LAU 94 concede al arrendatario un derecho de tanteo y, en garantía de su efectividad, un derecho de retracto, al tiempo que otorga carácter preferente al derecho de adquisición preferente del arrendatario, salvo frente al condueño (de la vivienda enajenada) o al titular de un retracto convencional inscrito en el Registro.

Conviene advertir que las pautas normativas de la LAU 94, al abolir la prórroga

forzosa y la congelación de las rentas, determina una importante pérdida de importancia de los derechos de adquisición preferente.

28.5. EL DENOMINADO RETRACTO CONVENCIONAL.

28.5.1. El retracto convencional.

La fuente de este derecho puede ser tanto la ley como el convenio de las partes. El Cc, en los arts. 1507 y sigs, regula el retracto convencional.

Bajo la denominación de **retracto convencional**, el Cc regula lo que comúnmente se denomina **venta con pacto de retro, venta con carta de gracia** o directamente **retroventa** : Modalidad especial de la compraventa que conlleva un pacto complementario en virtud del cual el vendedor puede recomprar, dentro de un plazo temporal determinado en el propio contrato de compraventa, la cosa vendida.

Art. 1.507 Cc ... Tendrá lugar el retracto convencional cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida con obligación de cumplir lo expresado en el art. 1.518 y lo demás que se hubiese pactado ...

28.5.2. La función de la venta con pacto de retro.

El vendedor inicial (prestatario) recibía un préstamo del comprador inicial (pres-

taamista), quien para garantizarse la devolución del dinero prestado, exigía que se le transmitiese la propiedad de un bien, por lo general inmueble, comprometiéndose a revenderlo al vendedor inicial, caso de que éste consiguiese abonarle el precio fijado, más o menos coincidente con el principal más los intereses del préstamo. Como se ve una total tapadera de un préstamo, generalmente usurario. De ahí que el retracto convencional o compraventa con pacto de retro haya ido menguando paralelamente al fortalecimiento del crédito territorial y a la instauración de un sistema hipotecario moderno.

28.5.3. Régimen jurídico básico.

a) La imposibilidad de abonar por parte del vendedor inicial los conceptos contemplados en el art. 1.518 determina la adquisición irrevocable del dominio de la cosa vendida por el comprador.

Conviene mantener precisas la diferencias entre compraventa con pacto de retro y la compraventa con pacto de reserva de dominio.

b) El plazo máximo de duración del retracto convencional es de 10 años. Caso de que las partes no lo establezcan expresamente, el Cc supletoriamente establece como mínimo el de 4 años. Ambos plazos han de computarse a partir de la fecha del contrato.

28.5.4. El pacto de retroventa como derecho real.

Art. 1.510 Cc ... El vendedor podrá ejercitar su acción contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional ... salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria respecto de terceros ...

La eficacia frente a terceros sólo la adquiere el retracto convencional respecto de los inmuebles,

cuando es inscrito en el Registro de la Propiedad. Por lo demás, es indiscutible que el derecho de retracto convencional tiene carácter de derecho real.

28.6. EL DERECHO DE OPCIÓN.

28.6.1. La opción de compra y la opción de venta.

Derecho de adquisición que faculta a su titular para adquirir la cosa objeto del contrato, si se decide por ello, pagando el precio pactado con el concedente. Es claro que no se otorga un poder directo e inmediato sobre la cosa, y que la opción no puede hacerse efectiva frente aun tercero que la ha adquirido porque el concedente no ha respetado su obligación de no enajenarla mientras estuviese vigente la opción : Habrá una responsabilidad de éste por incumplimiento. Lo que implica necesariamente que la opción no atribuye derecho real.

La opción es un contrato en virtud del cual una persona se obliga a vender a otra una cosa bajo ciertas condiciones contractualmente previstas. Si el concedente del derecho de opción queda obligado a vender y es el optante quien decide si compra o nó, se habla de opción de compra. En caso contrario, cuando el eventual adquirente queda obligado a comprar y es el propietario quien puede optar entre vender o nó vender, se habla de opción de venta.

28.6.2. La opción de compra como derecho real.

El problema no reside en el valor contractual u obligatorio de la opción, sino en determinar si su establecimiento puede afectar a terceros adquirentes : Si el derecho de opción puede configurarse como un derecho real sobre la cosa que, por tanto, vincule a terceros en su observancia.

Respecto de los bienes muebles , la opción de compra difícilmente puede acceder a la categoría de derecho real. Respecto de los inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, el Cc no lo refiere. En cambio el art. 14 RH dispone ... *Será inscribible el contrato de opción de compra siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción, reúna las siguientes :*

1º Convenio expreso de las partes para que se inscriba.

2º Precio estipulado para la adquisición de la finca, y en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.

3º Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de 4 años.

Así, el contrato de opción de compra, una vez elevado a escritura pública en la que consten los requisitos reseñados, puede acceder al Registro de la Propiedad. A partir de ese momento, el derecho del optante cuenta a su favor con los beneficios de la inscripción registral. Entre ellos destaca que el optante puede ejercitar su derecho frente a cualquiera y no sólo frente a quien contrató con él.

29

La posesión

29.1. PERFIL HISTÓRICO Y FORMULACIONES DE LA POSESIÓN.

En épocas remotas el ser humano contaba con la dominación de las cosas, nó por ser propietario, sino por ser poseedor. Bajo la vigencia del Derecho positivo contemporáneo, tal planteamiento es

inaceptable.

Desde el momento en que nace la idea de propiedad, como señorío del ser humano sobre las cosas, la posesión pasa a identificarse con el mero hecho de tener una cosa, su tenencia material.

En Roma fueron conocidas formas o especies posesorias de puro carácter material, pero el término *possessio* quedó reservado a la tenencia material (*corpus*) que, acompañada del correspondiente elemento *espiritual* (*animus o affectio possidendi*), acabó por convertirse en la *possessio ad usucapionem*, cuya obvia finalidad era consolidar el dominio.

Durante los siglos medievales, la *Gewere* germánica se desarrolló similarmente como mero acto de investidura fáctica sobre los bienes inmuebles, en cuya virtud se entendía transmitido el señorío jurídico sobre tales bienes.

Llegada la codificación, la idea cumbre de la dominación sobre las cosas es la de la propiedad, mientras que la posesión asume una posición subordinada a instrumental, en cuanto el goce dominical predeterminaba el goce posesorio. Así lo habían dicho en su tiempo, Ulpiano y otros jurisconsultos romanos clásicos, distinguiendo entre :

- El poseedor que simultáneamente es propietario.
- El propietario que no es poseedor.
- El poseedor que no es propietario.

29.1.1. La Ley de Bases.

El Cc español opta por regular primeramente la propiedad (arts. 348 y sigs), la comunidad de bienes (arts. 392 y sigs), las propiedades especiales (arts. 470 y sigs) y sólo después la posesión (arts. 430 y sigs).

Para el Código se impone regular la posesión posteriormente a la propiedad como lógica consecuencia de unos de los presupuestos normativos de la base 11 : Que el denominado concepto absoluto de la posesión es el aspecto posesorio emanado del dominio y unido a él.

29.1.2. Ubicación normativa.

Semejante ubicación normativa es lógica y razonable siendo concorde con el entendimiento general de la ciudadanía contemporánea.

Sin embargo, a finales del siglo XX cabe afirmar que la opción sistemática concede la preferencia expositiva a la posesión.

Los Códigos más recientes y de cierto peso doctrinal (como el italiano de 1942) distinguen con cierta nitidez la detentación de las cosas de la posesión propia—mente dicha, configurando ésta como el poder que se manifiesta cuando alguien actúa en forma correspondiente al ejercicio del derecho de propiedad u otro derecho real.

29.1.3. La posesión como hecho.

Conforme a la Ley de Bases, la segunda acepción de posesión debe venir representada por su concepto limitado : Nacido de una tenencia de la que se deducen hechos independientes y separados

del dominio.

29.1.4. *Ius possidendi* e *ius possessionis*.

La posesión, puede consistir también en un mero hecho, consistente en el señorío fáctico sobre la cosa, aunque semejante poder no encuentre fundamento en un título que habilite al poseedor para seguir siéndolo. En tal caso, el poseedor tiene el *ius possessionis* aunque carezca del *ius possidendi*.

Las situaciones posesorias son múltiples y variadas, partiendo del dato inicial de que el señorío de hecho sobre las cosas puede asentarse tanto en la posesión como derecho o *ius possidendi*, cuanto en la posesión como hecho o *ius possessionis*.

Según en qué casos la distinción resultará insuficiente por existir diferentes y plurales personas que, en grados diversos y de distinta fortaleza jurídica, gozan del *ius possidendi*, con independencia de que cualquiera de ellas, o un tercero, detente la posesión como hecho de la cosa.

Si el propietario transmite, consiente o pierde la posesión fáctica de la cosa que le pertenece, resultará necesario determinar si el nuevo poseedor tiene o no *ius possidendi* (usufructuario, arrendatario, etc) o no (precarista, ladrón o quien, sin serlo, se apropia indebidamente de algo ajeno), dando por hecho en todo caso que el *ius possessionis* le corresponde en cuanto señorío de hecho. Pero, al mismo tiempo, resultará imposible negarle al propietario el *ius possidendi* que, conforme a las circunstancias de cada caso, corresponde al titular dominical, al igual que el resto de las facultades dominicales que puedan ser objeto de transmisión.

29.2. LA NATURALEZA DE LA POSESIÓN.

La cuestión de la denominada naturaleza de la posesión consiste fundamentalmente en determinar, si, desde el prisma normativo (atendiendo a datos de Derecho positivo) la posesión debe considerarse como un hecho o como un derecho.

Las situaciones posesorias calificables como *ius possessionis* deben considerarse como hechos, sin que dicha naturaleza sea obstáculo a que el ordenamiento jurídico atribuya a dichas situaciones fácticas las consecuencias jurídicas que se consideren pertinentes (protección interdictal),

29.3. EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN POSESORIA.

A finales del siglo XX existe una cierta concordancia doctrinal en que la protección de la posesión es fruto de la adición de ciertos elementos que no tienen por qué plantearse en forma contradictoria. Así, se admite generalizadamente que la tutela interdictal encuentre su fundamento básico en la prohibición de la violencia y en la consecución de la paz social y el orden constituido.

También se resalta que el sentido propio de las presunciones posesorias consista posiblemente en una protección de la propiedad que, indirectamente beneficia también a los poseedores que no sean propietarios, y en definitiva, en una manifestación más de la protección de la apariencia.

29.4. CLASES DE POSESIÓN.

29.4.1. Posesión civil y posesión natural : la posesión en concepto de dueño.

Art. 430 del Código Civil ... *Posesión natural es la tenencia de una cosa ó el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos ...*

La "intención" de que habla el precepto ha de ser, no meramente subjetiva, sino, manifestada por actos, cognoscible por la gente.

El sentido del art. 430 se deduce de sus antecedentes en la civilística inmediatamente anterior al Código. Con arreglo a ellos, el citado precepto identifica la posesión natural con la *ad interdicta*, y la posesión civil con la *ad usucapionem*. Esta contraposición entre posesión natural y civil no coincide con la del art. 432 entre el poseedor en concepto de dueño y en concepto distinto, por cuanto el tenedor de la cosa si alega derecho real sobre ella, tiene también posesión *ad usucapionem* y por tanto, posesión civil. Lo característico de la posesión civil es la alegación de propiedad (derecho real limitado) con que se presenta el poseedor: En concepto de dueño aunque no lo sea ni nadie crea que lo es.

Ambas posesiones, la natural y la civil, tienen como ingrediente común una tenencia o un disfrute, que en ningún caso se limitan al simple contacto material pues aun en la posesión natural, son los mismos a que aluden los arts. 348 y 1543 respectivamente, al describir las facultades del dueño y del arrendatario, y en cualquier caso nunca puede decirse que la posesión natural está totalmente despojada de intencionalidad, ya que la tenencia o disfrute no son meros datos físicos o de la naturaleza, sino actitudes de la persona.

El elemento diferencial entre una y otra clase de posesión es la intención de haber la cosa como suya del poseedor civil.

La calificación de una situación posesoria conforme a cualquiera de los criterios existentes no supone el olvido de los restantes criterios ya que su consideración por separado no implica que tengan carácter antagónico.

El art. 430 Cc comienza por establecer un planteamiento respecto de la posesión, diversificándola entre posesión natural y posesión civil.

Para el precepto, "posesión natural" es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona, mientras que la "posesión civil" es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos. El elemento común de ambos tipos de posesión radica en la tenencia de una cosa. Si a la tenencia se añade la intención del poseedor de haber la cosa como suya, la posesión natural se convierte en posesión civil.

La virtualidad fundamental de la posesión civil consiste en su capacidad para servir de base a la usucapión, dado que la prescripción adquisitiva requiere en todo caso que el poseedor lo sea en concepto de dueño. Trátese de usucapion ordinaria o extraordinaria, la existencia de la posesión en concepto de dueño es una condición *sine qua non* para que puedan desplegarse los efectos propios de la institución.

La cuestión fundamental que plantea el art. 430 Cc consiste en saber si la intención de haber la cosa como suya por parte del poseedor debe identificarse con la intención de tener la cosa como dueño (posesión en concepto de dueño).

La contraposición entre posesión civil y natural carece de consecuencias de orden práctico, no mereciendo siquiera especial atención por parte del Cc a lo largo de su articulado: Tanto en los preceptos ubicados en la sede de posesión como en los dedicados a la usucapión, el Cc no utiliza la expresión "poseedor civil", sino que habla de forma recurrente, de poseedor en concepto de dueño. Así, el art. 447 establece ... *Sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio* ...

29.4.2. La posesión en concepto de titular y de no titular.

Art. 432 ... *La posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de 2 conceptos : O en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conser-varlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona ...*

Si se considera que el poseedor civil lo es en concepto de dueño, las reglas establecidas en los arts. 430 y 432 basculan sobre la misma idea : Distinguir entre quien ostente la tenencia material de una cosa en cuanto dueño de ella y cuales-quiera otros poseedores, siendo éstos tenedores de la cosa conforme al art. 432. Atendiendo al art. 430, habrían de ser calificados como poseedores naturales.

Si bien el usufructuario o el arrendatario son poseedores civiles de su corres-pondiente derecho, no pueden ser conceptuados como poseedores en concepto de dueño de la cosa. Dando por sentado que no sólo puede usucapirse la situación o posición de dueño, sino también la correspondiente a otros derechos reales, el usufructuario o arrendatario pueden ser poseedores de la cosa en concepto de titular del derecho de usufructo o arrendamiento.

En definitiva, se trataría de determinar si la tenencia posesoria se tiene en concepto de titular del derecho de que se trate (sea propiedad o cualquier otro...), con independencia de que exista otro derecho de mejor grado frente al del poseedor que se considera titular de un determinado *ius possidendi* (Vg : el del propietario respecto del usufructuario).

29.4.3. El servidor de la posesión.

Art. 431 Cc ... *La posesión se ejerce en las cosas o en los derechos por la misma persona que los tiene y los disfruta, ó por otra en su nombre ...* El objeto del precepto no radica en determinar a quien corresponde la titularidad de la posesión, sino referido exclusivamente a su ejercicio (se puede ejercer la posesión, mediante la realización de los correspondientes actos posesorios, por aquél a quien le corres-ponde [posesión en nombre propio] o por cualquier otra persona en su nombre [posesión en nombre ajeno]).

Los que habrían de considerarse detentadores en nombre ajeno, podrían tam-bién ser integrados dentro de los poseedores no titulares contemplados en el art. 432 ... En concepto de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos ...

En la mayoría de los supuestos prácticos, la detentación material de la cosa en nombre ajeno encuentra su soporte causal en una relación contractual entre el poseedor en nombre propio y el poseedor en nombre ajeno.

29.4.4. Posesión mediata e inmediata.

Aunque el Cc no contiene expresa referencia a ella, es objeto de común utilización por doctrina y jurisprudencia, la confrontación entre la posesión mediata y la inmediata. Bipartición que se utiliza con carácter general para referirse a supuestos en los que, mediante cualquier tipo de relación jurídica, quien tiene derecho a poseer la cosa transmite a otro facultades suficientes para ser poseedor de ella.

Así, será poseedor inmediato quien goce de hecho de la cosa (Vg : Arren-datario), calificándose de poseedor mediato quien deja de tener la posesión efectiva y material de ella (Vg : Propietario). La razón : Efectos generales de la posesión. Por ello, se califica de poseedor a toda aquella persona que teniendo facultades sufi-cientes para poseer la cosa, transmite la posesión a otra. Aquélla será calificado de poseedor mediato y ésta de poseedor inmediato, mientras que detente de forma efec-tiva la tenencia de la cosa y no la transmita, a su vez, a cualquier otra persona.

La posesión mediata admite grados sucesivos, pues ninguno de los poseedores intermedios pierde su condición de poseedor por transmitir la tenencia de la cosa a otra persona. Quien, finalmente, detente la tenencia material de la cosa, será el único poseedor inmediato, pues la posesión inmediata no admite graduación.

La sucesiva transmisión de la tenencia material de la cosa no supone, sin embargo, considerar que el poseedor mediato siempre tenga la posesión como derecho, mientras que el poseedor inmediato adquiere únicamente la posesión como hecho. El poseedor inmediato, en dependencia del supuesto de hecho de que se trate, puede adquirir también la posesión como derecho, en cuanto la continuidad posesoria constituye un presupuesto del propio ejercicio de las facultades inherentes a la relación jurídica de que se trate.

29.4.5. Posesión justa e injusta..

En términos generales, la posesión injusta y la posesión viciosa son conceptos equiparables en cuanto derivación de valoraciones de orden axiológico. Quien carezca de derecho para poseer como hecho ha de ser calificado como poseedor injusto o vicioso (incluso en el supuesto de que tuviera la posesión como derecho).

El Cc excluye radicalmente la adquisición de la posesión como hecho de forma violenta o clandestina :

1. En evitación del eventual triunfo de la violencia respecto de las situaciones posesorias, el art. 441 establece ... *En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente ...*

2. El art. 444 dispone ...Los actos ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión ...

Este precepto podría ser entendido en el sentido de que la eventual sustracción o despojo de la cosa a su verdadero poseedor, al no afectar a la posesión, carece de efecto posesorio : El despojante no debería ser calificado o conceptuado como poseedor, ni siquiera de hecho, de la cosa. Sin embargo, dicho entendimiento se ve dificultado por lo dispuesto en el art. 460.4, conforme al cual ... *El poseedor puede perder su posesión ... por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de 1 año ...*

El precepto califica la tenencia material por el despojante como posesión y además, establece que la continuidad posesoria por un período superior al año determina la pérdida de la posesión del antiguo poseedor. En consecuencia, resulta imposible dejar de calificar como posesión incluso la mera tenencia material de la cosa por parte del despojante.

El despojante habrá de ser considerado como un poseedor de hecho, cuya posesión como hecho se encuentra interdictalmente protegida frente a terceros que, a su vez, pretendan privarle de la tenencia de la cosa. Sin embargo, la posesión del despojante habría de encontrarse protegida incluso frente a la recuperación clandestina o violenta intentada por el despojado. Por ello, habrían de diferenciarse ambos conceptos de posesión injusta y viciosa, pues el despojado que recupera clandestina o violentamente la cosa tendría una posesión justa, pero al mismo tiempo viciosa.

29.4.6. Posesión de buena y mala fé.

La determinación de si el poseedor tiene o no buena fé plantea un aspecto sumamente cercano al carácter justo o injusto de la posesión, pues en definitiva la posesión de buena fé ha de relacionarse con el título que habilita o justifica la posesión.

La posesión de buena fé es muy importante en relación con los siguientes aspectos :

1. Respecto de la posible o eventual usucapion de la cosa poseída en favor del poseedor que, a través de aquélla, en su forma de usucapion ordinaria, se convertiría en propietario.
2. Atendiendo a la especial función legitimadora que el art. 464 otorga a la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fé.
3. El peculiar régimen jurídico establecido respecto de la liquidación del estado pose-sorio, en la cual el criterio diversificador es precisamente la buena o mala fé del poseedor que deja o ha de dejar de serlo.

El art. 1950 Cc indica expresamente que la buena fé del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa, era dueño de ella y podía transmitir su dominio (o su derecho real poseible). Semejante descripción legal, formulada en sentido positivo (creencia de que ...), coincide sustancialmente con la establecida negativamente en el art. 433 ... Se reputa poseedor de buena fé al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide ...

Ambos aspectos de la cuestión, el negativo y el positivo, deben entenderse compatibles y complementarios : El poseedor usucapiente ha de tener creencia de legitimidad posesoria ad usucapionem y, simultáneamente, ignorancia de ilegitimidad posesoria. La suma de tal creencia y de tal ignorancia, rígidamente exigida por la jurisprudencia, significa que el poseedor usucapiente ha de considerarse a sí mismo dueño de la cosa o titular del derecho real de que se trate.

Semejantes requisitos son de naturaleza subjetiva (en cuanto dependen de la propia convicción del sujeto usucapiente), pero no basta la mera alegación del usucapiente, sino que ha de demostrarse en términos objetivos que la situación del poseedor puede ser considerada de buena fé, por darse las 2 circunstancias legalmente requeridas :

- Que el usucapiente adquirió de quien tenía facultades transmisivas suficientes.
- Que el acto o título transmisivo pueda ser considerado válido. Esta circunstancia conecta la buena fé con el requisito del justo título.

La buena fé del poseedor usucapiente ha de ser continuada y persistir durante todo el período de la posesión hábil para la usucapion, como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, ya que en esta materia rige el principio de que *mala fides superveniens nocet*. Conclusión que ha de extraerse del art. 1940 Cc al disponer que se necesita poseer las cosas con buena fé y justo título por el tiempo determinado en la ley : El Cc sienta la regla de que la buena fé debe existir no sólo en el momento de comenzar a usucapir, sino durante todo el plazo posesorio correspondiente. Algún autor considera que la exigencia de la buena fé continuada debe deducirse en particular de lo dispuesto en el art. 435.

El Cc regula la posesión de buena fé, preocupado única y exclusivamente por el posible efecto de la usucapion :

1. La referencia al modo de adquirir y al vicio que lo invalide del art. 433, ha de entenderse referida a los modos de adquirir (propiedad y los restantes derechos reales).

2. Art. 1950, en el que se habla sólo de transmisión del dominio : De la buena fé del poseedor como derivación de la transmisión dominical ... creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio ..

En consecuencia, para evitar equívocos, y aunque se trate de situaciones posesorias puras, sin conexión alguna con la transmisión dominical, se impone aplicar los principios extraídos de los arts. 433 y 1950 al supuesto posesorio de que se trate, adaptando la creencia de legitimidad posesoria e ignorancia de vicio invalidante del poseedor a la posesión de que se trate. Así lo exige la aplicación de las reglas relativas a la liquidación del estado posesorio, en las cuales es determinante el carácter de buena o mala fé del poseedor vencido.

Extrayendo del art. 433, las expresiones "modo de adquirir" y "título", ha de resaltarse la importancia del último. Dicho título habilitará, en su caso, la posesión de buena fé del arrendatario, del comodatario ... aunque su situación posesoria no tenga por guía adquirir el dominio de la cosa poseída y, por tanto, la aplicación de las presunciones posesorias particularmente relacionadas con la posesión de buena fé :

1. Salvo prueba en contrario, la posesión ha de ser considerada de buena fé respecto de cualquier poseedor (**art. 434**).

2. Salvo prueba en contrario, la aplicación del art. 435 conlleva que la posesión inicial de buena fé se ha de seguir considerando en igual concepto salvo que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente.

29.4.7. Posesión precaria .

Art. 444 ... *Los actos meramente tolerados no afectan a la posesión* ... precepto que ha de entenderse en 2 sentidos claramente diversos :

1. Quien lleve a cabo los actos de tolerancia no llega a ser realmente poseedor, sino un mero detentador de facto que no puede atribuirse ni siquiera la posesión como hecho : Si así fuera, tal detentador no podría contar a su favor con la protección interdictal, ni mucho menos con la posibilidad de usucapir.

2. El mandato del art. 444 significa igualmente que el verdadero poseedor (de derecho y de hecho), en virtud de su propia condescendencia, admite la posesión de hecho de otra persona, tolerando la realización por su parte de actos inequívocamente posesorios, en el entendido de que su posesión como derecho no puede verse afectada y consecuentemente, puede recuperar la posesión como hecho cuando le venga en gana : La posesión tolerada es una posesión sin título alguno, que habría de ceder en cualquier momento frente a la posesión como derecho.

Semejante situación posesoria es conocida también con el nombre de posesión precaria , dándose con cierta frecuencia en el ámbito de las relaciones familiares o amistosas.

En casos de semejante o parecida índole, es innegable que el poseedor precario es un verdadero poseedor, aunque sea un mero poseedor de hecho (art. 445), o poseedor sin título que cuenta a su favor con la protección interdictal (art. 446), incluso frente al poseedor de derecho : Si reclamada por éste la posesión como hecho, el poseedor precario se opone a la entrega del bien poseído, el verdadero poseedor no tendrá más remedio que acudir a la autoridad judicial para reclamar su posesión como hecho.

En la práctica, la reclamación al poseedor precario suele acabar en pleito pues durante el período

fáctico de posesión, el poseedor precario suele acumular una serie de gastos (más o menos discutibles) cuyo reembolso pretende con carácter previo a la devolución de la posesión.

El verdadero poseedor cuenta a su favor, para la recuperación de la posesión como hecho, no sólo del interdicto de recuperar, sino también con el juicio de desahucio, regulado en la LEC, cuando el precario recaiga sobre bienes inmuebles :

Art. 1565 LEC ... Procederá el desahucio y podrá dirigirse la demanda : 3º Contra cualquier otra persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced, siempre que fuese requerida con un mes de anticipación para que la desocupe ...

Los arts. 1599 y 1600 LEC parten de la base de que, una vez firme la sentencia de desahucio, si el precarista no abandona la finca en los plazos previstos en el art. 1596 (de 8 a 20 días, según la naturaleza del inmueble), ... *se procederá a desalojarlo sin prórroga ni consideración de ningún género, y a su costa, sin que sea obstáculo para el desalojo el que el inquilino o colono reclame como de su propiedad labores, plantíos o cualquier otra cosa que no se pueda separar de la finca ...*

Atendiendo a criterios civiles, la posición del precarista, aunque carezca de título jurídico-real o contractual, no puede ser calificada de mala fé, en cuanto se encuentra fundada en la condescendencia o beneplácito del verdadero poseedor o titular de la cosa. Sin embargo, la especial naturaleza de la posesión precaria y la evitación de la continuidad de tal situación posesoria (argumentando el eventual derecho de retención) explican la constante y reiterada doctrina jurisprudencial del TS, en cuya virtud los precaristas no pueden ejercitar el derecho de retención.

30

Adquisición, continuación y pérdida de la posesión.

30.1. SUJETOS DE LA POSESIÓN.

30.1.1. Las reglas de capacidad.

Art. 443 Cc ... Los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas, pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor ...

Art. 38 Cc ... Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases ...

30.1.2. La coposesión.

Art. 445 ... La posesión, como hecho, no puede reconocerse en 2 personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión ... Aparte de la importancia de resaltar la imposibilidad material de existencia de 2 proveedores de hecho, el precepto reconoce abiertamente que la (misma o única) posesión de hecho puede corresponder, en indivisión, a varios poseedores.

En tal caso, el sujeto de la posesión será desempeñado por una pluralidad de personas : **coposesión**, en paralelo con la situación de **copropiedad**.

30.2. EL OBJETO DE LA POSESIÓN.

La posesión recae tanto sobre las cosas propiamente dichas como sobre los derechos.

Hablando de relaciones jurídico-civiles, el art. 437 Cc establece ... *Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación ...*

30.2.1. La posesión de las cosas.

Inicialmente, el objeto directo de la posesión son las cosas.

Respecto de las cosas denominadas incorpóreas o inmateriales, se trata más bien del derecho sobre tales cosas. Pero sean cosas o derechos, cabe la posesión de las cosas incorpóreas.

30.2.2. La posesión de los derechos.

En Derecho histórico, la posesión de derechos recibía el nombre de *quasipossessio* : La admisibilidad de la posesión de derechos fue admitida a imagen y semejanza de la posesión de las cosas (*possessio rei*) en el Derecho Romano, al hilo de la sistematización de los derechos reales de goce (usufructo, uso y habitación).

En el código de Napoleón desaparece toda referencia a la cuasiposesión, pudiendo recaer la posesión tanto sobre cosas como sobre derechos. En la misma línea, el Cc habla en el art. 430 de tenencia de una cosa o disfrute de un derecho, sin establecer distinciones.

30.2.3. La susceptibilidad de apropiación.

Art. 437 *Sólo son idóneos para ser objeto de posesión las cosas y los derechos que sean susceptibles de apropiación*

Para ser objeto de posesión se requiere que las cosas o derechos puedan ser sometidos al poder del poseedor sin más trámite que la tenencia material de aquéllos.

Respecto a los derechos, la doctrina clásica restringe el ámbito de la posesión a ciertos derechos reales : Sólo son poseíbles los derechos reales que sean susceptibles de un ejercicio estable y duradero, por lo que han de excluirse los derechos de prenda e hipoteca y las servidumbres que no sean continuas y aparentes. En tesis contraria, el Prof. Albadalejo, sostiene que son susceptibles de apropiación y de posesión tanto derechos reales como determinadas posiciones derivadas de derechos de crédito siempre y cuando no se agoten *uno actu*.

30.3. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN.

Art. 438 Cc ... *La posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho ...*

30.3.1. La ocupación material.

La primera cuestión que plantea el art. 438 consiste en determinar si la ocupación material de la cosa o derecho poseído puede diferenciarse del hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad : Alcance similar : Se trata de que el poseedor llegue a serlo por contar con la tenencia de la cosa o el disfrute del derecho correspondiente, independientemente de que dicha detentación encuentre origen o no en la actuación del poseedor anterior.

30.3.2. La transmisión de la posesión.

Según la última proposición del art. 348, han de refundirse en semejante giro legal todos aquellos supuestos en los que el traspaso posesorio se produce del anti-guo al nuevo poseedor por cualesquiera procedimientos admitidos en Derecho.

Es innecesario subrayar que el traspaso posesorio no tiene por qué conllevar la transmisión de la titularidad dominical o la titularidad de cualquier otro derecho real, sino que puede consistir estrictamente en la pura posesión : La traslación posesoria puede producirse sin conexión alguna con la titularidad jurídico-real, pero permitiendo y legitimando al nuevo poseedor para sujetar a la acción de su voluntad la cosa o el derecho correspondiente.

Algunos autores consideran pertinente diferenciar los supuestos de adquisición judicial de la posesión :

1. La previsión del art. 926 LEC

... Cuando en virtud de la sentencia deba entregarse al que ganó el pleito alguna cosa, mueble o inmueble, se procederá inmediatamente a ponerlo en posesión de la misma, practicando a este fin las diligencias conducentes que solicite el interesado ... : En fase de ejecución de sentencia, se solicita la reintegración de la posesión como hecho, pues el interesado ya la tiene como derecho, al haber sentencia firme sobre el particular.

2. En caso de embargo preventivo de bienes muebles *... se depositarán en persona de responsabilidad ...* conforme a lo dispuesto en el art. 1409 LEC.

3. Posesión inherente a la administración judicial de los bienes litigiosos, regulada en los arts. 1419 y sigs LEC. Si el Juez acuerda la intervención en la administración de tales bienes *... se dará inmediatamente posesión al elegido para desempeñarla ...* (Art. 1421.2 LEC).

30.3.3. La transmisión por ministerio de la ley : La posesión civilísima.

El art. 440 Cc recoge una forma especial de adquisición de la posesión a la que suele denominarse **posesión civilísima** : *... La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero son interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia ... El que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento ...*

En relación con la sucesión hereditaria, los herederos aceptantes son considerados legalmente poseedores de los bienes hereditarios desde el momento de la muerte del causante. Desde ese instante, aunque no haya ocupación ni aprehensión alguna por parte de los herederos, éstos son considerados verdaderos poseedores, aunque su posesión haya de estimarse incorporal, por disponerlo así la propia ley que, además prevé un procedimiento especial para la consecución de la posesión como hecho : **El Interdicto de adquirir** .

30.4. ADQUISICIÓN POR SÍ Y POR REPRESENTANTE.

El Cc contiene un art. especialmente dedicado a la circunstancia de que la adquisición de la posesión puede tener lugar por el propio poseedor o mediante la actuación de terceras personas : Art. 439 *... Puede adquirirse la posesión por la misma persona que va a disfrutarla, por su representante legal, por su mandatario, y por un tercero sin mandato alguno, pero en este último caso no se entenderá adquirida la posesión hasta que la persona en cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio, lo ratifique ...*

Se habla de adquisición por sí o por representante para manifestar que en el origen de la adquisición de la posesión puede intervenir o actuar el propio poseedor u otra persona diferente, a la que generalmente se denomina representante.

En términos textuales, el precepto habla de **representante legal** y de **mandatario**, aunque lo más seguro es considerar este último vocablo en su acepción de representante voluntario. Así, conforme a nuestro Cc, la adquisición de la posesión, aunque consista en un mero acto material, puede realizarse a través de representante.

Quien, evidentemente, no puede considerarse representante del poseedor es el **tercero sin mandato alguno**, expresión que ha de ser reconducida a la posible actuación de un gestor de negocios sin mandato. En tal caso, conforme a las reglas generales, la adquisición de la posesión dependerá de si el poseedor ratifica o no la actuación del gestor posesorio, pues en definitiva la última proposición del art. 439 es una concreción más de la regla de que, mediante ratificación, la gestión de negocios se equipara al mandato propiamente dicho (arts. 1259.2, 1727.2 y en particular 1892). La ratificación por el poseedor de la actuación del gestor puede ser tanto expresa como tácita.

30.5. LA CONTINUACIÓN DE LA POSESIÓN : Las presunciones posesorias.

Una vez adquirida la posesión, su mera existencia despliega importantes efectos en favor del poseedor, entre ellos el de favorecer su propia continuidad mediante la existencia de una serie de presunciones que la facilitan.

Conforme al Cc, las presunciones constituyen una modalidad o especie de prueba (art. 1215) que se regula sólo en el Cc y no en la LEC. Semejante paradoja encuentra explicación en que las presunciones no son una prueba más, sino el establecimiento de una deducción legalmente impuesta.

La técnica de la presunción implica la deducción de alguna circunstancia o extremo jurídicamente relevante en virtud de una simple conjetura basada a su vez en un hecho anterior o previo que, según el art. 1249 Cc, ha de estar completamente acreditado ... *Las presunciones no son admisibles, sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado ...*

El hecho base de la presunción, la fuerza de ésta dependerá de la forma en que haya sido prevista legalmente, pues el favorecido por ella queda dispensado de toda prueba (art. 1250 Cc), con independencia de que, procesalmente hablando, sea actor o demandado y de que el estado de cosas presuntamente establecido pueda ser destruido o no mediante prueba en contrario. En el primer caso, se tratará de una presunción *iuris tantum*, en el 2º, habrá de calificarse la presunción como *iuris et de iure*.

En materia de posesión, nuestro Cc hace gala de una generosa utilización de presunciones en favor del poseedor, con las miras puestas en facilitar su posición y en garantizar el significado propio de tenencia del derecho a poseer que, en principio, ha de atribuirse a la posesión. Pero como semejante apariencia tampoco tiene por qué excluir la existencia de un mejor derecho a poseer en favor de otra persona, la mayor parte de las presunciones posesorias tienen carácter *iuris tantum*.

30.5.1. Presunción de continuidad posesoria.

Art. 436 ... *Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario ...*

El alcance presuntivo de la presunción *iuris tantum* requiere remontarse a la adquisición de la posesión, al concepto en que se adquirió la posesión o al concepto posesorio en cuya virtud se

comenzó a poseer. El Cc presume la posesión conforme al concepto posesorio inicial, que lo mismo puede ser de dueño, que usufructuario, arrendatario, comodatario, servidor o instrumento de la posesión ajena ... Cabe sin embargo, la prueba en contrario, y en este caso, acreditar el cambio o la modificación del concepto posesorio puede interesar lo mismo al poseedor actual que a otras personas. A cualesquiera de tales modificaciones se les denomina generalizada—mente por la doctrina civilista contemporánea **inversión o interversión del concepto posesorio : Alteración, modificación o cambio del concepto posesorio .**

30.5.2. Presunción de posesión intermedia :

Se agrupan bajo tal denominación aquellas reglas del Cc que tienen por objeto facilitar la **suma de posesiones** (sen sentido temporal) a quien posee en un momento determinado. En tal sentido, el art. 459 dispone que ... *El poseedor actual que demuestre su posesión en época anterior, se presume que ha poseído también durante el tiempo intermedio, mientras no se pruebe lo contrario ...*

Por su parte, el art. 466, relativo a la **posesión incorporal del despojado** que ha logrado recuperar la posesión como hecho, establece que ... *se entiende para todos los efectos que puedan redundar en su beneficio que la ha disfrutado sin interrupción .*

30.5.3. Presunción de titularidad ó de legitimidad posesoria :

Art. 448 ... *El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título y no se le puede obligar a exhibirlo ...*

La presunción no se encuentra referida a la posesión en concepto de dueño. Por tanto no se presume que se posea en tal concepto posesorio, sino exclusiva—mente que, poseyendo como dueño, existe la presunción de que se tendrá justo título para ello. Semejante presunción choca frontalmente con lo dispuesto en el art. 1954 conforme al cual ... *El justo título debe probarse, no se presume nunca ...*

— Presunción de posesión accesoria de bienes muebles :

Haciendo gala del carácter accesorio que, conforme al Cc, tienen los bienes mue—bles respecto de los inmuebles, el art. 449 establece una nueva presunción *iuris tantum*, al afirmar ... *La posesión de una cosa raíz supone la de los muebles y objetos que se hallen dentro de ella, mientras no conste o se acredite que deben ser excluí—dos ...*

30.5.4. Presunción de buena fé :

La presunción de buena fé constituye una de las claves del sistema pose—sorio. Por ello, el art. 434 establece ... *La buena fé se presume siempre, y al que afirme la mala fé de un poseedor corresponde la prueba ...*

Se trata de una presunción *iuris tantum* típica, que ampara al poseedor, obli—gando a quien contradiga la buena fé presumida a demostrarlo. La prueba, en su caso, de la mala fé del poseedor requiere que se demuestre por el contradictor la existencia de "actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa inde—bidamente" (Art. 435) ó de hechos o datos que evidencien inequívocamente que, en el momento de adquisición de la posesión, el poseedor actual conocía la falta de legi—timidad de su título posesorio.

En términos procesales, el TS ha establecido reiteradamente que la califi—cación de la posesión como de buena o mala fé es una cuestión de hecho, reservada por tanto a los Tribunales de Instancia y no revisable en el recurso de casación.

30.6. LA PÉRDIDA DE LA POSESIÓN.

La pérdida de la posesión se encuentra explícita y enumeradamente considerada en el art. 460 Cc, al establecer que ... *El poseedor puede perder su posesión :*

1º Por abandono de la cosa,

2º Por cesión hecha a otro por título oneroso o gratuito,

3º Por destrucción o pérdida total de la cosa o por quedar ésta fuera del comercio,

4º Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor si la nueva

posesión hubiera durado más de 1 año ...

30.6.1. El abandono de la cosa.

El abandono voluntario de la cosa consiste en la dejación o desapoderación del poder físico que el poseedor detenta sobre la cosa. Consiste en un acto unilateral para cuya realización no debe requerirse más capacidad que la natural de entender o querer y, no conlleva el simultáneo apoderamiento por otra persona distinta a quien hasta entonces había sido poseedor.

30.6.2. La cesión hecha a otro por título oneroso o gratuito.

Es una causa de pérdida de la posesión de origen voluntario. El poseedor cede su posesión a otra persona, en virtud de cualquier título (como expresa el propio art. 460.2º al hablar de título oneroso o gratuito).

La utilización legal del término **cesión** puede dar a entender la existencia de un "negocio de cesión", lo que obviamente no es el caso, se trata sencillamente del traspaso posesorio a otro, a otra persona.

Dicha traslación posesoria puede conllevar la pérdida de la posesión para el transmitente o poseedor anterior en numerosos supuestos. En muchos otros, sin embargo, el poseedor anterior seguirá siendo poseedor mediato.

30.6.3. La destrucción o pérdida total de la cosa.

La destrucción o pérdida de la cosa (total) determina la pérdida de la posesión con independencia de cual fuera el título que ostentara el poseedor. Incluso el propietario poseedor pierde su posesión, ya se contemple como hecho o como dere-cho.

Por lo común, la pérdida total de la cosa será un resultado fáctico de carácter involuntario y de ahí las observaciones doctrinales. Sin embargo, ha de llegarse a la misma conclusión que en el supuesto en que la pérdida total o *interitus rei* acaezca por voluntad del propio poseedor.

En relación con las cosas muebles, el art. 461 establece ... *La posesión no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero ...* Consecuentemente, la desaparición o pérdida de los bienes muebles no conlleva la pérdida de la posesión, sino que se mantiene el dere-cho del poseedor ... *siempre que la cosa se halle bajo su poder ...*

La pérdida total es equiparada por el art. 460.3 a la situación que acarrea "quedar la cosa fuera del

comercio", a su extracomercialidad.

30.6.4. La posesión ajena : El despojo posesorio.

Art. 460 ... *El poseedor puede perder su posesión ... Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de 1 año ...*

Conviene subrayar inicialmente que el período temporal contemplado (más de 1 año : 1 año y 1 día, en el Derecho histórico), resulta coincidente con el contemplado en otros preceptos relacionados con la posesión, la usucapión o la prescripción propiamente dicha. Así :

-- A efectos de usucapión, el art. 1944 considera que ... *Se interrumpe naturalmente la posesión cuando por cualquier causa se cesa en ella por más de 1 año ...*

-- El art. 1968 establece ... *Prescriben por el transcurso de 1 año ... 1º La acción para retener o recobrar la posesión ...* que conforme a la LEC habrá de materializarse a través del correspondiente interdicto, sea de retener o recobrar la posesión.

-- El art. 1653.1 LEC obliga al Juez a admitir la demanda interdictal si se hubiera presentado *antes de haber transcurrido 1 año a contar desde el acto que la ocasione ...*

Semejante concordancia normativa no excluye sin embargo la dificultad de explicación del art. 460.4, y en concreto, su falta de adecuación a lo dispuesto en los arts. 441 y 444 respecto de la erradicación de los actos posesorios violentos y/o clan-destinos. El supuesto de hecho parte de que la nueva posesión, la posesión ajena puede determinar la pérdida de la posesión aun contra la voluntad del antiguo poseedor, según los términos textuales del precepto. Por razones históricas, al nuevo poseedor se le denomina **despojante** y al antiguo poseedor **despojado**. Así pues, en el fondo del supuesto de hecho, se encuentra un **despojo posesorio** y la necesidad de encontrar las pautas de regulación del conflicto de intereses subyacente.

La tradición procedente del Derecho Romano exigiría mantener la regla de negar la defensa interdictal a todo aquel que merezca la calificación de despojante. Pero nuestro Cc no sigue dicha línea de regulación, sino que predica la existencia de 2 posesiones por haberse impuesto a lo largo del Derecho común las pautas germánicas y la protección de la apariencia posesoria, de ahí que el precepto hable textualmente de antiguo poseedor" y de "nueva posesión".

Combinando ello con la regla de que "la posesión, como hecho, no puede reconocerse en 2 personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión" [Art. 445], es natural concluir que la posesión, como hecho, la detenta el despojante, mientras que el despojado (durante 1 año) sigue siendo el verdadero poseedor o el titular de la posesión como derecho : **Posesión incorporal del despojado** .

El despojado puede (y de no querer perder la posesión, debe) recuperar la posesión antes del transcurso de 1 año, pero debe hacerlo a través del ejercicio de la acción interdictal de recuperación de la posesión y no por sus propios actos o mediante el recurso, a su vez, a la violencia. Por ello, dispone el art. 466 que ... *El que recupera, conforme a derecho, la posesión indebidamente perdida, se entiende para todos los efectos que puedan redundar en su beneficio, que la ha disfrutado sin interrupción ...* Contrario sensu, si el despojado no actúa **conforme a derecho**, habrá de entenderse que se convierte a su vez en despojante, por lo que perdería la presunción establecida en su favor.

La referida presunción juega en favor del despojado aunque la recuperación de la posesión tenga lugar con posterioridad al año del despojo, siempre y cuando el interdicto se hubiera ejercitado dentro del

plazo anual.

Según la doctrina dominante, la posesión incorporal del despojado no obsta a que el despojante, incluso durante el período del primer año, haya de ser consi-derado poseedor frente a terceros y, en consecuencia, cuente con la posibilidad de la defensa interdictal.

31

Los efectos de la posesión

31.1. LOS EFECTOS DE LA POSESIÓN EN GENERAL.

31.1.1. El goce y disfrute de la cosa.

El efecto fundamental y más ostensible de la posesión efectiva (directa e inmediata tenencia de la cosa objeto de posesión) es evidente : El poseedor es quien goza de la cosa y consiguientemente, quien obtiene las ventajas o los inconvenientes, en su caso, que de ella derivan.

Aunque el Cc no explicita suficientemente tal distinción, la directa e inmediata tenencia de algo arroja consecuencias claramente distintas según que la cosa sea o nó productiva.

1. Cuando la cosa es fructífera o productiva en sentido propio, lo normal es que los frutos o rentas generados por la cosa pertenezcan al poseedor material de la misma : Art. 451 Cc ... *El poseedor de buena fé hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión ... Se entienden percibidos los frutos naturales e industriales desde que se alzan o separan ... Los frutos civiles se consi-deran producidos por días ...*

2. Cuando la cosa no sea fructífera, el poseedor material no ve incrementada su riqueza a través de frutos o rentas, ya que la cosa no los produce.

31.1.2. Las presunciones favorables al poseedor (remisión).

El puro hecho posesorio atribuye al poseedor, aunque en realidad carezca de *ius possidendi* alguno, una serie de beneficios complementarios que el Cc formula como presunciones favorables a todo poseedor.

Tales presunciones tienen carácter *iuris tantum* : Beneficiarán al poseedor siempre que quien contradiga la consecuencia legalmente establecida (continuidad posesoria, justo título, buena fé ...) no logre demostrar lo contrario.

31.1.3. Otros efectos.

La particular eficacia legitimadora de la adquisición de bienes muebles habida de buena fé, dada su peculiar trascendencia : Art. 464 Cc.

Bajo ciertos requisitos, la posesión continuada puede originar la adquisición de la propiedad (usucapion) en favor del poseedor. Otros derechos reales pueden ser objeto de usucapión, pero la realidad práctica demuestra que la mayor parte de los litigios sobre usucapión tiene por objeto el debate sobre la titularidad dominical de una cosa determinada.

31.2. LA LIQUIDACIÓN DEL ESTADO POSESORIO.

31.2.1. Noción general.

En cualquiera de las situaciones posesorias es sumamente frecuente que el poseedor sea sustituido por otro poseedor, ya sea porque el 2º tiene mejor derecho sobre la cosa (Vg : Es propietario y la reivindica con éxito), o porque el 1º de ellos *motu proprio* deja de ser poseedor (Vg : Arrendatario que llegado el momento, decide dar por finalizado el alquiler).

Aunque en algún precepto los términos literales del Cc sugieran que la sucesión en la posesión ha de ser consecuencia de la existencia de algún litigio o procedimiento judicial al respecto, en el que el poseedor anterior resulte vencido. Así, tanto el art. 453 como el 456, para referirse al nuevo poseedor, hablan del que haya o hubiese vencido en la posesión. Pero se trata de giros normativos privados de verdadera trascendencia en relación con el conjunto del sistema y provocados por la dificultad material y semántica de la materia regulada : Vg, cuando el art. 445 utiliza la expresión "poseedor legítimo" para calificar al nuevo poseedor, que no obstante puede ser un poseedor vicioso, de mala fé o incluso un ladrón.

La sucesión en la posesión puede darse por una multiplicidad de causas tal que resulta difícil expresarse correctamente. Pero no cabe duda de que no tiene por qué ser consecuencia del ejercicio judicial de los derechos que pudieran corresponder al poseedor que logra la posesión.

La generalidad del fenómeno hace que el Cc regule dicha cuestión con detalle en los arts. 451 y sigs "De los efectos de la posesión". Hoy en día, no obstante resulta preferible hablar de **liquidación del estado posesorio** , para poner de manifiesto cuáles son las reglas que rigen la necesaria composición de intereses que conlleva todo cambio de poseedor, ya que comúnmente el que vaya a dejar de serlo tratará de obtener un último rendimiento de la cosa que hasta ahora poseía, al tiempo que pretenderá cargar sobre su sucesor en la posesión todos los gastos que le ha originado su posesión, las mejoras realizadas en la cosa, etc.

31.2.2. El criterio de la buena o mala fé.

El criterio fundamental utilizado por el Cc radica en distinguir entre el poseedor que lo haya sido de buena fé y aquel que haya estado poseyendo de mala fé. A este último, el Cc lo somete a un régimen de liquidación mucho más riguroso y gravoso, contemplado básicamente en el art. 455, una vez que los arts. 451 a 454 han dejado preestablecida la regulación *ad hoc* respecto del poseedor de buena fé.

Dicha divergencia de trato es razonable y plausible en cuanto la mala fé del poseedor debe conllevar una reacción contra la usurpación o despojo que ha estado practicando durante el tiempo en que ha poseído.

Salvo prueba en contrario, el poseedor cuenta a su favor con la presunción de buena fé, establecida en el art. 434, por lo que en principio, salvo declaración judicial expresa de mala fé posesoria, ha reiterado la jurisprudencia (art. 451.1) que el poseedor seguirá siendo de buena fé, mientras la posesión no sea interrumpida legalmente.

31.2.3. El régimen de los frutos.

Caso de ser fructífera la cosa objeto de posesión, y sea cual sea el período de posesión claudicante del **poseedor de mala fé** , éste deberá abonar al poseedor legítimo :

1. Todos los frutos que haya percibido efectivamente, bien sean naturales o civiles.
2. Incluso el valor de los frutos que hubiera podido percibir el poseedor legítimo (art. 455.1) conforme

a la utilización normal de la cosa, aunque el poseedor de mala fé no lo haya recibido en efecto.

Por el contrario, el **poseedor de buena fé** :

1. Hace suyos los frutos que haya percibido, sean naturales o civiles.
2. Respecto de las cosechas o rentas pendientes (frutos pendientes), tiene derecho a una parte proporcional al tiempo de su posesión.

Este prorrateo de los frutos pendientes lo atribuye el Cc al poseedor de buena fé, de forma expresa, tanto respecto de los frutos civiles como de los naturales :

-- Respecto de los primeros, el art. 451.3 dispone ... *Los frutos civiles se consideran producidos por días, y pertenecen al poseedor de buena fé en esa proporción* ...

-- En relación con los frutos naturales, el art. 452.1 establece ... *El poseedor de buena fé tendrá derecho a la parte del producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo de su posesión* ...

El art. 451.1 dispone ... *El poseedor de buena fé hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión* ...

Bajo tales presupuestos, aunque finalmente los actores consigan la posesión de los bienes reclamados, la mala fé del poseedor demandado (art. 455) sólo podrá establecerse a partir del momento de la presentación de la correspondiente demanda y no desde el comienzo de la posesión que finalmente resulte claudicante.

Al decir del TS, aunque los términos de los aludidos preceptos son claros y terminantes, sin embargo tuvo que velar por su rigurosa observancia, declarando con reiteración que para que el poseedor se repunte de mala fé, al efecto de restituir los frutos percibidos y dejados de percibir, según el art. 455 es indispensable que el Tribunal sentenciador haga expresa declaración sobre este extremo, estableciendo que es tal poseedor de mala fé y no habiéndolo hecho así, debe tenerse a los demandados como poseedores de buena fé y condenárseles sólo a la devolución de los frutos percibidos desde la interpelación judicial.

31.2.4. Los gastos.

La utilización de la cosa normalmente conlleva una serie de gastos que pueden ser o no reintegrables al poseedor que deja de serlo. El criterio sigue siendo el de la buena o mala fé, conviniendo distinguir entre :

-- **Gastos necesarios** :

Son denominados así porque su ejecución va ligada a la propia conservación de la cosa o a la obtención de su natural rendimiento.

La inherencia a la propia permanencia de la entidad de la cosa o de su rendimiento

económico hace que el art. 453 afirme que los gastos necesarios se abonan a todo poseedor (de buena y mala fé) y que el art. 455 reitere de forma explícita que el poseedor de mala fé tiene derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios.

Con todo, sólo el poseedor de buena fé tiene **derecho de retención** : Derecho a seguir poseyendo

material, efectiva y legítimamente la cosa, mientras no le satisfagan tales gastos . El TS ha tenido reiteradas ocasiones de establecer que aquellos poseedores contra los que se puede ejercitar el juicio de desahucio (como arrendatarios o precaristas) no gozan del derecho de retención.

– **Gastos útiles o mejoras :**

Cabe deducir del art. 453.2 (... *el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa* ...) que, para el Cc gastos útiles son aquellos que conllevan un incremento del valor de la cosa. De ahí que en la práctica, se frecuente hablar de **mejoras** en vez de gastos útiles. Para reintegrarse del importe de los gastos realizados en mejoras, el poseedor de buena fé cuenta a su favor con derecho de retención, lo que obviamente le asegura la satisfacción de su interés (que su sucesor en la posesión le pague el valor de las mejoras realizadas).

El reembolso de los gastos útiles presupone el mantenimiento y permanencia de las mejoras en el momento de sucesión en la posesión : Art. 458 ... *Quien obtenga la posesión no está obligado a abonar mejoras que hayan dejado de existir al adquirir la cosa* ...

Respecto del poseedor de mala fé, el Cc no se pronuncia de forma expresa en relación con los gastos útiles. La opinión mayoritaria entiende que no deberán serle abonados.

– **Gastos suntuarios :**

El Cc habla de gastos de puro lujo o mero recreo (art. 454) o de gastos hechos en mejoras de lucro y recreo (art. 455) para referirse a los que doctrinalmente se denominan **gastos suntuarios** : Gastos provocados sólo por el afán de lujo, sin que supongan aumentar el rendimiento económico de la cosa fructífera a que benefician o el valor de las cosas no fructíferas.

Los gastos suntuarios no son abonables al poseedor de mala fé, ni tampoco al poseedor de buena fé. El Cc no considera razonable que el **sucesor en la posesión** quede vinculado al gusto ornamental del poseedor anterior y que, encima haya de pagarle. Por ello la opción del Cc es permitir que el poseedor que ha efectuado gastos de carácter suntuario, pueda llevarse los adornos y ornamentos añadidos a la cosa principal, ya que tampoco parece lógico que el sucesor en la posesión se enriquezca incluso en relación con los adornos de la cosa. Tanto en caso de posesión de buena como de mala fé, para que el poseedor pueda retirar los adornos han de darse 2 requisitos :

a/ Que la cosa principal no sufra deterioro por la separación de los adornos u ornamentos que en su día se le incorporaron.

b/ Que el sucesor en la posesión no prefiera quedarse con los adornos incorporados abonando :

1. El importe de lo gastado en su día, en caso de poseedor de buena fé : Naturaleza objetiva, en dependencia del grado de incorporación del adorno a la cosa principal.

2. El valor que tengan en el momento de entrar en la posesión, en caso de posesión de mala fé : Depende en exclusiva de la voluntad del sucesor en la posesión, que es quien tiene la iniciativa para permitir la retirada de los objetos o mejoras suntuarias o, en caso contrario, abonar los gastos suntuarios habidos.

31.2.5. La responsabilidad del poseedor por deterioro o pérdida de la cosa.

La virtualidad del criterio de la buena o de la mala fé se hace particularmente ostensible al regular el Cc la posibilidad de que el poseedor haya perjudicado el valor de la cosa (deterioro) o haya afectado

incluso a la existencia de la misma (pérdida, que significa más destrucción de la cosa que desaparición como incógnita de su para-dero).

Partiendo de la base del correlativo ánimo del poseedor de buena fé (quien cree que tiene derecho a poseer) y del poseedor de mala fé, el Cc sienta en el art. 457 las siguientes reglas :

1. El poseedor de buena fé no responderá pro principio, salvo que se demuestre (habrá que probarlo) que ha perjudicado la cosa, actuando con dolo : Perjudicandola cosa de forma consciente, deliberada y malévola, circunstancias que, por principio, difícilmente se darán en el caso de poseedor de buena fé.
2. El poseedor de mala fé responderá en todo caso, incluso en los supuestos de fuer-za mayor, cuando haya retrasado la entrega de la cosa al poseedor legítimo de forma maliciosa.

31.2.6. El prorrateo de las cargas .

Respecto de algunos frutos el poseedor de buena fé que deja o pierde la pose-sión tiene derecho a una cuota parte, proporcional al tiempo de la posesión. La misma regla es aplicable para el caso de que la posesión comporte cargas, gastos o impues-tos : Art. 452.2 Cc ... *Las cargas se prorratearán ... entre los dos poseedores ...* de forma proporcional al tiempo de su posesión.

31.2.7. La virtualidad de las reglas del Cc sobre la liquidación del estado pose-

sorio.

Acerca de la utilidad de las normas establecidas por el Cc en relación con la liquidación del estado posesorio :

1. Su aplicabilidad general :

Los arts. 451 y sigs tienen una gran importancia, ya que los mandatos normativos en ellos contenidos no se aplican sólo a los supuestos sometidos a Derecho Civil, sino también en los casos en que rigen los demás sectores sistemáticos del Derecho que para nada regulan la posesión ni sus efectos.

2. Su carácter dispositivo :

El contenido preceptivo de los arts. 451 y sigs no anula ni suprime la autonomía privada o capacidad de autorregular sus problemas o intereses por los propios ciuda-danos que sean parte de un determinado acuerdo o negocio. En tal sentido, las reglas del Cc sobre liquidación del estado posesorio son normas disponibles por las partes en sentido propio : No es que una de ellas pueda renunciar a exigir cuanto le permite el Cc, sino que ambas pueden acordar sustituir la regla legal por otra : Arts. 451 y sigs., tienen carácter dispositivo. Vg : Pese a que los gastos suuntuarios no sean abonables al poseedor de buena fé, es perfectamente lícito y bastante frecuente que al celebrar un contrato de arrendamiento de un local, se pacte que las obras realiza-das por el arrendatario al montar el negocio, sean abonables al terminar el arrenda-miento o deducibles por prorrateo de la renta mensual, etc.

31.3. LA EFICACIA DE LA POSESIÓN DE BIENES MUEBLES : LA ADQUISICIÓN

A NON DOMINO.

31.3.1. Planteamiento del tema.

Por razones obvias, en relación con las cosas muebles, la posesión tiene mayor importancia que respecto los bienes inmuebles. Atendiendo a ello, el Derecho ha concedido siempre un trato diferente a la posesión de bienes muebles, llegando al extremo de considerar que cuando una cosa es mueble es adquirida por alguien en circunstancias normales (comúnmente, a través de su compra) con la intención de hacerla suya, de convertirse en su propietario, se produce automáticamente dicho proceso y a partir de ahí, aunque el vendedor de la cosa no fuera en realidad dueño de la misma, el adquirente pasa a ser propietario de ella (adquisición *a non domino*) : Habiendo llegado a poseer el adquirente por cauces normales y pacíficos y de todos admitidos (y por todos practicados), dicha posesión ha de consolidarse automática-mente en propiedad.

31.3.2. El art. 85 del Código de Comercio.

El art. 85 del Código de Comercio afirma ... *La compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causará prescripción de derecho a favor del comprador respecto de las mercaderías adquiridas, quedando a salvo en su caso los derechos del propietario de los objetos vendidos para ejercitar las acciones civiles o criminales que puedan corresponderle contra el que los vendiere indebidamente ...*

31.3.3. El art. 464 Cc : La equivalencia entre posesión y título.

El art. 464.4º Cc establece en cuanto a la posesión de cosas muebles ... *adquiridas en Bolsa, feria o mercado o de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará a lo que dispone el Código de Comercio ...*

La extrema claridad con que se pronuncia el art. transcrito del Ccom, aplicable al tráfico mercantil constituye el polo opuesto de la regla contenida en el art. 464.1 Cc ... *La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fé, equivale al **título**. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea ...*

Existen posiciones doctrinales enfrentadas respecto de la interpretación del término **título** :

a) Tesis romanista :

El título al que hace referencia el art. 464 sólo puede ser entendido como título hábil para la usucapion en favor del adquirente, pues la mera posesión de los bienes muebles no puede privar al verdadero propietario de las facultades de reivindicación consagradas en el Derecho romano y en nuestra propia tradición histórica : *Ubi rem mea invenio, ubi vindico*.

b) Tesis germanista :

Otros autores manifiestan que el art. 464 no procede de la tradición romana, sino que es fruto de la asimilación por los Códigos latinos de ciertas reglas procedentes del Derecho germánico, y en particular, de la posibilidad de consagrar la adquisición del poseedor de buena fé aunque su trasmisente no fuera realmente dueño de la cosa transmitida.

c) Jurisprudencia :

Según ella, el adquirente ha de considerarse propietario, salvo en el caso de que el verdadero dueño :

— Hubiese perdido la cosa mueble,

— Hubiese sido privado de ella ilegalmente, ya que, en cualquiera de ambos casos, el dueño está

legitimado para reivindicar la cosa.

El TS ha interpretado tan ampliamente la expresión **privación ilegal** que práctica-mente ha privado de sentido y aplicación a la asimilación entre adquisición de muebles de buena fé y título de propiedad, conocida técnicamente como **adquisición a non domino**.

La privación ilegal excluyente de la *adquisición a non domino* debe reconducirse a los supuestos de hurto o robo de la cosa.

El juego de la *adquisición a non domino* requiere que :

1. El adquirente posea efectivamente la cosa mueble.
2. El adquierente sea de buena fé : Que ignore la inexistencia o deficiencia de facultad de disposición en el transmitente.
3. La transmisión del bien mueble se asiente en un negocio que, general y abstracta-mente considerado (donación, compraventa, dación en pago, etc) sea válido para justificar la adquisición derivativa del derecho real de propiedad.

Dándose tales requisitos, la posesión de bienes muebles adquirida de buena fé debe determinar la irrevindicabilidad de tales bienes por su anterior titular, tal y como parece haber triunfado finalmente en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo.

31.4. LA PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN.

La posesión en sí misma considerada, como tenencia material de una cosa no es realmente un derecho autónomo, aunque se hable de derecho a poseer (*ius possidendi*). Cuando se utilizan tales expresiones o similares, se trata de resaltar que el poseedor es titular de un derecho real (propiedad, pero también los derechos reales limitados de goce) que entre otras facultades, otorga a aquél facultad para poseer la cosa o de cualquier otro derecho que legitima su posesión.

31.4.1. Los interdictos de retener y recobrar la posesión.

El Derecho protege el puro hecho posesorio de forma cautelar y preventiva, con independencia del derecho que corresponda o nó al poseedor. Para ello otorga al poseedor que resulte inquietado en su posesión o que sea despojado o privado de la misma, un cauce procesal denominado interdicto : Juicio posesorio de carácter especial y sumario, dirigido a dilucidar el puro hecho posesorio ante el Juez : El poseedor cuenta a su favor con una acción especial para recobrar o retener la posesión durante el plazo de 1 año (art. 1986.1).

Dado que el objeto de la acción interdictal puede consistir tanto en recuperar como en mantener la posesión, suele hablarse de interdicto de retener y de interdicto de recobrar.

La vigente LEC regula conjuntamente ambas figuras interdictales en una misma sección normativa :

1. Proteger al poseedor que hubiera sido inquietado o perturbado en la posesión o en la tenencia o que tuviera fundados motivos para creer que va a serlo (Art.1658.1 LEC).
2. Reponer en la posesión a quien hubiera sido despojado de ella (Art. 1658.2 LEC).

La acción interdictal puede ser ejercitada judicialmente por cualquier poseedor (Art. 446 Cc ... Todo

poseedor deberá ser amparado o restituído en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen ...), sea de buena o mala fé, usufructuario o ladrón, mediato o inmediato, etc.

El objeto propio y único del interdicto es el hecho posesorio. Por ello, si se discuten cuestiones que no se refieran al puro dato fáctico de la posesión, sino al derecho a poseer, el reclamante habrá de acudir a otro tipo de proceso : Proce–dimiento o juicio declarativo : **Acción Publiciana**, o en su caso la acción reivindicatoria, que tiene por objeto exclusivo reclamar la propiedad de algo y por extensión, la pose–sión del bien sobre el que recae la propiedad.

En cuanto al plazo de ejercicio de la acción interdictal, el art. 1653 LEC dispone ... *El Juez admitirá la demanda ... si aparece presentada antes de haber transcurrido 1 año a contar desde el acto que la ocasione ...* El período anual previsto coincide con el establecido en el art. 1968.1 Cc, según el cual ... *Prescribe por el transcurso de 1 año ... la acción para recobrar o retener la posesión ...* Pero, no obstante, los términos literales del precepto, el período contemplado no es de prescripción, sino que se trata de un verdadero plazo de caducidad.

31.4.2. La Acción Publiciana.

El Derecho romano clásico se caracterizaba por requerir especiales y solem–nes formas de transmisión de la propiedad (in iure cessio, stipulatio) de manera tal que si el propietario quiritario se limitaba a llevar a efecto la traditio, el adquirente no llegaba a ser propietario ex iure civile, sino meramente in bonis o propietario bonitario.

En la primera mitad del siglo I a.C., fue el pretor Quinto Publicio quien recurrió por primera vez a la ficción de considerar transcurrido el período de usucapion asími–lando la condición del propietario bonitario a la del propietario civil. En paralelo con la reivindicatoria correspondiente a este último, a aquél se le otorgó la posibilidad de ejercitar una acción para recuperar la posesión hubiera perdido. Dicha acción recibió el nombre de **acción publiciana** : Primero se aplicaría al comprador de buena fé de una *res Mancipi* al que se le había entregado por simple traditio, extendiéndose después a cualquier caso de entrega y usucapion no completa.

Dado que nuestro sistema normativo ha dejado de ser un sistema por accio–nes, y que la posesión como derecho es susceptible de litigio, cabría pronunciarse inicialmente de forma afirmativa. Llamándola publiciana o de cualquier otro modo habría de admitirse una pretensión de carácter declarativo en relación con el derecho a poseer o la posesión como derecho.

Puede encontrarse un sustento normativo de la acción publiciana en el apdo. 3º del art. 1658 LEC. Dicho precepto establece que, en todo caso, la sentencia inter–dictal contendrá la fórmula de sin perjuicio de tercero y se reservará a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva, que podrán utilizar en el juicio correspondiente ... Además, la jurisprudencia más reciente parece decantarse en favor de la posibilidad de debatir a través de un proceso decla–rativo, iniciado mediante la llamada acción publiciana, el derecho a la posesión defini–tiva o a la mejor posesión :

- Sentencia del TS de 7–X–1982.
- Sentencia TS de 13–I–1984.
- Sentencia TS de 15–II–1991.

31.4.3. El interdicto de adquirir : La posesión de los bienes hereditarios.

Conforme al art. 1631.1 LEC, la primera de las acciones interdictales se denomina interdicto de adquirir.

Frente a los interdictos de retener y recobrar o recuperar la posesión, el interdicto de adquirir se caracteriza por ser un proceso declarativo que no se asienta en la posesión material de quien lo interpone, sino exclusivamente en su condición de heredero. Así, el interdicto de adquirir es un recurso procesal cuyo objeto y finalidad exclusiva es hacer efectiva la posesión civilísima, regulada en el art. 440 Cc, invistiendo al heredero en su condición de poseedor.

El art. 1634 LEC establece como requisito ineludible de su ejercicio ... Con la demanda se presentará copia fehaciente de la disposición testamentaria del finado cuyos bienes sean objeto de interdicto, o si hubiere fallecido intestado, la declaración de heredero hecha por Autoridad judicial competente ... A través de la copia del testamento o de la declaración de heredero, el interdictante habrá de acreditar su condición de heredero, pues si la posesión se encontrare fundada en un título distinto, habría de recurrir al expediente de jurisdicción voluntaria de adquisición de la posesión (Arts. 2.056 a 2.060 LEC).

El interdicto de adquirir carecerá de sentido alguno si el heredero tiene ya la posesión de los bienes hereditarios o puede adquirirla por sí mismo, por su propia autoridad, en cuanto no se encuentre poseída materialmente por persona distinta. Por tanto, el presupuesto del ejercicio del interdicto de adquirir es que los bienes hereditarios (o algunos de ellos) se encuentren poseídos por otra persona.

El art. 1.633 LEC dispone a tal efecto que ... *para que pueda tener lugar el interdicto de adquirir, será requisito indispensable que nadie posea a título de dueño de usufructuario los bienes cuya posesión se solicite* ... Por tanto, no se encuentra legitimado pasivamente el poseedor que ostente tales títulos posesorios (que habrán de ser objeto de la correspondiente prueba a su cargo), sino cualesquiera otros poseedores, entre los que el art. 1638.2 LEC se refiere en particular a ... *los inquilinos, colonos, depositarios o administradores* ...

En caso de que exista un poseedor a título de dueño o de usufructuario, el heredero no podrá recurrir al interdicto de adquirir, sino que habrá de ejercitar la acción publiciana (o de no admitirse, la reivindicatoria o la petición de herencia).

32

Derecho hipotecario y Registro de la Propiedad

32.1. FORMA Y PUBLICIDAD EN LAS RELACIONES JURÍDICO-INMOBILIARIAS.

Coincidiendo con el período codificador, en la mayor parte de los países europeos se puso de manifiesto la necesidad de dotar a las relaciones jurídico-inmobiliarias y, en particular, a la titulación formal del propietario, de unas dosis de seguridad mayores que las conocidas en épocas históricas pretéritas.

Hasta entonces, únicamente la publicidad posesoria había servido como factor externo del ejercicio del señorío sobre las cosas. Sin embargo, la posesión resultaba inidónea respecto de la publicidad de los derechos reales de garantía que recaían sobre los bienes inmuebles y retraía la movilización del que en el siglo XIX se denominaba crédito territorial : Crédito obtenido sobre la base de la garantía de los bienes inmuebles.

La publicidad registral inmobiliaria, en el Estado moderno, constituye una actividad de naturaleza semejante a la jurisdicción voluntaria, destinada a dar a conocer la situación jurídica de los bienes

inmuebles, mediante su descripción en libros oficiales practicada siguiendo el procedimiento legalmente establecido.

Se trata de procurar que las situaciones jurídicas inmobiliarias lleguen a ser conocidas por todos. La expresión publicidad significa posibilidad de conocer.

32.2. EL DERECHO HIPOTECARIO O DERECHO REGISTRAL INMOBILIARIO.

El conjunto de reglas atinentes a la publicidad jurídico-inmobiliaria se denomina en nuestro país Derecho Hipotecario o Derecho inmobiliario registral, tomando el nombre del título de la ley que regula la materia : Ley Hipotecaria, aunque en ella se regula además de la hipoteca, todo lo referente al Registro de la Propiedad.

Puede definirse al Derecho inmobiliario registral como *"el conjunto de normas de Derecho civil que regulan las formas de publicidad de los actos de constitución, transmisión, etc, de los derechos reales sobre fincas y las garantías de ciertos derechos personales o de crédito a través del Registro de la Propiedad "*.

El Derecho Registral propiamente dicho del Cc., se reduce a 3 normas de principio y a la remisión genérica del art. 608 ... *Para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación , la forma, efectos y extinción de las mismas, la manera de llevar el Registro y el valor de sus asientos, se estará a lo dispuesto en la LH ...*

32.2.1. La precedencia temporal de la LH respecto al Cc.

La circunstancia más llamativa del sistema normativo español radica precisamente en la precedencia temporal de la LH respecto del propio Cc y en el posterior mantenimiento de 2 cuerpos legales que se reclaman de continuo y en gran medida constituyendo un todo orgánico.

El mantenimiento de ambas disposiciones legales y las necesidades del len- guaje obligan desde la publicación del Cc a referirse a normas **civiles** de un lado, y a normas o consideraciones **hipotecarias** de otro. Todos los aspectos verdaderamente sustantivos del Derecho Hipotecario, son tan civiles como, por ejemplo, la regulación de la ocupación por parte del Cc, con la diferencia de que el sistema de derechos reales contemplado por el Cc se sienta, en buena parte, en la Historia, por lo que buena parte de su articulado tiene escasa presencia práctica en la sociedad contemporánea, mientras que la legislación hipotecaria ofrece una visión más actualizada y atenta al tráfico y a la dinámica de los derechos reales.

La precedencia temporal de la LH se debió fundamentalmente al recurrente retraso que el problema foral" imprimió a la codificación civil, acentuado por las tendencias uniformadoras del Proyecto de 1851. Pero a dicha circunstancia se añadieron otros extremos de gran importancia : Las consecuencias prácticas del fenómeno de la desamortización y la necesaria dinamización de la economía y la seguridad de los capitales invertidos en las obras públicas, así como el naciente proceso de industrialización como elementos característicos del siglo XIX. La desamortización había puesto en el mercado libre una gran cantidad de bienes inmuebles y convenía asegurar, por tanto, la titulación y la seguridad en su adquisición de los nuevos propietarios, que sustituirían en el dominio económico a las "manos muertas".

Tales fenómenos trajeron consigo que las fuerzas económicas impulsaran la creación de un **sistema hipotecario** que agilizase y fortaleciese el crédito territorial y permitiera clarificar la situación de la propiedad inmobiliaria.

32.2.2. Sistemas y principios hipotecarios.

Regulado por los distintos ordenamientos con grandes diferencias, la doctrina habla de distintos sistemas de Registro. Formalmente, pueden distinguirse :

a) Registro de actos y de documentos.

Según la transmisión del negocio jurídico se verifique ante un funcionario del Registro o no.

b) Sistemas de transcripción o de inscripción.

El documento presentado se archiva o se copia íntegramente en los libros registrales.

c) Sistemas de folio real y folio personal.

El sistema de folio real supone la ordenación, sea de los títulos o de los derechos reales, por las fincas sobre las que recaen.

Principios hipotecarios.

Se entienden por Principios Hipotecarios aquellas reglas más generales de la legislación hipotecaria española, formuladas directamente en ella u obtenidas por inducción de sus preceptos, que dan a conocer las líneas esenciales del ordenamiento inmobiliario registral.

1. El principio de inscripción.

En el Derecho español no puede hablarse propiamente de un derecho de inscripción, a diferencia de, por ejemplo, el Derecho alemán. El ordenamiento alemán exige la inscripción como requisito de los cambios, por negocio jurídico, en los derechos reales. Por el contrario, el Derecho español no exige la inscripción como regla, pues entre nosotros, las modificaciones reales se producen con independencia del Registro salvo la hipoteca, y más bien debería hablarse de un "principio de no inscripción".

2. El principio de publicidad.

La doctrina distingue 2 aspectos o programas distintos, correspondientes a una publicidad "material" y otra "formal".

a) Aspecto material.

El llamado "principio de publicidad" por autonomasia, se refiere a los efectos de la inscripción, y tradicionalmente se viene descomponiendo a su vez por la doctrina en otros 2 principios : Uno, de legitimación, que afirma, en beneficio del titular inscrito, la exactitud del Registro, salvo prueba en contrario, y otro, el de fé pública o de publicidad en sentido estricto, en favor del adquirente de buena fé.

El "principio de publicidad" se identifica con una "presunción de exactitud" del Registro que opera en 2 grados : Uno, *iuris tantum*, en favor de todo titular registral, y otro, *iuris et de iure*, para hacer adquirir la propiedad a quien contrató con quien no era dueño, pero que figuraba como tal en los libros.

b) La publicidad formal.

En el aspecto formal de la publicidad del Registro, de acuerdo con la naturaleza y fines de la institución, rige la regla de apertura de los libros a la consulta de todos los interesados.

La regla de publicidad formal la impone el art.221 LH, a cuyo tenor ... *Los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos ...*

3. El principio de legitimación.

La técnica moderna concede a la inscripción, respecto de los inmuebles, las mismas funciones legitimadoras que a la posesión corresponden en orden a los muebles :

Al titular le basta con la inscripción en el Registro para ser tenido por tal y para demostrar que lo es.

Art. 38 ... *A todos los efectos legales, se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos* (presunciones de existencia y ejercicio del derecho declarado existente por el Registro).

4. El principio de fé pública.

O principio de publicidad en sentido estricto, constituyendo la clave de todo el planteamiento registral.

a) Motivación y ámbito.

Toda enajenación exige, aparte la validez intrínseca del acto mismo, la preexistencia de una correspondiente facultad de disponer en el enajenante, sin la cual, en principio, la transmisión o gravamen son ineficaces aunque el acto sea válido.

El Registro ha sido instituido para dar seguridad al que realiza una adquisición inmobiliaria, eliminando la posibilidad de que ésta resulte ineficaz por no existir o resolverse el derecho del transferente : Art. 34.1 LH ... *El tercero que de buena fé adquiera a título oneroso algún derecho de person que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro ...*

b) Principio de buena fé.

En nuestro Derecho, a diferencia de ciertos regímenes, el adquirente a *non domino* (el que adquiere de quien no es titular de la finca que recibe) ha de tener buena fé : Creer en la titularidad de su transmitente.

5. Principio de prioridad.

Dos o varios derechos reales difícilmente pueden coexistir sobre una misma cosa en un plano de igualdad : Si hay varias hipotecas, una será primera y otra segunda. Los derechos deben jerarquizarse, y para ello hace falta un criterio de ordenación : Principio *prior tempore, potior iure*, que tratándose de derechos de igual contenido (propiedad o *iura in re aliena* idénticos en su duración y facultades) protege siempre al primer adquirente, y en la ordenación jerárquica de derechos reales diversos sobre cosa ajena, significa la posibilidad de desconocer al titular de cada uno de los que se hayan constituido con posterioridad al suyo.

El Registro sólo aplica la regla de prioridad en un sentido muy especial : **Primero** es quien acude antes a él, no quien muestre título de fecha más antigua. La prioridad en inscribir es la que proporciona la protección registral.

6. Principios formales.

a) Principio de tracto sucesivo.

Cada titularidad registral, salvo la que consta en el asiento de inmatriculación o primer asiento, debe apoyarse sobre otra anterior, vigente y suficiente para servirle de base. Tratándose de transmisiones de propiedad, esta regla quiere decir que cada adquirente sólo puede inscribir su derecho si lo ha recibido del último titular según el Registro.

b) Principio de rogación.

En principio, los cambios registrales se producen exclusivamente a **instancia de par-te** : El Registro no puede realizar asientos en los libros si no es solicitado por quien tenga derecho al asiento o resulte perjudicado por él.

c) Principio de legalidad.

El Registro está estructurado con el propósito de publicar noticias lo más fidedignas posible en cuanto a las titularidades sobre los inmuebles que en él consten inma-triculados : Brinda un grado muy elevado de protección al titular inscrito.

32.2.3. La legislación hipotecaria española.

El precedente inmediato de la ley promulgada en 1861 es el proyecto de Cc de 1851, que contiene una disciplina elemental del Registro de la Propiedad y los efectos de las inscripciones en una línea parecida a la de la LH.

Desde mediados del siglo XX, aunque manteniendo en lo fundamental la regu-lación de 1861 (posteriormente reformada en 1869 y 1909), rige la Ley Hipotecaria de 30-XII-1944, posteriormente convertida en Ley de 8-II-1946 y cuyo texto refundido fue aprobado por Decreto el 25-II-1946. El RH ha ido siguiendo las reformas de la ley. A la reforma de 1869 responde el de 29-X-1870. A la de 1909, el del 6-VIII-1915, y a la de 1944-46 el del 14-II-1947.

El Reglamento *ad hoc*, ha sufrido variadas reformas desde 1946, algunas de importancia. Las modificaciones reglamentarias de detalle han sido más frecuentes, dado que la existencia de la **Dirección General de los Registros y del Notariado**, inte-grada en el propio Ministerio de Justicia permite atender con cierta rapidez los requeri-mientos reformadores de cada momento.

32.3. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

32.3.1. La publicidad registral, en general.

A la sociedad en general y a los poderes públicos en particular, les interesa que determinados hechos, actos o negocios jurídicos relativos a los diversos sujetos de derecho (ya se trate de personas físicas o jurídicas) sean o puedan ser conocidos por los restantes miembros de la comunidad.

Todos los Registros existentes en el mundo del Derecho tienen una nota común : Publicar un hecho, acto o negocio jurídico, con el objeto de que los mismos puedan ser conocidos por terceros.

Todos los Registros proporcionan publicidad a cualquier circunstancia o eventualidad que sea de interés general y que se haya inscrito en el correspondiente Registro.

Para desarrollar la actividad estatal de toma de razón y manifestación de las situaciones jurídicas inmobiliarias, la ley ha creado un organismo : Registro de la Propiedad

El de la Propiedad consiste en un Registro dedicado especialmente a reflejar la constitución y dinámica de los derechos reales (desde la propiedad propiamente dicha hasta el derecho de opción bajo ciertas condiciones) que afecten a bienes inmuebles : Art. 1.1. LH y art. 605 Cc ... *El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles* ... Se trata de una oficina u organismo público que, de forma oficial, publica la situación jurídica en que se encuentran los bienes inmuebles y los derechos reales inmobiliarios que se hayan inscrito en él.

El sistema español es :

1. De Registro de documentos, pues a él se llevan documentos otorgados fuera de dicha oficina : Escrituras notariales, sentencias o mandamientos judiciales, etc.
2. De inscripción, pues el documento presentado no se queda en el Registro. Sólo se copia y se devuelve al presentante.
3. De folio real : Los asientos referentes a cada finca se practican consecutivamente en un mismo folio o conjunto de hojas, lo que permite ver, consultando ese folio únicamente, la entera situación de la finca según el Registro : **Libro de Inscripciones** : En el que se toma nota de aquellos derechos reales que tras el correspondiente análisis del Registrador, son definitivamente inscritos.

32.3.2. El Registro de la propiedad en cuanto institución.

La relevancia del Registro de la Propiedad es notoria y referente indiscutible del actual sistema crediticio y, en general, de las transacciones jurídico-inmobiliarias, desde su instauración por la LH de 1861.

Se trata de una oficina o registro público que, de forma oficial, publica la situación jurídica en que se encuentran los bienes inmuebles y los derechos reales inmobiliarios que hayan ingresado o se hayan inscrito en él.

Todas las personas tienen derecho a acceder al contenido del Registro, para informarse de los derechos recayentes sobre las fincas inscritas.

Cada una de las oficinas registrales existentes en España se encuentra bajo la salvaguarda de un técnico en Derecho, especialmente cualificado y seleccionado mediante oposiciones libres : El Registrador de la Propiedad.

32.3.3. La publicidad formal del Registro de la Propiedad.

El acceso al contenido del Registro, siempre que el consultante tenga interés conocido o legítimo, puede llevarse a cabo mediante los medios siguientes :

1. Exhibición o consulta directa de los diversos libros registrales.
2. Nota simple informativa emitida por el Registrador, careciendo del valor de documento público.

3. Certificación registral que requiere ser pedida por escrito. Una vez emitida por el Registrador, tiene valor de documento público.

32.4. SISTEMA DEL FOLIO REAL Y LIBROS REGISTRALES.

32.4.1. Folio real y Libro de Inscripciones.

El Registro de la Propiedad bascula sobre los inmuebles, estando organizado de forma que sus verdaderos protagonistas son los bienes inmuebles y no las personas que ostentan derechos sobre los mismos.

La razón de semejante opción legislativa : Los bienes raíces o inmuebles perduran más que sus dueños y son perfectamente identificables. Por tanto, el Registro de la Propiedad dedica un folio o varios a cada finca. Así, frente al sistema de folio personal (Registro Civil), se opta por el **sistema del folio real** : A cada bien inmueble se le dedica un conjunto de folios del libro fundamental del Registro : **Libro de Inscripciones**, en el que se toma nota de aquellos derechos reales que, tras el correspondiente análisis del Registrador, son definitivamente inscritos.

El Libro de Inscripciones no es el único que existe en los Registros de la Propiedad :

32.4.2. Libros Índices.

Para facilitar la tarea de búsqueda existen unos Índices que a partir del RD 27-VIII-1977 se llevan por el sistema de fichas, y que se refieren distintamente a :

1. Fincas.

De una parte distinguiendo entre rústicas, urbanas y especiales, y de otra a :

2. Personas, que sean titulares de derechos reales sobre bienes inscritos.

Los Índices han de estar referidos, por lo general, al correspondiente Libro de Inscripciones.

32.4.3. Libro Diario.

Dado que la inscripción registral propiamente dicha tiene lugar después de que el Registrador califica positivamente el documento presentado, el Libro Diario o Diario de operaciones tiene gran importancia práctica.

En él se anotan con referencia explícita incluso la hora concreta de ingreso en el Registro, todos los documentos que se presenten en la oficina registral : Asiento de presentación, cuya hora y fecha son determinantes de la prioridad temporal de las inscripciones.

32.4.4. Libro-Registro de Entrada.

Mero auxilio del Libro Diario.

32.4.5. Libro de incapacitados.

Inscripción de resoluciones judiciales en que se declara la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes.

32.4.6. Otros libros.

-- **Libro de Inventario** o de relación de los legajos a realizar por el Registrador.

-- **Libro de Estadística.**

Otras funciones del Registro.

El Registro puede tener, y de hecho tiene en España, eficacia distinta de la protección al adquirente.

1. El hecho de constar en el Registro un sujeto como adquirente o titular de un derecho real, es una prueba de su titularidad.
2. En el Derecho alemán, el Registro tiene además otra función : La de provocar la transmisión o constitución (por negocio jurídico) de los derechos reales, que sólo con la inscripción en los libros se perfeccionan. En el Derecho español eso ocurre también en algunos casos, de los cuales el principal es el de la hipoteca.
3. La solución alternativa : El seguro de títulos.

En países donde falta un sistema fiable de publicidad inmobiliaria, los adquirentes de fincas han recurrido a un sistema alternativo : Contratar una póliza de seguro que les garantice el resarcimiento, en caso de perder el inmueble adquirido por reclamación de un tercero de mejor derecho o de aparecer gravámenes ocultos o cualquier otra disminución imprevisible de la integridad del derecho sobre la finca.

El seguro cubre las pérdidas por aquellos vicios y defectos del título del transmitente que, descubiertos luego de la operación de compra, préstamo hipotecario, etc, ya existían antes.

32.5. EL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD.

La existencia de la figura del Registrador viene requerida por el presupuesto de que al Registro de la Propiedad sólo tienen acceso los derechos reales inmobiliarios (por excepción, también algunos derechos de carácter personal) siempre que se encuentren documentados en un título público y hayan sido objeto de **calificación registral**. Según el art. 18 LH, la función calificadora del Registrador comprenderá :

- La legalidad de las formas extrínsecas de los documentos,
- La capacidad de los otorgantes,
- La validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.

Se trata de una función técnica de gran importancia y cuyo desempeño requiere una sólida formación en Derecho Privado.

En cada Registro existe un Registrador que tiene el carácter de funcionario público a todos los efectos legales (art. 274 LH). La competencia en esta materia es estrictamente territorial, por **distritos hipotecarios**, cuyo número en todo el territorio nacional no llega a los novecientos. La condición de Registrador se adquiere en virtud de libre oposición que, hasta la presente, ha garantizado un alto nivel de preparación técnica en quienes obtienen plaza para el desempeño de tal profesión y cuyas

respec-tivas funciones han dado al tráfico jurídico altos márgenes de seguridad en sus corres-pondientes ámbitos.

En relación con los Registradores, los arts. 489 y sigs del RH desarrollan el régimen de oposiciones, nombramiento, licencias y honorarios de los Registradores.

Todos los Registros de la Propiedad dependen del Ministerio de Justicia. Todos los asuntos a ellos referentes están encomendados a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Aparte su asesoramiento y cooperación en la función reglamentaria del Ministerio, y de su propia potestad imperativa, disciplinaria y ejecutiva, destacan entre las misiones de la D.G., la de ejercer la inspección y vigilancia de todos los Registros de la Propiedad y la de resolver los Recursos gubernativos interpuestos contra las calificaciones de los títulos hechas por los Registradores de la propiedad.

33

El objeto de la publicidad inmobiliaria

33.1. LA FINCA REGISTRAL.

33.1.1. Las fincas propiamente dichas.

Para referirse a los bienes inmuebles, la legislación hipotecaria suele utilizar el vocablo "finca". Por lo general, dicho término coincide con lo que vulgarmente se entiende por tal, aunque la LH asimila a las fincas (rústicas y urbanas) propiamente dichas las que cabe denominar fincas especiales.

Es frecuente hablar de **finca material** para referirse a las fincas rústicas y urba-nas y distinguir a las fincas propiamente dichas de las restantes unidades registrales a las que la legislación hipotecaria permite considerar también como fincas.

Por tanto, al igual que desde el punto de vista estrictamente civil, a efectos hipotecarios, puede definirse inicialmente la finca rústica como una extensión de terreno de la superficie terrestre que es objeto de tráfico unitario. Para referirse a las fincas urbanas, basta con resaltar la idea de que se trata de un espacio poliédrico, dependiente de la imaginación y construcción humanas, que constituye un espacio independiente o susceptible de ser considerado separadamente, sea en su conjunto o separadamente. De ahí que el art. 8 LH en sus apartados 4º y 5º, consideren autóno-mamente la inscripción de :

- Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluída o por lo menos comenzada,
- Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal, siempre que conste previamente en la inscripción del inmuebles la constitución de dicho régimen.

33.1.2. Fincas especiales.

Determinados bienes que, técnicamente merecen la calificación de inmuebles y que, bajo el régimen de la legislación hipotecaria, son susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad, pese a que no se correspondan con el concepto normal de finca. De ahí que algunos autores las denominen fincas anormales o especiales o **funcionales**, de entre ellas se destacan :

-- Fincas discontinuas :

Consisten en explotaciones agrícolas o industriales que constituyan una "unidad orgánica", aunque estén sitas o recaigan sobre fincas que no sean colindantes.

La legislación hipotecaria vigente precisa que la unidad de destino que en principio, puede resultar determinante en ciertas fincas permite incluso la existencia de super-ficies que no sean contiguas : Art. 8.2 precisa que se considerará como una finca, inscrita bajo un mismo número registral ... *Toda explotación agrícola con o sin casa de labor, que forme una unidad orgánica, aunque esté constituida por predios no colindantes, y las explotaciones industriales que formen un cuerpo de bienes unidos o dependientes entre sí ...*

Las aludidas explotaciones agrícolas, que comprenden terrenos no exactamente colindantes, son relativamente frecuentes en Andalucía y Extremadura y, por tanto, en los correspondientes Registros.

-- El agua :

El art. 66 RH regula detalladamente la inscripción de las aguas de dominio privado, considerándolas como una finca registral independiente.

Debe considerarse finca registral ... *Las aguas de dominio privado que, conforme a lo dispuesto en el art. 334.8 Cc, tengan la consideración de bienes inmuebles podrán constituir una finca independiente e inscribirse con separación de aquella que ocupan o en que nacieren ...* Conforme a tal planteamiento, el propietario de las aguas puede ser distinto al propietario de la tierra o del predio.

Semejante planteamiento casa mal con la *ratio legis* y las disposiciones propias de la vigente Ley de Aguas (29/1985). Con todo, las inscripciones vigentes mantendrán su vigor, hasta que se produzca a los 50 años la transformación legal del derecho de propiedad privada en una concesión administrativa.

Mayor especialidad aún representa el hecho de que se pueda inscribir no ya la propiedad privada de las aguas, sino los aprovechamientos de aguas públicas obtenidos mediante concesión administrativa : Art. 64 RH.

-- Las concesiones administrativas :

La legislación hipotecaria concede también el carácter de finca en sentido registral a las concesiones administrativas, siempre y cuando las facultades y prerrogativas del concesionario recaigan sobre bienes inmuebles : ... *Las concesiones administrativas que afectan o recaigan sobre bienes inmuebles se inscribirán a favor del cesionario con la extensión y condiciones que resulten del título correspondiente ...*

El art. 60 RH determina que ... *La inscripción de concesiones administrativas se practicará en virtud de escritura pública, y en los casos en que no se requiera el otorgamiento de ésta, mediante el título mismo de concesión y deberá expresar literalmente el pliego de condiciones generales, el traslado de la Ley o resolución administrativa de concesión y las condiciones particulares y económicas.*

También se inscribirán los títulos que acrediten el replanteo, la construcción, suspensión o recepción de las obras, las modificaciones de la concesión y del proyecto, la rescisión de las contratas y cualesquiera otras resoluciones administrativas o jurisdiccionales que afecten a la existencia o extensión de la concesión inscrita ...

La transcripción de ambos preceptos pone de manifiesto la importancia que, a efectos hipotecarios,

tienen las concesiones administrativas, que lo mismo pueden recaer sobre minas, que sobre espacios destinados a autopistas, que a la utilización de espacios inmobiliarios menos llamativos, pero no menos importantes.

33.1.3. La descripción de la finca :

La legislación hipotecaria (arts. 9.1 LH y 51 RH) contiene una serie de normas que han de ser respetadas en la descripción de las fincas que ingresan en el Registro.

Con todo, uno de los fallos de nuestro sistema hipotecario consiste en la escasa adecuación entre la descripción de las fincas y la realidad material de las fincas. Semejante deficiencia viene provocada porque, entre los títulos que acceden al Registro, no se encuentra una certificación del Catastro (registro geográfico).

La norma fundamental al respecto es la establecida por el art. 9.1 LH, en cuya virtud al inmatricularse la finca han de constar al menos ... *La naturaleza, situación y linderos de los inmuebles objeto de la inscripción ... y su medida superficial ...*

El art. 51 RH desarrolla tal mandato con detalle :

-- La naturaleza radica básicamente en determinar el carácter rústico o urbano de la finca que accede al Registro ... *La naturaleza de la finca se determinará expresando si es rústica o urbana, el nombre con el que las de su clase sean conocidas en la localidad, y en aquéllas, si se dedican a cultivo de secano o de regadío, y en su caso, la superficie aproximada destinada a uno y a otro ...*

-- La extensión o medida superficial de las fincas materiales ha de constar... *en todo caso y con arreglo al sistema métrico decimal sin perjuicio de que pueda constar también la equivalencia a las medidas del país ...* Esta indicación a las medidas del país (referida a las fincas rústicas), ha de entenderse en sentido comarcal dada la diferencia de denominación existente respecto de las unidades de medida agrarias. Carece, sin embargo, de sentido y de aplicación práctica respecto de las fincas urbanas.

-- Las reglas 2ª y 3ª se destinan a precisar los datos de identificación de las fincas rústicas y urbanas, respectivamente. En aquéllas, los linderos se determinarán ... *por los 4 puntos cardinales ...* En las urbanas, se fijarán ... *por la izquierda (entrando), derecha y fondo ...*

33.2. LA INMATRICULACIÓN DE LA FINCA.

33.2.1. La inmatriculación o primera inscripción del dominio.

Conceptualmente resulta difícil imaginar la existencia de "derechos reales limitados" (de goce o de garantía) sin la previa existencia de un propietario, cuyos poderes o facultades se vean mercedados por la existencia de tales derechos. Por eso, comúnmente se afirma que la ocupación origina de forma inmediata la propiedad y que no se puede adquirir por ocupación los demás derechos reales (aunque la ocupación ya no es hábil para adquirir bienes inmuebles).

Difícilmente puede publicar el Registro la existencia de los "demás derechos reales" si previamente no consta inscrita en el correspondiente folio real la finca (material o especial) de que se trate y el derecho de propiedad (o en su caso, concesión) sobre ella. El Registro inmobiliario pretende fundamentalmente proteger el tráfico económico y crediticio sobre los inmuebles. Por ello, nacería viciado si antes de garantizar registralmente quien es el propietario, permitiese la constitución de derechos reales limitados sobre una finca.

Atendiendo a ello, la legislación hipotecaria dispone que ... *La primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio ...* (Art. 7.1 LH). A esta primera inscripción, por ser fundamental en el orden hipotecario y para distinguirla de las sucesivas, se la conoce con el nombre de **inmatriculación de la finca**.

33.2.2. La inscripción de derechos reales sobre fincas no inscritas.

De no estar la finca inscrita, es obvio que no podrá acceder al Registro derecho alguno constituido y recae sobre ella, pues el Registrador no podría en forma alguna **encontrar** el folio real correspondiente (por ser inexistente), ni abrir un nuevo folio en base a la presentación de un título de constitución del derecho real limitado de que se trate, pues incumpliría lo establecido en el art. 7.1 LH.

Nuestro sistema hipotecario no plantea la inscripción del dominio (ni de su transmisión) como obligatoria, ni constitutiva, sino que, como regla, se trata de un acto puramente voluntario del titular dominical.

El 2º párrafo del art. 7 LH se preocupa de la eventualidad de que alguien presente a inscripción un título causante y/o acreditativo de un derecho real que no encuentre finca inscrita sobre la que recaer, disponiendo que ... *El titular de cualquier derecho real impuesto sobre finca cuyo dueño no hubiere inscrito su dominio, podrá solicitar la inscripción de su derecho con sujeción a las normas prescritas en el Reglamento ...*

Tales normas se encuentran básicamente recogidas en el art. 312 RH, conforme al cual resulta que el titular del derecho real se encuentra legitimado inicialmente para solicitar una **anotación preventiva** y con posterioridad, mediante intervención judicial, requerir al dueño para que inscriba o promover el mismo anotante la inscripción del dominio.

33.2.3. Medios de inmatriculación.

La inmatriculación de la finca puede obtenerse por 3 procedimientos contemplados con detalle en la legislación hipotecaria : Art. 199 ... *La inmatriculación de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna se practicará :*

-- *Mediante expediente de dominio.*

-- *Mediante el título público de su adquisición, complementado por acta de notoriedad cuando no se acredite de modo fehaciente el título adquisitivo del transmitente o enajenante.*

-- *Mediante el certificado a que se refiere el art. 206, sólo en los casos que en el mismo se indican ...*

33.2.4. El expediente de dominio.

Es un proceso judicial, un procedimiento de jurisdicción voluntaria, seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia del lugar en que radiquen los bienes que, conforme a las disposiciones hipotecarias puede desempeñar una triple función :

1. Conseguir la inmatriculación de la finca no inscrita,
2. Servir como medio para reanudar el tracto sucesivo,

3. Hacer constar en el Registro la mayor cabida de las fincas inscritas.

Su contemplación normativa se encuentra en los arts. 201 y 202 LH y 272 a 287 RH. Sin embargo, es un precepto reglamentario el que mejor resume la finalidad del expediente de dominio ... *El propietario que careciere de título inscrito de dominio o que, aun teniéndolo, no pudiera inscribirse por cualquier causa, podrá obtener la inscripción de su derecho, con sujeción a lo dispuesto en el art. 201 LH.*

La pretensión básica del actor del expediente de dominio radica en conseguir acreditar la titularidad del bien, a efectos de inscripción de su dominio. Por ello una de las preocupaciones de la Ley radica en que sean citados todos y cada uno de los que pudieran tener algo que decir sobre la pretensión dominical del actor y su toma de razón en el Registro. A tal efecto, la regla 3ª del art. 201 LH obliga al Juez a citar al procedimiento a :

- Quienes tengan algún derecho real sobre la finca.
- A aquel de quien procedan los bienes o a sus causahabientes, si fueran conocidos.
- A las personas ignoradas a quienes pueda perjudicar la inscripción solicitada por medio de edictos.
- A los titulares de los predios colindantes.
- Al poseedor de hecho de la finca, si fuere rústica.
- Al portero, o, en su defecto, a uno de los inquilinos (en el sentido de vecinos del inmueble) si fuere urbana.

En el caso de que el auto judicial, una vez firme, fuese estimatorio de la pretensión del actor, será título bastante para la inscripción solicitada (Regla 6ª).

33.2.5. Los títulos públicos de adquisición, complementados en su caso por acta

de notoriedad.

El art. 205 LH dispone ... *Serán inscribibles, sin necesidad de la previa inscripción, los títulos públicos otorgados por personas que acrediten de modo fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos títulos, siempre que no estuviere inscrito el mismo derecho a favor de otra persona y se publiquen edictos en el tablón de anuncios del Ayuntamiento donde radica la finca, expedidos por el Registrador con vista de los documentos presentados ...*

En este caso, no hay intervención judicial alguna, sino simplemente actuación del Registrador y comunicación a la colectividad a través de los edictos publicados en el Ayuntamiento de que, en el caso, se dan los requisitos siguientes :

1. Inexistencia de inmatriculación de la finca sobre la que recae la titularidad dominical y, en consecuencia, de inscripción en favor de cualquier otra persona.
2. Que el título adquisitivo del transmitente sea previo al otorgamiento del título público de enajenación en favor del interesado en la inmatriculación y que dicha adquisición se acredite de modo fehaciente.
3. Que la transmisión entre el dueño enajenante y el adquirente se instrumente en un título público.

El art. 298 RH ha rebajado completamente el significado de tales requisitos fijados por la Ley, hasta el extremo de establecer que ... *Si el título de adquisición no fuere público, el acta de notoriedad a la cual se incorpore aquél podrá inscribirse si de la misma resulta que ha sido cumplido lo preceptuado en las reglas 3.ª y 4.ª del artículo 203 de la Ley, y que las fincas están amillaradas o catastradas a nombre del titular ...* (que son suyas a efectos fiscales).

En el art. 203 LH se regulan las actas de notoriedad, actas en las que el Notario actúa a instancia de quien lo solicita (y esté interesado en la inmatriculación) y que en el fondo se convierten en el título inmatriculador. De ahí que las críticas al art. 298 RH, plenamente justificadas, hayan sido fortísimas desde hace años, conside-rándolo *praeter legem contra legem* y otras descalificaciones técnicas por el estilo. No obstante, sigue vigente.

La propia LH parece ser consciente de la posible inseguridad de tal procedi-miento de inmatriculación. Por ello el art. 207 suspende los efectos de la inmatricula-ción durante un período de 2 años ... *Las inscripciones de inmatriculación practicadas con arreglo a lo establecido en los 2 arts. anteriores no surtirán efectos respecto de tercero hasta transcurridos 2 años desde su fecha ...*

33.2.6. La certificación de dominio de Entidades Públicas.

Procedimiento inmatriculador diseñado en favor de las entidades públicas que el art. 206 LH desgrana y que se lleva a cabo mediante la correspondiente certifica-ción administrativa ... *El Estado, la Provincia, el Municipio y las Corporaciones de Derecho Público o servicios organizados que forman parte de la estructura política de aquél y las de la Iglesia Católica, cuando carezcan de título estricto de dominio, podrán inscribir el de los bienes inmuebles que les pertenezcan mediante la oportuna certificación librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los mismos, en la que se expresará el título de adquisición o el modo en que fueron adquiridos ...*

La disposición es desarrollada por los arts. 303 y sigs RH.

En la actualidad, es sumamente dudoso el sustrato constitucional del privilegio establecido en favor de la Iglesia Católica y, en general, las pocas veces que el TS ha debido enfrentarse con el precepto ha mostrado escasa comprensión hacia el trata-miento privilegiado de que son objeto las entidades públicas.

33.3. MODIFICACIONES DE LA FINCA REGISTRAL.

La tendencial permanencia de los derechos reales no excluye la posibilidad de que las fincas inscritas sufran todo tipo de modificaciones a consecuencia de actos jurídicos de quien sea titular de ellas. Puede comprarse la finca colindante, o dividirse a causa de herencia la finca inscrita, así como adquirirse sólo una parte de la pro-piedad inscrita, etc ...

Tales eventualidades se contemplan en el RH a partir de su art. 44 y son gene-ralmente expuestas bajo los nombres con que las identifican los preceptos reglamen-tarios, de agrupación, división, segregación y agregación de fincas. En relación con todas ellas, el art. 50 RH establece que ... *Se practicarán en el Registro en virtud de escritura pública en que se describan las fincas a que afecten, así como las resul-tantes de cualquiera de dichas operaciones y las porciones restantes, cuando fuere posible, o por los menos, las modificaciones en la extensión y los linderos por donde se haya afectuado la segregación. Si no constare en el Registro la cabida total de las fincas, deberá expresarse en las notas marginales en que se indique la operación realizada ...*

Agrupación de fincas.

Conforme al art. 45.1 RH, la agrupación consiste en reunir 2 o más fincas ya inscritas, en una nueva, a la que se adjudicará nuevo número (se abrirá un nuevo folio) realizándose las pertinentes notas marginales de referencia.

Aunque el art. 44.1 establece que cualquiera de las operaciones sobre las fincas presupone que *pertenezca a un sólo dueño o a varios pro indiviso ...* el art. 45.3 deshace semejante regla al permitir que *... podrán agruparse fincas pertenecientes a distintos propietarios, siempre que se determine, de acuerdo con lo que resulte del título, la participación indivisa que a cada uno de ellos corresponda en la finca resultante de la agrupación ...*

División de finca.

Supone que una misma finca, ya inscrita, se divida en 2 o más suertes o porciones, determinando el cierre del folio correspondiente a la finca matriz, pues el art. 46 RH ordena que cada una de las fracciones *... se inscribirá como finca nueva y bajo número diferente, realizándose también las correspondientes notas marginales de referencia ...*

Segregación de fincas.

Para el art. 47 RH, la segregación supone separar parte de una finca inscrita para formar una nueva. Pese a ello, pueden realizarse varias segregaciones simultáneas, lo que determina que, en términos físicos o materiales, la segregación puede coincidir con la división.

La diferencia entre ambas, dependiente en todo caso de la voluntad del propietario y titular registral de la finca matriz, radica en el aspecto puramente formal de que la segregación no genera el cierre del folio correspondiente a la finca matriz : *... Se inscribirá la porción segregada con número diferente, expresándose esta circunscripción al margen de la inscripción de propiedad de la finca matriz ...*

Agregación de fincas.

Consiste en anexionar a una finca inscrita, otras fincas o porciones asimismo inscritas, sin que la finca mayor o absorbente pierda su numeración registral, ni se cierre el folio a ella correspondiente (en contra de lo que ocurre en el caso de la agrupación).

Art. 48.2 RH *... La inscripción correspondiente se practicará en el folio de la finca mayor, sin alterar su numeración, pero expresándose en ella la nueva descripción resultante y la procedencia de las unidas, con las cargas que las afecten. Se harán además, las oportunas notas marginales de referencia ...*

Respecto de la agregación, el art. 48.1 requiere que la finca absorbente tenga una extensión que represente, por lo menos, el quíntuplo de la suma de las que se agreguen.

33.4. LOS ACTOS Y DERECHOS INSCRIBIBLES.

El art. 2 LH declara inscribibles sólo los actos y contratos, con referencia expresa a ellos o a los títulos en que han sido documentados, en cuya virtud se crean o se modifican los derechos reales propiamente dichos.

En los Registros, se inscribirán ante todo :

1. Los **títulos** traslativos o declarativos de dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

2. Los **títulos** en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.
3. Los **actos y contratos** en cuya virtud se adjudiquen algunos bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o invertir su importe en objeto determinado.
4. Los **títulos** de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado, o a las Corporaciones civiles o eclesiásticas, con sujeción a lo establecido en las leyes o reglamentos.

La Ley se caracteriza por seguir un técnica reiterativa y escasamente depurada, que debería haber sido objeto de revisión con ocasión de la reforma habida poco antes de la mitad del siglo XX, careciendo de sentido el innecesario casuismo de que hace gala.

Partiendo del principio de que en la creación de los derechos reales juega la denominada doctrina del *numerus apertus*, carece de sentido a estas alturas del desarrollo de la legislación hipotecaria, esforzarse en la descripción de figuras de derechos reales para, después, hablar de otros cualesquiera (derechos) reales, como hace el inciso final del párrafo 2º.

Por añadidura, semejante expresión **legal** nunca ha sido determinante de si debía ser entendida en sentido favorable a la libertad de creación de derechos reales o en sentido contrario, recurriendo a lo establecido por una norma puramente reglamentaria en sentido técnico : Art. 7 RH ... *Conforme a lo dispuesto en el art. 2 de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego, o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales ...*

En los 3 párrafos del art. 2 se utiliza confusamente la palabra **título** : Se habla de título transmisivo del dominio (compraventa, testamento, sentencia, etc) cuando en realidad en el Registro no tienen cabida los títulos generadores de derechos reales sino propiamente la **constitución, reconocimiento, transmisión, modificación o extinción del derecho real** de que se trate, en sí mismo considerado : Se inscribe la mutación jurídico-real habida, aunque haya de hacerse una referencia en la inscripción a la causa que la genera. En todo caso, se utiliza el vocablo **título** en **sentido material**, como causa originadora de la mutación jurídico-real.

33.5. LA INSCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS REALES INMOBILIARIOS COMO

REGLA.

Nacido para facilitar el tráfico jurídico-inmobiliario, el Registro de la Propiedad persigue, ante todo, la publicidad de la situación jurídico-real tomada como punto de partida.

33.5.1. Los pasajes normativos del art. 2 LH.

El art. 2 LH declara inscribibles sólo los actos y contratos en cuya virtud se crean o se modifican los derechos reales propiamente dichos.

En los Registros, se inscribirán ante todo :

1. Los títulos traslativos o declarativos de dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

2. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen p extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.
3. Los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen algunos bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de tnsmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado.
4. Los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenez–can al Estado, o a las Corporaciones civiles o eclesiásticas, con sujeción a lo estable–cido en las leyes o reglamentos.

33.5.2. Crítica del casuismo del precepto.

La ley se caracteriza por seguir una técnica reiterativa y escasamente depu–rada, que podría y debería haber sido objeto de revisión en la reforma de 1944, ya que carece de sentido el innecesario casuismo de que hace gala.

33.5. INSCRIPCIÓN DE RELACIONES JURÍDICAS DE NATURALEZA PERSONAL .

Si la regla consiste en que el contenido propio del Registro de la Propiedad se identifica con los derechos reales sobre inmuebles, es lógico que la legislación hipotecaria declare la inidoneidad de las relaciones jurídico–obligatorias para ingresar en el Registro : Arts. 9 y 51.6 RH.

En el art. 51 se dispone que en las inscripciones ... *No se expresarán, en nin– gún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real* ... quedando claro que las relaciones jurídicas que no tengan carácter real, **no son inscribibles** (art. 9 RH) : Tienen vetado el ingreso en el Registro de la Propiedad.

Semejante prohibición, no obstante, la desconoce la propia legislación hipo– tecaria en más de un caso, dando entrada al Registro a derechos que sin ser técnica y propiamente reales, exceden del ámbito interpersonal de los contratantes y que, de una forma u otra, a través de su inscripción acaban por adquirir *erga omnes* y, en particular, frente a cualquier adquirente posterior del correspondiente inmueble. Vg : Inscripción de arrendamientos de larga duración y opción de compra, siempre y cuando ambos "actos" recaigan sobre bienes inmuebles.

La inscripción de los arrendamientos de bienes inmuebles.

El mismo art. 2 LH en su párrafo 5º, declara inscribibles ... *Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período mayor de 6 años, o aquéllos en los que se hayan anticipado las rentas de 3 o más, o cuando, sin concurrir ninguna de estas circunstancias, hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban* ...

Por su parte, el RH contempla la posibilidad de inscripción de :

- Los subarriendos, subrogaciones y cesiones de arrendamientos (art. 13).
- El arrendamiento con opción de compra (art. 14.2).
- El derecho de retorno del arrendatario de fincas urbanas (art. 15), regulado por

los arts. 81 y sigs de la Ley de Arrendamientos Urbanos (4104/1964).

Actualmente, debido a la disposición adicional 2ª de la nueva Ley de Arren– damientos Urbanos (Ley 29/1994), la redacción del art. 2.5º LH es la siguiente :

... Se inscribirán los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos ...

El número 2º de la citada disposición adicional faculta al Gobierno para desarrollar reglamentariamente los requisitos de acceso de los contratos de arrendamientos urbanos al Registro de la Propiedad. Conforme al art. 2 del Real Decreto 297/1996 *... Serán títulos suficientes para practicar la inscripción del arrendamiento urbano en el Registro de la Propiedad, la escritura pública notarial o la elevación a escritura pública del documento privado de este contrato ...*

La inscripción de la opción de compra.

El derecho de opción de compra, tal y como resulta contemplado respecto de los bienes inmuebles por el art. 14 RH, es también susceptible de inscripción, así se trate de un contrato *ad hoc* o de un pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible.

A tal efecto, el precepto reglamentario requiere que la opción de compra, además de las circunstancias necesarias para la inscripción, reúna las siguientes :

1. Convenio expreso de las partes para que se inscriba.
2. Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.
3. Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de 4 años.

33.6. LA INSCRIPCIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES RELATIVAS A LA

CAPACIDAD DE LAS PERSONAS.

Art. 2.4 LH *... Se inscribirán también en el Registro de la Propiedad las resoluciones judiciales relativas a la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes ...*

Con dicha previsión, la Ley pretende, de una parte, facilitar la función calificadora del Registrador, en cuanto la calificación ha de recaer necesariamente sobre la capacidad de los otorgantes (art. 18 LH). De otra parte, la previsión legal pretende dar publicidad general de la falta de capacidad dispositiva del titular registral correspondiente. Pero la constancia de tal circunstancia no es obligatoria.

34

El procedimiento hipotecario o registral

34.1. EL PROCEDIMIENTO HIPOTECARIO.

34.1.1. Concepto.

Desde que una persona solicita la inscripción de un título hasta que el Registrador resuelve sobre su pretensión, inscribiéndolo o suspendiendo o denegando la inscripción, se suceden una serie de actos regulados por el Derecho, a través de los cuales el Registrador, como funcionario público, realiza su función y los particulares obtienen o tratan de obtener, la constancia registral de sus titularidades inmobiliarias, con los efectos jurídicos inherentes. A esta sucesión reglada de actos se le denomina *Procedimiento registral*.

34.1.2. Naturaleza.

La doctrina se ha planteado durante años el problema de cuál sea la naturaleza de este procedimiento.

Para la mayoría de los denominados hipotecaristas, el procedimiento hipotecario debía considerarse como un procedimiento de naturaleza especial pero adscrito en la jurisdicción voluntaria.

De forma minoritaria se ha defendido que el procedimiento hipotecario debía ser considerado equiparable al judicial, si bien encomendado exclusivamente al Registrador.

Los autores más modernos se han pronunciado en favor de la consideración del procedimiento hipotecario como un especial procedimiento administrativo.

32.2. EL ACCESO DE LOS TÍTULOS AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

El procedimiento registral está constituido por una serie ordenada de actos. Principalmente la petición de inscripción, la presentación de documentos, la calificación del Registrador y la extensión del asiento.

34.2.1. El carácter público de los documentos susceptibles de inscripción.

Art. 33 RH ... Se entenderá por título, a los efectos de la inscripción, el documento/s públicos en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor ha de practicarse aquélla y que hagan fé, en cuanto al contenido que sea objeto de la inscripción, por sí solos o con otros complementarios o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite ...

Los títulos deben reunir, al menos, las siguientes características :

1. Ser documentos públicos.
2. Ser fehacientes respecto de alguna mutación jurídico-real.
3. Que el título susceptible de inscripción se funde inmediatamente en el título, en el sentido de que el título en sentido material acredite por sí mismo o mediante complementos de carácter accesorio, la existencia de un acto o un derecho que sea susceptible de inscripción.

Consecuentemente, el art. 420 RH establece ... *Los Registradores no extenderán asiento de presentación de los siguientes documentos :*

1. *Documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral.*
2. *Documentos relativos a fincas radicadas en otros distritos hipotecarios.*
3. *Demás documentos que por su naturaleza, contenido o finalidad no puedan provocar operación registral alguna.*

34.2.2. Admisión excepcional de documentos privados.

La legislación hipotecaria reconoce excepcionalmente la posibilidad de que la presentación de un título, mediante un documento privado, pueda producir efectos registrales.

- El acta de notoriedad complementa, en su caso, el título privado de adquisición a efectos de inmatriculación o primera inscripción de dominio (art. 298.10 RH).
- Cabe solicitar nota marginal referente al derecho de retorno arrendaticio.
- Los arts. 238 y 239 RH se refieren a la eficacia de la solicitud hecha en documento privado, firmado por acreedor y deudor hipotecarios, caso de que la hipoteca haya sido constituida bajo condición.
- El acreedor refaccionario puede instar la correspondiente anotación preventiva presentando por escrito el correspondiente contrato de obra (art. 59 LH).
- Las anotaciones preventivas que hayan accedido al Registro en virtud de documento privado, podrán cancelarse por el mismo procedimiento.

34.2.3. La presentación del título y la petición de inscripción.

La **petición** es una declaración de voluntad dirigida al registrador en súplica de que ejercite sus funciones y practique la inscripción. Su naturaleza es meramente procesal y su carácter aformal : Puede hacerse verbalmente e incluso puede hablarse de una petición tácita, que va implícita en la presentación del título (art. 39 RH).

La solicitud puede hacerse verbalmente o por escrito (público o privado), en el mismo título o en documento aparte. Puede ir también implícita en el hecho de la presentación del título. Pero en este caso es preciso que se evidencie la voluntad del solicitante en orden a la inscripción.

Conteniendo o acompañando a la solicitud, es necesaria la presentación de los títulos en la oficina del Registro, pues sin ella no se pone en marcha el procedimiento registral.

Según el art. 6 LH ... *La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente ...*

1º Por el que adquiera el derecho.

2º Por el que lo trasmira.

3º Por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir.

4º Por quien tenga la representación de cualquiera de ellos.

34.2.4. El asiento de presentación.

Con el acceso del título al Registro, dando por hecha su admisibilidad se da por concluido el período correspondiente a la iniciativa de quien tenga interés en la inscripción. A partir de ahí las normas imperativas para el Registrador comienzan sus efectos comenzando por la obligación inmediata de llevar a efecto el asiento de presentación.

En términos reales y materiales, tal asiento es una especie de apunte provisional de la recepción de un título con alcance jurídico cuya concisa descripción sobre el acto jurídico de que se trate se plasma en el Diario de operaciones del Registro, indicando el día y la hora del ingreso del documento en el Registro : El asiento de presentación determina tanto la prioridad en sentido formal como material :

a) Prioridad en sentido formal :

Determina el orden en que el Registrador ha de despachar y calificar los títulos ingresados en el Registro.

b) Prioridad en sentido material :

Caso de títulos incompatibles entre sí, el derecho contenido en el título que hubiere sido presentado antes, goza de preferencia frente al posterior.

34.3. LA FUNCIÓN CALIFICADORA DEL REGISTRADOR.

Iniciado el procedimiento registral mediante la solicitud de inscripción y la presentación del título, verificado el asiento de presentación en el libro Diario, el Registrador realiza un juicio de crítica jurídica que desemboca en su resolución, término del procedimiento : Práctica, denegación o suspensión del asiento solicitado.

Su fundamento se encuentra en el llamado **principio de legalidad**, predicado por las características del Registro español y por el grado de protección que otorga al titular inscrito. Y su finalidad estriba en que sólo puedan tener acceso al Registro los títulos que reúnan los requisitos establecidos por las leyes.

La **calificación** consiste en el examen por el Registrador de la validez externa e interna del título presentado, antes de resolver sobre su ingreso en el Registro y a este sólo efecto.

34.3.1. Materias objeto de calificación.

En el procedimiento registral la prueba está tasada. Según el art. 18 LH, los Registradores calificarán los títulos por lo que resulte de ellos y de los asientos del Registro. La conjunción de estos elementos permitirá apreciar la procedencia del asiento solicitado y evitará ulteriores contiendas.

Según el precepto citado, la función calificadora del Registrador comprenderá :

- a) La legalidad de las formas extrínsecas de los documentos.
- b) La capacidad de los otorgantes.
- c) La validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas.

La preocupación primordial de la LH radica en el tráfico *inter privatos*, pues la validez de los actos dispositivos se refiere únicamente a las escrituras públicas y nó a los mandamientos judiciales ni a los documentos administrativos que tienen camino abierto al Registro.

Las escrituras públicas sólo recogen el acuerdo entre las partes, y la inter-vención notarial, aunque garantiza la adecuación general al ordenamiento jurídico y dé fé del contenido, etc, no es suficiente para garantizar el acceso al Registro.

No puede aplicarse el mismo esquema a un mandamiento judicial, por lo que el RH contempla expresamente tales supuestos :

— La calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento incoado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro (art. 100 RH).

34.3.2. El resultado de la calificación : Faltas subsanables e insubsanables.

La calificación registral depende de las circunstancias concretas de cada caso y de la existencia o inexistencia de carencia de los requisitos debidos en cualquiera de los elementos sometidos a calificación registral.

1. La existencia de una falta subsanable provoca la suspensión del asiento y otorga al presentador del título la facultad de solicitar una anotación preventiva durante el período de vigencia del asiento de presentación (60 días).
2. La existencia de una falta insubsanable provoca la denegación radical de la práctica del asiento pretendido, sin que el presentante tenga derecho alguno a solicitar anotación preventiva.

34.3.3. El recurso gubernativo.

La calificación registral de suspensión o denegación del asiento da pie a la presentación del recurso gubernativo por parte de la persona en favor de la que hubiera actuado el asiento pretendido. Dicho recurso se contempla en el art. 66 LH y 112 y sigs. RH.

*Art. 66 LH ... Los interesados podrán reclamar **gubernativamente** contra la calificación del título hecha por el Registrador, en el cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado ...*

Conforme al art. 112 RH, se hallan legitimados para interponer el recurso :

- 1º La persona individual o jurídica a cuyo favor se hubiere de practicar la inscripción, quien tenga interés conocido en asegurar los efectos de ésta como transferente o por otro concepto, y quien ostente notoriamente o acredite en forma auténtica la representación legal o voluntaria de unos u otros para tal objeto.
- 2º El Fiscal de la respectiva Audiencia, cuando se trate de suspensiones o negativas a inscribir documentos expedidos por las autoridades judiciales, pero solamente en los asuntos criminales o civiles en los cuales deba ser parte con arreglo a las leyes.
- 3º El Notario autorizante del título en todo caso.

Tramitación en primera instancia.

Se interpone ante el Presidente de la Audiencia territorial a la que pertenezca el Registro.

El plazo es de 4 meses, contados desde la fecha de la nota de calificación (art. 113 RH). Si se interpone dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación (o de la anotación preventiva, en su caso) éste queda en suspenso hasta la resolución definitiva del recurso (art. 66 LH).

El Presidente de la Audiencia resolverá el recursos en el término de 30 días contados desde que hayan sido unidos al expediente los documentos en que haya de fundar su decisión (art. 120), mediante auto, en forma clara, precisa y congruente, ordenando, suspendiendo o denegando la inscripción (art. 118) e imponiendo las costas al particular recurrente o excepcionalmente al Notario recurrente o al Registrador que extendió la nota o sostuvo su procedencia, cuando se aprecie ignorancia inexcusable (art. 130). El auto debe notificarse al recurrente y al Registrador dentro del término de 8 días (art. 125).

Impugnación judicial.

El art. 66 LH concede a los particulares el recurso gubernativo sin perjuicio de acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos. Es el llamado **recurso judicial**.

Puede acudirse a la vía judicial después de intentado el recurso gubernativo, pero la resolución recaída en aquél no prejuzga el resultado de éste (art. 100 RH).

El Registrador no es parte y sólo pueden promoverlo los interesados, tramitándose conforme al procedimiento declarativo que corresponda.

34. 4. LA DINÁMICA DE LAS INSCRIPCIONES REGISTRALES.

34.4.1. La exigencia del tracto sucesivo.

Una vez inmatriculada la finca e inscrito el dominio sobre ella, en su caso, pueden ya ingresar en el Registro los títulos referentes a los actos o contratos que recaigan sobre la finca inscrita y que de alguna manera, afecten con alcance jurídico– real al derecho de propiedad del titular registral.

Pero cada titularidad registral, salvo la que consta en el asiento de inmatriculación o primer asiento, debe apoyarse sobre otra anterior, vigente y suficiente para servirle de base. Tratándose de transmisiones de propiedad, esta regla quiere decir que cada adquirente sólo puede inscribir su derecho si lo ha recibido del último titular según el Registro.

Sólo quien haya inscrito previamente su derecho podrá disponer registralmente del mismo (art. 20 LH) :

— Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos.

— En caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada.

El sistema hipotecario parte de la base de que los sucesivos propietarios de una finca han de estar registralmente concatenados.

A esta exigencia de concatenación entre los titulares registrales del derecho de propiedad, se le denomina principio de TRACTO SUCESIVO.

El tracto sucesivo no juega sólo en relación con la propiedad, sino también respecto de los demás derechos reales. Sólo el titular registral del dominio y mientras lo sea, podrá constituir derechos reales limitados que, además, para perjudicar a sucesivos adquirentes de la finca, deberán inscribirse también en el Registro mientras el titular registral que los haya constituido lo siga siendo.

34.4.2. La prioridad registral.

El momento temporal de acceso de un título al Registro es de enorme importancia, aunque el otorgante del mismo siga siendo titular registral. Mientras lo siga siendo, el titular registral puede continuar realizando actos de trascendencia jurídico–real en relación con la finca inscrita a su nombre : Puede, por ejemplo vender la finca a 2 personas diferentes en fechas muy próximas. El Registro, sin embargo, sólo podrá declarar dueña de la finca a una de ellas y, en concreto, ésta será la que inscriba

antes su título de adquisición, la correspondiente escritura pública, como establece el art. 1473.2 Cc.

La trascendencia del momento temporal de la inscripción a favor del adquirente se encuentra consagrada en el art. 17.1 LH ... *Inscrito en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales, impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real ...*

Ha de observarse que el art. transcrito indica explícitamente que el 2º título en acceder al Registro, puede ser de igual o anterior fecha .. A efectos registrales o hipotecarios, la determinante no es la fecha del acto jurídico-real realizado, sino la fecha de entrada del título en el Registro.

34.5. LA PRIORIDAD REGISTRAL : TÍTULOS COMPATIBLES E INCOMPATIBLES.

34.5.1. Los títulos incompatibles y el cierre registral.

Respecto de los títulos incompatibles, la inscripción o el asiento de presentación (art. 17.2 LH) del primero de ellos presupone que los demás no pueden acceder al Registro. Por ello se habla de cierre registral respecto de los títulos que declaren derechos incompatibles con el ya previamente inscrito.

Un título incompatible puede ser de fecha posterior o anterior al que ya figura en el folio de la finca correspondiente : Principio de prioridad o prioridad tabular.

a) Si es de fecha posterior (2º comprador de una finca de la que ya ha sido inscrita la 1ª venta) es aplicable el art. 20 LH que, al imponer el tracto sucesivo, impide la inscripción de los títulos incompatibles de fecha posterior a los inscritos (provenientes de un no titular registral y presuntivamente ineficaces desde el momento de su otorgamiento).

b) Para el supuesto de que la fecha del título que se lleva al Registro sea anterior a la del que ya figura en él, el art. 17 LH previene que ... *Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real ...*

A efectos del art. 17 se llama CIERRE REGISTRAL a los actos dispositivos de un titular incompatibles con los inscritos, aun siendo anteriores en fecha a ellos y por ende eficaces al tiempo de otorgarse, no tienen acceso a los libros.

El art. 17 LH alcanza de modo expreso :

1. A la anotación preventiva (no sólo a la inscripción) :

Aquellas anotaciones que, por su naturaleza pueden producir cierre registral, como las de por defecto subsanable o de prohibiciones de disponer, y no a las que establecen simplemente una preferencia de rango. Hay que entender incluidas, además, en el art. 17, a las notas marginales con valor de inscripción.

2. A cualesquiera negocios constitutivos, modificativos o extintivos (no sólo a los traslativos), referentes al dominio o a los derechos reales limitados y de fecha anterior o igual al inscrito :

En general a cualquier acto inscribible relativo a derechos reales que por su contradicción con uno ya registrado, resulte *prima facie* ineficaz, y cuya constatación sólo tendría como resultado un asiento

inútil y molesto.

La finalidad del art. 17 LH no es la de dar o quitar derechos, sino la de mantener un Registro limpio de contradicciones, en el cual no consten a la vez, titularidades incompatibles y opuestas.

El asiento de cierre es una operación meramente formal y mecánica : El título que llega primero, clausura el Registro para el ulterior incompatible, sin que este título al cual se cierra el registro sea, siempre, materialmente ineficaz, ni pierda toda posibilidad de ingresar en aquél. El Registrador, al calificar, en cuanto aprecie la existencia de un título incompatible inscrito, rechazará automáticamente la inscripción, sin embargo, el titular rechazado puede acreditar su mejor derecho ante los Tribunales y, anulando la inscripción que se opone a su ingreso en el Registro, tener acceso a él, incluso con la fecha del asiento de presentación si éste no ha caducado.

Para que se produzca el efecto de cierre, no es necesario que el título que llegó primero haya dado lugar ya a la práctica del asiento principal. Al contrario, el mero asiento de presentación, dentro de su ámbito de eficacia, sirve también para cerrar el libro de inscripciones del Registro : Una vez extendido, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de 60 días, contados desde el siguiente al de la fecha del mismo asiento (Art. 17.2 LH).

34.5.2. El rango registral de los títulos compatibles.

El efecto del cierre registral no se da en relación con aquellos derechos reales (y los títulos que son portadores de los mismos) que pueden coexistir de forma plural sobre una finca. Tales títulos no son incompatibles ni contradictorios entre sí, sino que pueden recaer simultáneamente sobre el inmueble inscrito, únicamente plantean el problema de establecer una jerarquía o prelación entre ellos : Rango registral o hipotecario (art. 241 RH).

34.6. QUIEBRA Y REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO.

Salvo contadas excepciones, en Derecho español la inscripción registral no es obligatoria, ni constitutiva del derecho de propiedad ni de los demás derechos reales, ni siquiera es obligatorio que todas las fincas se encuentren inmatriculadas.

En caso de falta de inmatriculación, es evidente que la dinámica de los derechos reales sobre la finca se desarrolla extrarregistralmente, como si el Registro de la

Propiedad no existiera.

El mismo efecto práctico se produce cuando sucesivos adquirentes de una finca ya inmatriculada dejan de acudir al Registro.

Se rompe o interrumpe el tracto sucesivo cuando el verdadero historial de la finca, a partir de un cierto punto, no se encuentra reflejado en el Registro, cuya inscripción de dominio ha quedado anticuada respecto de la dinámica civil recayente sobre la finca y, por tanto, se encuentra contradicha extrarregistral o civilmente por las transmisiones habidas.

Ante situaciones parecidas, dada la imposibilidad de reanudar el tracto sucesivo interrumpido, el sistema hipotecario procura dotar de procedimientos *ad hoc* para quien desea inscribir, pueda hacerlo sin necesidad de recrear registralmente todas las transmisiones habidas.

Tales procedimientos parten de la base de aprovechar el folio ya abierto a la finca y, conforme al art.

200.1 LH, son 2 :

1. El acta de notoriedad.
2. El expediente de dominio.

Tales procedimientos desempeñan también la función de servir de vehículo para superar la quiebra del tracto sucesivo. Desempeñando tal papel, los requisitos y las reglas de procedimiento del expediente de dominio y de las actas de notoriedad no son exactamente idénticos a los establecidos respecto de la inmatriculación.

34.7. LA VIGENCIA DE LOS ASIENTOS : Referencia a la caducidad y cancelación.

lación.

En términos generales, los asientos registrales, una vez efectuados, tienen una vigencia temporal prolongada y en muchos casos indefinida, conforme a la tendencial permanencia de los derechos reales a los que otorgan publicidad.

Sin embargo, casi todas las anotaciones preventivas y buen número de notas marginales se caracterizan por ser asientos de carácter provisional, cuya pervivencia temporal se encuentra limitada por la propia legislación hipotecaria. En tales casos, los asientos pierden la vigencia por caducidad.

La caducidad, no obstante es un mecanismo que no afecta a las inscripciones, cuya vigencia se proyecta indefinidamente hasta que el titular registral del derecho que es objeto de publicidad consiente o insta su cancelación.

La cancelación es un acto formal que provoca la pérdida del valor del asiento respecto del cual se practica y que en general, exige cumplir ciertos requisitos parecidos a la propia toma del asiento de que se trate.

35

Los efectos de la inscripción

35.1. EL CONCEPTO TÉCNICO DE INSCRIPCIÓN.

La inscripción constituye una especie de las diversas figuras de asiento registral en cuanto género.

Todo el sistema registral gira en torno a la inscripción que es la única acotación registral tendencialmente permanente, por cuanto es el asiento idóneo para incorporar al Registro una vicisitud jurídico-real de carácter definitivo. Los restantes tipos se encuentran al servicio y en dependencia de la propia inscripción.

Clases de inscripciones y significado de la inscripción en Derecho

español.

-- Inscripción constitutiva.

Se da en aquellos casos en que la inscripción forma parte del proceso creador del derecho real o de la vicisitud de que se trate.

-- Inscripción obligatoria.

En este caso, la ley impone de forma coactiva el llevar a cabo la inscripción, bajo la admonición de cualquier pena que no consista en la falta de nacimiento del derecho real o de la vicisitud de que se trate.

-- Inscripción declarativa.

Tiene por misión dar cuenta a la colectividad de la existencia de un derecho real a través de un asiento registral, al tiempo que otorga a su titular determinados efectos favorables.

35.2. LOS EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN.

La inscripción registral ha de producir, en general, efectos beneficiosos para quien, además de adquirir un derecho real, procura su constancia en el Registro de la Propiedad : Comporta un reforzamiento del derecho real en favor del titular registral.

El titular registral consigue una posición de supremacía frente a terceras personas que pudiesen tener créditos o derechos contra su transmisión y no constasen en el propio Registro. El reforzamiento de esta posición lo establece la LH :

35.2.1. Noción inicial de la legitimación registral.

La legislación hipotecaria atiende y procura la defensa del titular inscrito en primer lugar, dando por supuesto que el derecho real existe y pertenece al titular registral conforme al contenido de la inscripción correspondiente. A semejante presunción (*iuris tantum*) se la denomina *legitimación registral*.

35.2.2. Noción inicial de la fé pública registral.

Según qué ocasiones, tratándose de terceros adquirentes que cumplan determinados requisitos, la legislación hipotecaria opta por elevar los efectos protectores en favor del titular registral, determinando que el contenido de la inscripción se convierta en inexpugnable en protección del titular inscrito (tercero hipotecario). A tal efecto protector se denomina *fé pública registral*.

Tanto la legitimación registral como la fé pública registral se asientan en un presupuesto común : *Principio de exactitud del registro.*

35.3. LA LEGITIMACIÓN PROCESAL.

35.3.1. En general : La exactitud del Registro.

Sólo desde la reforma de 1944 se ha llegado a una correcta formulación de la presunción de exactitud del Registro, denominada también : **Legitimación registral** : Art. 1.3º ... *Los asientos del Registro ... en cuanto se refieren a los derechos inscribi- bles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mien- tras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley ... Son intangibles.*

Art. 38 ... *A todos los efectos legales, se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos (Presunciones de existencia y ejercicio del derecho declarado existente por el Registro).*

35.3.2. La realización de actos dispositivos : La presunción de pertenencia.

La legislación hipotecaria atiende y procura la defensa del titular inscrito, en primer lugar, presumiendo (o dando por supuesto) que el derecho real existe y pertenece al titular registral conforme al contenido de la inscripción correspondiente.

Semejante presunción = Legitimación registral : Principio de la legitimación registral : La inscripción, como regla general y salvo prueba en contrario, refrenda o autentifica al titular registral como verdadero titular del derecho inscrito.

Al tratarse de una presunción que admite prueba en contrario, técnicamente ha de hablarse de presunción *iuris tantum*. Pero en tanto no se demuestre judicialmente lo contrario y se cancele la inscripción registral, ésta surtirá todos los efectos pertinentes.

La presunción de exactitud del Registro opera no solamente cuando se trata de proteger a un tercero, sino también cuando haya de sostenerse (aunque sea de forma transitoria) la titularidad de quien haya inscrito algún derecho a su favor, incluso frente a su transmitente.

El titular registral se encuentra protegido por la presunción legal aunque sea un titular aparente, mientras esta última condición no sea judicialmente declarada, pues los asientos del Registro, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley (Art. 1.3 LH).

Desde el punto de vista negativo, la legitimación registral encuentra ratificación en el art. 97 LH, al considerar éste que ... *Cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiera ...*

Desde el punto de vista procesal, la posición del titular registral se ve notoriamente reforzada. Mientras lo sea, en cualquier juicio el titular registral se encuentra legitimado para actuar en el ámbito procesal tanto activa (como demandante) como pasivamente (como demandado), cual si realmente fuese propietario o titular del derecho real inscrito.

La legitimación registral, desde la perspectiva procesal, se manifiesta principalmente en la **eficacia probatoria de la inscripción** :

En cualquier juicio, el titular registral tiene a su favor la presunción de exactitud y posesión establecidas en el art. 36 LH, bastándole con aportar una certificación registral de su titularidad, pues (conforme al art. 1250 Cc) ... Las presunciones que la ley establece dispensan de toda prueba a los favorecidos por ellas, mientras que quien contradiga o pretenda contradecir el derecho del titular inscrito deberá pechar con toda la carga de la prueba ...

En la práctica jurídica, el problema de la prueba es de enorme trascendencia, ya que mediante ella se trata de conseguir la convicción del Juez de que lo reclamado o solicitado por cualquiera de las partes se asienta en datos reales y constatables que hay que acreditar.

Dada la eficacia probatoria de la inscripción, es lógico que la LH establezca la necesidad de actualización del Registro cuando los derechos en él inscritos sean objeto de litigio (de lo contrario, podría darse el caso de que, dictada una sentencia contraria al titular registral, éste dejará de ser propietario, pero el Registro lo siguiera considerando tal en base al principio de la legitimación registral). Por ello, el art. 38.2 dispone ... *Como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos, sin*

que, previamente, o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente...

35.3.3. La presunción posesoria.

El hecho de que alguien tenga su derecho inscrito en el Registro (el hecho de ser titular registral) produce en su favor 2 presunciones :

Art. 35 LH ... A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito ... se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fé durante el tiempo de la vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa ...

Art. 38.1 LH ... De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos ...

Los preceptos citados ordenan que el titular registral, mientras no se demuestre lo contrario, sea tenido por poseedor de la finca en la medida del derecho que tiene inscrito a su favor. Pero si de los libros registrales nace una presunción de posesión en favor del titular inscrito, en cambio, la posesión no tiene acceso a tales libros : El art. 5 LH declara no inscribibles los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer : "De igual modo" indica que la presunción posesoria se otorga al titular inscrito a todos los efectos legales. Resulta, sin embargo, discutible, afirmar que dicha presunción se concede en la forma determinada en el asiento, pues la publicidad registral no alcanza a las situaciones de hecho propiamente dichas y difícilmente puede deducirse de la inscripción cuál es el estado posesorio del bien o del derecho inscrito. En todo caso, parece defendible considerar que la inscripción registral sí tiene habilitación suficiente para declarar el *ius possidendi* del titular inscrito, en cuanto derivación de la titularidad jurídico-real de que se trate.

La presunción posesoria establecida en el art. 38.1.2ª LH en favor del titular registral tiene una gran importancia respecto de los derechos reales susceptibles de posesión, en cuanto juega positiva y negativamente. Positivamente, facilita la usucapión del titular registral, caso de que le resulte necesaria. Negativamente, dificulta la posesión *ad usucapionem* de terceros que pudieran perjudicar los derechos del titular inscrito.

35.4. LA EFICACIA DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL RESPECTO DE LA USUCAPIÓN.

35.4.1. La usucapión en favor del titular inscrito (*secundum tabulas*).

Art. 35 LH ... A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción, presumiéndose que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fé durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa ...

35.4.2. La usucapión *contra tabulas* o en contra del titular inscrito.

Cuando la usucapión conseguida extrarregistralmente pueda perjudicar la adquisición del titular inscrito, se distinguen 2 supuestos, según que el titular inscrito carezca de la condición de tercero hipotecario o de que lo sea :

A/ Carencia en el titular inscrito de la condición de tercero hipotecario :

Art. 36.3 ... *En cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la consideración de terceros hipotecarios, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil ...*

B/ Titular registral con condición de tercero hipotecario.

Cuando el titular inscrito reúna los requisitos exigidos al tercero hipotecario, la prescripción que el usucapiente haya podido alcanzar extrarregistralmente es, en principio, irrelevante : La fé pública registral está privilegiada sobre la usucapición. La protección del tercero hipotecario alcanza hasta el hecho de excluir la usucapición consumada en relación con la finca inscrita. No obstante el art. 36.1 LH plantea que ... *sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada, o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los supuestos siguientes :*

1. *Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.*

2. *Siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores tal posesión de hecho al tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición ...*

35.4.3. Las reglas sobre usucapición liberatoria o usucapio libertatis.

Así se identificaba en el D. Romano clásico, la causa de extinción de la servidumbre, en cuya virtud, además de la falta de uso por el titular del predio dominante, el dueño del predio sirviente llevaba a cabo los correspondientes actos dominicales, como si la servidumbre no existiera. La pervivencia de dicha idea básica lleva aun a hablar de usucapición liberatoria para identificar la posible extinción de derechos reales limitados.

La Ley 30-XII-1944 reconocía la novedad de la regulación del supuesto :

– La usucapición triunfante respecto de la propiedad del titular inscrito no afecta a los derechos reales limitados inscritos carentes de componente posesorio y sobre todo en caso de hipoteca : Apdo. 4º, art. 36 LH.

– Respecto de los mismos derechos reales limitados, cuando tengan alcance posesorio (Vg : usufructo, servidumbre de paso, anticresis), establece la norma citada que ... *Tampoco se extinguirán ... cuando el disfrute de los mismos no fuere incompatible con la posesión, causa de la prescripción, o cuando siéndolo, reunan sus titulares las circunstancias y procedan en la forma y plazos que determina el párrafo b del presente artículo ...*

35.5. LA LEGITIMACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA PROCESAL.

Desde el punto de vista procesal la posición del titular registral se ve notoriamente reforzada. Mientras lo sea, en cualquier juicio, el titular registral está legitimado para actuar en el ámbito procesal activa o pasivamente, cual si realmente fuese propietario o titular del derecho real inscrito. La legitimación registral se manifiesta principalmente :

35.5.1. Eficacia probatoria de la inscripción.

En cualquier juicio, el titular registral tiene a su favor la presunción de exactitud y posesión establecidas en el art. 36 LH, bastando con aportar certificación registral de su titularidad : Art. 1250

Cc ... *Las presunciones que la ley establece dispensan de toda prueba a los favorecidos por ellas ...* Mientras que quien pretenda contradecir el derecho del titular inscrito deberá pechar con la carga de la prueba.

Dada la eficacia probatoria de la inscripción, es lógico que la LH establezca la necesidad de actualización del Registro cuando los derechos en él inscritos sean objeto de litigio.

35.5.2. Sobreseimiento de los procedimientos de apremio : La tercería registral.

Un procedimiento de apremio es aquel mediante el cual se ejecutan bienes del deudor. En caso de que el deudor incumplidor coincida con el titular registral, dicho efecto se producirá con todas sus consecuencias. Por el contrario, caso de que los bienes inmuebles, objeto del apremio, obren inscritos en favor de persona diferente al deudor, por virtud del principio de legitimación registral, el procedimiento de apremio se sobreseerá o suspenderá, y el acreedor habrá de seguir otro juicio para ventilar el derecho que cree le asiste en cuanto a los bienes respecto de los cuales se suspende el procedimiento.

35.5.3. Ejercicio del procedimiento sumario regulado en el art. 41 LH.

La mera inscripción faculta al titular registral para conseguir *erga omnes* el respeto de la situación posesoria que, conforme al Registro, corresponda a un derecho inscrito que implique o suponga posesión.

La LH dispone en su art. 41 un proceso especial y sumario destinado a evitar las perturbaciones o despojos posesorios llevados a cabo por personas que no tengan título inscrito.

35.6. LAS RESTRICCIONES DE LOS EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN.

35.6.1. La intrascendencia sanatoria *inter partes* de la inscripción.

Inter partes, la inscripción no tiene eficacia sanatoria de adquisiciones o transmisiones que hayan sido realizadas en contra del Derecho imperativo.

El art. 33 LH dispone ... *La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes ...* La nulidad o ineficacia de un negocio transmissivo cualquiera y en virtud de cualquier causa, no desaparece por el mero hecho de que el adquirente inscriba a su favor.

35.6.2. La prueba en contrario : Las inexactitudes registrales y su rectificación.

La presunción contenida en el art. 38 permite la prueba en contrario, por lo que, en caso de que la inscripción contenga alguna inexactitud, la legislación hipotecaria ofrece los procedimientos oportunos para reiterar la exactitud que la Ley atribuye a las inscripciones obrantes en el Registro.

Art. 39 LH ... *Por inexactitud del Registro se entiende todo desacuerdo que, en orden a los derechos inscribibles, exista entre el Registro y la realidad jurídica extra-registral ...*

Según el art. 40 LH, las causas de inexactitud del Registro provienen :

- a) De la falta de acceso al Registro de alguna relación jurídico-inmobiliaria.
- b) De la extinción extrarregistral de algún derecho inscrito o anotado.

c) De la nulidad o error de algún asiento.

d) De la falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento.

La rectificación registral requiere que sea el titular registral del asiento inexacto, o en su caso la persona que resulte perjudicada, quien inste la rectificación registral.

En caso de cotitularidad, habrán de actuar todos los titulares registrales de consuno, pues de otra forma el Registrador habrá de negar la rectificación solicitada de forma particular por cualquiera de los interesados [en la práctica, el mayor número de expedientes de rectificación obedece en los últimos años al intento de alterar la condición (ganancial o privativa, o en copropiedad ordinaria) de los bienes conyugales por parte de uno de los cónyuges, una vez producida o barruntada la crisis matrimonial].

En defecto de actuación del titular del asiento, y con independencia del juego en algunos casos de mecanismos hipotecarios propiamente dichos, será necesaria la correspondiente resolución judicial. Acaba también por sentencia el denominado procedimiento o expediente de liberación de gravámenes, de gran importancia en esta materia, que regulan los arts, 209 y 210 LH.

35

La fé pública registral

36.1. LA PROTECCIÓN DEL TERCERO : LA FÉ PÚBLICA REGISTRAL.

Concepto de fé pública registral.

Art. 33 LH ... La inscripción por sí misma carece *inter partes* de valor sanatorio alguno de la posible ineficacia del acto o contrato que (en virtud del título que corresponda) accede al Registro. Dicha afirmación es coherente con todo el sistema hipotecario y con las razones determinantes del nacimiento del Registro de la Propiedad. El cual surgió a instancias del crédito territorial y en la búsqueda de otorgar seguridad y protección a los terceros adquirentes y no a las partes contratantes, entre las que rigen las reglas civiles de aplicación al caso.

36.1.1. La fé pública registral en sentido positivo.

El principio de fé pública registral se encuentra recogido en el art. 34 LH, conforme al cual y respecto de terceros, el contenido del Registro debe presumirse **exacto** e **íntegro** : El tercero hipotecario se cínvierte en titular del derecho inscrito, en las condiciones reflejadas tabularmente, aunque el anterior titular registral no fuese realmente propietario.

36.1.2. La fé pública registral en sentido negativo.

Art. 32 LH ... *Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero ...*

36.2. CONCEPTO DE TERCERO HIPOTECARIO.

Art. 34.1 LH ... *El tercero que de buena fé adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro ...*

La consecuencia normativa fundamental del precepto radica en que dicho tercero, si reúne los requisitos establecidos, será mantenido en su adquisición, lo que equivale a afirmar que el tercero adquiere una titularidad jurídico-real (propiedad o cualquier otro derecho real) inatacable : *Presunción iuris et de iure*, y la inscripción favorece al titular inscrito hasta el punto que su titularidad deviene indiscutible.

Para referirse al tercero protegido por la presunción del art. 34.1 LH, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias suelen hablar de **tercero hipotecario**. La razón de semejante adjetivación radica en que la posición que ostenta dicho tercero es fruto de la legislación hipotecaria (no que exista un derecho real de hipoteca o que sea acreedor hipotecario). Otros autores prefieren hablar de beneficiario o destinatario de la fé pública registral, tercero protegido, adquirente especialmente protegido, etc.

Exposición de Motivos : *Las dudas que, motivadas en gran parte por una exagerada exégesis con harta frecuencia se han suscitado sobre el valor conceptual de tercero, han sido allanadas al precisar su concepto en el art. 34 A los efectos de la fides publica, no se entenderá por tercero el penitus extraneus, sino únicamente el tercer adquirente : El causahabiente de un titular registral, por vía onerosa. Podría, es verdad, haberse sustituido la palabra tercero por la de adquirente, pero se ha estimado más indicado mantener un término habitual en nuestro lenguaje legislativo ...*

En determinadas ocasiones, tratándose de **terceros adquirentes** que cumplen ciertos requisitos, la legislación hipotecaria opta por elevar los efectos protectores en favor del titular registral, determinando que el contenido de la inscripción se convierta en inexpugnable en protección del titular inscrito que, en tal caso pasa a ser conocido como **tercero hipotecario**.

Aunque se demuestre que, en el tracto registral seguido hasta llegar al tercero hipotecario, ha habido alguna irregularidad o acto transmisivo impugnabile, el titular registral habrá de seguir siendo considerado como verdadero titular. Lo que equivale a afirmar que, en semejantes supuestos, la anterior presunción *iuris tantum* se tras-muta radicalmente en una *presunción iuris et de iure* : En un mandato legal que no permite prueba en contrario, aunque ésta llegare a darse o pudiera conseguirse.

Tal efecto protector del **tercero hipotecario** constituye el punto álgido del Derecho hipotecario español y el mejor estímulo de los adquirentes para procurar la inscripción registral : Verse protegidos en su adquisición, aunque conforme a las normas **civiles**, por contraposición a **hipotecarias**, su posición jurídico-real fuera claudicante o impugnabile.

Al descrito efecto protector se le denomina técnicamente, por la gran mayoría de los autores y con cierta frecuencia por la propia jurisprudencia, con la expresión de **fé pública registral**, elevándose a la condición de **principio de fé pública registral**.

La protección del tercer adquirente (**tercero hipotecario**), constituye la finalidad última de la fé pública registral. Por consiguiente, ésta consiste en una presunción *iuris et de iure* legalmente establecida, en cuya virtud el contenido del Registro se reputa siempre exacto en favor del tercer adquirente, quien, por tanto, puede consolidar su adquisición en los términos publicados por el Registro.

36.3. PRESUPUESTOS DE LA CONDICIÓN DE TERCERO.

Se deduce del art. 34 LH que el titular registral, a efectos de ser considerado tercero hipotecario, debe reunir 4 requisitos :

a) Adquisición debidamente inscrita de una titularidad jurídico-real,

- b) Conseguida de buena fé,
- c) A título oneroso,
- d) Que traiga causa del anterior titular registral.

La exigencia de tales requisitos está planteada por la Ley de forma rigurosa— mente cumulativa : Ninguno de ellos puede faltar en el supuesto de que se trate, aun—que no todos ellos asumen la misma relevancia práctica. En general, nadie discute su condición de tercero hipotecario sin haber inscrito la adquisición o ser causahabiente a título oneroso del anterior titular registral. En cambio, la presencia o ausencia de la buena fé en la adquisición suele ser causa de numerosos pleitos o litigios.

36.3.1. La adquisición a título oneroso.

El tercero debe haber adquirido mediante contraprestación por su parte (a título oneroso). El requisito de la onerosidad de la adquisición lo reitera, en forma negativa, el párrafo 3º del art. 34 LH ... *Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente ...*

La propia Exposición de motivos explica la razonabilidad del requisito : *Los adquirentes en virtud de la Ley, por una declaración jurídica o por causa de liberalidad, no deben ser amparados en más de los que sus propios títulos exigieran. Es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro a que sufran quebranto económico aquellos otros que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transmitente.*

36.3.2. La adquisición de buena fé.

La exigencia de la buena fé no requiere ser particularmente justificada. La buena fé es un principio general del Derecho y un presupuesto del ejercicio de los derechos subjetivos que no puede ser desconocido en ningún sector normativo, por muy especializado que sea. Pero conviene subrayar que el tercero que haya inscrito su adquisición cuenta con una presunción legal favorable al respecto establecida por la propia LH, en igual sentido que el art. 434 Cc ... *La buena fé del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que desconocía la inexactitud del Registro ...* Así, se deduce de su propio tenor que dicha presunción es simplemente *iuris tantum* y que en consecuencia, en términos prácticos, la existencia o inexistencia de la buena fé del adquirente no depende de tal declaración legal, sino de los datos de hecho del supuesto que se analice.

En principio, el adquirente goza de la presunción y puede beneficiarse de ella, pero se trata de un mero beneficio de carácter procesal, de inversión de la carga de la prueba, que puede fallar cuando el perjudicado por la fé pública registral logre probar la inexistencia de buena fé. Art. 434 Cc ... *Al que afirma la mala fé corresponde la prueba ...* El TS ha tenido múltiples ocasiones de resaltar su trascendencia en concreta relación con el art. 34 LH.

36.3.3. La adquisición del titular registral anterior.

Dicho requisito es consecuencia del propio sistema registral u ordenamiento hipotecario :

- Sólo el titular registral se encuentra legitimado para disponer de los derechos inscritos, para llevar a cabo actos dispositivos (art. 38 LH).
- Es un corolario del imprescindible tracto sucesivo, en torno al cual se estructura el

conjunto de las normas hipotecarias.

El "tercero" a efectos hipotecarios es únicamente el tercer adquirente : causa-habiente de un titular registral por vía onerosa. Sin embargo, el "tercero" a que se refiere el art. 207 LH en ningún caso puede coincidir con el tercer adquirente contemplado en el art. 34, sino que ha de entenderse por tercero, en relación con el inmatriculante, cualquier persona que pudiera tener alguna titularidad dominical o jurídico-real y que se viera perjudicado por la inmatriculación conseguida a través de los títulos públicos de adquisición, complementados por el acta de notoriedad o de la certificación de dominio emitida por las entidades públicas a que se refiere el art. 206. Los 2 años establecidos funcionan como un período cautelar en relación con tales procedimientos inmatriculadores y nó como un plazo de suspensión de la fé pública registral.

36.3.4. La inscripción de su propia adquisición.

La consecuencia fundamental del art. 34 LH, mantener incólume al tercero en su adquisición, de despliega una vez que éste haya inscrito su derecho. Por principio, la inscripción sólo puede beneficiar a quien la realiza y siendo que la fé pública registral es un efecto favorable de la inscripción, ésta es un exigencia *sine qua non* para que el sistema registral despliegue los efectos que le son propios, en beneficio del adquirente.

Contrario sensu, la inscripción del tercer adquirente priva de eficacia a los actos intermedios de transmisión del bien inmueble que debiendo o pudiendo haber sido inscritos, no han llegado a acceder al Registro. En tal sentido, la Sentencia del TS de 31-III-1995, ratifica la adquisición inscrita por el adjudicatario en un procedimiento ejecutivo, del bien inmueble que previamente había adquirido otra persona mediante su posesión efectiva, declarando en tal caso el Alto Tribunal la primacía del art. 34 LH sobre la eventualidad de la existencia de doble venta.

36.4. ALCANCE Y ÁMBITO DE LA FÉ PÚBLICA REGISTRAL.

36.4.1. La eficacia respecto de terceros.

La presunción *iuris et de iure* en que se traduce la fé pública registral es un asunto de terceros y para nada juega *inter partes*.

El último adquirente (y titular registral) no goza de la condición de tercero hipotecario respecto de su transmitente. El art. 34 LH no otorga garantía alguna al titular inscrito en relación con los posibles defectos de su negocio adquisitivo, sino solamente frente a terceros que pudieran ostentar derechos inscribibles sobre el bien (o derecho) transmitido que no constasen en el Registro de la Propiedad (art. 32 LH).

En la aplicación jurisprudencial de tales reglas, motivado en su caso por los planteamientos realizados por los litigantes, es frecuente que el TS realce, de una parte, que la posición inatacable del tercero hipotecario no deriva del asiento correspondiente a su propia inscripción, sino del conjunto de los asientos anteriores, y de otra, que en absoluto puede pretenderse por el adquirente que la finalidad del art. 34 LH radique en protegerlo de la ineficacia de su propio acto adquisitivo, sino en todo caso de la que incida sobre el acto adquisitivo anterior al suyo.

En el primer sentido, el TS dice que *el contenido registral por el que entra en juego la protección que el art. 34 LH dispensa, no deriva del asiento por el que el adquirente constata su derecho, sino de los asientos que le anteceden, siendo éstos los que pregonan con ppresunción iuris et de iure que el Registro, para dicho subadquirente, es exacto e íntegro cualquiera que sea la realidad jurídica extrarregistral ...*

De otra parte, el TS también ha reiterado la irrelevancia de lo establecido en el art. 34 respecto del acto adquisitivo del tercero (y consiguiente inscripción de él derivada) en caso de que sea declarado ineficaz.

36.4.2. Circunstancias excluidas de la fé pública registral.

La protección registral del tercero hipotecario se circunscribe a las relaciones jurídico-inmobiliarias que sean susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad, a la titularidad, existencia, contenido y extensión de los derechos reales inscritos (o no inscritos : Art. 32 LH, se incentiva o estimula también a través de semejante, la inscripción, pese a no ser obligatoria ni constitutiva, como regla general). Por consiguiente, la protección del tercero hipotecario NO comprende las siguientes circunstancias :

- a) Los datos de hecho o circunstancias materiales relativas a los derechos inscritos (extensión o cabida y linderos de la finca, existencia de construcciones, etc) por no estar sometidos a la función calificadora del Registrador (Arts. 18 LH y 98 y sigs RH).
- b) Los datos relativos al estado civil y a la capacidad dispositiva de las partes y la existencia o inexistencia de vicios del consentimiento en el negocio transmisivo realitzado.
- c) Las prohibiciones legales de disponer, que despliegan su eficacia pese a no estar inscritas (Art. 26.1 LH).

36.4.3. La ineficacia de la adquisición del transmitente.

El art. 34 LH garantiza la adquisición (y la consiguiente inscripción de su derecho) del tercero hipotecario aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. Por tanto, si la ineficacia de la adquisición inscrita del transmitente se origina por "causas que consten en el mismo Registro", la conclusión es obvia : El tercero hipotecario no verá consolidada su adquisición, sino que ésta será también impugnabile a consecuencia de la ineficacia de la adquisición del transmitente (o de su transmitente). La resolución del derecho y la cancelación de la inscripción del transmitente hace ineficaz la inscripción realizada en favor del tercero hipotecario.

El art. 37 LH está íntegramente dedicado a desarrollar el inciso del art. 34.

La regla general del art. 37 radica en ratificar el contenido normativo fundamental del art. 34 ... *Las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley* : La resolución o la ineficacia del derecho transmitido por el "titular anterior" al tercero hipotecario no afecta a la adquisición de éste, pero tampoco a otros terceros que sin merecer la reiterada condición de terceros hipotecarios (Vg : por haber adquirido a título gratuito), sean los actuales titulares registrales del bien o derecho real en cuestión.

El 2º párrafo del art. 37 exceptúa de la regla general una serie de supuestos de cierta importancia práctica que, verdaderamente no destruyen el significado propio del art. 34, pero sí delimitan con mayor claridad la materia considerada en relación con el verdadero alcance de la fé pública registral : Cualquier tercero, incluido el tercer adquirente protegido por el art. 34 LH, pero no sólo éste, puede ver afectada su adquisición en los supuestos que el art. 37 considera excepcionales :

A/ Acciones rescisorias y resolutorias :

Afectan a la adquisición por el tercero (hipotecario o nó) **las acciones rescisorias y resolutorias** que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro.

El fundamento de la impugnabilidad de la adquisición del tercero no rompe en este caso la regla general establecida en el art. 34.1 LH respecto del tercer adquirente especialmente protegido, pues ya en dicha norma se vé el efecto de que, en virtud de la exactitud e integridad del Registro, cualquier causa de anulación o resolución, obrante en él, puede determinar la impugnación de la adquisición (e inscripción consi-guiente) realizada por el tercero hipotecario.

Así, lo fundamental es que la causa de la eventual ineficacia sobrevenida haya ingresado, en su momento, en el Registro, con independencia de la calificación técnica que merezca dicha ineficacia.

B/ La revocación de donaciones :

El resultado del ejercicio de las acciones de revocación de donaciones destruye igualmente la adquisición del tercero, pero sólo en el caso de no cumplir el donatario las condiciones inscritas en el Registro.

El entendimiento literal del precepto excluye que pueda otorgarse eficacia revocatoria a cualesquiera causas de revocación de donaciones contempladas en el Cc (superveniencia de hijos, ingratitud del donatario ...) sino sólo y exclusivamente a la originada por el **incumplimiento de cargas** cuando, además, dichas cargas o condiciones hayan accedido al Registro.

Dicho planteamiento coincide con el desarrollo normativo de la revocación de las donaciones en el Cc. Éste parte de la consideración básica de que, tanto en caso de ingratitud como de superveniencia de hijos, vuelvan al patrimonio del donante bien los bienes transmitidos, bien su valor. Art. 645.1 Cc ... *Se restituirán al donante los bienes donados, o su valor, si el donatario los hubiese vendido* ... Más explícito aún es el art. 649 : ... *Revocada la donación por causa de ingratitud, quedarán, sin embargo, subsistentes las enajenaciones e hipotecas anteriores a la anotación de la demanda de revocación en el Registro de la Propiedad. Las posteriores serán nulas* ... En cambio, respecto de la revocación por incumplimiento de cargas, el art. 647.2 Cc dispone ... *En este caso, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiera hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida en cuanto a terceros, por la LH* ... : En caso de constar registralmente las cargas la LH no establece limitación alguna respecto de terceros.

C/ El ejercicio de los retractos legales :

Con independencia del significado preciso que se otorgue al ejercicio del retracto, la LH considera que perjudican a tercero ... *las acciones a través de las que se ejercite un derecho de retracto legal en los casos y términos que las leyes establezcan* ... Así, la ineficacia de la adquisición del tercero puede devenir, en este caso, a consecuencia del ejercicio de cualquier retracto, siempre que sea de origen legal.

El art. 37.3 LH exceptúa las consecuencias del ejercicio del retracto legal (con alcance *erga omnes*, pese a no estar inscrito) de la regla general, por considerar que su establecimiento legal es superior a la propia inscripción registral de cualquier derecho, en términos generales : La Ley tiene una publicidad mayor que las inscripciones registrales.

D/ La rescisión por fraude de acreedores :

El art. 37 LH exceptúa también de la regla general a las acciones rescisorias que encuentren causa en

el fraude de acreedores (excluyendo la rescisión por lesión o por otros motivos : Art. 1291.5 Cc). El tenor del art. 37.4 es el siguiente ...*Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, las cuales perjudicarán a tercero :*

a) Cuando hubiese adquirido por título gratuito,

b) Cuando habiendo adquirido por título oneroso, hubiese sido cómplice en el fraude.

El simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio no implicará, por sí sólo, complicidad en el fraude ...

En ambos casos, no perjudicará a tercero la acción rescisoria que no se hubiere entablado dentro del plazo de 4 años, contados desde el día de la enajenación fraudu-lenta ...

Tras la publicación del Cc y el establecimiento del plazo de ejercicio de la acción rescisoria en 4 años (art. 1299 Cc) no sólo hace superfluo este 4º párrafo, sino que además, probablemente hubiera debido ser suprimido en la reforma de 1944-46, pues es muy dudoso que transcurrido el plazo cuatrienal quepa ejercicio alguno de la acción rescisoria.

37

Las anotaciones preventivas y los restantes asientos registrales

37.1. CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LAS ANOTACIONES

PREVENTIVAS.

Asientos registrales que no tienen carácter estable o definitivo, sino que pretenden sólo asegurar, previéndolo, el resultado por ahora incierto de un derecho que, en su caso, puede llegar a afectar a algún bien o derecho inscrito.

Ante dicha eventualidad, la LH permite que quien demanda la propiedad de bienes inmuebles pueda solicitar del Registrador una anotación preventiva que le otorgue un cierto rango registral para el caso de que la sentencia le resulte favorable.

Las anotaciones preventivas tienen **carácter transitorio** (frente a la inscripción que, tendencialmente es estable), teniendo por misión fundamental advertir a eventuales terceros adquirentes que hay una situación jurídico-real en liza. Si el anotante consolida o ejercita su derecho (la sentencia le es favorable, practica el embargo, consigue se que se declare la incapacidad del titular registral, etc) éste tendrá preferencia (por lo general, de cobro) frente a los derechos que hayan ingresado en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la práctica de la anotación preventiva.

Nuestra legislación hipotecaria regula diversos supuestos de anotaciones preventivas. Además, su función y régimen normativo son notoriamente diversos, por lo que resulta prácticamente imposible ofrecer una panorámica general de las anotaciones preventivas sin tener que proceder a continuas matizaciones. Por consiguiente, constituye un lugar común poner de manifiesto la dificultad de ofrecer una definición o concepto de la idea de **anotación preventiva**.

Dada la multiplicidad de funciones que desempeñan el conjunto de las anotaciones preventivas reguladas en la LH, cualquier definición general habrá de resultar necesariamente prolija y comprender dentro de sí referencias más o menos precisas, a la diversidad de finalidades que pueden cumplir.

Como concepto general puede darse el de Sánchez Roman : **Inscripciones provisionales, de efectos más o menos transitorios, cuyo objeto consiste ya en asegurar las resultas de un juicio, ya en garantizar la efectividad de un derecho perfecto, pero no consumado, ya en preparar una inscripción más definitiva y permanente.**

37.2. ENUMERACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LAS PRINCIPALES ANOTACIONES.

Para una enumeración habrá de remitirse al art. 42 LH, el cual enuncia en los 10 párrafos que comprende, las anotaciones preventivas de mayor relevancia, si bien deben tenerse en cuenta las anotaciones que correspondan a quien, en cualquier otro caso tuviere derecho a exigir anotación preventiva, conforme a lo dispuesto en ésta o en otra Ley.

El legislador hipotecario manifiesta que la enumeración del art. 42 no es exhaustiva ni taxativa. Al mismo tiempo, se deduce que las anotaciones preventivas son una creación del legislador por lo que sólo existen aquellas que hayan sido creadas por disposición legal : La autonomía privada o la función propia del Registrador son irrelevantes a efectos de la existencia o no de la posibilidad de solicitar anotaciones preventivas, porque constituyen un *numerus clausus* tasado legalmente.

36.3. LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS REPRESENTATIVAS DE OTRO

ASIENTO.

Todas aquellas anotaciones preventivas que ingresan en el Registro a consecuencia de la imposibilidad de llevarse a cabo el asiento verdaderamente pretendido por el interesado, el cual, al su vez, puede ser una anotación preventiva, una inscripción propiamente dicha o la cancelación de cualquier asiento sobrante ya en el Registro. A ellas se refiere el n 9 del art. 42 LH, conforme al cual puede solicitar la anotación preventiva ... *El que presentare en el Registro algún título cuya inscripción no pueda hacerse por falta de algún requisito subsanable o por imposibilidad del Registrador ...* La imposibilidad del Registrador puede deberse a muy diversas circunstancias :

-- Art. 161 RH, a la falta de índices en un Registro,

-- Art. 422 RH, supuesto de la presentación simultánea de títulos contradictorios presentados al mismo tiempo y relativos a una misma finca.

-- Art. 481 RH, eventualidad de que el Registrador, conforme al art. 273, eleve consulta a la Dirección Gral de los Registros y del Notariado, en relación con alguna duda que transitoriamente le impida practicar cualquier asiento.

Cualquier defecto subsanable en la presentación de un título ante el Registro determina la facultad del interesado de solicitar la correspondiente anotación preventiva.

Las anotaciones preventivas, consideradas en sí mismas, tienen el juego propio del asiento de presentación, del cual no son más que prolongaciones, pero en el fondo vienen a significar, según los casos, verdaderas anotaciones, cancelaciones o no-tas marginales, si bien, siempre con el carácter de transitorias o provisionales : Son el mero resultado de la frustración del intento de practicar una determinada inscripción, anotación, nota o cancelación, dejando el tema en suspenso durante el período correspondiente de vigencia de la anotación preventiva.

En el supuesto de que la inscripción pretendida se consiga en dicho plazo, sus efectos se retrotraerán al momento de toma de razón (la similitud con el asiento de presentación es evidente) al tiempo que, mientras tanto, habrán determinado el cierre del Registro de cualquier título contradictorio con el

anotado preventivamente.

36.4. LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS RELATIVAS A LOS DERECHOS EN

LITIGIO : LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA.

El art. 42.1 LH concede facultad para solicitar anotación preventiva a ... *Quien demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real ...* A través de la toma de razón de la existencia de un litigio que incide sobre la titularidad inscrita, se pretende que el titular registral no pueda actuar frente a terceros como si no existiera debate alguno sobre dicha titularidad, sino que se otorga publicidad registral a la situación litigiosa.

Ambito de aplicación de la anotación preventiva de demanda :

Es, naturalmente, el ejercicio de las acciones reales y, en particular, de la acción **reivindicatoria**. Si el reivindicante que ha anotado vence al titular registral, cualquier enajenación realizada por éste con posterioridad a la anotación preventiva, caerá por su propio peso.

La finalidad de la anotación preventiva de demanda radica precisamente en evitar que cualquiera que se convierta en adquirente durante el período litigioso logre reunir los requisitos del **tercero hipotecario**. Pero, los propios términos literales del precepto impiden una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de la anotación preventiva de demanda, cuya importancia práctica, está fuera de duda.

Según la doctrina de la Dirección Gral de los Registros y del Notariado en relación con el entendimiento del art. 42.1 LH, pueden anotarse no sólo las demandas en que se ejercita una acción real, sino también aquellas otras mediante las que se persigue la efectividad de un derecho personal cuyo desenvolvimiento lleve aparejada una mutación jurídico-real inmobiliaria. Semejante interpretación da lugar a la anotación preventiva de demanda, aunque también se admiten otras demandas como base suficiente para la solicitud de la anotación preventiva considerada :

- La demanda de elevación a público de un documento privado.
- El ejercicio de la acción pauliana.
- El ejercicio de un derecho de retracto legal de colindantes.
- La reclamación de un derecho de retorno arrendaticio.

Práctica de la anotación :

Pese a los términos literales del encabezamiento del art. 42 LH, al demandante no le basta con acreditar serlo y pedir por sí mismo la anotación preventiva. Conforme al art. 43.1 ... *No podrá hacerse la anotación preventiva sino cuando se ordene por providencia judicial, dictada a instancia de parte legítima y en virtud de documento bastante al prudente arbitrio del juzgador ...* La valoración de la procedencia o improcedencia de la anotación preventiva, es responsabilidad del Juez que conozca del proceso correspondiente. El Juez decidirá en base al **principio de prueba** aportado documentalmente por el demandante y, en su caso, ordenará la Registrador extender la anotación mediante mandamiento judicial. El art. 139 RH exige cautelarmente que el demandante, al pedir la anotación preventiva, acredite la seriedad de su reclamación ofreciendo indemnizar los perjuicios que de ella puedan seguirse al demandado en caso de ser absuelto, a cuyo efecto el Juez

podrá exigir la caución que estime adecuada.

Plazo de vigencia de la anotación preventiva de demanda :

Conforme a la regla gral establecida en el art. 86 LH, el período de vigencia de la anotación preventiva de demanda es de 4 años, prorrogable a 4 años más, siempre que la prórroga sea anotada antes de que caduque el asiento. Sin embargo, incluso transcurridos los referidos 8 años, la caducidad de la anotación preventiva de demanda no se produce de forma automática por impedirlo lo establecido en el art. 199.2 RH ... *Las anotaciones preventivas autorizadas por la Autoridad judicial no se cancelarán por caducidad, después de vencida la prórroga establecida en el art. 86 de la Ley, hasta que haya recaído resolución definitiva firme en el procedimiento en que la anotación preventiva y su prórroga hubieren sido decretadas ...*

Los efectos de la anotación preventiva de demanda :

Durante la fase de pendencia del correspondiente proceso judicial, la anotación preventiva de demanda destruye la posible eficacia de la fé pública registral respecto de terceros adquirentes posteriores al asiento de la anotación preventiva, sin, obviamente, limitar la capacidad transmisiva del titular registral.

Una vez dictada la sentencia firme, sus efectos sobre la anotación preventiva de demanda son, radicalmente distintos según el sentido del fallo :

A/ Desestimación de la demanda :

Desde el punto de vista hipotecario, la desestimación de la demanda implica la pérdida de fundamento y consiguiente cancelación de la anotación preventiva y los derechos inscritos con posterioridad a su toma de razón dejan de estar amenazados por los pretendidos derechos del demandante.

La cancelación de la anotación preventiva, cuando por sentencia firme fuere absuelto el demandado, la establece el art. 206.1 Rh, aunque por exigencia de lo dispuesto con carácter general en el art. 85 LH ... *Si se hubiere hecho la anotación sin escritura pública y se tratase de cancelarla sin convertirla en inscripción definitiva, podrá hacerse también la cancelación mediante documentos de la misma especie que los presentados para hacer la anotación ...* Para **cancelar** la anotación preventiva se requiere de nuevo la providencia y el mandamiento judiciales.

B/ Estimación de la demanda :

Los efectos de la sentencia estimatoria serán los que determine ésta. Por ello, el art. 198 Rh afirma que ... *Se practicarán las inscripciones o cancelaciones que se ordenen ...* en la sentencia firme, dando por hecho que los asientos anteriores a la anotación preventiva no pueden resultar afectados, atendiendo a la prioridad registral. El mencionado precepto regula con detalle los asientos a realizar :

1º La propia cancelación de la anotación preventiva de demanda, por haber generado los correspondientes asientos definitivos. Art. 198.3 ... *Al margen de la anotación, se podrá la oportuna nota de referencia ...*

2º La cancelación de los asientos posteriores a la anotación preventiva de demanda, extendidos en virtud de títulos de fecha posterior a la de la anotación salvo que se deriven de asientos que gocen de prelación sobre el de la misma anotación (art. 198.2).

3º Los asientos posteriores, pero practicados en virtud de títulos de fecha anterior a la anotación de la

demanda, requieren el correspondiente pronunciamiento judicial.

36.5. LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS EN FUNCIÓN DE GARANTÍA.

Bajo tal concepción se agrupan las anotaciones preventivas de embargo, de créditos refaccionarios, de derechos de ciertos cesionarios y de algunos legados.

El criterio rector es que en ciertos casos, las anotaciones preventivas tienen, única y exclusivamente la finalidad de asegurar la efectividad de derechos de crédito, por lo que no son aptos para generar inscripciones propiamente dichas en el Registro.

La anotación preventiva de embargo :

La anotación preventiva de embargo es objeto de contemplación por distintas leyes y es regulada con detalle por las disposiciones hipotecarias. A ella se refieren los números 2º y 3º del art. 42 LH, que disponen respectivamente que tienen derecho a pedirla :

-- El que obtuviere a su favor mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en bienes inmuebles del deudor.

-- El que en cualquier juicio obtuviese sentencia ejecutoria condenando al demandado, la cual deba llevarse a efecto por los trámites establecidos en la LEC.

El art. 140 RH dispone ... *Se hará anotación preventiva de todo embargo que se decrete en juicio civil o criminal, aunque el embargo sea preventivo, o en procedimiento administrativo de apremio ...*

El embargo, en efecto, y su consiguiente anotación preventiva puede ser establecida a través del oportuno mandamiento judicial (por lo que el acreedor no puede obtenerla por sí en cuanto interesado), a consecuencia de haber decretado el embargo tanto la autoridad judicial propiamente dicha, en proceso civil o criminal, o en procedimientos laborales, como la autoridad administrativa, e incluso, en algunos supuestos, la autoridad militar.

A efectos del plazo de vigencia de la anotación preventiva de embargo, se hace remisión a los mismos de la anotación preventiva de demanda.

En cuanto a los efectos que genera respecto de actos relativos a los bienes embargados que hayan tenido acceso al Registro con posterioridad a la fecha de la anotación preventiva :

A/ Título e inscripción posterior a la anotación preventiva de embargo :

La anotación preventiva de embargo, en absoluto priva al deudor embargado de las facultades dispositivas que, en cuanto dueño y titular registral del bien trabado, corresponden al deudor : Art. 71 LH ... *Los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados ... pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación ...*

El anotante de embargo no es afectado por inscripciones posteriores, pues la regla general se encuentra confirmada por muchas otras disposiciones legales tanto de la propia LH (art. 38) como de la LEC en materia de ejecución.

B/ Inscripciones posteriores a la anotación preventiva de embargo basadas en títulos

anteriores :

Art. 44 LH ... *El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números 2º, 3º y 4º del art. 42, tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el art. 1923 Cc ...* Concretamente en el nº 4, que otorga la condición de preferencia especial inmobiliaria a ... *Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad ... sobre los bienes anotados, ... y sólo en cuanto a créditos posteriores ... Ergo, los créditos anteriores a la anotación preventiva, pueden considerarse preferentes al embargo anotado, aunque su fecha de acceso al Registro sea posterior a la propia de la anotación preventiva.*

Sin embargo, en fechas muy recientes, el signo legislativo parece haber cambiado :

De una parte, el vigente art. 1518 LEC establece ... *A instancia del comprador [en la subasta] se cancelarán la anotación o inscripción del gravamen que haya dado lugar a la ejecución del bien adjudicado así como de los posteriores a que estuviere afecta la finca, expidiéndose para ello mandamiento al Registrador de la Propiedad, en el que se expresará que el importe de la venta no fue suficiente para cubrir el crédito del ejecutante, o que tal importe se destinó íntegramente a cubrir el crédito del ejecutante o que se ha depositado el sobrante a disposición de los interesados ...* De otra, en concordancia con el art. transcrito, el Real Decreto 1368/1992, de 13 de Noviembre, entre otras modificaciones, ha dado nueva redacción a la regla 2ª del art. 175 RH. Sus nuevos términos son muy significativos : *Cuando en virtud del procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscripciones y anotaciones posteriores a la correspondiente anotación de embargo aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores y siempre que no estén basadas en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación del embargo y no afectados por ésta ...* El párrafo 2º : *La cancelación se practicará a instancia del que resulte ser dueño de la finca o derecho, con sólo presentar mandamiento ordenando la cancelación, expedido de acuerdo con lo previsto en el art. 1518 LEC.*

Con tales pautas normativas, la conclusión antes expuesta resulta dudosa, pues aunque el RH es una norma reglamentaria, a la Ley 10/1992 no se le pueden realizar imputaciones de jerarquía normativa. Además, la argumentación relativa al art. 1923.4º Cc que constituye uno de los puntos básicos de la conclusión, no deja de encontrar un profundo escollo en el propio art. 1927.2º del mismo Cc, pues la prelación interna entre los títulos con acceso al Registro (créditos hipotecarios y refaccionarios anotados o inscritos y los embargos o secuestros anotados) se determina por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad.

La anotación preventiva de los créditos refaccionarios :

Se denomina técnicamente créditos refaccionarios a los nacidos a consecuencia de préstamos de dinero concedidos para la realización de una obra (o refacción), con independencia del tipo concreto de obra realizado : Construcción propiamente dicha *ex novo*, reparación, obras de conservación, etc. En la actualidad se consideran también créditos refaccionarios doctrinal y jurisprudencialmente los correspondientes a deudas generadas por los materiales empleados en la obra u otros conceptos, no sólo los préstamos.

Según sentencia TS ... El crédito refaccionario no nace necesariamente de un préstamo, en el sentido técnico-jurídico que ha de darse a este contrato, sino también de aquellos otros que hayan contribuido de modo directo al resultado de una construcción, reparación conservación o mejora de un inmueble, y la palabra **anticipar** que usa el art. 59 LH para anotar las cantidades entregadas de una vez o de modo sucesivo, ha de entenderse de modo amplio y comprensivo del adelanto que el contratista ha de hacer para ejecutar la obra, siendo la palabra **cantidad** una referencia a la valoración y determinabilidad a que alude el art. 1273 Cc, máxime cuando el art. 60 de la propia Ley habla de de

dinero o efectos en que consistan los mismos créditos, a lo que ha de añadirse que no es a la LH a la que corresponde definir el concepto, sino al Cc, perteneciendo a aquélla solamente la publicidad en materia inmobiliaria.

Conforme al Derecho histórico, los créditos refaccionarios son créditos prefe- rentes especiales respecto del inmueble objeto de la obra y la LH, siguiendo tal esque- ma, otorga al acreedor refaccionario, mientras duren las obras objeto de la refacción, derecho a solicitar la anotación preventiva de sus créditos (art. 42.8). De ahí que, a efectos de preferencia, el Cc contemple tanto los créditos refaccionarios anotados en el Registro (art. 1923.3) cuanto aquellos no anotados ni escritos (art. 1923.5).

En la LH la anotación preventiva de los créditos refaccionarios es provisiona- lísima, pues caduca a los 60 días de concluida la obra objeto de la refacción (art. 92). Sin embargo, dicha especial provisionalidad no viene determinada por su intrascen- dencia, sino precisamente por la circunstancia de que, en realidad, las anotaciones preventivas del crédito refaccionario se encuentran contempladas como una hipoteca *in itinere* en cuanto el art. 93 establece que ... *el acreedor refaccionario podrá pedir la conversión de su anotación preventiva en inscripción de hipoteca, si al expirar el término contemplado en el art. anterior (60 días) no estuviese aún pagado por com- pleto de su crédito, por no haber vencido el plazo estipulado en el contrato. Si el plazo estuviere vencido, podrá el acreedor, o prorrogarlo mediante dicha conversión, o exigir el pago desde luego, para lo cual surtirá la anotación todos los efectos de la hipoteca.*

Esta asimilación entre anotación preventiva e hipoteca (establecida también en el art. 59.2 LH) constituye un supuesto particularísimo en nuestra legislación hipote- caria que, de alguna forma, explica el complejo proceso que ha de seguirse para la consecución de la anotación preventiva en los supuestos en que la finca objeto de la refacción esté gravada con cualesquiera derechos reales y cargas en favor de terceros (art. 61 LH y 156 y sigs RH) y la circunstancia de que, en todo caso haya de hacerse constar en el Registro el valor que tenía la finca antes de ser objeto de la refacción (art. 63 LH).

Por el contrario, en caso de que el inmueble se encuentre absolutamente libre de cargas e inscrito a favor del comitente de la obra, la anotación preventiva de crédi- tos refaccionarios no ofrece dificultades (art. 155 RH) y otorga al anotante una pecu- liar y reforzada posición como acreedor, cuyo desconocimiento práctico es llamativo hasta extremos insospechados, derivados de que muchos consideran que la cuestión de los créditos refaccionarios pertenece al Derecho histórico, en vez de al vigente.

La anotación preventiva de derechos de ciertos cesionarios :

El art. 45 LH establece una anotación preventiva en favor de aquellos acree- dores a quienes se hayan adjudicado bienes inmuebles para pago de deudas a cargo de una herencia. concurso o quiebra (el precepto utiliza literalmente la expresión de universalidad de bienes). Para ello exige en su párrafo 2º que los respectivos créditos consten en escritura pública o por sentencia firme y que sus titulares soliciten la anotación preventiva dentro de los 180 días siguientes a la adjudicación.

La anotación preventiva de los legatarios de género o cantidad :

Se encuentra regulada en el art. 48 LH, disponiendo que ... *El legatario de géne- ro o cantidad podrá pedir la anotación preventiva de su valor, dentro de los 180 días siguientes a la muerte del testador, sobre cualesquiera bienes inmuebles de la heren- cia, bastantes para cubrirlo, siempre que no hubieren sido legados especialmente a otros ... No será obstáculo para la anotación preventiva que otro legatario de género o cantidad haya obtenido otra anotación a su favor sobre los mismos bienes*

...

La materia ha de ser remitida al estudio del Derecho de sucesiones.

36.6. LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS DE VALOR NEGATIVO.

Bajo tal denominación se agrupan una serie de anotaciones preventivas que tienen como característica general otorgar publicidad a situaciones caracterizadas por disminuir las facultades dispositivas que, en general, cabría atribuir a los titulares registrales. En consecuencia, no tienen por qué atribuir, declarar o constituir derecho alguno, sino sencillamente advertir a terceros que, por razones subjetivas u objetivas, la facultad de disposición del titular se encuentra mermada o disminuida.

Anotaciones preventivas de demanda sobre la capacidad de las personas :

Pese a su carácter estrictamente jurídico-real, también pueden inscribirse en el Registro, por obvias razones de interés en el tráfico, las **resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas** en cuanto a la libre disposición de sus bienes (art. 2.4º). En concordancia con ello, el art. 42.5º LH establece que quien demandare con el objeto de obtener alguna de tales resoluciones puede proceder a anotar previamente dicha demanda ante la posibilidad de que el eventualmente declarado incapacitado, pródigo, ausente etc, pudiera llevar a cabo algún tipo de enajenación.

El art. 142 RH hace extensiva dicha anotación preventiva a los casos de suspensión de pagos, concurso o quiebra, previos los trámites establecidos en las leyes. Lo que se anota preventivamente en estos casos, no es la demanda, sino la resolución judicial sobre el particular (art. 166. 4º RH). En tales supuestos, la anotación preventiva provoca el cierre del Registro, en cuanto la resolución judicial determina ya la falta de capacidad dispositiva del concursado o quebrado. En cambio, respecto de las personas propiamente dichas cuya capacidad civil se encuentre en discusión, la anotación sólo advierte a terceros de la situación litigiosa en que se encuentran las facultades dispositivas de los sujetos demandados, cuyas facultades dispositivas seguirán indemnes hasta que, según lo dispuesto en el art. 2.4º LH, exista resolución judicial inscrita al respecto.

Anotaciones preventivas de secuestro y de ciertas prohibiciones de disponer :

Art. 26 LH ... *Las prohibiciones legales no necesitan inscripción registral para surtir efectos incluso frente a terceros, mientras que las convencionales serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez* ... Las denominadas prohibiciones judiciales y administrativas de disponer, por su parte, pueden ser objeto de anotación preventiva.

A las últimas prohibiciones de disponer, así como al **secuestro** administrativa o judicialmente decretado se refiere el art. 42.4, al afirmar que puede pedir la anotación preventiva ... *El que, demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquier obligación, obtuviera, con arreglo a las leyes, providencia ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles* ...

Conforme a lo establecido en el art. 44, ambos tipos de anotaciones preventivas otorgan al anotante la misma preferencia que en el caso de embargo establecida en el art. 1923.4 Cc.

Sin embargo, el art. 145 Rh (no modificado en la reforma de 1992) establece expresamente que las anotaciones preventivas ahora consideradas ... *impedirán la inscripción o anotación de los actos dispositivos que respecto de la finca o del derecho sobre los que haya recaído la anotación hubiere realizado posteriormente a ésta, su titular, pero no serán obstáculo para que se practiquen*

inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación ...

36.7. LOS RESTANTES ASIENTOS REGISTRALES.

Los folios de los Libros del Registro, verticalmente considerados, se encuentran divididos en 3 columnas de diversa anchura e importancia : La más ancha, a la derecha, sirve para tomar razón de los asientos principales (inscripciones y anotaciones preventivas). Algo a la izquierda del centro, existe una estrecha columna cuyo único objetivo es insertar en ella el nº de las inscripciones (o anotaciones). Finalmente, a la izquierda, existe un espacio reservado para las **notas marginales**.

Dada la multiplicidad de funciones que desempeñan en nuestro sistema hipotecario, resulta imposible ofrecer una definición aproximada. Son notas marginales por constar en el margen y porque a lo largo y ancho de la legislación hipotecaria, se ha establecido que sean así.

Conviene advertir que el Registro sólo podrá hacer constar en el folio real, las notas marginales legal o reglamentariamente establecidas : Constituyen un *numerus clausus* que depende únicamente de la decisión legislativa al respecto y en absoluto de los propios criterios organizadores o de la valoración de la trascendencia del asiento que pudiera tener el Registro

Sólo podrán constar en el Registro como notas marginales las que así sean consideradas por la legislación, pues desempeñan papeles claramente diferenciados que la doctrina más autorizada suele clasificar atendiendo a la función que representan : Notas marginales representativas de asientos principales, notas marginales que publican modificaciones y notas marginales de oficina.

A/ Notas marginales representativas de asientos principales :

Tienen como contenido actos o títulos que por sí mismos serían aptos para generar una inscripción o anotación preventiva, pero respecto de los cuales la Ley autoriza su constancia registral a través de una simple anotación marginal.

Ocurre así, en los siguientes supuestos :

- Cuando marginalmente se anota un débito o una afección fiscal (art. 170 RH).
- Cuando un título cuya finalidad consiste en generar una nota marginal, no pudiera

efectuarse ésta por algún defecto subsanable de aquél (art. 163 RH).

En tales casos, cuando legalmente se admite o se impone la práctica de la nota marginal, ésta desempeña los mismos efectos que el asiento principal al que sustituye o representa por expresa disposición legislativa.

B/ Notas marginales que publican modificaciones :

Acogen la existencia de un hecho, circunstancia o acto que completa o modifica la

situación registral de una finca o de un derecho sobre ella recayente o da cuenta de cualquier otra incidencia que pueda influir en la posición jurídica de los titulares inscritos o de sus causahabientes.

Entre ellas :

- El cambio de domicilio del deudor hipotecario (art. 130.5 LH).
- Expedición de las certificaciones de cargas exigidas en relación con los procedimientos de ejecución (art. 131.4 LH).
- Aceptación de la hipoteca unilateral : Art. 141.1 LH ... *Se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de constitución de la hipoteca ...*

C/ Notas marginales de oficina :

Son meras indicaciones de referencia, asentadas en el Registro con la finalidad de poner en conexión unos asientos con otros y, en particular, unos folios con otros (que les siguen o de los que traen causa), de forma tal que tanto la llevanza de los libros (que corresponde al Registro), como su consulta (consiguiente a la publicidad formal) resulte factible.

Carecen de valor o efecto alguno, salvo el propiamente organizativo, aunque la organización y la existencia de más o menos notas de referencia no dependen del criterio personal del Registrador, sino de las normas imperativas al respecto.

En caso de agrupación o segregación de fincas, deben existir notas marginales que indiquen el libro y folio de la finca resultante o de la finca matriz. En éstas así-mismo debe asentarse la nota de referencia relativa a las fincas objeto de agrupación o segregación.

Menciones registrales :

El art. 29 LH establece taxativamente que ... *La fé pública registral no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial.*

La LH de 1944 se pronunció abiertamente en contra de las menciones registrales por la profunda inseguridad que podían generar y su disposición transitoria 1ª se afana de forma particular en procurar su desaparición definitiva.