BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

Universidad de Valladolid

La obligación real

Germán de Castro Vítores

Tesis de Doctorado

Facultad de Derecho

Director: Dr. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos

1998

LA OBLIGACIÓN REAL

Tesis de Doctorado

presentada por

Germán de Castro Vítores

Dirigida por el Doctor

D. José Luis de los Mozos y de los Mozos

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

1998

BIBLIOTECA VIRTUAL
MIGUEL DE CERVANTES

Tout savant qui a une question à étudier est porté à en abuser, c'est-à-dire à en accuser le particularisme. C'est la pernicieuse tentation du spécifique et de l'autonomie: comme si la recherche était moins belle, lorsqu'elle ramène à une hypothèse connue!

Christian ATIAS, *Les biens*, 1980.

Indice

LA CONEXIÓN DE LA PRETENSIÓN OBLIGACIONAL Y EL DERECHO REAL: CUESTIONES INTRODUCTORIAS **15**

PARTE I **17**

Observación preliminar 17

Derecho real. Atribución 20

La prestación como objeto de la obligación 23

Paradoja: relación obligatoria en el derecho real 26

Oponibilidad y protección del derecho real. Situaciones de obligación 28

Examen de la cuestión a través del concepto de pretensión 32

Derecho real *in faciendo*, carga real 38

La propuesta de Rigaud para el ensanchamiento del ámbito de los derechos reales 40

Significado del derecho real *in faciendo* 48

PARTE II **51**

Derecho real *in faciendo* en las concesiones inmobiliarias y el universo de las cargas reales 51

Elementos del panorama en que se desenvuelve el derecho real *in faciendo* y la carga real 54

Las concesiones a largo plazo en Roma 54

Munera publica 57

Relaciones en la Villa romana. El colonato 58

Las transformaciones medievales 59

La carga real en la sistematización del *ius commune* 73

Carga y carga real. Diversos sentidos y significados 75

Las cargas reales en los ordenamientos del area germánica 80

Carga real y derechos de censo 88

Enfiteusis 88

Derecho real de censo 92

Conclusiones acerca de la diferencia entre cargas reales, en la esfera del derecho real *in faciendo*, y la obligación real 104

Situación de la carga en el panorama de los derechos reales 104

Los itinerarios de la obligación en la carga real 107
Las palabras 110
PARTE III **113**
Las diversas relaciones entre una obligación y una cosa 113
Los precedentes en derecho romano 115
Las tipologías en la doctrina moderna 122
Planteamiento metodológico: obligación *propter rem*, obligación real 129
Problema histórico dogmático: un difícil momento para la obligacion real. 135
Panorámica general 135
Equilibrios y desequilibrios en el sistema de la propiedad y los derechos de atribución 144
La consideración de la obligación real como anomalía y excepcionalidad. Elementos que la acentúan 148
PANORAMA DOCTRINAL. LA DOCTRINA FRANCESA DE LA OBLIGACIÓN REAL **159**
Consideraciones previas. Referencia a Savigny 161
La obligación real en los exégetas del *Code civil* 165
Zachariae, Aubry y Rau 165
Toullier. Un comentario crítico por López de Zavalía 170
La doctrina de los exégetas a partir del derecho de las servidumbres 176
La doctrina de Michon 188
Rigaud, la obligación real y el derecho real *in faciendo* 200
La recuperación del concepto por Bonnecase, y su tratamiento por De Juglart 204
La doctrina de Ginossar 211
La teoría general de Aberkane 215
La revisión personalista de la noción de servidumbre y la obligación real 229
Algunos aspectos especialmente aprovechables de la doctrina francesa, a lo largo de su evolución 244
En especial, en la doctrina moderna. Goubeaux 246
La transmisión de los derechos y relaciones contractuales como accesorios 247
La accesoriedad, en la relación entre servidumbre y obligación real 252
Del caso concreto al planteamiento general 258
Tendencias recientes 260
Contrato y obligación real 260
El reconocimiento de su presencia en las modernas relaciones de concurrencia 262

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

LA DOCTRINA SUIZA **271**

Introducción 273

La noción de obligación real. Su sentido como categoría en el sistema y su «descubrimiento moderno» 275

Precedentes 278

El sistema de los derechos reales en Huber y sus referencias a la obligación real 278

Guhl, y el derecho personal reforzado 286

El concepto en Liver, y sus aplicaciones en la interpretación de la ley 290

El retracto anotado en el registro 294

El arrendamiento anotado 305

El arrendamiento y los efectos de la anotación. Anotación registral y oponibilidad del derecho personal. 310

Las servidumbres forzosas 315

La hipoteca legal en favor del constructor 319

El descubrimiento de la obligación real y su juego en la interpretación de la ley. Conclusión 331

La obligación real, instrumento para el legislador 332

Obligaciones reales en el derecho de superficie 333

En la copropiedad 337

Aproximación a un campo propio de la obligación real 343

La obligación real, obligación vinculada a un derecho real 349

Naturaleza del *rattachement réel* 350

Las consecuencias del *rattachement réel* 352

Comparación de la obligación real con los derechos reales 366

Obligación real y servidumbre 367

La carga fundiaria 369

Elementos de la teoría del derecho real en la obligación real 377

La idea de rango y la obligación real 378

El principio de *numerus clausus*. Obligaciones reales y Registro inmobiliario 387

Posibilidades de utilización y cauces de acceso al Registro 397

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

PRESUPUESTOS PARA LA NOCIÓN DE OBLIGACIÓN REAL. CONCEPTO **413**

PARTE I **415**

Observaciones acerca del concepto de relación jurídica 418

Referencia al concepto de derecho subjetivo 433

Relación y derecho en la teoría del derecho real 439

Relación personal y derecho real limitado 443

El derecho en la relación real 445

PARTE II **453**

Relación jurídica de reparto: exclusión y comunidad en el reparto 453

Punto de partida: consideración de la propiedad y la comunidad para la construcción del concepto de relación de reparto 453

Propiedad y reparto 457

Comunidad y reparto 468

Primera conclusión acerca de la obligación real en la relación jurídica de reparto 479

Consideración de diversas situaciones jurídico-reales como manifestación de la relación jurídica de reparto 480

La cotitularidad *pro diviso* 480

Las comunidades de aguas 482

La propiedad horizontal 489

Urbanizaciones privadas. Conjuntos inmobiliarios 497

Los derechos reales limitados 502

El usufructo como relación de reparto 504

Las servidumbres 511

Los censos. Enfiteusis 515

Derecho de superficie 517

Recapitulación. *Ius in re aliena*, relación de reparto 524

PARTE III **525**

Definición y peculiaridades de la figura. Criterios de ordenación 525

El concepto y su ubicación 525

El sustantivo y el adjetivo 529

La accesoriedad como realidad material 531

Acreedor y deudor 536

Accesoriedad instrumental, aspectos y planos de la cooperación en el reparto 539

Referencia a los criterios tradicionales de ordenación 546

Obligación real y servidumbre 549

Tipicidad de la obligación *propter rem*, y recurso a la servidumbre, en Italia 551

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

La opción de la obligación real 553
Referencia a la doctrina y Jurisprudencia francesa 559
Consideraciones conclusivas 564

UN RECORRIDO POR DIVERSAS RELACIONES DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS OBLIGACIONES REALES 571

Obligaciones reales en la vecindad 573
Las «obligaciones de vecindad» 573
Deslinde y amojonamiento 576
Criterios de vecindad 579
Responsabilidades, limitaciones y obligaciones concretas 581
La servidumbre forzosa 585
La pretensión, dirigida al titular actual 586
Obligaciones reales en la situación de copropiedad 588
La obligación de contribuir a los gastos de conservación 589
El nacimiento de la obligación concreta 590
Prestación concreta y comuneros sucesivos. 595
La renuncia liberatoria 599
Un supuesto peculiar de obligación real legal en la comunidad: el artículo 597 del Código civil 610
La comunidad como situación organizada 611
La ordenación por mayoría del uso y los acuerdos para la administración y mejor disfrute 612
Ordenación y reparto del uso 614
Acuerdos para la administración y mejor disfrute 616
Estabilidad de la comunidad e indivisión voluntaria. Acuerdos modificativos por unanimidad 618
Comunidad funcional 622
Obligaciones reales y su sentido 626
Obligaciones reales en la propiedad horizontal 627
Régimen jurídico legal y estatutario del conjunto inmobiliario 627
Panorama de las obligaciones reales 637
Destino y actividad en el propio piso. Limitaciones y prohibiciones 638
El sujeto obligado 640
Modificaciones físicas y jurídicas en el bien privativo, y en los elementos comunes 642
La obligación de contribuir a los gastos comunes 648
El problema en relación con el tercero acreedor. La comunidad como acreedor y deudor 659

Consideraciones conclusivas acerca de la obligación de atender a las deudas de la comunidad en la esfera de los gastos generales 668

El contenido obligacional de la relación usufructuaria 675

Posibilidades del usufructo y contenido obligacional establecido en el negocio constitutivo 681

La obligación de atender a las reparaciones ordinarias y la renuncia al usufructo 682

El contenido obligacional y la enajenación del usufructo 690

Posición del propietario 697

Obligaciones reales en las servidumbres 703

La regulación del Código civil 707

Las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre 710

El abandono liberatorio 713

Contenido obligacional y transmisión del fundo o el derecho 722

Agravación o menoscabo, y transferencia 723

En concreto, el traspaso de la obligación 728

Obligaciones reales en el derecho de superficie 731

Las obligaciones básicas presupuesto de la relación 732

Las obligaciones reales 736

La apertura de perspectivas más amplias en la «modalidad urbana común» 741

FUNCIONAMIENTO Y FUNCIÓN DE LA OBLIGACIÓN REAL: ACCESORIEDAD Y COROLARIOS DE SU VINCULACIÓN REAL 745

La ambulatoriedad de la obligación real: la transmisión 747

El problema −relativo− del nacimiento, y la doctrina del desdoblamiento de la obligación real 754

Los criterios de obligación real y la personalización de la deuda 763

La lógica propia de la obligación real como noción independiente 765

Criterios de personalización 768

Combinación de los criterios 771

Renuncia y abandono liberatorio 775

Liberación de prestaciones debidas 781

Modalidades de liberación por abandono 788

Algunas consideraciones sobre la eficacia de la obligación ambulatoria real 799

La accesoriedad de la obligación real y su lugar propio. Tipologia final 808

Variedad y variabilidad de la obligación real 820

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

La relativa libertad de creación de obligaciones reales, y la cuestión del número cerrado o abierto de los derechos reales 823

Obligación real y Registro de la Propiedad 834

CONCLUSIONES 847

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

Abreviaturas

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado.
ARAJL	Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
ADC	Anuario de Derecho Civil.
AG	Archivio Giuridico Filippo Seraffini.
AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español.
APD	Archives de Philosophie du Droit.
ATF	Recueil officiel des Arrêts du Tribunal Fédéral suisse.
BA (BALCI)	Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, Ministerio de Justicia, 1991.
BCNR	Boletín del Colegio Nacional de Registradores.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemán).
Bull	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation.
C	Codex.
Cass	Cassation.
Cass	Cassazione.
CC	Código Civil Español.
CCF	Code Civil Français.
CCI	Codice Civile Italiano.
CCS	Code Civil Suisse.
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
CIDR	Congreso Internacional de Derecho inmobiliario Registral.
Civ	Cour de Cassation, Chambre Civile.
CO	Code des Obligations (Suiza).
Comentarios EDERSA	Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. ALBALADEJO.
Commentario DE MARTINO	Commentario teorico-pratico al Codice civile, dirigido por F. DE MARTINO, Roma.
Commentario SCIALOJA-BRANCA	Commentario del Codice civile, al cuidado de V. SCIALOJA y G. BRANCA, Bologna.
D	Digesto.
D	Recueil Dalloz.
DJG	Dalloz Jurisprudence Générale.
DP	Dalloz Périodique.
FF	Feuille Fédérale (Suiza).
GP	Gazette du Palais.
Gaz. Pal	Gazette du Palais.
Gaz. Trib	Recueil de la Gazette des tribunaux.
Giur. It	Giurisprudenza Italiana.
Giur. Compl. Cass. Civ	Giurisprudenza Completa Cassazione Civile.

JCP	Juris Classeur Périodique. La Semaine Juridique.
JT	Journal des Tribunaux (Suiza).
LA	Ley de Aguas.
LF	Loi Fédérale (suiza).
LH	Ley Hipotecaria.
LPH	Ley de Propiedad Horizontal
OR	Ordonnance du Conseil fédéral sur le registre foncier (Suiza).
ORF	Ordonnance du Conseil fédéral sur le registre foncier (Suiza).
P	Partida.
Quaderni Fiorentini	Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Milano.
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RCLJ	Revue Critique de Législation et de Jurisprudence.
Rev. Crit.	Revue Critique de Législation et de Jurisprudence.
RDC	Rivista di Diritto Civile.
RDComm	Rivista del Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazioni.
RDN	Revista de Derecho Notarial.
RDI	Revue trimestrielle de Droit Immobilier.
RDP	Revista de Derecho Privado.
RDPH	Reglamento del Dominio Público Hidráulico.
RDR	Revista de Derecho Registral.
RDS	Revue de Droit Suisse.
RDU	Revista de Derecho Urbanístico.
Req	Cour de Cassation, Chambre des Requêtes.
RG	Reichsgericht (Tribunal del Reich).
RGD	Revista General del Derecho.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RH	Reglamento Hipotecario.
RHD	Revue Historique de Droit français et étranger.
RIDA	Revue Internationale des Droits de l'Antiquité. Bruxelles.
RISG	Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche.
RIFD	Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto.
RSNRF = ZBGR	Revue suisse du Notariat et du Registre foncier.
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
S	Recueil Sirey.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TF	Tribunal Fédéral (Suiza).
Trattato CICU-MESSINEO	Trattato di diritto civile e commerciale, dirigido por CICU y MESSINEO, Giuffrè, Milano.
Trattato VASSALLI	Trattato di diritto civile italiano, dirigido por F. VASSALLI, Torino.
Trattato GROSSO-SANTORO PASSARELLI	Trattato di diritto Civile, dirigido por GROSSO y SANTORO-PASSARELLI, Milano.

LA CONEXIÓN DE LA PRETENSIÓN OBLIGACIONAL Y EL DERECHO REAL: CUESTIONES INTRODUCTORIAS

PARTE I

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

Observación preliminar

Una investigación, un intento de ordenar y establecer una doctrina coherente acerca de la «obligación real» parece un empeño erizado de dificultades. A la vez, ha suscitado el interés de buen número de civilistas, porque se percibe que un estudio de esta naturaleza implica desentrañar los confines entre esas dos categorías de derechos que integran la esfera patrimonial: el derecho de crédito –y su antagonista, la obligación[1], en la relación de derecho personal– y el derecho real[2].

---

[1]La expresión designa la relación crediticia tomada en su conjunto. No existe en nuestra terminología jurídica una expresión semejante a *obbligo* que, en la italiana, designa la posición de un sujeto pasivo obligado.

[2]Ha llamado la atención de la doctrina porque, aparentemente, plantea la cuestión de una zona intermedia o de confín en que el derecho real estaría teñido de obligación y ésta alcanzaría eficacia real. Por esto ha suscitado una especulación compleja, de perfiles vastísimos. Cfr. HERNANDEZ GIL, F., "Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones *propter rem*", *RDP*, 1962, p. 850 y ss., p. 850; BUSSI habla de un *trait d'union* entre el derecho real y el de crédito, que aplica −con más acierto− a las cargas reales. Cfr. BUSSI, E., *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (Diritti reali ed obbligazioni)*, Padova, 1937, p. 120.

Siguiendo a LIVER[3], hay que reconocer que no se trata de descubrir nada nuevo sino de mostrar el encuadre y encaje de una noción que, sin corresponder quizás a una categoría técnica bien definida, ha estado siempre presente en la construcción de las situaciones de atribución. Es un aspecto de la flexibilidad de las situaciones reales, muy relacionada, como ha recordado la doctrina, con la importancia que reviste el título constitutivo de la relación jurídico-real[4].

Uno de los tratadistas que ha dedicado importantes desarrollos a la noción, el profesor DIEZ-PICAZO, consideraba que además de la teoría del *ius ad rem*, hay un segundo campo en el que se plantea la cuestión del confín o zona intermedia entre el derecho real y el de crédito: "es el relativo a los llamados derechos reales *in faciendo* y a las obligaciones *propter rem*, donde existe una tradicional polémica doctrinal, caracterizada sobre todo por su falta de claridad"[5]. "En materia de obligaciones *propter rem* –abunda LOPEZ DE ZAVALÍA– reina una verdadera anarquía en lo terminológico, en lo conceptual, en la ejemplificación, en la interpretación de los textos legales que se invocan... en todo"[6].

La confusión que se denuncia en la doctrina existe, en efecto. Acaso porque tratándose de una relación anómala, excepcional –así la catalogaba SAVIGNY[7]– carece de una elaboración doctrinal que la explique de modo coherente y uniforme. Qué duda cabe de que tiene un aspecto de excepcionalidad: si se incide en él, no podrá obtenerse fruto, no es posible obtener reglas generales de lo excepcional. Es preciso ir por otros caminos, buscando su explicación desde donde su existencia parece más lógica y la fuerza de esa lógica se impone sobre la excepcionalidad.

La doctrina, además, ha utilizado el término «obligación real» para designar diversas consecuencias que se producen en el ámbito de las relaciones de derecho real, o distintos

---

[3]LIVER, P., "*Die Realobligation. Ihre Klassificatorishe Bedeutung und praktische Verwendbarkeit*", *RSNRF*, n. 43, 1962, p. 257 y ss.

[4]DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España. Parte general*, Valladolid, 1942, p. 591, nota 2.

[5]Cfr. DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1978, reimpresión 1983, p. 51.

[6]LOPEZ DE ZAVALIA, F. J., *Derechos Reales*, I, Buenos Aires, 1989, p. 93.

[7]SAVIGNY, F. C., *Le droit des obligations*, trad. al francés por Gèrardin y Jozon, I, 2ª ed. revisada, corregida y aumentada, Paris, 1873, § 15.

tipos de relación entre una obligación y una cosa. A esto se ha unido, en la dogmática reciente, la utilización de una metodología inadecuada, como ha puesto de relieve DE LOS MOZOS[8]: a partir de la distinción entre derecho real y personal se asigna de entrada a la obligación *propter rem* un carácter intermedio, sin explicar bien muchas veces lo que tal carácter significa. Es necesario salir de aquella dicotomía, sin reparo en admitir en una relación jurídica de derecho real la existencia de la obligación que –en algunos casos– acompaña de modo estable al contenido típico real. Sin duda, una relación no puede ser a la vez real y personal, en un mismo momento y bajo un mismo aspecto. Pero al hacer esta afirmación estamos implicando el concepto de «relación jurídica», lo que ha de llevar a una clarificación de este concepto y el de derecho subjetivo, sólo así cabe mostrar qué y cuál relación es esa «obligación real».

Quizá otro factor que ha contribuido a la falta de claridad haya sido relacionar esta cuestión con las «cargas reales» y, en definitiva, con el derecho intermedio. Como señala FAIREN, en la Edad Media la inflación de lo real era tal que "todo se extraía de las cosas"[9]. El naturalismo medieval determina que el hecho tienda a perpetuarse y se confunda con el derecho, que las cosas lleven inherente «su ley»[10]: en ellas se encuentra la seguridad, en una economía de subsistencia, pero es preciso llevar sus cargas determinadas por la costumbre. La elevación de relaciones de cooperación a derecho real a través de una evolución en que intervienen diversos factores, da lugar al desarrollo de las cargas reales. La confusión con ellas viene a enmascarar y oscurecer el lugar propio de la obligación real en la teoría del derecho de bienes[11].

Muchas veces "el de las obligaciones *propter rem* es un falso problema, derivado de la pretensión de tratar conjuntamente temas que deben ser examinados por separado"[12]. Por eso "la teoría diferenciadora sostiene que, para salir del laberinto creado por la anarquía

---

[8]DE LOS MOZOS, J.L., "La obligación real. Aproximación a su concepto", *Libro homenaje a Ramón Mª Roca Sastre*, II, 1977, p. 332.

[9]FAIREN, M., Notas a OURLIAC, P., y DE MALAFOSSE, J., *Derecho romano y francés histórico*, II, *Los bienes*, Barcelona, 1963, p. 91.

[10]*Vid*. GROSSI, P., *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, 1968.

[11]Cfr. DE LOS MOZOS, "La obligación real...", *cit*., pp. 337 y 340.

[12]Cfr. LOPEZ DE ZAVALIA, *op. cit.*, p. 93.

doctrinaria, hay que distinguir, separar, no confundir, y que por ese procedimiento se llegará a entes concretos que no tienen nada de extraño ni de problemático”[13].

Derecho real. Atribución

El tratado de los derechos reales constituye el núcleo básico del Derecho de Bienes, un conjunto de técnicas a disposición de las personas para el reparto de las cosas y sus utilidades. Integrando el patrimonio personal, una serie de posibilidades de derecho implican un poder protegido de utilización de una cosa del mundo exterior. La persona está en condiciones de obtener utilidad cuando le es atribuido el señorío –total o parcial, individual o compartido– de manera que su contacto físico o la influencia de su voluntad en la configuración o destino de las cosas responde a una atribución jurídica, protegida y respetada[14]; o, también, cuando aquel a quien viene atribuido está comprometido a permitirle, dentro de ciertos límites, la utilización del bien[15].

“Existe un derecho real cuando el ordenamiento jurídico protege el interés de un sujeto de derecho sobre un objeto determinado, autorizándole para obtener ciertas utilidades con independencia de un sujeto pasivo personalmente obligado”[16]. He aquí su inmediatez, que

---

[13]Entre los autores que más han reflexionado acerca de la noción, se cuentan los argentinos, cuyo Código, aparentemente, le cierra el paso. *Vid.* DE LOS MOZOS, J. L., *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madrid, 1993, p. 73; “El derecho de los bienes en el Código civil”, *Anales de la Real Academia de Juriprudencia y Legislación*, 21, separata, p. 103; “Los derechos reales en la sistemática de Vélez Sarsfield”, *RDP*, 1986, p. 491 y ss. Y la explicación del propio LOPEZ DE ZAVALIA, *op. cit.*, pp. 93-126.

[14]La posesión implica protección de una atribución, y en este sentido es un derecho subjetivo, no simplemente un hecho. *Vid.* DERRUPPÉ, J. *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de crèance*, Paris, 1952, n. 301 y ss.

[15]Sobre los bienes y el derecho de bienes, *vid.* DE LOS MOZOS, “El derecho de los bienes...”, *cit.*, *passim*. En relación con esta duplicidad de técnicas, integrante del mismo, *vid.* ATIAS, CH., *Les biens*, *I*, Paris, 1980, n. 36 y ss. Y el importante trabajo de STEINAUER, P.H., “*La propriété privée aujourd'hui*”, *RDS*, 1981, p. 123 y ss.

[16]Cfr. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil*, III-1, 3ª ed., Barcelona, 1989, p. 6. Esta nota de independencia de sujeto pasivo «personalmente obligado» se recalca por RIGAUD, L., *Le droit réel. Histoire et théorie*, Paris, 1911, trad. española de Xirau, Madrid, 1928.

conecta con la idea de inherencia: estar la cosa «marcada» por la atribución. Y su carácter absoluto, *erga omnes*: el fundamento de este poder sobre el objeto no viene «dependiendo» del cumplimiento de un compromiso personal del titular a quien estuviera asignado previamente. El «garante» del interés protegido no es un deudor que esté prestando, sino el propio ordenamiento[17].

---

[17]Señala BETTI que los derechos reales son el cauce para resolver el problema práctico de la atribución de los bienes, mientras los derechos personales o, mejor, las relaciones de obligación, técnicas para la cooperación entre las personas. El titular de un arrendamiento, aunque tenga un contacto con la cosa lo que está recibiendo es la cooperación del arrendador: por ello se verá afectado por el cambio de titularidad de la cosa arrendada. Cuando se habla del «efecto real» de ciertas relaciones arrendaticias se indica que van a quedar a salvo de esa influencia negativa del cambio de titular, pero no es una consecuencia derivada de la naturaleza de la relación, sino de la protección especial dispensada por el legislador. Mantener la calificación −derecho de crédito− no significa la obcecación de cerrar los ojos a la realidad, se comprende teniendo presente la función de las calificaciones en derecho de bienes.

Las técnicas de derecho de bienes contienen una graduación que va del derecho real más pleno, la propiedad, hasta el derecho personal mas inestable, como podría ser el precario. Por ello ha de haber una zona de confín en que el derecho personal se aproxima al real, lo mismo que ocurre a la inversa con las cargas reales; en esta zona fronteriza, hay que tener en cuenta que sólo la ley puede imponer a una relación efectos que salen de la órbita de las consecuencias de su naturaleza para corresponder a los que implica el desarrollo de una calificación distinta. A pesar de esta aproximación en los efectos, que se alejan del punto de referencia de la calificación para, artificialmente, penetrar en la órbita propia de los efectos derivados de la técnica contraria, es preciso mantener aún la calificación personal del arrendamiento: la "cooperación es aún el punto de referencia para la comprensión total del fenómeno: así, las técnicas sirven ordenadamente a la satisfacción de las diversas necesidades y del deseo de los contratantes".

La calificación no trata de explicar la relación de modo exhaustivo en todos sus efectos. Su función es servir de punto de referencia para la comprensión de aquellos, y determinar en caso de conflicto o de duda, qué sea regla general y qué excepción. En el «efecto real» del arrendamiento hay que ver una excepción; en una técnica de atribución sería regla general. Al utilizar las distintas técnicas, se trata de obtener diversos efectos, unos como normales y otros como excepcionales. Así, además, al observar la fisonomía de una institución, algunos efectos o relaciones aparentemente excepcionales, o de escasa importancia, se revelan como normales, e incluso −en ocasiones− como la clave para entender la relación en su conjunto, y sólo la naturaleza de ésta puede explicarse en presencia de aquellos.

Para la doctrina de la cooperación y la atribución, *vid.* BETTI, E. *Teoría general de las obligaciones*, I, trad. por DE LOS MOZOS, Madrid, 1969, p. 3 y ss. Acerca de la graduación de

Es característica, pues, la independencia en que se encuentra el titular respecto a voluntades extrañas; por ello ha podido decirse que lo propio de estos derechos subjetivos es "una especial forma de protección", constituyendo "una categoría instrumental para la individuación de un particular tipo de tutela jurídica conectado con la inherencia"[18]. El poder del titular, su inmediatez, no es tanto físico cuanto inherente a la cosa, y esto le permite "perseguir la realización de su interés, es decir, conseguir el objeto de la tutela frente a cualquiera que, en un cierto momento, venga a encontrarse en una determinada situación respecto de la cosa"[19]. En la atribución, la cosa y las posibilidades que lleva consigo agotan las expectativas del titular.

Dentro ya de este campo, es la propiedad la técnica modelo[20] en cuyo estudio se han explorado históricamente las características del derecho real. El propietario tiene atribuida la cosa y toda utilidad que no lo esté especialmente a otra persona le corresponde de presente, y tendencialmente aquellas que «circunstancialmente» están atribuidas a otro titular[21]. Técnica más simple de atribución: confiere, en principio, la cosa a una persona "sin más limitaciones que las establecidas en las leyes" (art. 348 CC). Se separa, por tanto, del resto de las técnicas del derecho de bienes en que no contempla como elemento esencial la

---

las diversas técnicas en derecho de bienes, y la importancia de no confundirlas, ATIAS, *Les biens I, cit.*, pp.75-76.

[18]Cfr. COMPORTI, M., "*Diritti reali in generale*", *Trattato CICU-MESSINEO*, Milano, 1980, p. 68. Acerca de la inherencia, GIORGIANNI, M., *La obligación*, trad. de Verdera y Tuells, Barcelona, 1958, p. 97.

[19]GIORGIANNI, M., *Contributo alla teoría dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940, p 164.

[20]Las cosas, como «bienes», están llamadas a pertenecer a un propietario (art. 333 CC). Así, no caben bienes inmuebles sin propietario o –al menos– poseedor protegido, pertenecen al Estado los inmuebles vacantes y sin dueño conocido (Ley de Patrimonio del Estado, arts. 21 y 22) "Las cosas *nullius* son excepcionales" (Cfr. LEVIS, M., *L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits*, Paris, 1989, p. 25). Las cosas muebles, se presume que tienen dueño (art. 615, 3º CC) y si carecen de él "se adquieren por ocupación (arts. 610 y ss. CC). Para el derecho lo «natural» en las cosas es su pertenencia, su adscripción a un patrimonio. La «apropiabilidad» es la nota de un bien.

[21]La adscripción de la cosa al propietario y el estudio de las relaciones entre él y los titulares de otros derechos reales nos revela el significado de la propiedad mejor que una descripción cuantitativa de facultades. *Vid.* VAREILLES-SOMMIERES, "*La définition et la notion juridique de la propriété*", *RTDC*, 1905, IV, p. 438 y ss.

concurrencia de derechos sobre una misma cosa[22]. El resto de las técnicas de atribución independiente, los «derechos reales limitados», reservan a su titular algunos aspectos de la utilidad de las cosas.

La particularidad del derecho real –señala ATIAS, recogiendo el legado de la doctrina clásica– es su simplicidad: "Una cosa, una persona, y nada más. La cosa se pone al servicio de la persona, por simple eliminación de todo concurrente, de todo intermediario"[23]. De este núcleo conceptual derivan las consecuencias de su régimen. Para este autor "cualquier poder −sea cual sea su extensión− puede recibir el calificativo de derecho real (...). No es el contenido de las prerrogativas conferidas a su titular lo que define el derecho real. El poder de utilizar la cosa en general, o de gozar algunas de sus ventajas, el de extraer un rendimiento o venderla, pueden, por separado o en conjunto, ser calificadas de derechos reales"[24]. Basta para ello que encontremos, en el núcleo de la situación, ese punto de independencia, inherencia, fijeza, enraizada originariamente sobre la base material de la posesión y, hoy también, la jurídica del registro inmobiliario.

La prestación como objeto de la obligación

Al lado de los derechos reales, la persona −en su activo patrimonial− puede contar con créditos. Implica un derecho de obligación, no un «tener» sino un «recibir»: el acreedor «va a recibir» o «está recibiendo»[25], consiste su derecho en poder exigir del deudor el cumplimiento de una prestación.

La existencia de un derecho de este tipo implica una relación «de obligación»: en ella el deudor tiene un deber jurídico –aunque, como recuerda HERNÁNDEZ GIL, "no todos los deberes jurídicos son obligaciones"[26]. La obligación, señala BETTI, es la técnica

---

[22]La propiedad hace a la cosa «personal». *Cfr.* ATIAS, *Les biens, I, cit.*, n. 36, y p. 78, nota 20.

[23]Cfr. ATIAS, *Les biens, I, cit.*, n. 40.

[24]Cfr. ATIAS, *Les biens, I, cit.*, n. 36.

[25]CICU habla de la cuestión del «tener» y la del «deber tener». Cfr. CICU, A., *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, p. 1 y ss.

[26]HERNANDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, p. 17. Acaso cabría decir que ningún deber jurídico es una obligación. Algunos −muchos− «corresponden» a una obligación. "Si es cierto que el deber del deudor constituye lo que puede considerarse como el

jurídica puesta al servicio de la cooperación de los hombres, cooperación voluntaria a través del contrato, o «exigida» para compensar las consecuencias lesivas de un acto ilícito[27].

A la hora de presentar un concepto riguroso de obligación, la mejor doctrina pone el acento en dos ideas:

En primer lugar, vínculo jurídico. El deudor es responsable jurídicamente frente al acreedor porque está ligado a él: Por eso, es básico para la individuación del concepto conectar el deber del deudor con el derecho subjetivo del acreedor. Hay que recordar aquí cómo, históricamente, la *obligatio* nace como un derecho del acreedor sobre la persona del deudor. El deber jurídico es obligación cuando se encuadra en tal vínculo, que sirvió en un primer momento para ordenar los efectos del delito: la venganza incontrolada del ofendido se sustituía por la *obligatio*, producto de un acuerdo de sometimiento al vengador. Es la forma más primitiva de cooperación, que acabará produciendo derechos subjetivos de origen no delictivo, cuando la sujeción comienza a garantizar débitos voluntarios, haciendo jurídica la auténtica cooperación, no forzada[28].

En segundo lugar, prestación, comportamiento debido y exigible. El acreedor puede exigir del deudor un comportamiento denominado prestación, de carácter patrimonial, que realiza y corresponde a su interés[29]. El objeto del derecho de crédito es, pues, la prestación.

---

elemento central de la obligación, no lo es menos que es preciso individuarlo dentro de la más amplia categoría del deber jurídico, y que uno de los caracteres que mejor sirve para ello está precisamente constituido por la circunstancia de que éste, a diferencia de los demás deberes jurídicos con contenido patrimonial, está destinado a satisfacer el interés de una persona determinada. Y precisamente uno de los reflejos, y ciertamente el principal, de esta característica de la obligación está constituido por el nacimiento de un poder jurídico, y más exactamente de un derecho subjetivo a favor de la persona cuyo interés es destinado a ser satisfecho por el comportamiento del deudor". Cfr. GIORGIANNI, *La obligación, cit.*, p. 137.

[27]Cfr. BETTI, *op. cit.*, p. 3.

[28]*Vid.* ARIAS RAMOS, J.-ARIAS BONET, J.A., *Derecho Romano*, II, 17ª ed., Madrid, 1984, p. 533 y ss. y doctrina allí citada.

[29]Cfr. GIORGIANNI, *La obligación, cit.*, pp. 69 y 72. Teniendo en cuenta estas notas, este autor entiende que debe considerarse obligación el deber jurídico impuesto a través de un *modus* cuando el comportamiento tenga contenido patrimonial, pues estarían presentes los tres caracteres de la obligación: patrimonialidad de la prestación, presencia de dos sujetos −activo y pasivo− determinados, e interés del acreedor a la prestación. En efecto, el CCI, tras afirmar que el gravado está obligado al cumplimiento del *modus*, determina quien está legitimado a obrar

"La tradición pandectística −indica DE LOS MOZOS[30]− ha colocado las obligaciones entre los derechos personales, por contraposición a los derechos reales, viniendo de este modo a constituir una de las categorías más importantes de los derechos patrimoniales y, por supuesto, el elemento básico de todo el tráfico jurídico". El derecho personal es el que vive y cuyo núcleo es una relación de obligación, y se confunde con la posición que ocupa el acreedor en ella; así, las obligaciones aparecen al estudioso del derecho bajo tres puntos de vista: bajo el prisma del derecho subjetivo, una categoría de éstos, los personales, se construyen como posición activa en la relación obligacional. Bajo el punto de vista de la relación −es el primigenio−: es obligación desde el derecho romano, una relación jurídica por la que el acreedor tiene derecho a exigir de determinado deudor una prestación[31]. Y, en la perspectiva del deber jurídico es la posición del sujeto pasivo y, por extensión, se llama obligación también a todo deber jurídico[32].

Se ha señalado que la tendencia a elaborar un derecho patrimonial homogéneo, unificado en torno a la idea de dominio, se ve representada de modo eficaz por la obra de SAVIGNY. El punto de partida sería su noción de relación jurídica como "esfera de dominio independiente de la voluntad individual". Se llega así a una definición de la obligación cuasi-propietaria, relación de dominio sobre "los otros seres semejantes al titular". Sería el objeto del poder lo que determinaría la diferente naturaleza y estructura de la obligación[33].

Pero no conviene olvidar que las categorías derecho real-derecho de crédito, unificadas por el carácter de derecho subjetivo y conexión con el patrimonio, están sin embargo en distinto plano. No sólo se distinguen por su objeto, también por la diferente correlación entre los conceptos derecho subjetivo-relación jurídica que se da en ellos, por su distinta situación en el patrimonio. Por otro lado, a caracterizar los derechos subjetivos bajo

---

para pretender tal cumplimiento (arts. 648 y 793 CCI) poniendo en conexión con una persona determinada una posición de preeminencia frente al gravado.

[30]DE LOS MOZOS, J. L., "Concepto de obligación" (*RDP*, octubre 1980) en *Derecho civil: método, sistemas y categorías jurídicas*, Madrid, 1988, p. 307.

[31]*Vid.* KASER, M., *Das Römische privatrecht*, I, *Das altrömische, das vorklassische und Klassische Recht*, 2ª ed., München, 1971 p. 479 y ss.

[32]DE LOS MOZOS, "Concepto de obligación", *cit.*, p. 306.

[33]*Vid.* DI MAJO, A., "*Delle obbligazioni en generale*", Comentario SCIALOJA-BRANCA, art. 1173-1176, Bologna, 1988, p. 4 y ss.

el modelo de la propiedad, ha seguido caracterizar la relación jurídica bajo el prisma de la obligación, cuando puede haber otras relaciones jurídicas que estén viviendo de otra manera[34].

Paradoja: relación obligatoria en el derecho real

"Establecida así la antítesis (...), parece que no es posible una confusión entre las dos categorías de relaciones. Ciertamente, para aquellos que se atienen exclusivamente a las abstracciones conceptualistas, consideran el derecho bajo la especie de norma de conducta, no resulta una diferencia clara y neta, puesto que normas de conducta pueden encontrarse con facilidad tanto en las relaciones de derecho real como en las relaciones de obligación. Pero si se considera que a los fines de la actuación práctica de las relaciones de derecho real, el titular del derecho no tiene en cuenta la prestación ajena, mejor aún, la positiva cooperación de un tercero, mientras que, al contrario, en las relaciones obligatorias la prestación ajena está ínsita en el concepto mismo de obligación, resulta evidente donde está

---

[34]"Es absolutamente falso que el derecho real no sea *ab origine* una relación jurídica en la que estén presentes un sujeto activo y aunque sea indeterminadamente, unos sujetos pasivos". Pero "la verdad es que no son tales «todos» estos sujetos pasivos, sino solamente aquellos que puedan llegar a estar, de hecho, en contacto con la cosa. Cuando se perfila esta situación de hecho, como consecuencia de la exclusión en que se encuentran los terceros, surge una específica obligación de respeto, de conservación, cuya violación da lugar a una responsabilidad aquiliana, que entra dentro de la figura general contemplada en el art. 2043 CCit (1902 CCesp). Esta responsabilidad presupone una situación de exclusión, con los consiguientes deberes sociales, que no son de cooperación, como en el campo de las obligaciones, sino deberes negativos de abstención, de no injerencia, de no perturbación. Es sólo una obligación negativa de respeto en lo que estos deberes genéricos se concretan cuando surge una situación de hecho que haga posible la violación de lo que a otro pertenece". Cfr. BETTI, *Teoria...*, *cit.*, I, pp. 4-5.

Por ello, BETTI entiende «viciado de abstracción» considerar los derechos reales dentro de las llamadas "situaciones jurídicas previamente delimitadas", que poseen su fin en sí mismas y −a semejanza de los *status* de la persona− no tendrían sujetos pasivos, por lo que en su origen no surgirían como relaciones jurídicas (en este sentido, MENGONI, L., "*L'oggeto dell'obbligazione*", *Ius*, 1952, p. 185). Sin embargo, BETTI participa de esta tesis en alguna medida, pues la relación no va a existir propiamente hasta que no se concreta: el derecho real aparecería "perfectamente" como derecho subjetivo e "imperfectamente" como relación: la relación existe desde el principio, pero genérica, incompleta.

la diferencia de los problemas prácticos resueltos por la ley mediante la constitución de estas dos clases de relaciones"[35].

Pero la doctrina ha detectado momentos, en el desarrollo de la relación de derecho real, en que el titular tiene el deber de dar, hacer o no hacer, y no en virtud de un compromiso personal, sino en cuanto titular, en un momento dado, de la atribución. Y otros instantes en que puede exigir la colaboración ajena, en función de su derecho subjetivo real. La esencia de la relación obligatoria aparece nutriendo la relación correspondiente a un derecho real.

Se ha puesto de manifiesto que las categorías derecho real−derecho de crédito no funcionan aisladas, sino conectadas entre sí. Algunos han pretendido igualar, equiparar y, por tanto, eliminar la distinción. La mayoría, sin embargo, entiende que existe, y hay que aplicarla al núcleo básico de la relación, pero sin olvidar que las obligaciones, como categoría general, se presentan también en las relaciones reales[36].

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

---

[35]BETTI, *op. cit.*, p. 3.

[36]Desde otro punto de vista, afirma ATIAS que la teoría general de las obligaciones contiene los criterios para resolver los conflictos y, en defecto de norma específica, ordenar las conductas debidas con ocasión de la existencia, también, de derechos reales: el derecho de bienes es una porción del Derecho civil que no es impermeable a la información de sus soluciones por la doctrina general de las obligaciones, verdadera «parte general del derecho civil patrimonial». Los principios del Derecho civil están llamados a aplicarse a los bienes, igual que a las obligaciones, y esto tendría dos consecuencias:

−Está permitido, y es necesario buscar las respuestas a las cuestiones de derecho de bienes en el conjunto del derecho civil, y especialmente en el derecho de obligaciones.

−Nada autoriza a razonar, en derecho de bienes, por oposición al derecho de obligaciones: porque una solución sea aplicable en derecho de obligaciones, no significa que la contraria haya de regir en derecho de bienes.

Sin embargo, existen criterios y un método propio del derecho de bienes que es preciso tener en cuenta. Así, es un criterio básico, por ejemplo, la consideración de los bienes, de su manera de ser particular, de modo que se respete y desarrolle su utilidad para las personas. Por eso, allí donde el derecho de obligaciones procura proteger a las personas contra los compromisos mal apreciados o imponer el respeto de promesas, el derecho de bienes procura razonar en términos de rentabilidad: las técnicas jurídicas puestas en práctica no deben provocar la esterilización de los bienes, ni impedir su gestión correcta, ni dificultar su buena utilización, ni bloquear su circulación.

Para centrar nuestro estudio dejando de lado cuestiones que nos interesan menos, haremos un somero repaso a alguna forma en que aparece, en la relación jurídico-real una situación de exigencia-prestación, deteniéndonos más en la situación que parece más llamativa: la que se resume con las expresiones «derecho real *in faciendo*» y «carga real».

Oponibilidad y protección del derecho real. Situaciones de obligación

El derecho real, al vincular una cosa a su titular[37], tiene la protección característica de los derechos absolutos. La inherencia del poder implica reipersecutoriedad, el titular puede exigir respeto a la integridad de sus facultades en la cosa allí donde se encuentre, con independencia de quienes la posean o ejerzan influencia sobre ella, y de su buena o mala fe[38]. Se trata de un derecho eficaz u oponible *erga omnes*[39].

El derecho de crédito, es cierto, goza también de esa protección *erga omnes*. Como todo derecho subjetivo, aparece tutelado contra los que le causan perjuicio[40]. Pero la idea de

---

Y ocurre un fenómeno inverso: en el derecho de obligaciones, en cuanto se puede decir que integran el patrimonio, habrá que tener en cuenta la «atribución». Toda obligación con un punto de fijeza o normatividad, tiene un efecto «real», se cosifica. Cfr. ATIAS, *Les biens*, *I*, *cit.*, n. 12.

[37]El *ius in re* es *ius circa rem aliquam, ad quod res ipsa devincta est.* MOLINA, *De Iustitia et Iure*, II, d. 2, § 1.

[38]Que la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivalga al título, implica sencillamente un cambio de titular.

[39]La inherencia implica reipersecutoriedad, oponibilidad *erga omnes*, preferencia. *Vid.* LACRUZ, *Elementos de derecho civil*, III-1-1, 2ª ed., Barcelona, 1988, p. 11; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 2ª ed., Madrid, 1986, p. 15; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, *III-1*, *cit.*, p. 11; CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, II-1, 14ª ed., Madrid, 1992, p. 33 y ss.

[40]Cuando su influencia sobre la conducta del deudor produzca un daño al acreedor, éste, además de ejercitar su acción contra aquél, dispone de otra frente al tercero. La única diferencia, entonces, entre los derechos reales y los de crédito, es que en éstos la lesión del interés del titular proviene y ha de pasar necesariamente por la relación que contiene el objeto de su derecho (incumplimiento por el deudor). En el derecho real no sería configurable este tipo de lesión, pues "la realización de éstos no postula la intermediación de sujeto alguno". Pero la lesión externa cabe, tanto en los derechos reales −es la única allí posible− como en los de crédito. *Vid.*, por todos BUSNELLI, D., *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, p. 46 y ss. y bibliografía allí citada.

oponibilidad *erga omnes* suele reservarse para describir al derecho real, que, al colocar la cosa en el patrimonio del titular[41], requiere sólo para su protección asegurar la exclusión y no interferencia de los demás. Esta oponibilidad tiene como referencia la cosa misma y, por tanto, aunque en un momento dado, en caso de conflicto y concurrencia, hayan de utilizarse criterios de preferencia y prioridad que bloquean la eficacia de unos derechos en beneficio

---

La protección del interés del acreedor no sigue a cosa alguna dondequiera que vaya pero tampoco se circunscribe a la persona del deudor, despliega eficacia en su ámbito de relaciones: acción de responsabilidad aquiliana frente a terceros que atenten o impidan cumplir al deudor, acción subrogatoria, acción pauliana. Hay un momento, sin embargo, en que la protección no puede ya alcanzar a los terceros: el derecho personal «no es oponible». Así, en el caso del art. 1295, 2 CC: no cabe la rescisión del contrato por los acreedores cuando las cosas objeto del mismo se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubieran procedido de mala fe; o que han contratado sin que exista fraude de acreedores (del art. 1297), aunque el fraude se presume en las adquisiciones a título gratuito (art. 643).

"Los derechos de crédito (...) hacen surgir una especial comunidad jurídica accidental entre todos los acreedores de una misma persona, y la situación de poder que crean ha de ser respetada por todas las personas que entran en contacto con ella". Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 593. Es doctrina común, *Vid.* PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 15, nota 3.

"Es cuestión distinta y más complicada −continúa DE CASTRO− saber si el acto realizado por un tercero, para impedir u obstaculizar el cumplimiento de lo debido, ha de considerarse, y cuando, ilícito (...) Parece que hay que distinguir: la responsabilidad por dolo y culpa (art. 1902 CC); si se trata de un nuevo negocio jurídico, su valor puede quedar viciado por lo ilícito de la causa, y que si significa colisión entre dos obligaciones, habrá que tenerse en cuenta su jerarquía; en cambio, no habrá ilicitud cuando el derecho afectado suponga una limitación injustificada a la libertad contractual del tercero: p. ej., cláusula imponiendo un precio o un precio límite, determinando los lugares de venta o a los que se permite que se lleven las cosas, etc..." Esto último, sin embargo, no es indiscutible. *Vid.* VATTIER FUENZALIDA, C., "La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos", *Libro homenaje a ROCA JUAN*, Murcia, 1989, p. 845 y ss. Para PEÑA los terceros, "aunque conozcan la existencia de las obligaciones, nunca serán afectados por aquellas que, de tener eficacia real, supondrían una infracción de las normas estructurales del estatuto jurídico de los bienes. P. ej. prohibición de disponer establecida en contrato oneroso (arg. art. 27 LH); obligaciones que comporten la desmembración perpetua del goce de un bien (STS 4 de junio de 1964)". Cfr. PEÑA, *ibidem*.

Un interesante supuesto de daño al crédito, por negligencia de terceros, en STS. 14 de mayo 1984, en *RDP*, 1987, p. 905.

[41]Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 591.

de otros, tiene un alcance siempre más largo que el derecho personal, cuyo objeto es la conducta del deudor y no la cosa que eventualmente estuviera obligado a proporcionar. La protección del crédito ha de montarse básicamente *erga debitorem*[42].

En definitiva, señala PUIG BRUTAU, expresando el sentir de la doctrina común, "entre los derechos reales y los derechos de crédito media, desde el punto de vista estrictamente analítico, la radical diferencia que separa los derechos absolutos de los derechos relativos"[43].

Sin embargo, se ha dicho que el derecho real cuando es atacado «se convierte en una obligación», pues el titular puede exigir entonces una acción u omisión de persona determinada, destinada a suprimir la situación contraria al derecho. La protección jurídica, la «oponibilidad» da lugar a que alguien venga «obligado» a restituir, demoler una construcción, etc. GIORGIANNI[44] lo expresa de otro modo: "Si Ticio se apropia ilegítimamente de mi cosa, esto no transforma mi derecho de propiedad en una pretensión frente a la cosa o frente a Ticio; conservaré todos los poderes que derivan de mi derecho de propiedad, y tendré además una pretensión frente al usurpador; un verdadero y propio derecho de crédito frente a él, que tenga por objeto la restitución de la cosa; como consecuencia de la apropiación ilícita nace, en efecto, inmediatamente a cargo del usurpador la obligación de restituir la cosa". Se trataría, de acuerdo a la peculiaridad del derecho italiano, de una obligación *ex delictu*. Sin embargo, la acción real, propiamente, va dirigida contra la persona por la posición que ocupa respecto a la cosa, sin atender a que se trate o no del autor originario de la usurpación[45]. Su posición se considera ilícita, o, mejor, atacable, en virtud de la existencia del derecho real.

---

[42]Siendo su conducta un "deber libre, puede directamente frustrar el interés del acreedor; y sólo alcanzará la protección a los terceros a través de la responsabilidad aquiliana, por su influencia culpable o intervención fraudulenta relacionada con la conducta del deudor, pero no por la posición que ocupen respecto de aquella cosa que el deudor debía entregar, y a la que no alcanza la protección del crédito. *Vid.* por todos LACRUZ, *Elementos III-1-1, cit.*, p. 10 y ss.

[43]Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos..., III-1, cit.*, p. 11.

[44]Cfr. GIORGIANNI, *La obligación, cit.*, p. 227.

[45]La pretensión real va dirigida contra la persona por su relación «contraria a derecho» con una cosa. "Debe evitarse el calificar como real la pretensión de indemnización derivada de la vulneración de un derecho absoluto, la propiedad, p. ej., sólo por el hecho de que la vulneración de la propiedad sea un motivo esencial para su nacimiento. La pretensión de indemnización por actos ilícitos es más bien una pretensión puramente obligacional. Son reales únicamente las

En este sentido, LEVIS[46], que recientemente ha profundizado en esta cuestión con relación al derecho francés, entiende que una característica de la oponibilidad[47] del derecho real, que lo diferencia del crédito −también oponible, pero en un ámbito más restringido y con una intensidad diferente− es lo que llama su «exclusivismo», que deduce del control que ejerce la *Cour de Cassation* sobre los Tribunales de Instancia: la obligación de eliminar las trabas que ha supuesto el ataque al derecho real, es imperativamente ejecutable *in*

---

pretensiones cuya misión es hacer valer de modo inmediato el derecho real, cuya existencia como tal pretenden asegurar de modo inmediato; tales como la pretensión de entrega del § 985 BGB, y las pretensiones de remoción y de omisión de acuerdo con el § 1004.

"Se ha discutido (...) hasta qué punto es admisible una configuración obligacional de la pretensión de reivindicación (§ 985 y ss. BGB). En particular, se alegaba la aplicabilidad del § 281 BGB, según el cual el deudor de una cosa, que hubiese hecho imposible su obligación de entrega por haber enajenado la cosa a un tercero, viene obligado a entregar al acreedor el contravalor obtenido por la enajenación, el llamado *commodum ex negotiatione*. La Sección VI de lo civil, en S. 26 junio 1922 (*RG*, 105, 84) admitió la aplicación del § 281 fundándose en la pretensión real de entrega del propietario; por el contrario, la Sección IV de lo civil lo negó en otra sentencia más reciente de 28 octubre 1926. Se sostiene en ella que la naturaleza peculiar de la pretensión real no lo permite, porque quien enajenó la cosa perdió con ello su posición y, en consecuencia, desapareció así uno de los presupuestos objetivos del § 985; desde entonces, es Jurisprudencia constante"; cfr. *RG*, 157, 44, y HORSTMANN, *Anwend Barkeit shuldr. Normen auf Dingl Ausprüche*, 1938. Cfr. LEHMANN, H., *Tratado de derecho civil*, I, *Parte general*, trad. José Mª Navas, Madrid, 1956, p. 143.

[46]LEVIS, *op. cit.*, espec. pp. 33 y ss., 95 y ss.

[47]El término «oponibilidad» (*erga omnes*) que nos sirve, de entrada, para describir el derecho real como atribución independiente, presenta problemas mucho más agudos en los países que conceden al contrato la virtualidad de ser, directamente, productor de la transmisión y adquisición de los derechos reales. Cuando consideramos el carácter absoluto del derecho real, entendemos esto como expresivo de su carácter «normativo»: se impone su respeto como «ley» para todos. Los contratos, por el contrario, como productores solamente de obligaciones, son ley entre las partes. En los sistemas de transmisión consensual, como señala CASTÁN "unos mismos actos jurídicos hacen nacer las obligaciones y operan la transferencia de los derechos reales": es preciso entonces dar a alguna de las cláusulas surgidas del mero consenso un carácter oponible *erga omnes* que las separe del resto de las cláusulas contractuales. En nuestro derecho, por el contrario, el derecho real aparece cuando entra en juego un modo de adquirir, y desde entonces su oponibilidad (dejando a un lado ulteriores consideraciones) es una simple consecuencia, una tautología. Por eso también, en Francia la doctrina personalista del derecho real ha encontrado campo abonado.

natura, con independencia de la magnitud del perjuicio ocasionado, de la existencia o no de culpa por parte del obligado, y de la apreciación acerca de la posibilidad de esa ejecución, que se sustrae a los tribunales inferiores.

Examen de la cuestión a través del concepto de pretensión

El titular del derecho real lo hace valer frente a personas determinadas a través de pretensiones. La noción de pretensión, después de su elaboración por WINDSCHEID[48] y el debate a que fue sometida por la ciencia alemana del último tercio del siglo pasado[49], encontró un sitio en el BGB, que hace depender de ella la explicación de interesantes resultados prácticos[50]. El concepto fue concebido por WINDSCHEID para "trasladar al derecho material privado y asimilar a éste la *actio*, el derecho subjetivo procesal del derecho romano y del antiguo derecho común, que era considerada a partir de las

---

[48]WINDSCHEID, B., *Die Aktio des römischen Zivilrechts vom standpunk des heutingen rechts*, Düsseldorf, 1856; *Diritto delle Pandette*, I, trad. italiana de C. FADDA y P.E., BENSA, Torino, 1930, § 43 y ss. *Vid.* COING, H., *Derecho privado europeo, II*, Trad. A. Pérez Marín, Madrid, 1996, pp. 342-343.

[49]La doctrina de la pretensión −lo vamos a ver en alguna medida− no está exenta de dificultades e incertidumbres. *Vid.* LEHMANN, *Tratado..., I, cit.*, § 13, p. 137 y ss.; ENNECCERUS, L-NIPPERDEY, H.C., *Derecho civil (Parte General)*, II, trad. de la 39ª ed. alemana por PEREZ GONZALEZ y ALGUER, 2ª ed. española al cuidado de PUIG BRUTAU, Barcelona, 1950, § 203 y ss.; REGELSBERGER, F., *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, § 52 y ss.; LARENZ, K., *Derecho civil, Parte general*, trad. y notas M. IZQUIERDO, Madrid, 1978, p. 313 y ss; VON THUR, A., *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, I-1, *Derechos subjetivos y patrimonio*, trad. por Tito Ravá, Buenos Aires, 1946, § 15 y ss. Un ejemplo del debate suscitado, en THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Trad. italiana por A. Levi, de *Rechtsnorm und subjectives recht*, Weimar, 1878, 2ª ed. Padova, 1951, p. 219 y ss.

[50]A la hora −por ejemplo− de determinar los efectos de la prescripción: aunque una pretensión de entrega dirigida por el propietario a un poseedor prescriba, no así el derecho subjetivo del que emana, y renacerá una nueva frente a un poseedor distinto que, a su vez, será prescriptible. La noción hace posible al legislador determinar y reglamentar de modo distinto las facultades contenidas en el derecho subjetivo. Resume todas las posibilidades contenidas en él para hacerlo valer hacia otras personas. Por ejemplo, de la propiedad la ley deriva: la pretensión de entrega (§ 985 y ss. BGB), la pretensión a la remoción a una inquietación que no consista en la privación o retención de la posesión (§ 1004, I, 1) y la de omisión de otros ataques. Cfr. LEHMANN, *Tratado.., I, cit.*, p. 138. A estas pretensiones se aplican diferentes preceptos.

posibilidades del proceso. Quiso con ello tomar en cuenta la nueva concepción según la cual el derecho subjetivo privado es lo primario, y la posibilidad de su imposición por vía de acción es un elemento secundario. (...) Una acción condenatoria que conduce a un fallo por el que es posible la ejecución forzosa, sólo tiene posibilidad de prosperar si el actor puede probar que le es posible exigir en justicia al demandado la prestación"[51].

Así, la pretensión se separa de la *actio*, designa la legitimación material[52]. En la concepción de WINDSCHEID puede ser impuesta también extrajudicialmente, cumplirse voluntariamente y, en muchos casos, cederse y condonarse[53]. Por ello, el concepto que acoge el BGB ("derecho a un acto o a una omisión dirigido contra una persona determinada" −§ 194 BGB−) coincide casi literalmente con el presentado por el § 241 para la relación obligacional. De todo lo cual "ha de inferirse que el crédito, esto es, el derecho del acreedor a la prestación, no es otra cosa que una pretensión"[54].

De la asimilación de pretensión y crédito se hacen derivar interesantes resultados prácticos[55]. Sin embargo requiere cautela, porque ni la identificación es total, ni es el crédito el único reflejo posible del concepto de pretensión.

---

[51]Cfr. LARENZ, *Parte general, cit.*, pp. 315-316.

[52]"Todas las facultades que consistan en hacerse valer el derecho contra un determinado obligado se resumen adecuadamente a través del concepto de pretensión". Cfr. LEHMANN, *Tratado..., I, cit.*, p. 138.

[53]Cfr. LARENZ, *Parte general, cit.*, p. 316.

[54]Cfr. LARENZ, *ibidem*. ENNECCERUS-NIPPERDEY se pronuncian en sentido parecido, pero hay un matiz: no hablan de pretensión en general, sino de «pretensión obligatoria». WINDSCHEID "identificaba la pretensión obligatoria y el crédito, y en ello ha sido seguido por la mayoría de la doctrina; además, de esta asimilación resultan, en la aplicación del BGB, importantes consecuencias". "La pretensión personal se identifica con el crédito que tiene por base, pues entre ambos no media ninguna característica diferencial. El contenido es el mismo: el derecho a una acción o a una omisión; la cesión abarca crédito y pretensión, y tampoco se descubre ninguna otra diferencia. Por consiguiente, carecería de finalidad y constituiría una agravación de las dificultades del pensamiento jurídico escindir un concepto que es rigurosamente unitario." Cfr. ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 474.

[55]Se aplican a las pretensiones −en general− las reglas relativas a los créditos; también a las no obligacionales, en tanto la relación básica de la que proceden no imponga un tratamiento diferente (La teoría general de las obligaciones se configura así como una verdadera parte general). Tratándose de un derecho de crédito, la transmisión de la pretensión implica la del derecho mismo con sus accesorios.

En cuanto a lo primero, no podrían identificarse de modo absoluto, pues ambos conceptos se mueven en planos, en parte iguales, en parte distintos[56]. El crédito es un derecho subjetivo, en la relación de derecho personal. La pretensión, "el derecho subjetivo en su dirección respecto a personas determinadas"[57]. También aquí cabe la distinción entre derecho subjetivo y pretensión aunque, si se quiere, se mueva a nivel teórico y no interese diferenciarlos desde el punto de vista práctico. La pretensión es el «derecho a exigir» que tiene el titular del derecho a la prestación. Lo que ocurre es que el crédito consiste precisamente en un «derecho a exigir» dirigido a persona determinada, desde un primer momento aunque esté sometido a condición o la prestación consista en una omisión[58]. En el interior de su estructura está la pretensión, el imperativo jurídico y la exigencia personal correspondiente no se sitúa en el círculo externo de protección, sino, a la vez, en el interior de la conexión sujeto-objeto que contiene el interés[59]. La pretensión, dice VON THUR, es "el núcleo del crédito"[60].

---

[56]Un importante sector de la doctrina no acepta la absoluta identidad. Cfr. REGELSBERGER, *Pandekten, I, cit.*, § 214; KHOLER, J., *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I, Berlin, 1906 § 57 III; VON THUR, *op. cit.*, § 15;

[57]"Por ello señala la legitimación material para ejercer por vía de acción una exigencia específica de una persona frente a otras" Cfr. LARENZ, *Parte General, cit.*, p. 314.

[58]El crédito a plazo. o condición, ha de considerarse como derecho ya existente a la pretensión. Y el crédito a una omisión, aunque la prescripción esté provisionalmente excluida, se ha de considerar pretensión aún antes de que se obre en contra de la obligación. Cfr. ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.*, pp. 471-472. Esto último nos muestra una de las dificultades de la teoría: la pretensión a una omisión, si es obligacional, existe desde el primer momento. Sin embargo, en los derechos reales, el deber de respeto genérico sólo daría lugar a una pretensión en caso de violación concreta, como veremos *infra*.

[59]Cfr. GIORGIANNI, *La obligación, cit.*, p. 226.

[60]Cfr. VON THUR, *op. cit.*, p. 242 (la numeración corresponde a la edición original, situada al margen en la traducción de RAVA). Aparte del derecho a la pretensión, contiene otras facultades accesorias: denunciar, compensar, excepcionar... Para ENNECCERUS-NIPPERDEY (*op. cit.*, p. 475) estas realidades, como contenido del derecho de crédito, cabe considerarlas contenido de la pretensión. Esto, sin embargo, es una consecuencia de la asimilación establecida, no una justificación, y no explica en plenitud la posibilidad del acreedor de dirigir otras pretensiones frente a terceros.

Señalan además que, mientras la pretensión real no se identificaría con el derecho absoluto, la obligacional se identificaría con el crédito, lo que sólo es una parte de la verdad: el crédito

Respecto al segundo punto, es afirmación unánime en la doctrina que "no toda pretensión es un crédito"[61]. Resulta reveladora la distinción que presenta LARENZ entre pretensión independiente (ante todo, los créditos) y dependiente, que "sirve a la realización de otro derecho"[62]. Así, las derivadas de una relación jurídico-familiar, o las reales. Acerca de éstas, "en tanto el propietario no sea perturbado por nadie (...) no necesita pretensión alguna contra otro en concreto. Su derecho de propiedad se halla, en cierto modo, en estado de reposo. Concuerdan entre sí la situación efectiva y la que existe según tal derecho. La propiedad en cuanto derecho de dominio tampoco es aún una «pretensión» respecto a su función de exclusión, pues ésta se refiere a todos los otros; mientras nadie actúe en contra de tal función, ésta no se halla dirigida contra una persona determinada, a diferencia de la pretensión"[63].

−derecho subjetivo− puede manifestarse como pretensión, cuando existe riesgo o actualidad de incumplimiento. Pero cabría, entonces, una pretensión dirigida a un *facere* (deshacer lo mal hecho). ¿Caben también, en defensa del crédito, pretensiones contra terceros...? Aquí se aprecia que el contenido del crédito como derecho subjetivo no es idéntico al contenido de la pretensión: un crédito de no hacer puede dar lugar a una pretensión dirigida a *dare* o *facere*. En la obligación de no hacer la omisión se recibe como prestación −contenido del crédito− y se manifiesta como pretensión si es preciso exigirla.

[61]Por todos, LARENZ, *Parte General, cit.*, p. 314. Si ni siquiera cuando el derecho sustantivo de que deriva es personal es predicable esta identificación, tampoco es posible realizarla cuando la pretensión deriva de un derecho absoluto. Por ello, las pretensiones se someten a las reglas de los créditos sólo cuando la relación básica de que procedan no imponga un tratamiento diferente (Cfr. ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 475). "No se deben calificar y tratar simplemente como derechos de crédito las pretensiones que derivan de relaciones diferentes a las obligacionales, es decir, aplicar sin más a todas las pretensiones los preceptos del libro II del BGB" (LEHMANN, *Tratado..., I, cit.*, p. 141).

[62]Cfr. LARENZ, *Parte General, cit.*, p. 317.

[63]Cfr. LARENZ, *Parte General, cit.*, pp. 318-319. Tal es el sentir de la mayoría de la doctrina, pero WINDSCHEID no había planteado así el asunto. Para él, la propiedad, el derecho real, se compone actualmente de una pluralidad ilimitada de pretensiones. A esta idea conduce la especial valoración del elemento externo, exigencia frente a otros, en cuanto sustancia propiamente jurídica.

ENNECCERUS-NIPPERDEY son tajantes en este punto. Valoran el concepto como categoría técnica, pero no quieren construir todo el ordenamiento a través de esa idea. Por ello dicen que, dirigiéndose la pretensión contra persona determinada "ésta, en el derecho de crédito es, desde luego, la persona del deudor; la pretensión de crédito existe, pues, por regla general

¿Qué ocurre, pues, con el derecho real? No es un derecho a «recibir algo», y por tanto −cabe decir− a «exigir algo». Pero en cuanto derecho subjetivo, la defensa del respeto que le es debido se dirige siempre frente a persona determinada. Se suele afirmar que, como consecuencia de la violación, el derecho real se manifiesta en pretensión[64]. Sin embargo, tal «oponibilidad» no implica crédito frente al usurpador en cuanto causante originario de la situación contraria al derecho (obligación *ex delictu*), sino pretensión frente a cualquiera que ostente una posición de poder incompatible con el derecho real, para que se remueva esa situación irregular, con independencia de que surja un crédito *ex delictu* contra un usurpador por los daños y perjuicios que esa situación haya producido[65].

---

desde el nacimiento del derecho de crédito. Por el contrario, la propiedad y los demás derechos absolutos sólo otorgan de momento la facultad general de no ser perturbado en el señorío jurídico (...) y esta facultad que se dirige contra todos no puede ser calificada de pretensión ni en el sentido del derecho común ni en el del BGB, pues en ningún aspecto está sujeta a las disposiciones valederas para las pretensiones, y en particular no puede ser cedida y no está sujeta a prescripción (...). También el texto literal del § 194 BGB es contrario a su naturaleza de pretensión, pues al decir «otro» entiende siempre una persona concreta, no cualquiera. Así pues, de los derechos absolutos sólo brota una pretensión en virtud de una conducta ajena que contradiga el derecho". (ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.*, § 203, p. 471).

Por consiguiente, mientras en el crédito dirigido a una omisión existiría ya una pretensión, la omisión genérica de perturbación no implicaría pretensión, pues faltaría la determinación de la persona concreta y la exigencia concreta. La determinación concreta parece lo decisivo: "En la pretensión obligatoria –dice NIPPERDEY–, el obligado está determinado por la sola virtud del derecho de crédito, en la persona del deudor".

Parece entonces que la razón de que la conducta exigible de omisión, en el derecho real, no se considere «pretensión» radica, primero, en que no se trata de un derecho de crédito −sólo en estos su existencia supone la existencia actual de pretensión− y, segundo, en que se trata de una omisión «genérica».

[64]Matiza LEHMANN que sólo engendran pretensiones los derechos de «señorío», que son «derechos de pretensión» (de ahí la cercanía entre derechos reales y de crédito en cuanto sean «de señorío»: ahí se apoyará la argumentación de GINOSSAR). No ocurre así, por el contrario, en los derechos «de formación»: manifiestan su oponibilidad, no a través de pretensiones, sino de la sujeción de las voluntades circundantes.

[65]"La pretensión real se asemeja al derecho de crédito en que (...) obliga a una determinada persona a una prestación (de hacer u omitir). Por ello, no es raro que se la califique directamente como crédito (...). Pero es mejor circunscribir este concepto a los derechos sustantivos (no

En esto, se ha dicho, se acerca el derecho real al derecho de crédito: cuando es violado se acentúa −dice PUIG BRUTAU[66]− su estructura personalista, pues la demanda se dirige contra persona determinada: en derecho romano, no figuraba nombre alguno en la *intentio* (reipersecutoriedad *erga omnes*) pero la *condemnatio* designaba ya persona concreta obligada.

Resulta, de todas formas, particularmente interesante destacar que, entre la situación «propiedad» o «derecho real» como derecho absoluto, y la pretensión subsiguiente al ataque del derecho, existe una idea que se puede concebir como una situación intermedia, la relación jurídico-real. Esto aparece incluso en ese mecanismo romano a que se ha hecho referencia, operante tras la violación, porque la relación −que naturalmente precede a la pretensión, posibilitó y se actuó −aunque sólo fuera así− con la propia agresión al derecho− está presente en el litigio y, al mismo tiempo, quiere verse trabada con un tercero impersonal, hasta que finalmente se concreta.

Situación intermedia entre aquella idea de WINDSCHEID del haz infinito de pretensiones, y la pretensión en defensa del derecho atacado. Antes de plantear que el derecho −con la pretensión− se «relativice», el derecho, en otro sentido, lo está: en una relación con quienes, en cada momento, componen el entorno jurídico concreto. La peculiaridad de esta relación jurídica está en que el otro término de la misma, por un lado,

---

dependientes de derechos absolutos) dirigidos a prestaciones". (ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 476).

"Muchos de los principios de derecho valederos para los créditos no son aplicables, o al menos no sin modificaciones, a las pretensiones reales, precisamente por el carácter dependiente de éstas". También, me parece, por la diferencia del derecho sustantivo de que derivan. La pretensión real tendría como nota propia que "no es idéntica al derecho absoluto (ni siquiera como parte contenida en él) mientras que la pretensión obligacional sí sería idéntica al derecho relativo". *Vid.* la explicación de este punto en ENNECCERUS-NIPPERDEY, *ibidem*, pp. 475-476.

Por otra parte, no toda pretensión «de origen real» es una pretensión real. La derivada de un crédito sí es asimilable al crédito, en el sentido admitido por el BGB, aunque a su vez ese crédito dependa en alguna manera de un derecho real. Así lo manifiesta el propio ENNECCERUS al señalar que las correspondientes a obligaciones *scriptae in rem* son pretensiones obligacionales: no en cuanto dependientes de un derecho real, sino como correspondientes a un auténtico crédito «dependiente».

[66]Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos..., III-1, cit.*, p. 13.

debe observar determinados comportamientos, normalmente de abstención, pero concretos, en atención al derecho contemplado, y, por otro, sigue considerándose un tercero, sumido en la etérea esfera impersonal y genérica de los sujetos al ordenamiento. Es una relación que, como real, tiene como uno de sus caracteres el «no estar relacionados».

Como la manifestación más llamativa de esta relación se encuentra en la prefijada entre propietario y titular de un derecho real limitado, puede verse −y cabría extraer de ello arriesgadas consecuencias− una semejanza entre los derechos reales limitados y los derechos de crédito, sobre todo si queremos ver como pretensión toda sustancia jurídica, en la línea del planteamiento de WINDSCHEID[67]. En esta relación real concreta cada uno, respecto del otro, se considera «tercero», pero implica, a la vez, que si traspasa los límites de su derecho, necesariamente penetra en la esfera del titular concurrente, produciendo una situación de usurpación. Por ello, en esta relación, el propietario, por ejemplo, puede esperar y exigir al usufructuario −persona concreta− una conducta −de omisión, de mantenerse en los límites de su derecho− concreta: y por ello la pretensión está ya prefigurada, existe antes de que cualquier violación del derecho real se haya producido[68].

Derecho real *in faciendo*, carga real

Hemos visto cómo esa «obligación» en que se convertiría el derecho real cuando se hace valer frente a persona determinada (se la ha llegado a considerar *propter rem*[69]) no es más que la pretensión característica de su defensa u oponibilidad. Cuestión distinta y más complicada es el supuesto en que el titular del derecho real está investido −como contenido

---

[67]Quien, a su vez, recibe el influjo de THON.

[68]ENNECCERUS-NIPPERDEY, con una visión que pretende oponerse radicalmente a la de WINDSCHEID (para quien el derecho real implica actualmente una pluralidad de pretensiones) afirman rotundamente la asimilación pretensión-crédito. Ponen el acento, para ello, en la determinación de la persona del deudor. Esta, en el derecho real, sólo sería posible a consecuencia de la violación del mismo. Como es propio de la relación real que mantiene esa tensión persona concreta-tercero «indeterminado», no hay por qué encajar aquí la noción de pretensión. Baste hablar de relación jurídico-real, en la que el titular puede esperar jurídicamente una conducta concreta de persona, en cierta forma, concreta.

[69]ABERKANE, considerando la obligación *propter rem* manifestación de la "*oppossabilitè de droit réel au titulaire du droit réel rival*". *Vid*. ABERKANE, H., *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, Paris, LGDJ, 1957.

de su derecho− de la facultad de exigir prestaciones a persona determinada a través de la cosa.

En relación con esto, se ha dicho que la idea de prestación no es ajena o incompatible con el concepto de derecho real[70]. Sobre todo, como veremos, si examinamos la relación –conjunto de relaciones− en que ese derecho real se sitúa. Por ello, no es ilógico que al lado del núcleo real de poder sobre la cosa, en la relación de derecho real aparezcan pretensiones obligacionales. También, el titular, en su cualidad de tal, puede ocupar la posición de deudor ante una pretensión obligacional que, de alguna manera limita o empobrece, «condiciona» su derecho.

Llama la atención un supuesto particularmente significativo: aquel en que el deber de prestación del propietario o poseedor se configura como contenido básico de una relación que, para el acreedor, tiene el carácter y la consideración de derecho real. Examinando bien el supuesto, se aprecia que el interés de recibir una prestación presenta la seguridad, la rigidez de la que carece un derecho personal. De una manera limitada y excepcional el ordenamiento ha conectado la protección propia del derecho real con una pretensión dirigida a un comportamiento personal. Por la limitación que representa a la libertad de las personas −nadie, en principio, puede quedar obligado o ser responsable del incumplimiento de una prestación a la que no se comprometió personalmente− sólo puede tener lugar cuando la prestación −normalmente un *dare*− siendo lo principal en el interés del acreedor, representa respecto del deudor un sacrificio patrimonial asumible a través de la utilidad del bien a que el débito está unido; la prestación personal ha de referirse a productos que, al menos virtualmente, cabría obtener con la administración de la cosa, o se refiere a una limitación en el modo ordinario de su utilización libre. Con estas condiciones puede

---

[70]OSSORIO MORALES, J., "Las servidumbres *in faciendo* en el derecho español", *RDP*, 1934, p. 177 y ss., utiliza el argumento para asentar una afirmación −que no negamos−: las servidumbres *in faciendo* (*sic*) son verdaderos derechos reales, no otra cosa. "Interesa ante todo dejar bien puntualizado que esta figura de la servidumbre *in faciendo*, como servidumbre que es, pertenece por completo al campo de los derechos reales. Aunque el titular de la servidumbre esté facultado para exigir una prestación de hacer y el dueño del predio sirviente deba cumplirla, no se les puede considerar como acreedor y deudor, respectivamente, ni calificar de obligación la relación existente entre ellos. No debe olvidarse, a estos efectos, que la exigencia de una prestación (*Leistungsanspruch*) no constituye un carácter exclusivo de la relación de crédito". Esta última afirmación, está tomada de TITZE, H., *Bürgerliches Recht. Recht der Schuldverháltnisse*, 3 *Aufl*., Berlin, 1928, p. 1.

establecerse como derecho real una relación que no es sino una obligación *propter rem*. De ahí −suele afirmarse− la exigencia de la previsión por el legislador: no podrían, libremente, constituirse relaciones de esta naturaleza fuera de los tipos legalmente previstos[71].

La propuesta de Rigaud para el ensanchamiento del ámbito de los derechos reales

Para explicar estas situaciones, RIGAUD proponía un "ensanchamiento del círculo de los derechos reales por una teoría general de las cargas reales"[72]. Argumentando con intención polémica a partir de un concepto estricto, en que sólo derecho real −y todo el derecho real− sería un poder directo sobre la cosa, utiliza la constatación −a partir de la ideología del *Code civil* resultaba chocante− de que en la relación real caben algunas prestaciones positivas debidas al titular o por el titular, para proponer ese ensanchamiento, que supondría aceptar la posibilidad de los llamados «derechos reales *in faciendo*». El intento presentaba una tremenda dificultad, pues la reacción contra el *Ancien Règime* se había manifestado, entre otras cosas, en un designio de eliminación de todo derecho real que no fuera poder directo sobre la cosa sin contaminación de prestaciones personales. A pesar de ello, como veremos, el objetivo propuesto no llevó a negar, en la relación de derecho real, la presencia de sub-relaciones obligacionales. Y como en el propio *Code civil* se recogen ejemplos, esto sirvió a RIGAUD para hablar de derechos reales *in faciendo*, de lo que los exégetas se habían cuidado. Para encontrar derechos cuyo contenido obligacional sea nuclear, ha de acudir a las cargas de derecho público, no puede encontrarlas en el derecho privado, a pesar de que la enfiteusis fuera rehabilitada después de unos años de su ausencia en el *Code civil*.

---

[71]En esto, dice BIGLIAZZI-GERI, es conforme la doctrina italiana. *Vid*. BIGLIAZZI-GERI, L., *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, *Trattato CICU-MESSINEO*, XI-3, Milano, 1984, pp. 21-22, 48, 59 y ss, 69-70. Sin embargo, entre nosotros, sostiene PEÑA la posibilidad de cargas reales atípicas, con interesantes argumentos. Por ejemplo, al amparo de los arts. 1611 y 1655 CC, la STS 30 diciembre de 1930 admitió nuevas figuras censales similares a la enfiteusis. Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, pp. 19, 311-312; ROMAN GARCIA, A., *La tipicidad en los derechos reales*, Madrid, 1994, p. 189. Cabría plantear la posibilidad de establecer, por ejemplo, una carga real de censo en forma de *reallast*.

[72]Cfr. RIGAUD, *El derecho real..., cit.* Las referencias, tomadas de la traducción española, p. 298.

Por consiguiente, la labor de RIGAUD con vistas a ese «ensanchamiento» en buena medida sólo significa comprender el derecho real en sus justos límites, no tanto «ensancharlo». Buena parte de sus argumentos en realidad muestran, como habían hecho los exégetas, la presencia de la obligación real. Pero está decidido a «ensanchar» el derecho real, y en ese empeño le vale todo argumento que sirva para el ensanche: por eso se refiere tanto a las prestaciones accesorias como a esos otros supuestos de prestación aparentemente «principal», situándolas al mismo nivel: el del derecho real en que el intermediario −no personalmente obligado, pero intermediario, a fin de cuentas− no tiene como deber solamente un *pati* sino −en idéntica consideración de intermediario− un *facere*[73].

---

[73]Citando a FADDA y BENSA, señala: "la idea de persona nos parece, pues, como un intermediario necesario en el derecho real llamado desmembrado (...) Pero, si el titular de la servidumbre no goza de su derecho más que gracias a la actitud pasiva observada por el propietario del fundo sirviente respecto a él, y el concepto de la realidad de la servidumbre no se altera por esto ¿por qué se considera imposible un derecho real que, recayendo sobre el fundo, como una servidumbre, impusiera indirectamente al propietario o al poseedor, por razón de la relación en que se encuentra con el inmueble, no sólo un simple *pati*, sino una obligación propiamente dicha, alteraría la naturaleza del derecho real, ya que el propietario o el poseedor del fundo podrían hurtar su cuerpo *rem derelinquendo*, de la misma manera que el propietario del fundo sirviente escapa al *pati*?...¿Qué razón hay, sentado esto, para distinguir arbitrariamente entre el *pati* y el *facere*?...

Estas dos prestaciones se funden en el concepto común más amplio, respecto al gravamen (*onus*, *Last*), según el que se grava directamente el fundo e inmediatamente (*sic*) la persona que se encuentra en relación con el fundo; ésta no se considera más que en razón de la cosa. Evidentemente, si es absurdo, en la servidumbre *oneris ferendi* hablar de un *aedificium patiens*, no es menos absurdo, con ocasión de la prestación positiva que deriva de *reficere parietem*, hablar de un *aedificium faciens*. Pero si el *pati* y el *facere* no pueden realizarse más que por el propietario o el detentador del fundo sirviente, no dejan de aparecer por esto como una carga del inmueble, y no como una obligación de la persona, ya que ésta puede escapar a ella por abandono. Tanto en un caso como en otro, la persona no aparece más que como un representante del fundo. La individualidad de la persona es indiferente; el titular no ha de preocuparse de su solvencia o insolvencia. La cosa aparece siempre en primer plano, por razón de esta indiferencia en la persona y porque es la cosa la que coloca a la persona en situación de actuar, de no actuar o de soportar.

De esta manera, las rentas raíces y los diezmos aparecen, bajo el antiguo régimen, no como obligaciones impuestas a las personas, sino como cargas reales que dan a sus beneficiarios el

Que la relación real entre un propietario y el titular de una servidumbre implique pretensiones concretas de respeto, permitiría afirmar que el titular de la servidumbre no puede ejercitar su derecho sin «intermedio» del propietario. Pero el derecho real se ejerce siempre independientemente de la cooperación de un intermediario «personalmente» obligado[74]. No existe, por tanto, obligación.

Recuerda RIGAUD −en buena medida, con razón− que "cuando los antiguos autores hablaban de *obligatio propter rem*, utilizaban este término como una expresión cómoda, sin negar el carácter real de las figuras jurídicas en las que la empleaban, tales como las rentas raíces y la hipoteca"; pero "se ha querido ir más lejos, analizando estas figuras como obligaciones en las que el sujeto está determinado por la posesión del fundo". Así, se estaría poniendo en peligro la doctrina clásica del derecho real (al considerarse como una obligación). Por ello "es preciso rechazar, como una explicación poco hábil y falsa en sí misma el concepto de «obligación *propter rem*», y entonces no queda más, bajo el nombre de carga real, que un derecho real *in faciendo*, un derecho real de contenido positivo"[75].

Así pues, para este autor, significativo de un importante sector de la doctrina al final del siglo pasado y en el primer tercio del actual, siempre que el titular del derecho real pueda exigir un comportamiento positivo de persona determinada, estamos en presencia de un derecho real, pero *in faciendo*[76].

Para llegar a esta conclusión, realiza una crítica −común a diversos autores, a medida que se afina en el estudio de los textos romanos− a la regla *servitus in faciendo consistere nequit*. No habría sido tomada con carácter absoluto por los propios juristas romanos y, por

---

derecho de exigir prestaciones sucesivas que deberán ser pagadas, ya en dinero, ya en productos naturales, con el producto de los fundos". Cfr. RIGAUD, *El derecho real..., cit.*, pp. 301-303.

[74]Cfr. RIGAUD, *El derecho real..., cit.*, p. 306.

[75]Cfr. RIGAUD, *El derecho real..., cit.*, pp. 304-305. Para criticar el concepto de obligación *propter rem*, utiliza textos de PLANIOL. Pero éste, como veremos, lo que hacía era negar el carácter de obligación real a la hipoteca; reconocía, sin embargo, la existencia de obligaciones reales, que él llama "semi-reales". Por eso, RIGAUD, ante las doctrinas de PLANIOL, muestra cierta perplejidad.

[76]Luego, como vamos a ver, tendrá que delimitar esta doctrina: una «carga impuesta sobre una heredad» puede consistir en un *facere* positivo, siempre que corresponda o se preste «para el uso y la utilidad» del fundo sirviente y «tenga necesidad, para realizarse, del hecho del propietario». Estaríamos ante una servidumbre real *in faciendo*, no ante una deuda. *Vid.* RIGAUD, *El derecho real..., cit.*, p. 320 y ss.

supuesto, su aplicación a las servidumbres no podría extenderse alegremente a otros derechos reales[77]. Pero tales argumentos no le llevan a la admisión de obligaciones *propter rem*, porque su punto de vista es otro: justificar, sin salirse del concepto de derecho real, la presencia de una serie de prestaciones positivas; defender su «doctrina institucional» del derecho real, próxima a la teoría clásica pero bajo el influjo de la idea personalista. Por temor de que, afirmando la existencia de obligación, se negara el derecho real, afirma rotundamente: "es preciso, ante todo, deshacernos del concepto de la *obligatio propter rem*, concepto desmañado, destinado sólo a enmascarar la existencia de los derechos reales *in faciendo*"[78].

Para su propósito ("demostrar que, en teoría pura, el derecho real con contenido *in faciendo* no es completamente absurdo"[79]) no le importa argumentar sobre todo a base de prestaciones de *facere* accesorio −las del art. 698 CCF− mientras pueda constatar la posibilidad de establecer «como contenido de la servidumbre» un *facere* que, por tanto, no repugna al concepto de derecho real: si así fuera, no se concibe por qué un hecho positivo pueda ser admitido incluso por vía accesoria[80].

Admitido francamente, con claridad, el *facere* como contenido posible del derecho real, RIGAUD tiene después que matizar:

"No consideraríamos, por el contrario, como servidumbre, contraviniendo las condiciones del art. 686 CCF, la obligación impuesta al propietario del fundo y a sus sucesores particulares de prestar servicios en el campo de su vecino en especie y llevar o cortar madera, pues es evidente en este caso que la carga está impuesta no al fundo[81], sino a la persona, no interviniendo el fundo sino para designar a la persona del obligado.

---

[77]Cfr. RIGAUD, *El derecho real..., cit.*, pp. 300 y ss., 311 y 320.

[78]Niega toda obligación *propter rem* precisamente por la existencia del posible abandono liberatorio, la nota que, para la doctrina del momento, caracterizaba a esta figura. "Nos basta hacer constar que el deudor de esas pretendidas obligaciones raíces puede desembarazarse de ellas, *rem derelinquendo*, y que éstas no pasan a sus herederos con tal cualidad." Cfr. RIGAUD, *El derecho real..., cit.*, pp. 305-307.

[79]Cfr. RIGAUD, *El derecho real..., cit.*, p. 299.

[80]*Vid.* RIGAUD, *El derecho real..., cit.*, p. 310, citando en su apoyo a FADDA y BENSA.

[81]El que una carga esté impuesta al fundo, implica y exige una utilización del mismo en primer plano, no sólo una determinación del sujeto paciente de modo igual que en los derechos reales: ha de haber núcleo de poder sobre la cosa, y sin esto, RIGAUD reconoce que no es

En otros términos, la fórmula empleada por el art. 686 significa que una servidumbre no puede tener por contenido los servicios que fueren impuestos a una persona en su cualidad de propietario de un fundo antes que al fundo mismo, es decir, los servicios que estuviesen sin relación directa e inmediata con el uso y la explotación del fundo sirviente, o para emplear una fórmula más breve y más precisa, los servicios personales que no contienen la explotación habitual y normal del fundo sirviente[82].

El art. 686 no prohíbe todo servicio personal a título de servidumbre, así lo prueban los arts. 698 y 699. Corresponde a la jurisprudencia decir *in concreto* en qué caso el servicio personal deberá ser válido como servidumbre, porque sin esta prestación positiva que pesa sobre la explotación normal del fundo sirviente, el uso o la existencia misma de una servidumbre solicitada por las necesidades de la práctica, se hará imposible o difícil, y en qué casos, por el contrario, deberá ser anulada como servidumbre, ya que no responde a condiciones de utilidad suficiente (...)

Esta doble condición de utilidad para el fundo dominante, y de actividad normal en la explotación del fundo sirviente bastan para asegurar el respeto al art. 686 y para impedir el retorno de toda servidumbre de carácter feudal.

Si queremos no obstante imponer a toda costa límites más estrechos a la constitución de servidumbres *in faciendo* no hay más que adoptar las condiciones propuestas por RIPERT. He aquí, dice, el sentido más restringido que conviene dar al art. 686. “Para que un servicio general pueda ser estipulado como servidumbre: 1º. Es preciso que tenga un carácter de utilidad respecto a la vecindad de los dos fundos. 2º. Es preciso que únicamente el propietario vecino esté en estado de hacer este servicio”. Podemos convencernos, en efecto, fácilmente de que este es el carácter común de todos los ejemplos que hemos dado. Únicamente el propietario vecino puede concurrir al deslinde, al cerramiento, o puede ceder

---

posible el *facere* como obligación real (esto último lo añadimos nosotros). Y en este sentido el *facere* es accesorio, aunque RIGAUD no lo admita.

[82]En este sentido, a RIGAUD le parece muy correcta la fórmula del art. 782 CCS, a propósito de las cargas fundiarias: “Las prestaciones deben estar en correlación con la economía del fundo gravado, o relacionarse con las necesidades de la explotación del fundo dominante”. Sin embargo, parece claro que en el CCF las prestaciones *in faciendo* del derecho real no sólo han de ser así, deben ser un complemento de la utilización del fundo sirviente. Por eso RIGAUD constata, y se entusiasma con ello, que entre las cargas que llama «raíces» (las cargas fundiarias) el CCS admite verdaderas servidumbres *in faciendo*. Pero en realidad no se trata de servidumbres, sino de otra figura característica.

la medianería; solamente él puede plantar árboles o desbrozar la tierra. He aquí por qué, añade, la constitución de derechos prevenidos (*sic*) es muy rara. Creemos, por tanto, con RIPERT, que puede admitirse esta constitución y como él creemos que no pueden rechazarse tales derechos sin examen"[83].

Después de afirmar que el *facere* por el sujeto pasivo no está excluido en el concepto de derecho real, y de matizarlo por «la condición de vecindad», los ejemplos que presenta[84] en su mayor parte se refieren a *facere* accesorios, que acompañan a la utilización del fundo sirviente[85]. Por eso, se esfuerza en evitar esta idea como regla general, y resalta la

---

[83]Cfr. RIGAUD, *El derecho real..., cit.*, pp. 321-322.

[84]Así, una sentencia de 22 febrero 1881: "decide que un fabricante deudor de una servidumbre de conducción de agua puede válidamente estar obligado no solo a establecer el canal de conducción, también a tomar todas las medidas para que, de día y de noche, el lavadero (fundo dominante) esté provisto de una cantidad suficiente de agua clara". Y "comprendemos también perfectamente con RIPERT, que un propietario sea obligado a construir un muro en su fundo, y a mantenerlo en buen estado para proteger el fundo vecino, a plantar árboles y a mantenerlos para que le den sombra".

[85]Respecto a esos ejemplos, hace RIGAUD una explicación que manifiesta cómo −igual que FADDA y BENSA, en quienes se inspira− ha visto el juego de la obligación real, pero por la contraposición absoluta que concibe entre derecho real y de crédito, no la admite, sino sólo "la posibilidad de los derechos reales *in faciendo*, bajo la forma de servidumbres". Vale la pena transcribir algunos párrafos de RIGAUD, *El derecho real..., cit.*, p. 324 y ss.:

"No creemos, por esto, resucite el régimen feudal, que no se objeten en términos generales los inconvenientes que puede tener una admisión demasiado amplia del principio *servitus in faciendo consistere potest*. Limitado jurídicamente por la condición de vecindad, propuesta por RIPERT, prácticamente por la rareza de estas convenciones su admisión no nos parece que presente ningún peligro".

A este respecto, añade en nota: "en la práctica se perciben, por el contrario, cada día más claramente los inconvenientes que resultan para las necesidades de la vida moderna de la tiranía del adagio: *servitus in faciendo non consistit*. Debemos citar a este propósito un ejemplo de las aberraciones a que puede conducir el culto de los juristas a este principio. Es sabido que en las divisiones de las propiedades y sobre todo de las propiedades edificadas, se estipula frecuentemente que ciertos lugares (patios, portales, sendas) serán comunes y continuarán sirviendo a los lotes que se han formado. No hay aquí una servidumbre de paso, ya que los patios y caminos quedan en la indivisión; es una servidumbre de indivisión forzosa (es curioso observar la *vis* atractiva que en la doctrina francesa tiene el concepto de servidumbre) creada convenientemente y análoga a la que deriva de la ley en materia de medianería. Ahora bien,

ocurre frecuentemente que los propietarios de inmuebles, especialmente de villas, mal servidos por un portal común, convienen entre ellos, en el acto del reparto o posteriormente, en pagar un canon periódico para el cuidado y reparación del portal, uno al otro, constituido en administrador del interés común. Convienen en esto en calidad de propietarios, a fin de que el adquirente que pueda sustituirse esté sujeto de pleno derecho a esta prestación positiva, en lugar de ellos. ¿Hay aquí una servidumbre o una carga real impuesta a la propiedad?

No, contesta una sentencia del Tribunal de Niza del 26 de octubre de 1909 (*Gaz. Trib.*, 1910, 1re, rem. 17) y por consiguiente los propietarios interesados no pueden reclamar, al tercer adquirente del inmueble enajenado, el canon en cuestión. No tienen una acción real, pues ésta no se comprende más que garantizando un derecho real, es decir, un derecho sobre la cosa (vemos que pujanza tiene aún −continúa RIGAUD− el falso dogma de que el derecho real se ejerce sin intermediario) y la no ejecución de la obligación por parte del vendedor, no confiere contra él o contra su adquirente ningún derecho real propiamente dicho.

DEMOGUE (*RTDC*, 1910, p. 435) considera mala esta solución jurídica, e indica el medio de escapar a ella volviendo otra vez al *Arrêt* de la *Cour de Paris*, de 17 de enero de 1907, que decidió justamente que los propietarios de inmuebles servidos por un camino común, que habrían convenido entre sí pagar cierto canon para su mantenimiento, podían cada uno de ellos, al vender lo que le pertenecía, imponer al adquirente la continuación de esta obligación.

El propietario enajenante no tendrá pues, más que insertar esta cláusula de estipulación por otro en el acta de venta para evitar ser obligado a contribuir al mantenimiento de un camino que ya no utiliza en adelante. DEMOGUE añade sobre la sentencia de París (*RTDC*, 1908, p. 696): “esta solución muy equitativa, y muy importante, permite quebrantar la regla de que no se puede establecer servidumbre gravando a una persona. El sucesor se encuentra obligado, no de pleno derecho, sino por consecuencia de una verdadera cesión de deuda; ha aceptado voluntariamente la obligación positiva que pesa sobre él. Esta solución, que parece nueva, está de acuerdo con la jurisprudencia que se muestra muy amplia para dar solidez a las convenciones entre vecinos, cualquiera sea el nombre que tengan”.

Así, se llega, con esta interpretación estrecha del art. 686, a hacer depender de una formalidad (inserción de ciertas palabras en el contrato de venta) una solución que se impone (...). Esperando que la cláusula de subrogación se convierta en pura fórmula, todo depende de un olvido de las partes o del notario. Para nosotros, al contrario, el art. 686 CCF no se opone en este caso a lo que hay de servidumbre, y de servidumbre *in faciendo*, y por consiguiente la carga pasa *ipso iure* al tercer adquirente. El mecanismo ingenioso de la estipulación por otro y de la cesión de deuda, al mismo tiempo que se sobreentiende, no puede hacer más que enmascarar aquí la existencia de la servidumbre”.

RIGAUD ha introducido el *facere* en el derecho real a través de su concepción del «intermediario» necesario. Es quien padece el derecho real, y quien debe hacer, pero sin que este deber sea una verdadera obligación. Pero no acierta a distinguir el «intermediario» en la relación

importancia del *arrêt* de Casación de 9 de enero 1901, en que la actividad del titular del fundo sirviente "es necesaria no solamente para la conservación y el uso, sino también para la existencia misma de la servidumbre"[86]. El *arrêt* −que RIGAUD considera "muy interesante como interpretación de los arts. 686, 698 y 599" CCF− declara servidumbre el derecho reconocido a perpetuidad en provecho de una fábrica de vidrio, de alimentarse de carbón de la mina vecina, pero teniendo el titular del fundo sirviente la obligación de extraer, escoger y entregar el carbón. Otro ejemplo lo proporciona la sentencia de 6 de julio 1874: admite como servidumbre la carga impuesta a un molino de moler el grano necesario para el mantenimiento de una casa vecina. "Ahora bien −recalca RIGAUD− la mina, lo mismo que el molino, no puede prestar ningún servicio sin la intervención activa del hombre, por lo que el trabajo general del molinero se impone". Entonces "no podemos decir aquí que la prestación positiva sea un accesorio de la servidumbre, ya que siguiendo la legislación particular de las minas, la servidumbre no podrá ser ejercida de otra manera, pudiendo extraer el carbón solamente el concesionario"[87].

---

de pura exclusión propia del derecho real, y en una relación de cooperación. Por eso se sorprende ante la postura de RIPERT, quien admite el *facere* en el derecho real, pero no «en cuanto relación real de exclusión». Así, dirá RIGAUD: "lo que no comprendemos tan claramente es que, después de admitir con M. NAQUET, la posibilidad de los derechos reales *in faciendo*, bajo la forma de servidumbres, RIPERT adopte a ojos cerrados el análisis del derecho real hecho por PLANIOL. ¿Por qué después de admitir que un derecho real puede alguna vez imponer a la persona una prestación positiva, puede afirmar como PLANIOL que consiste en una obligación puramente negativa impuesta a un sujeto pasivo universal (el público) en provecho de un sujeto activo único...? ¿ Y cómo puede a la vez adoptar esta teoría y llamar servidumbres, es decir, derechos reales, a las figuras jurídicas que imponen obligaciones positivas?". Otra vez la contraposición a rajatabla entre derecho real y derecho de crédito. "No dirigimos a DEMOGUE −termina RIGAUD− el mismo reproche, ya que para él los derechos reales no existen como categoría jurídica, y porque reduce lógicamente todas las servidumbres y cargas reales sea *in patiendo* sea *in faciendo* a obligaciones. La tesis de DEMOGUE, falsa en sí misma, cae en este punto bajo las críticas que hemos dirigido antes, siguiendo al mismo PLANIOL, contra el concepto de la *obligatio propter rem*".

[86]Cfr. RIGAUD, *El derecho real..., cit.*, p. 323.

[87]Antes, "FADDA y BENSA dan (p. 585) una hipótesis parecida a la que nosotros acabamos de dar: «Supongamos, dicen, que dos copartícipes establecen que una faja de tierra servirá de paso común a dos porciones que han formado, y que solo a una de estas partes incumbirá la obligación de reparación. No hay aquí una servidumbre de paso: queda sólo la obligación

Lo que ocurre, en estos casos, es que la utilización del fundo sirviente, por su especial naturaleza, sólo puede realizarse por el concesionario −en el caso de la mina− o el titular del molino. Entonces, el *facere* sigue siendo, si lo vemos bien, accesorio respecto de la utilidad que del fundo extrae el titular dominante[88]. Esto nos hace ver que en la mayoría de los casos, el *facere* sólo es una prestación accesoria, obligación real. Pero, efectivamente, hay que reconocer, con RIGAUD, que en ciertos casos excepcionales la servidumbre tiene un contenido prevalentemente «obligacional», porque el comportamiento accesorio se convierte en instrumento ineludible en la utilidad[89].

Por fin, según RIGAUD, en derecho francés aún pueden encontrarse otro tipo de derechos reales *in faciendo* "que se pueden clasificar (...) bajo la denominación general de cargas raíces o reales. Aquí no hallamos ya un fundo dominante frente a un fundo sirviente, sino una persona que tiene derecho a prestaciones positivas impuestas sobre una tierra, y que no pueden hacerse efectivas más que por intermedio del propietario o del poseedor del fundo gravado". Pero en Francia es verdaderamente excepcional, en el ámbito de las relaciones de derecho privado: si en derecho público −reconoce RIGAUD− tales «derechos reales *in faciendo*, de la clase de las cargas reales» "tienen y tendrán un inmenso desarrollo", por el contrario "en el dominio del derecho privado deben ser forzosamente circunscritas y limitadas ya que constituyen verdaderas trabas a la fácil circulación de los bienes". Sólo encuentra, como ejemplo, la carga raíz impuesta a la mina, que presenta todos los caracteres de la antigua renta territorial[90].

Significado del derecho real *in faciendo*

En definitiva, si el *facere* no aparece como accesorio; si el contenido obligacional es nuclear, central, sólo puede construirse el derecho real de modo excepcional, por voluntad del legislador que prevé esta forma de protección. La regla general de que aquél ha de tener

---

impuesta a un lote en ventaja de otro, obligación que no tiene carácter accesorio y que constituye, nada menos, una verdadera y propia servidumbre»".

[88]*Vid.* el tratamiento de estas cuestiones por BONNECASE y GOUBEAUX, en el capítulo correspondiente.

[89]Todo ello tiene adecuada cobertura en nuestro art. 533 CC.

[90]Cfr. RIGAUD, *El derecho real..., cit.*, pp. 326-327. Sobre esta última carga real, se remite a PLANIOL, M., y RIPERT, G., *Traité élémentaire de droit civil français*, II, 10ª ed., Paris, 1926, nn. 2998 y 3003.

como núcleo un poder de utilización de la cosa −que permite y justifica el ejercicio de la *actio in rem*− no resulta refutada por los argumentos de RIGAUD, sin perjuicio de que el legislador pueda configurar como reales derechos con otro contenido.

Nada impide, sin embargo, considerar derechos reales *in faciendo* aquellos en que el titular puede exigir prestaciones positivas de determinadas personas fuera de todo compromiso personal. Un derecho real sería *in faciendo* cuando, al lado de la relación real propia que supone un poder sobre la cosa, límites a ese poder y la gama de pretensiones reales derivadas del mismo, existieran como accesorias otras dirigidas a obtener un *facere* que sólo puede ser secundario respecto al núcleo real esencial.

Así, los conceptos de derecho real *in faciendo* y obligación real no son incompatibles, se presuponen. En este sentido, señala LACRUZ[91]: "en la doctrina se habla, a la vez que de obligaciones *propter rem*, de derechos reales *in faciendo*: según muchos, como aspectos de (o puntos de vista, activo y pasivo, sobre) un mismo fenómeno". En sentido amplio se puede denominar *in faciendo* un derecho real cuando, en el desarrollo de la relación, el titular puede exigir una prestación positiva de persona determinada. En él habría siempre una obligación real. Por ello en este concepto muy general pueden entrar la mayoría de los derechos reales. Sólo connota aquella compatibilidad[92].

Sin embargo, es posible dar un sentido más concreto a este concepto, referido a aquel derecho real en que, excepcionalmente, el núcleo central es una obligación personal. El *facere* comprendería también prestaciones de dar. Y, con más amplitud, podría hablarse de derechos reales de contenido obligacional siempre que la relación exigencia−prestación (de dar, hacer o no hacer) estuviera en el núcleo del interés del titular del derecho.

¿Cuáles serían los supuestos?

Paradójicamente, como paradigma de estos derechos reales de contenido obligacional se podría considerar uno que, ciertamente, no puede ser *in faciendo*: la servidumbre negativa. La obligación que se impone se refiere a la configuración del fundo: no hay más que esa obligación de resultado a cargo de quien, en cada momento, sea propietario del inmueble. Pero, como obligación de resultado, podría luego concretarse lo mismo en una exigencia de no hacer que en una actividad positiva. Encontramos en esta figura un derecho

---

[91]LACRUZ, *Elementos..., cit.*, III-1-1, 1988, p. 19.

[92]Cfr. ALBALADEJO, M. *Curso de Derecho civil español, III*, Barcelona, 1982, pp. 15-17; PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 22.

real construido exclusivamente a base de una obligación *propter rem* autónoma, independiente. En este caso puede aceptarse la doctrina de ABERKANE, para quien son precisamente las servidumbres las figuras típicas de obligación *propter rem*, aunque, con dos salvedades: la servidumbre negativa es, a la vez, un derecho real y una obligación *propter rem*, pues se trata de una relación de obligación elevada a la categoría de relación real, en cuanto forma especial de poder sobre la cosa: poder de impedir una actividad, de hacer valer el mantenimiento de una configuración del inmueble, defendido con acción real. El otro matiz es que se trata de una obligación de resultado, que impone siempre la ejecución en forma específica.

De ahí la dificultad, que ha reconocido DE ÁNGEL YAGÜEZ[93], para distinguir en el caso concreto entre servidumbre negativa −obligación *propter rem*− y la obligación puramente personal de no hacer, que sólo puede resolverse interpretando la voluntad de las partes. Pues en la servidumbre negativa, el poder «inherente» a la cosa no puede distinguirse en nada del poder «sobre la cosa» que tendría el titular de una obligación pura y simple, y más si fuese ambulatoria[94].

Así pues, el derecho real de contenido obligacional parece tener una manifestación que en rigor no puede llamarse *in faciendo*, y esto es así porque la obligación personal −no accesoria− puede ser no sólo de dar o de hacer, sino también de no hacer.

Aunque el supuesto más llamativo, dice DIEZ-PICAZO, de derecho real *in faciendo*, lo constituyen las llamadas cargas reales (*Reallasten*). En ellas, el contenido obligacional es autónomo y principal −no se presenta como un complemento o modulación de un señorío directo sobre la cosa− y positivo en todo caso. “Impuestas sobre un inmueble obligan a su propietario a ejecutar periódicamente determinadas prestaciones, de cuyo pago o cumplimiento responde el inmueble mismo con su valor”[95].

---

[93]DE ANGEL YAGUEZ, R, “Servidumbre negativa y obligación de no hacer”, *RCDI*, 514, 1976, p. 621 y ss.

[94]Sobre esta relación entre obligación negativa y servidumbre, puede verse DIEZ-PICAZO, *Fundamentos..., I, cit.*, p. 447. Intenta una rigurosa diferenciación BETTI, *op. cit.*, p. 11 y ss.

[95]DIEZ-PICAZO, *Fundamentos..., II, cit.*, p. 52. PUIG BRUTAU, y con él un amplio sector de la doctrina, entiende que nuestros censos consignativo y reservativo «participan» de la noción de carga real. Para PEÑA son “ejemplos típicos de derecho real *in faciendo*”, y los coloca dentro de la categoría de las cargas reales. Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, pp. 310-312.

PARTE II

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

Derecho real *in faciendo* en las concesiones inmobiliarias y el universo de las cargas reales

Explica FAIREN: "El derecho feudal siente tan decidida preferencia por las titularidades jurídico-reales que se puede hablar de una verdadera inflación de la realidad; el carácter real no es algo que dependa de la *natur der sache*, sino de una decisión del titular; todo tipo de relación puede configurarse como derecho real. A la vez la preferencia de que gozan las titularidades reales hace que se lleguen a confundir los derechos reales con los inmuebles (...) (el carácter inmueble no depende de la naturaleza física de la cosa, sino de su importancia económico-social). La tierra se erige en reina y señora de la política y el derecho. A través de esta personalización de la tierra se llega a la idea de los derechos reales *in faciendo*; una obligación de hacer algo pesa sobre alguien, con dos particularidades sorprendentes: esa obligación de hacer tiene caracteres de derecho real y no se impone a persona determinada sino a cualesquiera propietario de una tierra determinada.

Sobre el derecho real *in faciendo* se suceden distintas explicaciones. En un principio se habla de derechos reales (y no cabe duda que las *reallasten* tienen tal carácter en el derecho antiguo); otros han hablado de una obligación garantizada con hipoteca; por fin se ha hablado al respecto de obligaciones *propter rem* (expediente para salvar la regla de *servitus in faciendo consistere nequit*, cuando sería mucho más sencillo reconocer que tal regla no

fue aplicada nunca en derecho germánico y que incluso conoció algunas excepciones en derecho romano)”[96].

La conversión o colocación de una obligación como relación real se muestra por OURLIAC y MALAFOSSE como peculiaridad del universo jurídico que se desarrolla desde el final del Imperio Romano. Frente a la tradición romana que personaliza la obligación y ve en ella simplemente relaciones personales −señalan− la tradición franca es diferente por completo y manifiesta una clara predilección por las cargas reales: en la época feudal una tierra «debe» servicios, determinados las más de las veces por la costumbre. Todo el que detenta la tierra está sujeto a ellos. En el caso del censo, p. ej., si la pensión no se paga, el señor no se dirige contra el deudor sino contra el fundo mismo: si se trata de una casa, se llevará las puertas y ventanas y «*mettra l'huis en travers*» (pondrá las puertas del revés). Si de una tierra, procederá contra las cosechas por medio de una «*saisie-brandon*» (ejecución de los frutos pendientes de las ramas o raíces).

Como el poseedor del fundo puede liberarse de la obligación a través del *déguerpissement*, porque la relación se establece en una conexión entre el acreedor y el fundo, en esto difería la situación de estos obligados de la más onerosa de quienes se hallaban vinculados al señor por una dependencia personal.

Con el paso del tiempo, estas relaciones vienen a desembocar (al menos, fuera de los ordenamientos del área germánica) en la renta territorial. POTHIER la contrapone, significativamente, a la hipoteca, en cuanto «obligación principal» en que «es el inmueble quien es el deudor principal». Tal idea está presente desde un primer momento. En caso de confiscación, explican OURLIAC-MALAFOSSE, al menos en territorios de derecho consuetudinario, el señor no está obligado a pagar las deudas (esto mantiene a su favor el principio de intransmisibilidad de las deudas) pero las deudas reales, especialmente las rentas, son oponibles al que realiza la confiscación. Por el contrario, no lo serían las deudas hipotecarias, pues reposan sobre una obligación personal, y no son un *ius constitutum in re* (*Grand Coutumier*, p. 657)[97].

Es el panorama de lo que llamaremos el mundo de las cargas reales, que interesa sobre todo para distinguirlo de la obligación real. Hay que plantear la cuestión en estos términos porque hablar de carga real en nuestro derecho no significa abordar el problema de una

---

[96]FAIREN, *Notas a OURLIAC-MALAFOSSE..., cit.*, p. 91.

[97]Cfr. OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, n. 23.

figura concreta, como ocurriría en los ordenamientos del área germánica. Tampoco se pretende construir una categoría general a la que se amolden perfectamente una serie de relaciones. Basta con aludir de manera genérica, como término de comparación, a un ámbito de supuestos[98] en que el propietario debe prestaciones en tanto sujeto pasivo de un derecho real.

Y conviene diferenciarla (así concretada) de la obligación real, entre otras cosas, porque su inadecuación a las categorías de la dogmática moderna ha llevado −sobre todo en la doctrina suiza− a utilizar la noción de obligación *propter rem* precisamente para explicarla. La carga real (*reallast, grundlast*) se dice, no es más que una obligación *propter rem* unida a la responsabilidad real del inmueble. Siendo derecho real, aparece compuesta de dos elementos: la obligación real y la responsabilidad que se convierte en real[99]. Pero no se recalca del todo que, si bien la dificultad de encaje de esta figura en la dogmática actual resulta así aliviada, la obligación real que hay en la carga es muy especial, ha recorrido un camino propio, peculiar. Se ha convertido en derecho real y entonces es este derecho, como tal, el que produce las obligaciones concretas. Mientras nuestra obligación real, nunca ha pretendido convertirse en derecho real.

Cuando contemplamos las cargas reales desde una perspectiva moderna, surge la necesidad de «explicarlas». Este problema no existía tanto en los momentos en que tales relaciones tuvieron máximo desarrollo. La visión moderna suele manifestarse viendo en la carga el «*trait d'union*» entre el derecho real y el de obligación, o señalando que ni siquiera en el «derecho germánico» llegó a equipararselas con el resto de los derechos reales (pero tampoco eran un simple derecho de crédito[100]). Otra característica de esta visión moderna es incidir sobre todo en la consideración de la carga como forma peculiar de garantía inmobiliaria, dejando de lado su conexión con el usufructo o las servidumbres, que sin embargo resalta cuando se profundiza en la cuestión, se analizan las relaciones y se

---

[98]Correspondientes a esquemas constructivos hoy superados, en palabras de BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, pp. 21-22.

[99]Por todos, cfr. WIELAND, C., *Les droits réels dans le Code civil suisse*, I, Paris, 1913, *ad* art. 782, n. 3, pp. 647-649; DE LOS MOZOS, "La obligación real...", *cit.*, pp. 346-347. Para otros, ni siquiera debiera considerársele derecho real, *vid.* BALBI, G., *Le obbligazioni propter rem*, Torino, 1950, p. 34 y ss.; BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 7 y ss.

[100]Cfr. BUSSI, *La formazione..., cit.*, pp. 120-121.

contempla el modo de explicarlas de los juristas que, imbuidos de las categorías del derecho romano y el derecho común, están todavía próximos al mundo medieval.

La diferenciación de la carga real con la obligación real exige considerar aquella un poco en sus orígenes (si se puede hablar así), o por lo menos en la visión que tenían de ella autores más próximos al mundo del *Ancien Régime*. Se observa entonces mejor la diferencia y cómo, independientemente de que echemos mano de la noción de obligación real −porque, en efecto, si se trata de un instrumento dentro del derecho real, estará también en la carga real− para explicarlo, cuando el universo de los derechos reales *in faciendo* y de las cargas reales queda como un vestigio del pasado, la noción de obligación real no ha de seguir la misma suerte[101].

Elementos del panorama en que se desenvuelve el derecho real *in faciendo* y la carga real

La idea de un derecho real que se manifiesta y desenvuelve como pretensión a prestaciones, tiene un caldo de cultivo relacionado con toda la evolución de las relaciones jurídicas operada a partir del Bajo Imperio, aunque diversos elementos podamos encontrarlos con anterioridad.

Las concesiones a largo plazo en Roma

Es un fenómeno propio de todos los pueblos antiguos. “Normalmente, el arrendatario de un bien, que disfruta de él mediante una renta, tiene únicamente un derecho personal. Pero el contrato de arrendamiento de cosas procede de la venta y se ha formado empíricamente. Sus orígenes, las necesidades de la práctica y varios siglos de evolución le atribuyen una gran plasticidad. Los arrendamientos en Roma no sólo pueden ser de muy larga duración, sino también perpetuos.

Por razón de la misma continuidad de su explotación, el arrendatario de una tierra emprenderá trabajos importantes que justifican una protección más eficaz que la de reconocerle una simple protección personal que sólo sería oponible al arrendador. De los dos elementos del contrato, el arrendatario es el elemento productivo más dinámico, y por

---

[101]También es el planteamiento de DOMINGUEZ PLATAS, J., *Obligación y derecho real de goce*, Valencia, 1994, p. 209 y ss.

consiguiente interesa cada vez más (...) a un legislador cada vez más preocupado por imperativos económicos. (...) El arrendatario no puede defenderse de las perturbaciones de terceros más que recurriendo al arrendador, quien tendrá tanto menos interés en intervenir cuanto más lejano vea el día en que va a recuperar el disfrute de la tierra. Por ello se va a reconocer un derecho real a los arrendatarios a largo plazo. Semejante reconocimiento responde a necesidades prácticas y no estará sujeto a incidencias políticas como sucede en el derecho medieval (...) sino únicamente económicas. La superficie, la concesión del *ager vectigalis* y la enfiteusis son las principales concesiones a largo plazo que conceden tales ventajas a quienes las reciben"[102].

La relación entre quien ostenta la titularidad dominical sobre grandes extensiones de terreno cultivable o suelo para edificar, y quien está dispuesto a roturarlo y cultivarlo, o edificarlo, presenta peculiares equilibrios y tensiones. Sin perder la propiedad, a través de una relación personal, quien no está dispuesto o no puede aprovechar directamente sus dominios obtiene un beneficio en virtud de la obligación personal del locatario. Sin embargo, la posición del concesionario tiende a estabilizarse, por diversas razones.

En el derecho de superficie, el deseo del Estado y las ciudades de conservar la propiedad de sus terrenos urbanos no edificados a la vez que se estimula la iniciativa privada para remediar la escasez de viviendas, les lleva a la concesión vitalicia, o perpetua (transmisible también *inter vivos*) con derecho del locatario de construir y hacer suya la propiedad de lo edificado (D. 43, 18, 2), contra el pago de un *solarium*. El concedente obtiene de inmediato una renta regular sin tener que correr con los gastos de la construcción, pero ha de ofrecer una concesión duradera para atraer al concesionario, quien resulta después protegido por un interdicto, completado por acciones análogas a las que protegen la propiedad. Su derecho, sin embargo, no es independiente, se extinguirá si deja de cumplir sus obligaciones[103].

El *vectigal*, canon que por la concesión del *ager publicus* habían de pagar a la *civitas* sus poseedores, desaparece con respecto a determinadas tierras −los primitivos *agri vectigalis* de los aristócratas romanos− que, de ser una *possessio*, se van convirtiendo en propiedades[104], pero, por otra parte, el procedimiento vuelve a aparecer y se generaliza

---

[102]Cfr. OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, n. 213.

[103]Cfr. OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, nn. 40 y 214; ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho romano, I*, 17ª ed., Madrid, 1984, pp. 304-306.

[104]Cfr. BURDESE, A., *Studi sull'ager publicus*, Torino, 1952, pp. 35 y 64 y ss.

cuando las ciudades procuran conceder tierras liberándose de todo cuidado de administrarlas y consiguiendo una renta regular. Se trata de estimular la explotación y mejorar la finca (si la tierra concedida está ya roturada, además de la renta se pagará inicialmente una suma de dinero). El derecho del concesionario es más extenso que el del superficiario porque se presenta como perpetuo (el impago del *vectigal*, en principio, no tiene más sanción que la acción personal para el pago). Transmisible por causa de muerte o *inter vivos*, está protegido por un interdicto (*de loco publico fruendo*) al que reemplazará una acción real desde la época clásica. Lo que se completará por acciones análogas a las que protegen el dominio. Conviene recordar que la expresión *ager vectigalis* se va a utilizar de manera genérica para todo arrendamiento −en especial las concesiones perpetuas, vitalicias o hereditarias−. En la práctica el concesionario se parece cada vez más a un verdadero propietario y el acto de concesión se aleja paulatinamente del arrendamiento[105].

Respecto a la enfiteusis, existe en Oriente antes de la conquista romana y se refiere por lo general a tierras incultas o abandonadas. Para facilitar su viabilidad, quien recibe la tierra paga una renta ordinariamente muy baja, teniendo en cuenta las inversiones realizadas y falta de rendimiento en los primeros años, en que a menudo es dispensado del pago. El paso del tiempo tiende a acentuar el carácter módico del canon, aunque aquí no se puede generalizar −además, el concedente procura elevar estas rentas mediante diversos procedimientos[106]. Este contrato, utilizado también por los particulares, asegura al propietario que su fundo adquirirá un valor o lo aumentará, pero disminuye el alcance de su derecho real. A lo largo del Bajo Imperio, el procedimiento se confundirá y englobará la concesión del *ager vectigalis*[107].

Es preciso constatar la particular relación que existe en estas concesiones entre el intercambio y la atribución. Si sólo se tratara de un arrendamiento, estaría claro que el propietario recibe el beneficio del intercambio en una relación personal. Sin embargo, por el reconocimiento en el concesionario de una *possessio* y, luego, un derecho real, la renta queda como elemento de una relación entre propietario y titular de un derecho real, es fruto

---

[105]La concesión del *ager vectigalis* ha de relacionarse con numerosos contratos agrarios que es imposible reducir a un tipo determinado y que nos han sido revelados por las inscripciones descubiertas en Africa del Norte. Cfr. OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, nn. 39, 41, 215-216.

[106]Cfr. OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, n. 216; ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho romano, I, cit.*, pp. 306-309.

[107]Cfr. OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, n. 41.

de un contrato pero también manifestación del dominio en su relación con otro titular de atribución[108]. En las concesiones fundiarias medievales vendrán acentuadas y potenciadas por otros elementos «políticos» estas motivaciones de la concesión, y esta mezcla y consolidación del elemento contractual y obligacional en el interior de una relación real.

Munera publica

El *vectigal* conecta no sólo con el arrendamiento y la renta inmobiliaria, también con los tributos públicos. Sabemos que el impuesto originariamente es personal, y la propiedad *ex iure quiritium*, debido a su particular carácter, está exenta de contribución. Pero las tierras públicas cuya posesión se concede a los particulares constituyen así fuente de ingresos para el fisco[109].

Aunque "*munus aut publicum aut privatum est*"[110], la sistematización romana de los *munera* tiene un decidido matiz de derecho público[111], y se refiere a las diversas contribuciones −en sentido amplio− del ciudadano a la *civitas*, a la *res publica*: *munera publica seu civilia*[112] es el tronco común en que brotan, por un lado, los *honores*, primer término de referencia, que se considera aparte (*administratio reipublicae cum dignitatis gradu*)[113], también los *officia* y otros *munera* que, sin más, implican una actividad o una

---

[108]En la relación de arrendamiento la propiedad permite obtener beneficios de un contrato. Esta idea permanece, el concedente sigue siendo propietario, pero se desdibuja un poco, cambia su sentido. La propiedad se manifiesta en la obtención de renta (fruto del dominio y del contrato) y en la posibilidad de eliminar el derecho (real-contractual) de quien no cumple sus obligaciones, titular de un derecho real pero aún dependiente del cumplimiento del contrato, y no es ya una persona concreta, sino cualquiera que le suceda como concesionario.

[109]Cfr. OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, n. 35.

[110]D. 50, 4, 14, 1. En derecho privado, por ejemplo, la tutela o curatela.

[111]*Vid.* NUYENS, M., "*La théorie des munera et l'obligation professionnelle au Bas-Empire*", *RIDA*, 1958, pp. 519-537.

[112]Cfr. D. 50, 4, 18, 28.

[113]El *honor*, a la vez se diferencia y participa del concepto de *munus*. Cfr. D. 50, 4, 3; D. 50, 4, 6, 3; , D. 50, 4, 14, 1; D. 50, 4, 10; D. 50, 4, 16; D. 50, 4, 17; D. 50, 4, 18, 2; D. 50, 14.

exacción que se impone a la persona y/o afecta a su patrimonio[114]: pueden llevar consigo un *onus*[115] personal (actividad, esfuerzo, cuidado) patrimonial o mixto[116]. A su vez, el *onus* patrimonial afectará al patrimonio de la persona como tal, o recaerá sobre los poseedores cuando se refiere a las cosas concretas, implicando así un modo especial de participación del fisco en la riqueza[117].

Es en este último ámbito donde se manifiesta: "*in vectigalibus ipsa praedia non personas conveniri et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere*"[118]. Y en parecidos términos encontramos otros textos relativos a la *annona* u otras cargas, que recaen especialmente sobre el poseedor que percibe los frutos. "*... annonas autem is solvere debet, qui possessiones tenet et fructus percipit*"[119].

El enfiteuta, por ejemplo, ha de pagar el canon y el impuesto[120].

Relaciones en la Villa romana. El colonato

En los inmensos dominios del fisco o los grandes terratenientes se opera −explica PATAULT− durante el Bajo Imperio, un reparto de la atribución del suelo entre el propietario y el *exploitant*. El gran dominio aparece dividido en una parte explotada directamente por el propietario y otra concedida por lotes a cultivadores que han de satisfacer anualmente un modesto canon, una parte de la recolección, y prestaciones de

---

[114]Así, el cuidado de contribuir o reparar una obra en la ciudad (D. 50, 4, 4); reparar los caminos (D: 50, 4, 4, 5), las contribuciones impuestas a los campos o a los edificios (D. 50, 4, 4, 5), etc.

[115]La expresión *onus* tiene un sentido general, designa ese soportar que puede aplicarse tanto al trabajo o cuidado personal, o corporal, como al detrimento patrimonial. Cfr. C. 10, 61; C. 10, 41, 3.

[116]D. 50, 4, 18 presenta varios ejemplos de *munera* personales. Se comprenden en la esfera de los mixtos si quienes los desempeñan hacen también gastos de sus propios bienes, como cuando los exactores de tributos soportan los quebrantos de los predios abandonados o las personas fallecidas. Cfr. D. 50, 4, 18, 26 y 27. Son *munera patrimoniorum* "*quae sumptibus patrimonii, et damnis administrantis expediuntur*" (D. 50, 4, 18, 18 y ss.)

[117]Cfr. D. 50, 4, 3, 14; D. 50, 4, 6, 5; C. 10, 16.

[118]D. 39, 4, 7.

[119]C. 10, 16, 2.

[120]Cfr. C. 4, 66, 2. Cfr. OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, n. 217.

trabajo en la reserva del señor. El colono (expresión que aparece en los textos romanos con múltiples sentidos: cultivador, arrendatario, siervo o libre...) ejerce sobre su tierra un derecho sólido, no es una propiedad en la visión del derecho romano, pero tampoco un simple arrendamiento (tal como hoy podemos concebirlo): tiene derecho a posesión, disfrute, transmisión hereditaria.

Este reparto, sin embargo, se opera entre dos partes de condición social muy diferente. Por un lado, un *potens*; por otro, personas que los documentos llegan a calificar *miserrimi homines.* La dependencia de los *coloni* (pueden ser en origen arrendatarios libres −luego semi-libres−, también siervos) se inscribe cada vez más en el sistema, al margen de todo control por el poder público, y tiende a consolidarse a partir de la constitución de Teodosio y Valentiniano (C. 11, 51, 1) que les prohibe abandonar su tierra, favoreciendo las pretensiones de los propietarios pero también los intereses del fisco (*functio annonnaria* del cultivador).

"Se percibe así, en el colonato del Bajo Imperio romano, una primera forma embrionaria de yuxtaposición de dos *maîtrises* sobre el mismo fundo, por un mecanismo cuya finalidad es económica pero que funciona en una situación de dependencia casi total del concesionario. El sistema se extiende al final del Bajo Imperio, el desorden general y las exacciones del fisco conducen a los más débiles a buscar la protección de un poderoso por la práctica de la recomendación. Las tierras de los recomendados son absorbidas en el gran dominio; van a deber *redevances* menos pesadas pero la sujeción personal del explotador irá agravándose con el tiempo"[121].

Las transformaciones medievales

Es característica de las situaciones jurídico-reales en el mundo medieval la confusión entre poder sobre la tierra y relación personal, propiedad y obligación, atribución y compromiso contractual, que −recuerda PATAULT, con referencia a la experiencia francesa− se dibuja en el colonato del Bajo Imperio, se precisa en el régimen fundiario franco y se acentúa en la organización feudo-señorial. Tal mixtificación desborda el cuadro

---

[121]Cfr. PATAULT, A.M., *Introduction historique au droit des biens*, Paris, 1989, n. 24; OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, nn. 61-65. Sobre la cuestión fiscal en el Bajo Imperio y su influencia en este sistema, *vid.* PALLASSE, M., "*La capitation et le problème du Bas-Empire*", *RHD*, 1958, p. 67 y ss.

de la dependencia señorial, pertenece a la esencia del sistema de concurrencia de atribuciones simultáneas. El propietario mediato recibirá del inmediato prestaciones, que manifiestan su dominio, canalizan la utilidad que de él extrae y condicionan la titularidad del obligado. Este aspecto diferencia el sistema jurídico de este momento respecto al derecho de Roma y al moderno[122].

En el Alto Medievo tiene continuidad el régimen del gran dominio inmobiliario del Bajo Imperio[123]. En su interior, cada vez más, el poder público no se interpone entre el *tenancier* y el gran propietario: por la inmunidad que normalmente obtiene, puede impedir a los agentes públicos la intervención en sus dominios, y ejerce poderes de regalía: administración de justicia, recaudación de impuestos, reclutamiento de tropas... La confusión y vínculo entre señorío fundiario y jurisdiccional estará presente a partir de este momento[124].

---

[122]Cfr. LACRUZ, *Elementos..., III-1, cit.*, p. 271-272; PUIG BRUTAU, *Fundamentos..., III-3, cit.*, 1989, pp. 10-11; PATAULT, *op. cit.*, nn. 4, 26 y ss., 32, 88 y ss., 111-112; *Vid*. también OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, n. 70 y ss., y *Notas* de FAIREN, p. 370 y ss.

[123]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 25; OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 316 y ss.; GARCIA DE VALDEAVELLANO, L., *Curso de historia de las instituciones españolas*, 3ª ed., Madrid, 1973, p. 248; Para un análisis general, BALON, J., *Les fondements du régime foncier au Moyen Age depuis la chute de l'Empire Romain en Occident*, Louvain, 1954; LOT, F, *La fin du monde antique et le début du Moyen Age*, Paris, 1968. A.A. V.V., *Recueils de la Société Jean Bodin*, IV, *Le Domaine*. Entre nosotros, BENEYTO PEREZ, *Estudios sobre la historia del régimen agrario*, Barcelona, 1941, p. 32 y ss, 137 y ss., 151 y ss.; ALFONSO DE SALDAÑA, M. I., "Las sernas en León y Castilla. Contribución al estudio de las relaciones socio-económicas en el marco del señorío medieval", *Moneda y Crédito*, 129, 1974, p. 153 y ss.; Especialmente atento a nuestras peculiaridades desde el siglo VIII, SANCHEZ ALBORNOZ, C., *El régimen de la tierra en el reino asturleonés hace mil años*, Buenos Aires, 1978, pp. XI y ss., 1 y ss., 76 y ss., y su propia bibliografía allí citada.

[124]La rarefacción del Estado, señala GROSSI, lleva a muchas situaciones patrimoniales (antes que todas la propiedad) a emerger sobre un plano sobre todo publicístico. Cfr. GROSSI, *Le situazioni reali..., cit. infra*, p. 57. La confusión entre las esferas de señorío y propiedad presenta varios matices. La propiedad comienza a llevar consigo señorío en el Bajo Imperio, donde las contribuciones se pagan al gran propietario que se interpone ante el poder central e irá afirmando su autonomía. Cfr. BENEYTO, *op. cit.*, p. 190; GARCIA DE VALDEAVELLANO, *op. cit.*, p. 251. A la inversa, el señorío simple puede ser objeto de concesión por los reyes, atribuye un dominio eminente y utilidad, no se trata sólo de un encargo de gobierno y jurisdicción; otorga además la posibilidad al *potens* de incrementar su propiedad territorial:

La tierra no es un simple objeto de atribución. En una época histórica en que las fronteras entre lo público y lo privado se desdibujan, en que el individuo obtiene seguridad inmerso en estructuras diversas de lo que hoy conocemos como Estado, la tierra no sólo proporciona los medios de subsistencia, incorpora y se convierte en fundamento de relaciones entre quienes, desde posiciones de preeminencia, coordinación o subordinación, asumen distinto papel en el entramado político, económico y social[125]. La propiedad (incluso el término es sustituido por otros: señorío, *saisine*, *possessio*, *gewere*...) no designa ya "el orgulloso poder solitario del propietario romano, extraño a las relaciones jurídicas entre los hombres"[126]. Habría que hablar ahora, siguiendo a GROSSI, de «situaciones jurídico-reales», múltiples y, a la vez, indiferenciadas cualitativamente desde la óptica de la moderna distinción entre propiedad y derecho real: sólo hay diferencias cuantitativas entre los distintos derechos que suponen una *gewere* o legítima *posessio*, un derecho vinculado a la tierra y a la costumbre de la tierra, una posición estable, duradera, que permite obtener cierta utilidad del fundo o del sistema de relaciones incorporadas como pertenencia suya[127].

---

mediante multas, comisos, usurpación, encomendación. La situación del *potens* fluctúa en ese arco que va de la propiedad que incorpora señorío, al señorío (concebido cada vez más como un bien apropiable) que incorpora, en grado eminente o directo, propiedad. Cfr. SANCHEZ ALBORNOZ, *op. cit.*, pp. 38 y ss., 76 y ss.; GARCIA DE VALDEAVELLANO, *op. cit.*, pp. 246 y ss., 331, 339 y ss; GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, pp. 51 y ss., 75 y ss.

[125]Cfr. GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, p. 216.

[126]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n 4.

[127]Cfr. GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, p. 63. Un panorama general de estos aspectos de la propiedad fundiaria medieval, en LEVY, E., *West Roman Vulgar Law. The Law of Property, (Memory of the American Philosophical Society*, 29), Philadelphia, 1951; GROSSI, *Le situazioni reali..., cit., passim*; "*Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*", *Ius*, XVIII, 1967.

Acerca de la crisis del Estado y confusión entre derecho público y privado, GROSSI, *op. cit.*, pp. 34 y ss., 51 y ss.; SESTAN, E., *Stato e nazione nell'Alto Medioevo*, Napoli, 1952; CALASSO, F., "*Il problema istituzionale dell'ordinamento barbarico in Italia*", *Settimane di studio del centro italiano di studi sull'Alto Medioevo*, IX, *Il passaggio dell'antichità al Medioevo in Occidente*, Spoleto, 1962, p. 63 y ss.

Sobre el peculiar sentido de la atribución, propiedad, posesión, *gewere*..., *vid.* LEVY, *West Roman..., cit.*, pp. 19 y ss., 61 y ss., 96 y ss.; CANNATA, C. A., *«Possessio», «possessor», «Possidere», nelle fonti giuridiche del basso impero romano. Contributo allo studio del sistema dei rapporti reali nell'epoca postclassica*, Milano, 1962; GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, pp.

Frente a esta idea de que la propiedad desaparece, no conviene olvidar que, al menos en origen, destaca ante nosotros un «gran propietario», el señor de la *curtis*, heredero del gran propietario romano[128]. Su dominio está enriquecido, porque encierra en sí poderes sobre los siervos y los dependientes del señorío[129]. Mas, por otra parte, se ha desdibujado, está condicionado por vínculos familiares, de linaje... y, en las relaciones entre el señor y sus siervos o concesionarios, queda limitada por otras legítimas posesiones que la vacían de contenido y conviven con ella[130]. Su propiedad se ha convertido en fuero de la tierra: en la legítima percepción de prestaciones, en el reconocimiento por los otros poseedores de su dominio superior, en sus prerrogativas como juez territorial...

Esta afirmación, en lo que a nosotros interesa, hay que referirla al dualismo reserva dominical-tenencias, que los historiadores califican esencia del gran dominio. En el reparto de la tierra y del trabajo, el señor recibe, en su reserva, parte del rendimiento (frutos, servicios) procedente de las fincas concedidas[131]. Fruto, rendimiento del señorío (mucho más tarde derecho fundiario, servidumbre) son, tanto los censos, diezmos −en especie, inicialmente− como el trabajo recibido, participación y succión de la *vis productiva* de las tenencias −incluye tierra y explotador− (igual que el Fisco había participado de la producción de oficios y explotaciones). De acuerdo con la idea de *gewere*, el señor contempla sus posesiones bajo el ángulo de los rendimientos procurados, no en términos de

---

90 y ss., 103 y ss.; WILLOWEIT, D., "*Proprietas und dominium*", *Historisches Lehrbuch*, München-Freiburg, 1974; PATAULT, *op. cit.*, nn. 4 y ss., 6 y ss.; OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, nn. 71-72.

Sobre la importancia de la tierra como fundamento para la incorporación de relaciones, del ordenamiento a través de la costumbre del lugar y de la jurisdicción, *vid.* GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, pp. 67 y ss.; VACCARI, P., *La territorialità come base dell'ordinamento giuridico del contado nell'Italia medioevale*, 2ª ed., Milano, 1963.

[128]Una descripción de la *curtis* y, en general, del gran dominio, en SANCHEZ ALBORNOZ, *op. cit.*, pp. 59 y ss., 80 y ss.; LEICHT, P. S., *Studi sulla proprietà fondiaria nel Medio Evo*, Milano, 1964, p. 80 y ss. *Vid.* también FAIREN, *Notas a OURLIAC-MALAFOSSE..., cit.*, p. 371 y ss.

[129]Cfr. GARCIA DE VALDEAVELLANO, *op. cit.*, pp. 246-248; OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 344; GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, p. 75 y ss.

[130]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, nn. 27 y ss., 45 y ss.; GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, pp. 107-108.

[131]La cualidad de «concesión» puede deducirse de la encomendación.

propiedad corporal. La tierra, sin provecho, no es un «bien». De esta forma, el servicio y trabajo recibido, como *usus terrae*, año tras año, de cada una de las tierras tributarias −o análogas− tiene la consideración de bien inmueble, incluso más que la tierra propia inculta[132].

Es significativo que, en los documentos medievales, la cesión de la tierra lleva consigo la de los hombres que la trabajan, o la del vínculo por el que se recibirán las prestaciones a cargo de los vecinos de un municipio, solariegos de una comarca... La cesión del hombre es, en realidad, una cesión de rendimientos. El siervo es un elemento integrante de la heredad. Las cargas reales, entonces, serán parte (usufructo) en la fuerza productiva de la tenencia. Un incremento del rendimiento propio que se extrae del fundo del deudor (*obligationes praediorum*, servidumbre *sui generis*)[133].

En cuanto al cultivador, también para él existirá el reconocimiento de una legitima posesión, pero el mismo entramado de relaciones que garantiza, en esta época de inseguridad, en una economía de subsistencia, su humilde atribución fundiaria, la hace inmóvil y dependiente. Tendrá limitado en mayor o menor medida el poder de disposición, y estará obligado a cumplir todo lo que el *usus fundi* encierre como legítimo derecho del titular superior.

La dependencia personal vinculada al reparto de la atribución fundiaria puede derivar en el Alto Medievo de mecanismos estatutarios o contractuales. Nada más extraño en este momento −señala PATAULT− que una propiedad ajena a la condición de la persona[134]. Las

---

[132]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 21, con referencia a BEAUMANOIR, P., *Coutumes de Beauvaisis* (hacia 1280-1283), ed. Salmon, 2 vol., 1899-1900, n. 672.

[133]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 21; ALFONSO DE SALDAÑA, *op. cit.*, p. 153 y ss., 170 y ss.; GARCIA DE VALDEAVELLANO, *op. cit.*, pp. 354-355. Resulta significativo, a modo de ejemplo, el contenido de las trasferencias de señorío que contemplan las sentencias recogidas por GARCIA ORMAECHEA, R., *Supervivencias feudales en España. Estudio de Legislación y Jurisprudencia sobre señoríos*, Madrid, 1932, p. 64 y ss. La heredad se concede o se transmite con pertenencias como Jurisdicción, rentas, incluso personas dependientes y sus trabajos obligatorios. *Vid.* GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, p. 67 y ss., 76 y ss.; ALFONSO DE SALDAÑA, *op. cit.*, p. 168; ALONSO MARTIN, M. L., "Los orígenes de la enfiteusis en Castilla, notas para su estudio", *Actas del I Congreso de historia de Palencia*, III, Palencia, 1987, p. 297.

[134]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 34, p. 48. Es muy significativo que la facultad de disponer de la concesión, cuando se tiene, aparezca limitada por la imposición de hacerlo a persona que, por

concesiones inmobiliarias se modelaban según la jerarquía social, que se inscribía por medio de ellas sobre la tierra[135] afectando, como *consuetudo fundi*, al poseedor ulterior. Aquí, por tanto, conviene revisar, como ocurre con tantos conceptos, también el de contrato: sus consecuencias dependen de presupuestos previos estatutarios, y a determina situaciones llamadas a permanecer largo tiempo[136].

La concesión llamada *mansum* tiene un estatuto de cargas (prestación de frutos, sernas) inscrito en función de la condición personal del primer ocupante, y permanece invariable para el posterior (serán más onerosas las cargas inscritas en la finca de quien era siervo, que las del liberto aún dependiente, o el ocupante libre que ha entrado por la aceptación de la tenencia en la dependencia del señor). El *mansum* supondrá una posesión cada vez más sólida, en el siglo IX hereditaria y enajenable (un documento de la época lo califica de «legítima propiedad») pero subordinada y dependiente de la ejecución de aquellas obligaciones[137]. La territorialización de relaciones que pudieron ser de simple dependencia

---

su condición, no pueda poner en discusión o eludir el cumplimiento del fuero de la tenencia. En otro orden de cosas, el contenido y forma de cumplir las sernas será distinta para el siervo o el libre, el peón o el caballero. Cfr. GARCIA DE VALDEAVELLANO, *op. cit.*, p. 343; ALFONSO DE SALDAÑA, *op. cit.*, pp. 186 y ss., 195; ALONSO MARTIN, *op. cit.*, pp. 295, 299-300. Las referencias serían inacabables.

[135]Cfr. PETOT, P., "*Observation sur la théorie des tenures*", *Recueils de la Société Jean Bodin*, III, *La tenure*, p. 132.

[136]Acerca de esta *manentia*, cfr. GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, p. 85; RUBIO GARRIDO, T., *La propiedad inmueble y el mercado hipotecario*, Madrid, 1994, pp. 38-39. Sobre la peculiaridad del contrato agrario medieval, OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, n. 73, p. 332; GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, p. 120; GARCIA DE VALDEAVELLANO, *op. cit.*, p. 347; GIBERT, R., "Los contratos agrarios en el derecho medieval español", *Boletín de la Universidad de Granada*, 22, 1950, pp. 305-330, p. 305. Encontramos, en el contrato agrario colectivo o fuero agrario, una relación, vinculada al señorío fundiario, que enlaza con el señor a una colectividad de vecinos o cultivadores, y con frecuencia ordena la vida de su comunidad, afectando a su situación pública (Cfr. ALFONSO DE SALDAÑA, *op. cit.*, pp. 156-157; GALO SANCHEZ, *Curso de historia del derecho, Introducción y fuentes*, Madrid, 1960, p. 73). Por ello, criticará GARCIA ORMAECHEA su consideración contractual y admisión de eficacia como relación de propiedad privada, en el momento de disolución del régimen señorial: se trata de una relación de superior a subordinados, y los gravámenes no figuran especificados sobre fincas concretas. Cfr. GARCIA ORMAECHEA, *op. cit.*, pp. 29-30, 74-75, 80 y ss.

[137]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 25; ALFONSO DE SALDAÑA, *op. cit.*, pp. 175-176; OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, nn. 65, 70.

personal se manifiesta en la esfera del *mansum* pudiendo mejorar la condición de quien era siervo: ahora sus obligaciones van ligadas a la tierra que habita, a una posesión, y se modelarán y suavizarán por la costumbre[138].

En las concesiones de *precaria* del Alto Medievo, a la vez que el concesionario va consolidando su derecho sobre la finca (larga duración, vitalicio, hereditario, enajenable) como *gewere* o *saisine* legítima, una propiedad −en sentido medieval−, normalmente ha ingresado en el ámbito de los dependientes del gran dominio. Aunque el contrato no lo implica de por sí, y el censo que impone puede ser simplemente recognoscitivo de dominio y concesión, por lo general quedará sometido a la justicia fundiaria del señor, y pagará diversas tasas y contribuciones. Tal ocurre también, en general, con las diversas formas de encomendación territorial[139]. Todo esto irá produciendo una aproximación en la condición jurídica de quienes, siendo siervos, vieron vinculada su subordinación a una finca, y los cultivadores libres que entraron en la dependencia del señor. Entre la libertad plena y servidumbre hay una gradación de situaciones intermedias vinculadas al reparto fundiario entre el superior y los poseedores inmediatos: *juniores de hereditate*, solariegos, hombres de behetría...[140]

Por otro lado, las relaciones de dependencia personal en el feudo (se desarrolla a partir de los siglos IX-X) tienen en principio la tierra como elemento subsidiario, beneficio de la relación personal (el vasallo recibe la concesión de los poderes dominicales y señoriales que el señor feudal ostenta en una comarca, pero dependiente del cumplimiento de las obligaciones feudales) mas con el tiempo, se transita de un feudalismo personal a otro inmobiliario. En el S. XI los feudos son hereditarios; la enajenabilidad se consigue, con más dificultades, a partir del XII y, en definitiva, en el siglo XIV el feudo no es más que una

---

[138]Cfr. GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, p. 71; ALFONSO DE SALDAÑA, *op. cit.*, p. 186; GARCIA DE VALDEAVELLANO, *op. cit.*, pp. 348, 355. Es posible, también, que una tenencia servil pertenezca a un hombre libre −aunque con la posibilidad de liberarse abandonando sus bienes− e incluso, que la colocación de una persona libre en determinada heredad le convierta en siervo. Cfr. PATAULT, *op. cit.*, nn. 34-36.

[139]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 26. Sobre la encomendación, por todos, *vid.* GARCIA DE VALDEAVELLANO, *op. cit.*, p. 339 y ss.

[140]Cfr. ALFONSO DE SALDAÑA, *op. cit.*, pp. 176-177; GARCIA DE VALDEAVELLANO, *op. cit.*, pp. 249 y ss., 330-331, 346-351, 353-356; SANCHEZ ALBORNOZ, *op. cit.*, p. 111 y ss.

forma de propiedad, con cargas, renta que es lo único que interesa al señor y condiciona a su vez el dominio del vasallo sobre el antiguo beneficio concedido[141].

En el curso de los siglos IX-XI, paralelamente al desarrollo del feudalismo, el antiguo gran dominio se ha convertido en señorío[142]. La relación fundiaria se caracteriza por la asociación íntima de atribución y relación personal. La concesión inmobiliaria, sin embargo, no tendría por qué llevar consigo una relación de dependencia señorial. Esto puede predicarse de las antiguas precarias, de los contratos de *complantatio*, enfiteusis... pero se manifiesta con claridad, por ejemplo, en el en el *bail à rente* francés[143]. Responde sin más al designio del concedente de obtener una utilidad económica de su finca[144], e ilustra sin mezcla de otras consideraciones este modo particular de concebir la propiedad que propicia el contenido *in faciendo* y acepta las cargas reales. El propio régimen señorial, igual que la relación feudal, terminó siendo, sin más, a través de sucesivas revisiones y simplificaciones de la relación, fuente de renta para los señores-propietarios[145].

"En el contexto medieval en que el mismo fundo es el soporte de múltiples derechos de propiedad (teniendo cada utilidad vocación de tener un propietario distinto) la renta ha sido

---

[141]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, nn. 28-30. OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, nn. 76 y ss. La relación feudal tiene particular importancia porque a partir de ella se desarrollan las construcciones doctrinales de los dominios simultáneos, que vienen a superponerse a la idea medieval de la *gewere, saisine, investitura* (puesta en posesión legítima, reconocida, estable, de un bien duradero y útil, fructífero) mediata o inmediata, material o ideal... *Vid.* GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, pp. 149-150, 184 y ss.; PATAULT, *op. cit.*, nn. 89 y 91; OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, n 79 y ss.

[142]Para nuestra evolución, por todos, *vid.* GARCIA DE VALDEAVELLANO, *op. cit.*, p. 245 y ss. Revisten especial importancia las «mercedes enriqueñas», lo que nos remite a un momento un poco tardío, *ibidem*, pp. 247-248.

[143]Lo que resulta significativo, en un país que puede considerarse profundamente impregnado por la dependencia señorial. Utilizado con profusión a partir del siglo XIII, cuando muchos terratenientes cuyas tierras han adquirido valor con la expansión económica y demográfica de los siglos anteriores, pretenden concederlas a cambio de renta, pero sin poder sustraerse a la regla *cens sur cens ne vaut*. De todas formas, también la utilizan señores territoriales para la puesta en cultivo de tierras baldías. Cfr. PATAULT, *op. cit.*, nn. 56 y ss.

[144]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 56.

[145]Cfr. ALFONSO DE SALDAÑA, op. cit., p. 155, con referencia a BLOCH, M., *"De la grande explotation domaniale à la rente du sol"*, *Bulletin of the International Committee of the Historical Sciences*, 1933, citado por edición en *Mélanges historiques*, II, p. 672.

muy fácilmente asimilada a una propiedad fundiaria. Representa para el concesionario la utilidad económica que extrae de su tierra, se analiza como un aspecto del fundo de que aquél se reserva la propiedad, cediendo la de las otras utilidades al concesionario. Es una nueva modalidad, muy importante, de las atribuciones simultáneas sobre el mismo bien, a la que se vincula igualmente una técnica inversa, la constitución de renta"[146].

"*La rente étant analysée comme une propriété portant sur une partie des utilités du fonds, les juristes coutumiers en déduisent que le bailleur a conservé une propriété foncière, un héritage (GRAND COUTUMIER., p. 354). Cette propriété se manifeste d'ailleurs par certaines clauses dans lesquelles le bailleur impose, au preneur, des constructions ou des plantations qui garantiront la valeur du bien et son caractère frugifère. La propriété du bailleur reste en sommeil tant que le preneur acquitte réguliérèrement ses charges. Mais elle se manifeste dès le défaut de paiement prolongé un certain temps et la terre, même aliénée depuis longtemps, peut être saisie par le concédant et lui faire retour; la clause de retour en cas de non-paiement est précisée dans de nombreux contrats parisiens du XIII siècle. On la rencontre au XIV siècle dans certaines régions. Etant une propriété, la rente est, dans le principe, irrachetable par le preneur en dehors d'acord du crédirentier: un rachat forcé équivaudrait à une expropiation*"[147].

Como se trata de una parte de la propiedad del fundo, la renta supone para el propietario una obligación real, de la que puede liberarse, para el porvenir, igual que ocurre en la *censive*, abandonando la finca, sin que el concedente pueda oponerse[148].

---

[146]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 57. Ante la presencia de propiedad transmitida y retenida, dirá POTHIER que el *bail à rente* "*tient de la vente et du louage*", lo que parece a LOYSEAU «*infinie subtilité*». Solo en el siglo XVIII se pondrá en tela de juicio su carácter de propiedad fundiaria −POTHIER estima que el *bailleur* no retiene el dominio, sino un simple *droit foncier*. Cfr. POTHIER, R. J., *Du bail à rente*, n. 111.

[147]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 58.

[148]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 59. El abandono de la heredad tiene especial importancia como contrapeso de seguridad necesario en una sociedad en que la propiedad está asociada a múltiples obligaciones. Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 33.

Sin embargo, la conexión dependencia-tenencia, propiedad-contrato, y la variedad de estatutos personales y deberes reales, ha supuesto que la posibilidad de abandonar la finca exonerándose, no sea −ni mucho menos− siempre la misma. En la antigua dependencia de servidumbre, el señor podía perseguir a quien huyera de su tenencia, que sólo podía encontrar protección ingresando en otra relación señorial. Con el tiempo, a la vez que la carga obligatoria

El panorama de la imbricación de atribuciones sobre el mismo fundo se presenta complicado[149] desde varios puntos de vista: por un lado, si en el punto de partida el «señorío» supone confusión y mezcla de poder público y atribución patrimonial, de utilidad fundiaria y prestación personal, después de siglos de funcionamiento y alteración del sistema, las diversas prestaciones y cargas debidas al señor se confundirán y resultará casi imposible distinguir su origen y su sentido[150]. Además, la cuestión se plantea de distinta forma en cada comarca, en cada lugar[151]. Y, en fin, una misma finca puede estar soportando un censo señorial, una renta, derechos de retracto, acaso una atribución comunitaria... Todo un sistema de cargas reales simultáneas que recaen sobre utilidades diferentes del bien,

---

se vincula más al fundo, se otorga la posibilidad de abandonar dejando al señor también el patrimonio mueble, luego sólo la mitad de los bienes. En ocasiones, sólo podría abandonar quien consiguiera un sustituto. En las concesiones fundiarias bajomedievales, termina por asentarse la posibilidad de abandonar, sin que el señor pueda oponerse, aunque sujeta a formalidades que conservan el recuerdo de la precisa anuencia del señor. Cfr. ALFONSO DE SALDAÑA, *op. cit.*, p. 195; GARCIA DE VALDEAVELLANO, *op. cit.*, pp. 339 y ss., 346 y ss.; PATAULT, *op. cit.*, n. 33, con referencia a LOYSEAU, C., *Traité du déguerpissement*, 1597, en *Les oeuvres de maistre Charles Loyseau*, ed. 1670, resumido por LELONG, *La vie et les oeuvres de Loyseau*, Paris, 1909, pp 55-120., y POTHIER, *Du Bail à rente, cit.*, n. 122 y ss., que tratan detenidamente la forma y condiciones del abandono.

Más adelante, será el carácter contractual de la relación enfitéutica −como veremos− lo que exige para el abandono una concordia, o lo permite sólo en situaciones de caso fortuito.

[149]En general, *vid.* CHENON, E., *Les démembrements de la propriété fonciére en France avant et aprés la Révolution*, Paris, 1926.

[150]Cfr. por todos PATAULT, *op. cit.*, n. 32-33; GARCIA ORMAECHEA, *op. cit.*, p. 25 y ss. Cuando los revolucionarios de 1789 declaran la abolición de las relaciones feudo-señoriales, toman como criterio la mención del *cens* en el título de la concesión. Pero el *cens* propio del contrato de *censive* −característica relación de dependencia señorial− puede confundirse con el canon enfitéutico, relación en principio simplemente fundiaria. A su vez, la enfiteusis se utiliza con profusión por los señores, incluyendo cláusulas propias (o que después se consideraron) de relación señorial. El dominio directo se traduciría por la doctrina posterior como señorial, sin embargo, en la enfiteusis no tiene por qué serlo. Y también se utiliza esta expresión (*dominus directus*) para designar la posición del *bailleur à rente*, en principio expresión del dominio doble simplemente fundiario y económico, para terminar en carga real. Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 68.

[151]*Vid.* PATAULT, *op. cit.*, nn. 31 y ss., 61 y ss.; OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, nn. 82 y ss.; ALFONSO DE SALDAÑA, *op. cit.*, pp. 154-155, 197 y ss.; GARCIA ORMAECHEA, *op. cit.*, p. 44.

están asociadas a vínculos de obligación y excluyen toda pretensión de señorío independiente y libre tráfico[152].

Es indudable que la carga real tendrá en esta situación el ideal caldo de cultivo. En realidad, siempre ha existido, no es otra cosa que la traducción de un poder no ilimitado, siempre en contacto con exigencias de carácter general e interpenetrado por relaciones jurídicas. Pero, en el momento analizado, las fronteras entre derecho público y privado, propiedad y soberanía, se han desvanecido, y tampoco cabe hacer una distinción entre el mundo de los objetos y la esfera de las interconexiones y relaciones jurídicas. Si en el derecho romano o actual la prestación del poseedor resulta manifestación de la participación de la generalidad, a través del poder público, en la riqueza, en el derecho intermedio, resulta a la vez tributo debido al superior y utilidad que se reserva al propietario de acuerdo con el fuero del lugar: la pretensión es manifestación de señorío (en general) y, después, cuando la propiedad plena se reconoce en el *dominus utilis*, es (o se pretende que sea) simplemente un derecho real.

¿Cómo discernir, después, lo que se viene exigiendo en virtud de dominio eminente de carácter público, o sólo a título de propiedad retenida? En ocasiones puede ser fácil, pero resulta coherente con el propio concepto de señorío que sea difícil distinguir[153]. De ahí la complicación, prácticamente irresoluble, que se presenta en el momento de la disolución del régimen fundiario señorial, a pesar de la teórica posibilidad de separar feudalismo «dominante» y «contratante». En el ejemplo francés, a pesar de las voces que sugieren el respeto a toda «propiedad», cualquier indicio de superioridad feudal o señorial conduce a la supresión del pretendido derecho fundiario[154]. En España, aunque se facilita la redención de los gravámenes, se otorgan más posibilidades a los señores, que además habían venido −en los siglos anteriores− recuperando sus dominios enfitéuticos, o aprovechando la clarificación y simplificación de los gravámenes a través de las concordias para obtener

---

[152]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 59; GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, pp. 110-111, 172-173.

[153]Sobre «señorío» y sus sentidos en Las Partidas, *vid.* DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad..., cit.*, p. 22 y ss., donde recoge también una sucinta exposición de sus tipos en nuestra «propiedad» medieval. Para GARCIA ORMAECHEA, el no poder distinguir −y critica las «distinciones artificiosas»− debiera haber llevado a una abolición semejante al modelo francés, Cfr. GARCIA ORMAECHEA, *op. cit.*, pp. 46, 62.

[154]Cfr. OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, nn. 87-92; PATAULT, *op. cit.*, nn. 137, 150-151.

documentación atinente −o que pudo interpretarse así− a su título fundiario y no sólo jurisdiccional[155].

Concretar un poco más, exigiría distinguir momentos y lugares, pero para nuestro objetivo, con lo dicho es suficiente. En todo caso, es conveniente discernir dos grandes períodos: hasta la Recepción del derecho romano, las particulares confusiones que hemos destacado se mueven libremente, y no podemos pretender sin grave riesgo encuadrar las situaciones y relaciones con nuestras modernas categorías. La atribución, no prisionera de la corporeidad, modula sus formas con arreglo a las múltiples posibilidades de utilidad derivada directa o indirectamente del inmueble, y de esta fuente irrigará una mentalidad que empapa el orden jurídico hasta la Revolución[156].

Después de la Recepción, y de modo general a partir del siglo XIV (a la par que las condiciones sociopolíticas y económicas cambian, dejan de tener sentido consideraciones anejas al naturalismo medieval) los juristas se esfuerzan en explicar todo aquello con categorías romanas, y también al servicio de nuevas preocupaciones (la relación será ahora eminentemente económica, se desarrollan las relaciones en la ciudad)[157].

Esto conduce, primero, a la elaboración de peculiares construcciones (la teorización acerca de bienes muebles e inmuebles[158], cuasidominio[159], dominio múltiple[160],

---

[155]Cfr. GARCIA ORMAECHEA, *op. cit.* Sobre las concordias y el valor que se les dio por la Jurisprudencia, p. 62 y ss., 74 y ss, 84, etc.

Vid. DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad..., cit.*, p. 63 y ss; MOXO, S., *La disolución del régimen señorial en España*, Madrid, 1965.

[156]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 111; GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, p. 172 y ss.

[157]Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos..., III-1, cit.*, pp. 137-140; RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, p. 42 y ss.; GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, p. 131 y ss.; CALASSO, F., *Medioevo del diritto*, Milano, 1954, p. 345 y ss.

A lo largo del tiempo, las resistencias de siervos, colonos, solariegos, y el deseo de los señores de clarificar −también para «recuperar»− y dar nueva orientación a los servicios de aquellos, conduce −ya en el siglo XII, pero sobre todo a partir del XIV− a simplificar y conmutar las cargas por censos en dinero. Otras relaciones se unifican a través de la enfiteusis. Cfr. ALFONSO DE SALDAÑA, *op. cit.*, pp. 181, 188-189, 194, 199 y ss.

[158]*Vid.* PATAULT, *op. cit.*, nn. 77 y ss. Para la visión «antigua», además de esta autora (nn. 74 y ss.) es interesante DUFOUR, A., "*Notion et division des choses en droit germanique*", *APD*, 24, *Les biens et les choses*, 1979, p. 95-125.

[159]*Vid.* GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, p. 175 y ss.; PATAULT, *op. cit.*, n. 122.

cuasipossesio[161], el derecho de censo como cuasiservidumbre[162]...) que se muestran interesantes porque permiten precisamente contemplar, en categorías próximas a las modernas, explicado ese peculiar universo de la carga real. Y, después, cuando las adaptaciones dejan de tener sentido, porque tampoco resultan ya necesarias (por ejemplo, el censo consignativo) asistiremos al rechazo o desuso de esas propias construcciones: primero han explicado y después se han utilizado, para relaciones que van a pertenecer al pasado.

Durante varios siglos coexisten los nuevos conceptos y la mentalidad recibida del mundo medieval, cuyas realidades tratan de ser explicadas con categorías romanas y al mismo tiempo llenan éstas de peculiar contenido[163]. Entre los siglos XIV y XVI, los conceptos modernos se perfilan en las explicaciones «sabias» de los juristas romanizantes y canonistas, pero muchos de ellos sólo desplegarán su potencialidad transformadora más adelante. Los derechos que se superponen en la estructura señorial se habían explicado en términos de propiedad, a través de la construcción del dominio múltiple. Pero el sistema va perdiendo su sustancia política, permanece sólo como estructura fundiaria y fuente de renta para los señores-propietarios[164].

En los siglos XV-XVI, señala PATAULT, las instituciones medievales que traducían la fuerza de la propiedad directa (o eminente[165]) del señor, desaparecen o se convierten en

---

[160]Cfr. GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, pp. 160 y ss., 183 y ss., 204 y ss.; PATAULT, *op. cit.*, n. 88 y ss. *Vid.* MEYNIAL, E., "*Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé, du XII au XIV siècle dans les romanistes*", *Mélanges Fitting*, II, 1908, p 409 y ss.; FEENSTRA, R., "*Les origines du dominium utile chez les glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des ultramontani)*", *Fata iuris romani, Études d'histoire du droit*, Leyde, 1974, p. 215 y ss.

[161]*Vid*. COING H., *Derecho privado europeo, I*, p. 435 y ss.

[162]Cfr. RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, pp. 72-73, nota 125; COING, *Derecho privado..., cit.*, I, pp. 483, 446; II, pp. 505-506.

[163]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, nn. 70 y ss., 104 y ss.

[164]Si las potestades públicas encuentran su unidad por la derrota del feudalismo a manos de monarquías o principados más o menos absolutos en los siglos XV y XVI, la propiedad no la recuperará hasta la Revolución. Cfr. LACRUZ, *Elementos..., cit., III-1*, p. 272.

[165]El dominio eminente en su versión más sutil, simple sumisión a la justicia señorial, acaso tasa fiscal de mutación, afectaba también a la pequeña propiedad alodial.

simples formalidades de carácter anacrónicamente fiscal[166]. Sus derechos, convertido en un perceptor de rentas, no serán ya propiedad sino servidumbre, categoría que ya en el siglo XIV se aplica a diversos derechos de aprovechamiento señoriales, y a partir del XVI se irá convirtiendo, en manos de los juristas, en instrumento de erosión de las propiedades simultáneas en provecho de la propiedad exclusiva: se enfrentan con la concurrencia fundiaria señorial que mantiene su vigor, la del dominio directo y útil, y muchos se plantean cuál de estos es propiedad y cuál servidumbre[167].

El refuerzo continuo de la posición del dueño útil les conduce a ver en él al verdadero propietario. Según POTHIER, el señor "*est bien le propriétaire de son droit de seigneurie, mais ce n'est pas lui, c'est le seigneur utile qui est proprement le propriétaire de l'héritage*". Sus variadas y diversas exacciones, calificadas en general feudales desde el siglo XVI, comienzan a verse como injustificadas reminiscencias del pasado y pesadas trabas al dominio. La misma calificación reciben en nuestros juristas del XVIII alguna de las cláusulas que acompañan a la enfiteusis, aunque se mantiene, lo que trascenderá en la Codificación, su aceptación como relación fundiaria de doble propiedad[168]. Igual que los derechos señoriales no son ya propiedad, sino derecho, servidumbre, la percepción de renta fundiaria recibe esta calificación. Así ocurría con el censo reservativo −teóricamente desde el siglo XIV, aunque en la práctica incluía cláusulas que lo acercaban a la enfiteusis− y terminará ocurriendo con el bail à rente francés[169].

En todo caso, la catalogación como servidumbre y bien inmueble, que se mantiene hoy en nuestros censos, pertenece sin duda a ese «universo de las cargas reales» de que venimos hablando. Finalmente, los derechos señoriales desaparecerán, arrastrando con ellos, sobre todo en Francia, tanto al doble dominio como a la servidumbre de renta fundiaria, que pierde su catalogación de inmueble. En nuestro derecho, estas últimas realidades permanecen en el Código. En los ordenamientos del área germánica, el extenso desarrollo −también como realidad mixta público-privada− de la carga real, ha dejado una huella más

---

[166]La sucesión del feudo en línea directa dejará de estar sometida a la tasa de transmisión, lo que traduce su integración completa en el patrimonio del vasallo. El comiso empieza a ser excepcional, y la ejecución que permite al señor embargar directamente las rentas deja paso a la intervención del juez real.

[167]Cfr. PATAULT, *op cit.*, nn. 120, 136; OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, nn. 81-86.

[168]*Vid.* OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, n. 87.

[169]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, nn. 78, 141.

significativa tras la Codificación. Diversos derechos que en su día pertenecieron al sistema de las relaciones fundiarias señoriales, y de los que no encontramos vestigio en nuestro ordenamiento, se mantienen aún, reducidas y limitadas, como cargas reales, servidumbres positivas de aprovechamiento y servicio personal.

La carga real en la sistematización del *ius commune*

Precisamente en relación con ese momento histórico en que los juristas, interpretando y sistematizando los textos romanos manifiestan a la vez el influjo de la realidad en que viven, nos ha presentado BUSSI la idea y posición dogmática de las *onera realia* en el sistema del derecho común, con especial referencia a BARTOLO[170].

BARTOLO sitúa las cargas reales en la sistematización de los *munera*: "*quod necessario subimus lege vel mero imperio eius qui habent potestatem*"[171]. Pueden ser personales, patrimoniales o mixtos[172]. *Onus*, en los textos romanos, no designa tanto una figura jurídica cuanto un punto de vista a la hora de contemplar estas situaciones: han de «soportarse»[173]. Después, explica BUSSI, la propia denominación «*onus realis*» es creación de los comentaristas del derecho común y su sistematización, utilizando en la

---

[170]La denominación se viene formando, explica TRIFONE, al final de la Edad Media para designar relaciones explicables por una transposición al derecho privado de un sistema vigente en Roma en el campo del derecho público. La sustancia de la carga real del *ius commune*, insiste BUSSI, tiene en su origen un elemento histórico de naturaleza iuspublicística (en especial conexión con el impuesto y el feudo). Lo que nos indica un terreno de «lo público» cambiante, cuando se introduce en ese mundo medieval. Cfr. BUSSI, *La formazione..., cit.*, pp. 119-120; *Vid.*, del mismo autor "*Il diritto di censo come onere reale*", *Foro della Lombardia*, 1933, I, 344 ss.; TRIFONE, R., voz "*Oneri reali (Storia del diritto)*", *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Torino, 1965, p. 926 y ss, p. 927.

[171]Cfr. BUSSI, *La formazione..., cit.*, p. 122.

[172]En el Digesto, después de un amplio tratamiento (D. 50, 4, 18 −en el que sin duda se inspira BARTOLO−) el § 28 resume: "*Haec omnia munera, quae trifariam divisimus, una significatione comprehenduntur; nam personalia, et patrimonialia, et mixta munera civilia seu publica apellantur*". Cfr. BARTOLO, *ad. l. unicam*, C. 10, 62, n. 6. (Aunque BARTOLO trae a colación D. 50, 16, 18).

[173]Este sentido general, entre otros muchos textos, en C. 10, 61.

explicación ejemplos romanos, se sirve de estas fuentes meramente «*ad colorandum*», y presenta carácter nuevo y original[174].

Encuadrado en los *munera patrimonialia*, BARTOLO presenta una especie en que el gravamen viene aplicado a la cosa «*nulla habita contemplatione personae*"[175]. Se distinguen tres subclases[176]:

1- Cargas impuestas a la cosa "*de eo quod faciendum est in ipsa re*", como cuando se impone al ciudadano dar alojamiento a los soldados, etc.

2- Carga impuesta sobre el rendimiento de la cosa. (Como entregar 1/3 de frutos).

3- Cargas impuestas sobre la cosa "*de eo quod non fit de ipsa re vel re, nec de eo, quod percipitur in re, nec ex re, sed est omnino extra rem*"[177].

Supone un modo de manifestar cierto señorío sobre la cosa y participación consiguiente en su utilidad. Por ello, estos supuestos se distinguen de las obligaciones impuestas a la persona «en razón de la cosa»: mientras aquí está obligada la persona, y, en consecuencia, «*omnes res patrimonii*», en la carga real, es el poseedor de la cosa el obligado «*pro munere quod eam rem respicit et non ultra*»[178].

Del hecho de que la carga «*respicit rem*», deriva que, como *qualitas fundi*, haga disminuir su valor; pero como la cosa misma no puede ser sujeto pasivo de la prestación (*facere, dare, praestare*) el obligado será quien la posea, y goce su utilidad material, perciba sus frutos[179].

---

[174]Cfr. BUSSI, *La formazione..., cit.*, p. 122.

[175]BARTOLO, *ibidem*, n. 22.

[176]BARTOLO, *ibidem*, n. 34.

[177]Cfr. BUSSI, *La formazione..., cit.*, pp. 123-124.

[178]Como enseña D. 39, 4, 7. Cfr. BARTOLO, *ad. l. unicam*, C. 10, 62, n. 34. Cfr. BUSSI, *La formazione..., cit.*, p. 124.

[179]Como constriñe a dar, prestar... hace disminuir el valor de la cosa. Cfr. BALDO, *ad l.* 50, 1, D. 5, 1, n. 2; SANTI, *Praelectionis iuris canonici*, Ratisbona, 1886, lib. III, p. 272, n. 76: "... *solvuntur ab omnibus qui praedia possident iuri decimandi obnoxia... Nec illis infertur iniuria, nam terra decimarum solutioni obnoxia tanti minoris aestimabantur, et pro ea inferis pretium impenderunt, ut adquirerent*". Establecer una carga sustancialmente equivale a una enajenación relativa a la cosa misma. *Vid.* el comentario de textos de BALDO en GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, p. 161 y ss.

Carga y carga real. Diversos sentidos y significados

Antes de continuar centrándonos en la figura de la *reallast* o *grundlast*, que nos va a servir de punto de referencia, hemos de reiterar la imposibilidad, hoy por hoy, en nuestro derecho, de construir una categoría general de las cargas reales, para salir al paso de una posible crítica a este eventual intento[180], puesto que la expresión abraza múltiples significados.

«Carga» es una noción en la que cabe prácticamente todo, como deriva de la propia sistematización romana y del derecho común. Lo más significativo es su carácter de adherencia negativa que acompaña, sin sofocar su valor −en atención al entramado de derechos y relaciones fundantes o circundantes− a un *status*, un patrimonio o un derecho subjetivo[181]. ROUBIER, en su conocido estudio acerca de los derechos subjetivos y situaciones jurídicas[182], explica que para obtener una visión completa de la organización jurídica, es necesario un análisis de las «prerrogativas» y las «cargas». "Es indiscutible que las prerrogativas (en la organización que proyecta la norma sobre las situaciones sociales)

La carga recae sobre la persona, pero sólo en cuanto sea poseedor de la cosa, y goce los frutos: BARTOLO, *ad l.* 1, C 10, 17: "*onus annonae et tributorum est reale prout quis possidet et fructus percipit oneratur*"; DE BOCATIIS, *De Censibus*, Turín, 1612, pars I, n. 18, p. 26: "*Nam dominus praedii qui percipit fructus vel possessionem rei domus tenetur onera solvere*"; *Sacrae Rotae Romamae Decisiones Coram Cencio*, Dec. 191, n. 10, Lugduni, 1730, p. 142: "*Onera realia is subire debet qui rei fructus percipit*".

Como la obligación sólo se tiene en cuanto se gocen los frutos, se sustrae a ella quien abandona. Cfr. BALDO, *ad. l.* 6, D. 8, 5. Se trata de una carga del disfrute, y sólo obliga hasta la concurrencia del fruto que se obtiene de la cosa. Lo que excede del disfrute propio recae sobre el propietario (*GLO., ad. l.* 29, D. 32). Este principio se aplica por BARTOLO al supuesto de goces concurrentes. Entonces "*ad onera realia non tenetur quis in plus quam de re possideat*", BARTOLO, *ad.* l. 2, C. 10, 17. Para todas estas referencias, cfr. BUSSI, *La formazione..., cit.*, pp. 124-125.

[180]Cfr. RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, p. 159 y ss.

[181]A partir de esta idea, las cargas se diversifican, tanto en lo que se refiere a la realidad a que van unidas como al cauce técnico: impuesto, modo, gravamen, requisito... *Vid.* la interesante diferenciación entre deudas y cargas, como elemento patrimonial, en DE LOS MOZOS, J. L., voz "Patrimonio", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XIX, recogido en *Estudios sobre derecho de los bienes*, Madrid, 1991, pp. 305-306.

[182]ROUBIER, P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, 1963.

vienen acompañadas de cargas, pues corresponde a la inspiración de equilibrio, al carácter bilateral del derecho". Por eso "el análisis de las prerrogativas sería insuficiente si no fuera acompañado de un estudio de las cargas, y de cómo éstas se anudan a aquéllas en las diferentes situaciones jurídicas"[183].

Analiza primero las cargas en las situaciones objetivas: deberes en la ciudad, en la familia, en la profesión. Cargas unidas a la posición que ocupa la persona en el entramado social. En realidad este es el sentido primigenio de la cuestión, como hemos visto. Después, se refiere a las cargas en las situaciones subjetivas, que también existen[184]. Así, las vinculadas a los derechos reales, las que corresponden a los de empresa y clientela (riesgos de empresa y pérdidas de explotación), al derecho de sucesión *mortis causa* (pasivo que grava al patrimonio) y las cargas contractuales y vinculadas a los derechos de obligación[185].

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

---

[183]Cfr. ROUBIER, *op. cit.*, p. 2. El análisis concreto de las cargas, a partir del n. 24, p. 202 y ss.

[184]*Vid.* ROUBIER, *op. cit.*, p. 215 y ss. Para que los derechos correspondientes no pierdan sus caracteres de derechos subjetivos, las cargas no han de superar en importancia a las prerrogativas: si no, su valor jurídico se destruiría y sus titulares preferirían renunciar.

[185]Respecto a las cargas contractuales, o que acompañan a los derechos de crédito, es de aplicar aquí una elaboración de la doctrina italiana, referida a comportamientos no propiamente obligatorios sino necesarios para obtener la tutela del propio interés por el ordenamiento: así, las cargas de forma y de publicidad, que recaen sobre los contratantes en algunos casos en que el Estado pretende asegurar la tutela de la certeza del negocio, etc. La ciencia procesalista desarrolló una teoría de las cargas en el proceso: se habla de carga de la demanda, de alegación, carga de la prueba, cargas de «impulso procesal»... Se trata de sistematizar qué comportamientos ha de poner en práctica, qué requisitos tiene que llenar o qué obligaciones debe asumir quien quiera poner en marcha y llevar a término a su favor la tutela procesal prevista. "Del campo del proceso, la figura ha sido asumida por la doctrina más reciente para indicar, también en el campo del derecho sustantivo, un particular estado de sujeción (*necessitas agendi*) atenuada y condicionada (a la inexistencia de otro contrastante interés del mismo destinatario de la norma) por el que sólo realizando el comportamiento indicado por la norma, puede verificarse el efecto establecido por la ley". Cfr. PALERMO, A., voz "*Onere*", *Novissimo Digesto Italiano*, p. 916.

En esta acepción, "la carga es una figura intermedia entre la libertad y la obligación". Cfr. RESCIGNO, P., *Manuale del diritto privato italiano*, 8ª ed., Napoli, 1988, p. 74; la califica como "deber libre". Y SANTORO-PASSARELLI resume: "El titular, para realizar el interés en orden a cuya tutela se le ha concedido el poder, debe no sólo ejercitar este poder, sino además desarrollar una actividad distinta, observar una cierta conducta, que si bien es libre, en el sentido de que no constituye el objeto de una obligación cuya inobservancia determine una sanción, es

Entre nosotros, para ALCUBILLA carga es "lo mismo que tributo, pecho, gravamen, imposición o canon que afecta a una cosa o persona, o a los vecinos de un pueblo, o a los súbditos de una nación. En este sentido decimos cargas de justicia, cargas públicas, cargas concejiles, cargas espirituales, etc."[186].

En ESCRICHE tampoco encontramos mayor concreción. Carga es:

– El tributo, pecho o gravamen que se impone al pueblo para cubrir los gastos públicos.

– La obligación que se contrae por razón del estado, empleo u oficio.

– La condición que es natural en un contrato, o que se estipula por las partes, como cuando se vende una tierra con la carga de tal servidumbre, renta, canon, censo o pensión.

– El daño, perjuicio o incomodidad que va inherente a la utilidad o provecho que se saca de alguna cosa; de donde viene la máxima: *par debet esse ratio commodi et incommodi*, que quiere decir que se ha de tomar el beneficio con las cargas; porque es muy justo que el que recibe algún provecho, sufra también el daño que le está unido. Por eso, el usufructuario que percibe todos los frutos de una cosa, está obligado a pagar los reparos ordinarios y los tributos; y el heredero a satisfacer las deudas y demás cargas de la herencia"[187].

Por lo que respecta al tema que más nos interesa, dice ROUBIER acerca de las «cargas de la propiedad»: "Son numerosas, y el derecho actual tiene una tendencia a acrecentar −a veces exageradamente− su número. Dejando de lado las cargas fiscales y administrativas

---

necesaria, en el sentido de que es condición de la realización del interés". Cfr. SANTORO-PASSARELLI, F., *Doctrinas generales del Derecho civil*, Madrid, 1964, p. 74. Este concepto ha tenido acogida en nuestra doctrina. *Vid.* CABANILLAS SANCHEZ, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, Madrid, 1989. Y es otra muestra de la variedad de cauces técnicos del concepto como adherencia negativa.

En otro sentido, ROUBIER plantea que parece haber una situación libre de cargas: el crédito simple de una suma de dinero, y más cuando se ha separado de su causa incorporándose a un título; lo explica recordando que en la operación, construida en toda su complejidad, quien tiene derecho a recibir antes tuvo que prestar algo. Incluso en las donaciones "el análisis civilista de este acto coloca frente a una ventaja importante sin duda para el agraciado, obligaciones, a veces bastante gravosas, a su cargo".

[186]ALCUBILLA, voz "Carga", *Diccionario de la Administración española*, II, 4ª ed., Madrid, 1886.

[187]ESCRICHE, J., voz "Carga", *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1847-1851.

(que tienen que ver con las situaciones objetivas) desde el punto de vista del derecho privado, encontramos dos tipos de cargas:

a) Las cargas reales: que constituyen los derechos reales sobre cosa ajena, desmembraciones y servidumbres.
b) Obligaciones *propter rem*: aparecen como derechos de crédito, cuya suerte está ligada a una *res*.

Hablar de carga impuesta sobre una cosa −nos dice SCHULZ− es una expresión metafórica, cuya significación propiamente jurídica es «modificación de la propiedad»[188]. En un concepto amplio de las cargas de la propiedad (cargas reales, en general) se engloban (lo que es característico de la doctrina francesa) los derechos reales (carga, gravamen del dominio) y las obligaciones reales.

Un seguro punto de partida en este punto no puede ser otro que la afirmación del carácter general de la expresión «carga real». Ni en nuestros textos legales ni en nuestra doctrina designa una figura bien definida y distinta de otras[189]. También tiene un sentido general «gravamen»: relación que, por afectar a un inmueble, ha de soportar −en el sentido más amplio− quien lo adquiera, siempre que le sea oponible, p. ej., por aparecer publicado en un registro. Así, el titular «soportará una servidumbre», o «soportará el gravamen de un censo», incluso una condición resolutoria, aunque éstas últimas suelen encuadrarse en la categoría de las cargas, más general. La de los gravámenes en ocasiones tiene un matiz más restringido a los derechos reales limitados, o, para algunos, sólo a los que recaen directamente sobre la finca (servidumbres)[190]. Por eso, cuando ESCRICHE dice que «carga

---

[188]Cfr. SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, trad. Santa Cruz Teijeiro, Barcelona, 1960, p. 365.

[189]Para una reflexión sobre el concepto, por todos RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, p. 159 y ss.; MARCOS JIMENEZ, M., *Parcelaciones y reparcelaciones urbanísticas y el Registro de la Propiedad*, Madrid, 1976, pp. 277 y ss. Extensamente, CAMY SANCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 3ª ed., I, p. 458 y ss.

[190]*Vid.* bibliografía indicada en la nota anterior; también ALBALADEJO, *Derecho civil, III-1*, 6ª ed. revisada por GONZALEZ PORRAS, Madrid, 1989, pp. 25-26; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos..., cit.*, III, 4ª ed., 1995, p. 811 y ss.; MONTES PENADES, V. L., en A.A.V.V., *Derechos reales y derecho registral inmobiliario*, Valencia, 1994, p. 81. Aunque, en honor a la verdad, «carga» y «gravamen» se utilizan indistintamente. Cfr. voz "Gravamen" (sin autor) *Enciclopedia Jurídica Española*, Barcelona, XVII, pp. 252-260. También ROVIRA MOLA, voz "Gravamen", *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, X*, Barcelona, 1976.

real» es "el tributo, censo o gravamen impuesto sobre las heredades, tierras, casas y haciendas", está dando al término el sentido de una gran generalidad.

En este sentido, la obligación real entraría dentro del amplio campo de las cargas reales: el concepto no se refiere sólo a derechos reales limitados, ni siquiera, sólo a relaciones de derecho privado. "El concepto de carga o gravamen real −señala ROCA SASTRE− o con trascendencia real, tiene un ámbito no siempre coincidente con el propio del derecho real (...) No hay que olvidar que todo derecho real implica una carga o gravamen, mas no toda carga o gravamen envuelve un derecho real"[191]. "No pueden ser considerados derechos reales ciertos pactos que a lo más sólo alcanzan a tener la trascendencia en perjuicio de terceros como carga o gravamen real, pero sin que por ello lleguen a atribuir al favorecido ningún derecho subjetivo de carácter verdaderamente real"[192].

Una muestra de las dificultades de esta materia son, sin embargo, algunas contradicciones en las que incurre después el propio ROCA SASTRE: al referirse a los censos, dice primero que, si bien la enfiteusis es una manifestación de *pars dominii*, y por ello, evidentemente, *se trata de un derecho real*, no ocurre lo mismo con los censos consignativo y reservativo, que serían *simplemente cargas reales*[193]. Sin embargo, un poco más adelante afirma concebir los censos, *no como cargas reales, sino como derechos reales*[194].

Es probable que en todo esto esté subyaciendo la consideración del censo como un *peculiar* derecho real. Todo derecho real, no lo olvidemos, implica un gravamen, una carga real. Pero, aquí, nos encontramos con una obligación impuesta al propietario, que, sin pertenecer a la esfera de los deberes administrativos, ha de catalogarse derecho real. Por

---

[191]Cfr. ROCA SASTRE, R.M. *Derecho hipotecario, II*, 6ª ed., Barcelona, 1968, p. 631.

[192]Cfr. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario, II, cit.*, p. 636. En p. 648 y ss. se refiere a algunas de las que él considera entrarían dentro de estas cargas reales: gravámenes fideicomisarios, derivados de condiciones que consten en el Registro, o por razón de reservas; modo condicionante o causalizante, pacto de ley comisoria, prohibiciones de disponer, etc.

[193]Cfr. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, *cit.*, p. 643. En la última edición, *vid. Derecho Hipotecario, I, Fundamentos de la publicidad registral*, 8ª ed. Revisada, ampliada y puesta al día, Barcelona, 1995, pp. 275-276.

[194]Véase el razonamiento de ROCA SASTRE: "¿Y los censos reservativos y consignativos, sean perpetuos o indefinidos, o bien temporales o vitalicios? (...) En los censos juegan prestaciones personales que entrañan obligaciones *propter rem*; pero el censo en sí implica un derecho real inmobiliario."

ello, produce perplejidad, exige una explicación, se dice que es un derecho real, pero luego que simplemente es una carga real (intentando separarla de la esfera de los «verdaderos» derechos reales). Y, cuando se contempla en su interior una obligación de prestación, se dirá que no se trata de una propia obligación, sino de una carga real. Es la explicación y la utilización más habitual. Es la cuestión que nos interesa. Y ahí es donde aparece ese sentido, no tan estricto, pero tampoco de tan evanescente generalidad, de la expresión «carga real», que se aplica a figuras «semejantes» a la *Reallasten*, de derechos reales *in faciendo* cuyo núcleo es una obligación real. Incluso los propios autores alemanes reconocen que «carga real» abarca todos los derechos reales, y aún más, pero, al mismo tiempo, allí se ha dado a la expresión un sentido más restringido para designar una figura concreta y peculiar[195].

Veamos lo que dice ESCRICHE sobre el término *carga real*[196]:

"El tributo, censo o gravamen impuesto sobre las heredades, tierras, casas y haciendas. La carga real sigue a la finca sobre que está establecida; y por ello el actual poseedor de la finca es el que está obligado a pagar no solamente los censos o pensiones del tiempo en que ha poseído, sino también los atrasados que se deban, con el recurso de poderlos recobrar de los poseedores anteriores que dejaron de satisfacerlos; bien que el acreedor puede exigirlos indiferentemente del poseedor actual o de los anteriores que se hallan en descubierto".

Aunque el significado de "carga real" es general, la explicación ulterior corresponde propiamente, no a la servidumbre, ni a la hipoteca, sino a un tipo concreto de derecho real, aquel que se configura como un «impuesto o tributo de carácter privado».

Las cargas reales en los ordenamientos del area germánica

Las *reallasten*, explica PLANITZ, eran desconocidas para el derecho alemán antiguo, surgen en el transcurso de la Edad Media por transformación de ancestrales figuras

---

[195]Cfr. UNGER, J., *System des oesterreichen allgemeinen Privatrechts*, 5ª ed., Leipzig, 1892, I, § 63, p. 554.

[196]Cfr. ESCRICHE, voz "Carga", *cit.*

jurídicas[197]. Su denominación *servitutes iuris germanici* no significa que deriven de un «sistema jurídico» germánico» opuesto al derecho romano[198]. La expresión manifiesta la conexión con la servidumbre, que hay que añadir a la referencia al usufructo, junto a los «derechos de realización de valor», para la explicación de la figura. Y que, en efecto, no se trata de una relación que pueda encontrarse en el derecho romano clásico[199].

Resulta interesante el resumen de GOROSTIAGA, que recoge los extensos tratamientos de autores como HÜBNER, GIERKE Y UNGER:

"En el derecho germánico al organizarse el régimen de la propiedad, la producción y la participación de los que trabajaban la tierra, se llegó a una concepción especial de ésta y de las cargas que pesaban sobre ella, que se aplicaban uniformemente a toda sus formas. Se organizaron, especialmente, las cargas reales (*Reallasten*) que pesaban sobre la tierra (*Grundstück*) o sobre bienes inmobiliarios (*Grundvermögen*) del poseedor, y que determinaban un derecho real correspondiente en favor del titular de aquellas[200]. Al derecho del titular (explica GIERKE) corresponde un deber u obligación que, como elemento pasivo del bien inmueble, pesa sobre el poseedor (propietario) actual, y puede ser designado como deuda real (*dingliche Schuld*[201]).

Se llegó así, sobre estas bases, a admitir el concepto de la existencia de una verdadera obligación real, que si bien contradecía aparentemente el principio siempre admitido por el derecho germánico, de que sólo el hombre puede asumir el papel de deudor, se conciliaba,

---

[197]Cfr. PLANITZ, H., *Principios de derecho privado germánico*, trad. por MELON INFANTE, Barcelona, 1957, p. 137; también, sobre el origen, BRUNNER, H, *Historia del derecho germánico*, según la 8ª ed. alemana de VON SCHWERIN, C., Trad. y notas por ALVAREZ LOPEZ, J.L., Barcelona, 1936, pp. 202-203; WOLFF-RAISER, *Derecho de Cosas*, II, en *Tratado de Derecho civil*, por ENNECCERUS, L.- KIPP, T.- WOLFF, M., 3-2, Trad. PEREZ GONZALEZ y ALGUER, 3ª ed. al cuidado de PUIG BRUTAU, Barcelona, 1971, p. 162.

[198]Ni siquiera conocía el antiguo derecho germánico la figura de la servidumbre, aunque al recibirse el concepto romano y ponerse en contacto con los derechos de aprovechamiento característicos del mundo germánico, aquél perdió gran parte de su pureza. Cfr. PLANITZ, *op. cit.*, pp. 133-135.

[199]Cfr. GANDOLFI, voz *"Oneri reali", Enciclopedia del diritto, XXX, Milano*, p. 129; RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, p. 72 y nota 125.

[200]HÜBNER, E., *Grunzüge des Deutschen Privatrechts*, Leipzig-Erlangen, 1922, § 51.

[201]GIERKE, O., *Deutsches Privatrecht*, II, Leipzig, 1905, § 148, p. 711.

sin embargo, con la idea de la responsabilidad ampliamente desenvuelta en él. Todo hecho de responsabilidad, en efecto, presupone la existencia de una obligación propiamente dicha (*Schuld*), o sea, el deber a una prestación (*Leistensollen*). Allí donde existe responsabilidad necesariamente debe existir también una obligación. La una no se concibe sin la otra (...)".

En el caso de la obligación real −para el supuesto específico de las cargas reales− el esquema de la relación entre débito y responsabilidad es distinto a cómo se muestra en general. No es una persona como tal la que resulta obligada, en todo momento está sufriendo las consecuencias de la responsabilidad del inmueble, esta realidad se expresa como obligación real, dependiente de la vinculación de la finca. La esencia de la carga real implica que el obligado se determina exclusivamente por su relación con el inmueble. Aunque exista junto a la obligación real una obligación personal, el cumplimiento de la prestación del deudor (*Leistensollen*) no puede exigirse por medio de una acción personal dirigida contra él, sino únicamente en base al derecho real existente sobre el inmueble en favor del acreedor (*Gläubiger*)[202].

"La «obligación real» así concebida, dependiente de un derecho real, tiene su complemento necesario para el titular, en la responsabilidad real de la tierra. La *reallast*, señalaba GIERKE[203] es un derecho de usufructo (*Nutzungsrecht*) asegurado por la responsabilidad real (*Sachhaftung*) de una cosa. En otros términos, el inmueble gravado responde al titular por cada una de las prestaciones a medida que son debidas. Esta idea fundamental era traducida por las propias expresiones usadas en la Edad Media: se decía que el bien producía rentas o que estaba gravado por rentas o censos.

De acuerdo con el derecho vigente en la Edad Media, el titular de la carga real estaba facultado a exigir el pago de las prestaciones debidas, de la tierra y de los bienes muebles que se encontraban en ella. En ciertos casos de rentas inmobiliarias podía hasta embargarlos por sí mismo, de propia autoridad (*eigenmächtige Pfändung*). En el derecho posterior estas atribuciones desaparecieron, limitándose a las que se acuerdan, en general, a los acreedores que tiene un derecho real sobre un inmueble, que deben hacerse valer por la vía judicial y por los procedimientos normales, y sobre las cosas que están afectadas a aquellos. Esta modificación dio a las cargas reales un carácter semejante a los derechos reales de garantía sobre inmuebles (*Grundpfandrechte*) pero conservando siempre en forma predominante la naturaleza de un usufructo, directamente vinculado al valor de utilidad (*Gebrauchswert*) de

---

[202]Cfr. HÜBNER, *ibidem*.

[203]Cfr. GIERKE, *op. cit.*, p. 712.

la tierra, lo que las distinguía de aquellos que, en rigor, no son sino derechos garantizados por una cosa, y en los que la ésta, como accesoria, sólo desempeña un papel secundario en la relación"[204].

Estas ideas de participación de la utilidad de la finca, usufructo, servidumbre peculiar que incide como *cualitas fundi* negativa, determinan el tratamiento y régimen de la carga real, pero también lo hace la realidad incontestable de que la prestación se ha de recibir de una persona, obligado, deudor. Con el tiempo, la doctrina reconocerá con realismo que en la *reallast* existe una obligación[205]. La tensión entre estos dos aspectos determina la tradicional controversia en torno a su naturaleza jurídica, de que se hacen eco los trabajos preparatorios del BGB[206].

---

[204]Cfr. GOROSTIAGA, N. *El Código civil y su reforma ante el derecho civil comparado (de las obligaciones en general)*, Buenos Aires, 1941, p. 570 y ss.

[205]Cfr. WOLFF-RAISER, *Derecho de cosas, II, cit.*, p. 165 y ss.

[206]La doctrina se dividió en tres grandes grupos, a su vez disgregados y entrelazados. Para unos (SAVIGNY, PUCHTA, GLÜCK, GERBER) se trata de obligaciones. Aquí, las opiniones van desde quienes niegan a la obligación carácter de «realidad», siendo sólo posible asegurarla con una hipoteca (GLÜCK), hasta quienes la califican obligación *propter rem*, con sujeto pasivo determinado por la cosa (SAVIGNY), o catalogada distinta y separada de las obligaciones ordinarias, siempre a cargo del poseedor actual y con responsabilidad limitada al inmueble (GERBER) acercándose así al segundo grupo (DUNCKER, GENGLER, STOBBE, DERNBURG). Este concibe el derecho en su conjunto, pero también en sus consecuencias generales y particulares, como real. En este sentido, se personifica al inmueble, se habla de pretensión o acción dirigida contra el mismo, o de pretensión real que implica una obligación *sui generis* del poseedor actual (aquí coincide DERNBURG con GERBER o MEIBOM). Por fin, otro sector (UNGER, WACHTER, BESELER, FORSTER-ECCIUS) distingue el derecho globalmente considerado, que es real, y la relación que por él se establece, simple suma de obligaciones. También dentro de este grupo las opiniones están divididas: El propio DERNBURG, situado en el grupo anterior, explica que en el derecho real *reallast*, como la finca es un objeto sin voluntad, hay que contar con la cooperación personal del poseedor actual, como efecto reflejo de un derecho real. Y, entre los que *stricto sensu* encuadramos en esta tendencia, hay quien hace brotar de la *reallast* nada más que las pretensiones personales concretas (WACHTER) y quienes añaden la garantía real en régimen semejante a los intereses del crédito hipotecario (FORSTER-ECCIUS, GIERKE...). Esta es la opinión dominante, corresponde al régimen del derecho prusiano y a la práctica constante, y se consagra en el BGB.

Así pues, las opiniones se mostraron profundamente divididas. *Vid.* GOROSTIAGA, *op. cit.*, pp. 578 y ss., 595 y ss., 609 y ss.; VON ROTH, P. R., *System des Deutschen Privatrechts*,

Además, alimenta la controversia la característica variedad de su funcionamiento. Sabemos que, en la Edad Media, en cada comarca, en cada lugar, prácticamente en cada finca existe una historia peculiar que determina particulares cargas y modos de satisfacerlas[207].

El obtener «de la finca», en el derecho medieval se tomaba al pie de la letra respecto a las prestaciones en especie, e incluso para los trabajos corporales, caracterizados como participación en la fuerza productiva de la finca[208]. Pero, tanto respecto a trabajos como en materia de diezmos, es en un determinado momento cuando el señor puede exigir y sancionar o llevarse la porción de la cosecha, sin que la falta de satisfacción en tal momento deje huellas, normalmente, para el futuro. Es una manera como cualquier otra de manifestarse cómo se ha de obtener la prestación «de la finca», en este caso con atención y actuación del señor en un momento concreto[209]. Sólo con relación a los cánones inmobilia-

---

III, § 248 y ss.; es clásico el resumen de la controversia en GIERKE, *op. cit.*, § 148, y su exposición en *Motive, III*, p. 572 y ss. (MUGDAN, B., *Die gesamten Materialien zum Burgerlichen Gesetzbuch für Deutsche Reich, I-V, nebst Sachregister*, Berlin, 1899, ed. Verlag-AALEN, 1979, p. 319 y ss.)

[207]Cfr. por todos PLANITZ, *op. cit.*, p. 126. Entre nosotros, es muy interesante el estudio de ALFONSO DE SALDAÑA, *op. cit.*, pp. 154-155, 186 y ss., 197 y ss.

[208]Cfr. WOLFF-RAISER, *Derecho de Cosas, II, cit.*, p. 161; PLANITZ, *op. cit.*, pp. 137-138, 140; HEDEMANN, J. W, *Tratado de Derecho civil, II, Derechos reales*, trad. Díez Pastor-González Enríquez, Madrid, 1955, p. 379; PATAULT, *op. cit.*, n. 21. Los datos que proporciona ALFONSO DE SALDAÑA (*op. cit.*, p. 170 y ss.) respecto a nuestras sernas medievales, permiten confirmar esta caracterización como participación de la fuerza productiva de la finca gravada. Es significativa la diferencia entre la prestación exigida al campesino que dispone de bueyes −que está obligado a utilizar en la serna− y la más ligera que debe prestar el campesino pobre, que sólo aporta su trabajo corporal (aunque, en ocasiones, se establece alguna compensación). El sustento procurado por el señor también había de ser proporcional a la dureza del trabajo realizado. Cfr. ALFONSO DE SALDAÑA, *op. cit.*, p. 186 y ss.

[209]Ciertas prestaciones se entregaban en la verja o puerta de la finca, o, al terminar la recolección, cuando el señor o su enviado tenía derecho a estar presente. En las prestaciones corporales, era preciso que el administrador de los dominios señoriales «llamara a serna», sin esta publicidad en el momento oportuno, la prestación dejaba de deberse. Realizada la llamada, si la prestación no se cumplía, o se hacía mal, la sanción era una multa: un carnero −caso de omisión−, una cantidad de vino −si sólo hubo negligencia−. En ocasiones, consistía en el salario de un día de trabajo. Sólo en algunos documentos, se ordena repetir la serna −esta vez, sin sustento−. Originariamente, la dependencia personal de servidumbre o la sumisión a la justicia

rios y las rentas se va a generalizar la idea de una responsabilidad duradera de la finca para garantizar las prestaciones debidas[210], y, también, desaparecerá la representación de un aprovechamiento corporal de la cosa: «pagar sobre el inmueble» se convertirá así en una pura imagen[211].

La naturaleza de la carga real, implicaba, en principio, como suelen reflejar los autores en diferentes épocas, que venía obligado a pagar quien en ese momento fuera propietario, o, más bien, poseedor de la finca. En general, caso de incumplimiento, el acreedor actuaba directamente contra la finca, tomando los frutos, llevándose los aperos de labranza, los bienes muebles, reteniéndola en su poder hasta obtener satisfacción con sus productos...[212]. Con el tiempo, se ejercitará para percibir las prestaciones vencidas una acción real semejante a la que corresponde al acreedor hipotecario.

Sin embargo, no en todos los lugares el régimen era el mismo. Encontramos ejemplos de carga real en que se reconoce la existencia de una obligación personal y acción

---

señorial, ofrecía medios coactivos para asegurar la ejecución, que quizá también se aplicaran en caso de incumplimiento reiterado. En los documentos de los siglos XII y XII, se ofrece esta ordenación que parece una mejoría respecto a una situación anterior, de más arbitrarias exigencias. Igualmente, la sanción era distinta dependiendo del estatuto personal. A los caballeros no se les impone multa pero se les puede «prendar». Cfr. ALFONSO DE SALDAÑA, *op. cit.*, pp. 181 y ss., 192 y ss.; GARCIA DE VALDEAVELLANO, *op. cit.*, p. 251; y autores reseñados en la nota anterior.

[210]Cfr. GOROSTIAGA, *op. cit.*, p. 574; HÜBNER, *op. cit.*, p. 319; PLANITZ, *op. cit.*, p. 140.

[211]Cfr. WOLFF-RAISER, *Derecho de Cosas, II, cit.* p. 161; HEDEMANN, *Tratado..., II, cit.*, pp. 379-381.

[212]Cfr. PLANITZ, *op. cit.*, p. 140; WOLFF-RAISER, *Derecho de Cosas, II, cit.*, pp. 161, 168-169; Para HÜBNER, *ibidem*, p. 319, "la responsabilidad personal del poseedor faltaba por completo en la carga real del antiguo derecho". BRUNNER, *op. cit.*, pp. 202-203 señala que "el inmueble era el sólo afectado, no el restante patrimonio del propietario". Parece que la actuación en caso de incumplimiento presentaba dos escalones: en primer término, ejecución sobre los muebles, aperos de labranza, frutos. Si el incumplimiento es reiterado, comiso. Encontramos este régimen también en nuestro derecho medieval. *Vid.* los documentos que presenta ALONSO MARTIN, *op. cit.* Las actuaciones en caso de incumplimiento variaban según las distintas unidades señoriales e incluso fincas concretas, dependiendo también del grado de dependencia personal del obligado. En ocasiones, la retención de la finca por el acreedor, como prenda inmobiliaria, duraba siglos. Cfr. RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, p. 39, y allí, mas referencias.

correspondiente, referida a quien era propietario o poseedor en el momento del vencimiento de cada prestación concreta. Esto sirvió en algunos casos para garantizar la posición del acreedor cuando su actuación de cobro debía ajustarse a un momento concreto, o con referencia a las cargas en que la ejecución sobre la finca o exigencia al poseedor actual se refería a unas pocas pensiones, sobreviniendo luego la prescripción[213]. En el derecho anterior a BGB, existe, con varias formas, esta acción personal en diversos lugares, y ello se refleja en las discusiones preparatorias del primer Proyecto[214].

---

[213]Cfr. GOROSTIAGA, *op. cit.*, pp. 574-576.

[214]En algunas relaciones, como la estipulación del *Altentheils* (pensión reservada al viejo labrador que había transmitido su cortijo), resultaba de la naturaleza de las cosas una responsabilidad ilimitada del adquirente inicial gravado. Esto se considera, en la interpretación del derecho prusiano, régimen ordinario para el enfiteuta en cuanto, si enajena sin consentimiento del dueño directo, continúa respondiendo con su persona y bienes de toda prestación debida. Cfr. GOROSTIAGA, *op. cit.*, p. 580-581. La renta de la enfiteusis tiene un componente de contrapartida contractual debida al propietario, relación personal, que en las cargas reales se ha perdido por completo. También la renta vitalicia garantizada con hipoteca implica una responsabilidad personal del promitente originario y sus sucesores universales. Así lo explica UNGER, *op. cit.*, pp. 555-556. También VON ROTH, *System..., III, cit.*, § 248.

En la *reallast*, el deudor es propietario incondicional, simplemente gravado por la carga. Por ello, con respecto a una acción personal, sólo cabe plantear la responsabilidad de quien sea poseedor en el momento en que cada prestación venza.

Según VON ROTH, desde el punto de vista histórico, la doctrina que atribuye a las *reallasten* −no sólo en su conjunto, también en cada una de las prestaciones− carácter real, fue reconocida por diversos *landrechte* y adoptada por la práctica constante. La que distingue entre las prestaciones y el *reallast* en sí mismo se adoptó por diversas regiones, como Baviera y Württemberg (GOROSTIAGA, *op. cit.*, p. 599, VON ROTH, *System..., III, cit.*, § 284). De acuerdo con el derecho de Württemberg, las prestaciones aisladas vencidas, pierden su carácter de deudas a cargo del bien, para convertirse en personales del poseedor, que responde del cumplimiento con su entero patrimonio. Cfr. WACHTER, G. P., *Handbuch des im Koenigreich Württemberg geltenden privatrechts*, II, Stuttgart, 1851, § 48. El criterio de la obligación personal del poseedor en el momento de vencimiento se adoptó por Baden y Württemberg. (Cfr. GOROSTIAGA, *op. cit.*, pp. 604-605, VON ROTH, *System..., III, cit.*, § 286).

Los *Motive*, tras reconocer que el *Landrecht* de Baden sancionaba el principio contrario y que la doctrina se había dividido en Württemberg y Baviera, recogen, como corolario del criterio adoptado en cuanto a la naturaleza jurídica −derecho real− que las prestaciones vencidas, si bien implican una obligación personal del poseedor a su vencimiento, quedan garantizadas por el

Lo interesante es que, para muchos, no sólo se trata de una reglamentación especial, sino que está muy de acuerdo con la naturaleza de la institución. La carga, en la organización que establece del reparto de utilidades, genera verdaderas obligaciones a cargo de quien era propietario o poseedor: quien ha producido y obtenido los frutos de la finca, debe entregar una parte al titular de la carga. Quien en ese momento posee, ha de realizar la prestación de trabajo. No podríamos exigírselo a un ulterior poseedor[215]. La obligación, de acuerdo, es de la finca. Pero lo que está soportando la carga no es tanto su valor, sino su fuerza productiva, y esto podría únicamente manifestarse en generación de obligaciones de prestaciones concretas...

Tanto este esquema, como el que se completa con la garantía real, está de acuerdo con la naturaleza de las cargas reales, y nos ayuda a comprender sus diferencias con la hipoteca. La obligación real juega un papel muy importante porque supone la manifestación fundamental de la carga real. Así pues, aunque los autores, especialmente suizos, señalen que la manifestación más importante de la figura de la obligación *propter rem* en derecho suizo es la *grundlast* (carga real) podría darse la vuelta a la afirmación: la manifestación más importante de la carga real es, no tanto la garantía (al menos como hoy se entiende, derecho de realización de valor), sino la obligación *propter rem*. Entonces, en el tratamiento de la obligación real, la que aparece en las cargas reales merece una consideración aparte, muy especial.

Mientras en Alemania, la acción personal resulta sólo un elemento natural de la figura[216] tal como la regula el BGB, y ha traído de cabeza a la doctrina (en palabras de HEDEMANN[217]) en el derecho suizo, cada prestación concreta deviene deuda personal y deja de encontrarse garantizada con el inmueble pasados tres años desde su vencimiento[218].

---

inmueble, fuera quien fuese su propietario, *Motive, III, cit.*, p. 581 y ss., 583, 587. Cfr. GOROSTIAGA, *op. cit.*, p. 612 y ss. Además de la obligación del propietario por las prestaciones vencidas durante su titularidad, era preciso organizar, se dice, la responsabilidad del inmueble, utilizando las conclusiones que establece el derecho común, especialmente en las legislaciones de Prusia, Sajonia y Mecklemburgo.

[215]Cfr. UNGER, *op. cit.*, § 63.

[216]Puede suprimirse, y en caso de duda se da una pretensión siempre contra el propietario actual, de garantía real.

[217]Cfr. HEDEMANN, *Tratado..., II, cit.*, p. 382.

[218]*Vid.* el tratamiento de la *grundlast*, en el capítulo correspondiente.

Se ha recogido, por tanto, esta idea. Desde el vencimiento, se manifiesta la peculiaridad de la carga como reparto y atribución: se obtiene «de la finca» y por ello, durante tres años, el obligado es siempre el poseedor actual, la responsabilidad es de la finca y sólo puede alcanzar hasta su valor. Pero, a partir de entonces, se entiende que el poseedor se ha apropiado de las utilidades que pertenecen propiamente al titular, y queda sujeto a su acción personal, que ya no afecta ni a la finca ni al poseedor ulterior.

Carga real y derechos de censo

Ahora es preciso que detengamos la atención en nuestros censos[219], las figuras más parecidas o, con un concepto un poco más amplio, integrantes de esa esfera de las cargas reales[220].

Enfiteusis

En la regulación de los censos establecida por nuestro Código se contemplan instituciones muy diferentes. Por un lado la enfiteusis[221], que nos remite al mundo del

---

[219]*Vid.*, por todos, CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, II-2, 14ª ed. a cargo de MARIN PEREZ, P., Madrid, 1988, p. 223 y ss.; BORRELL, A., voz "Censo", *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, IV; GIBERT, R., *Historia general del derecho español*, Granada, 1968, p. 89 y ss.; MORENO TRUJILLO, M. A., "El documento de censo en la Castilla del siglo XVI", *RDN*, 145-146, 1989; SALA, J., *Ilustración del derecho real de España*, I, 2ª ed., Madrid, 1820, p. 306 y ss.; GARCIA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*, III, Madrid, 1852, reimpresión Zaragoza, 1974 p. 452 y ss.; GUTIERREZ, B., *Códigos o Estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, II, Madrid, 1863, ed. facsímil Valladolid, 1988, pp. 597 y ss.; MANRESA, J.M., *Comentarios al Código civil español*, XI, Madrid, 1905, p. 5 y ss.; SCAEVOLA, M., *Código civil concordado y comentado extensamente*, XXIV-2, Madrid, 1915, p. 185 y ss.; CORBELLA, A., *Historia jurídica de las diferentes especies de censos*, Madrid, 1892.

[220]Los propios autores alemanes lo sitúan en la esfera de las cargas reales −cuando se independiza del dominio, pues el censo aparece unido en el derecho medieval a una gran variedad de relaciones y negocios. Cfr. PLANITZ, *op. cit.*, p. 137; OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, nn. 82 y 84; TRIFONE, R., voz "*Censo*", *Novissimo Digesto Italiano*, III, Torino, 1959, p. 92; ALMEIDA COSTA, M., *Raízes do censo consignativo. Para a história do crédito medieval português*, Coimbra, 1961, p. 28.

dominio dividido y nos recuerda el «sistema de la concesión», decisivo en el origen de las cargas reales[222].

Como es sabido, *verbum emphiteusis est aequivocum*[223]. Aunque muchas veces es vehículo de la dependencia señorial[224], bajo este nombre se desarrolla un particular reparto entre dueño directo y útil, imbricación de relación jurídico real y compromiso contractual[225].

---

[221]Acerca de la enfiteusis, la bibliografía es amplísima. Baste ahora citar a COVIAN Y JUNCO, V., voz "*Enfiteusis*", *Enciclopedia Jurídica Española*, XIII, p. 531 y ss.; ALMEIDA COSTA, M., *Origem de enfiteuse no direito português*, Coimbra, 1957; FEENSTRA, R., "*L'emphytéose et le problème des droits reéls*", *La formazione del diritto moderno in Europa, Atti del 3er. Congresso Internazionale della Società italiana di Storia del diritto*, Firenze, 1977, p. 1295 y ss. Y el tratamiento en la bibliografía sobre censos, manuales actuales e investigaciones históricas que se ha reseñado o iremos presentando.

[222]Cfr. GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, p. 115. A medida que la posición del concesionario se consolida el censo deja de ser expresión de dominio para convertirse en «una simple carga real». La transformación se opera tempranamente en la ciudad medieval. Cfr. BRUNNER, *op. cit.*, pp. 88 y ss., 201 y ss.; PLANITZ, *op. cit.*, p. 128.

[223]OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, n. 83 −que recogen esa frase de DUMOULIN− señalan que el contrato puede encubrir desde un arrendamiento hasta un *cens*. Sobre el tema, con diferentes puntos de vista, *vid.* FEENSTRA, "*L'emphytéose...*", *cit.*, p. 1330 y ss.; COVIAN, *op. cit.*, p. 282; GROSSI, P., *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Pompeya, 1963, pp. 269-270; CLAVERO, B., "La enfiteusis ¿qué hay en un nombre?", *AHDE*, 56, 1986, p. 467-519.

[224]El sentido señorial de la relación se acentúa por CLAVERO, "*La enfiteusis...*", *cit.*, pp. 472 y ss., 480. La institución presenta, sin embargo, un horizonte más amplio. En una época de confusión y ambigüedad, no puede extrañar que el dominio directo enfitéutico, calificado con frecuencia como simple derecho privado, se revele a la vez señorial, en identificación con el característico de la *censive*. Cfr. OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, nn. 81-83. Por esto, aunque se le haga aquel reproche, también ha sido posible fijarse en el aspecto fundiario para la defensa del esquema (así, ALONSO MARTINEZ) como relación privada. El reproche, además, habría que hacerlo a todo el entramado jurídico medieval donde "*tous les baux à long terme seront ainsi plus ou moins contaminés par la dépendence personnelle*", Cfr. PATAULT., *op. cit.*, n. 62.

[225]Los monasterios comienzan por utilizar la concesión «a varias vidas», con prohibición de vender y enajenar. Más adelante, y en general, en otras unidades señoriales, se generaliza el censo perpetuo. Ahora bien, con limitaciones a la facultad de enajenar. En cuanto al abandono, en las Partidas −y se refleja en los documentos− se otorga la posibilidad para situaciones de caso fortuito. Si no, a través de una concordia. Cfr. ALONSO MARTIN, *op. cit.*, p. 295, 297, 300-302, 304, etc. Esta mezcla de contrato y atribución continúa planteando, tras la codificación, el

A partir de la Recepción, glosadores y comentaristas, al mismo tiempo que presentan la doctrina del *duplex dominium*, ofrecen el esquema de la enfiteusis tomado de los textos de ZENON y JUSTINIANO. Aquí desembocan entonces diversos contratos de concesión fundiaria heredados del mundo medieval. En aquellos contratos o al lado de ellos, SANCHEZ ALBORNOZ ha reconocido el esquema utilizado por monasterios a partir del siglo X. En Cataluña se muestra con sus rasgos propios tempranamente (siglo XII). Y en Castilla, con los caracteres dibujados por glosadores y comentaristas, desde el siglo XIV[226].

Como consecuencia de aquella convergencia de figuras pre-enfitéuticas medievales, aparecen variaciones: enfiteusis propia, *causa venditionis*, con entrada y canon módico (menos utilizada en Castilla). Impropia, *causa locationis*, con renta más acorde con la producción del fundo... Al mismo tiempo, en ocasiones es difícil distinguir si se trata de una concesión enfitéutica o un censo reservativo[227].

Es característica de la enfiteusis medieval la obligación de mejora de la finca a cargo del enfiteuta. El señor se asegura repobladores, vasallos, soldados... y también utilidades materiales de las tierras que se van ocupando y no puede por sí mismo trabajar. Desde el principio, como ocurría en las tenencias del gran dominio, se trata de una coordinación de atribución y obligación. El reparto depende en buena medida de la permanencia del compromiso del enfiteuta y su actividad de mejora de la finca, obligación que desempeña un papel muy especial. En atención a la finalidad prevista, durante los primeros años de la

---

problema de la renunciabilidad. *Vid.* CASTAN TOBEÑAS, J., "¿Es renunciable la enfiteusis?", *RGLJ*, 1919, I; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos..., II, cit.*, 1978, pp. 747-748.

[226]Por todos, *Vid.* GIBERT, R., "Los contratos agrarios...", *cit.*, pp. 305-330; SANCHEZ ALBORNOZ, *op. cit.*, pp. 127 y ss., 138 y ss.; GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, p. 110 y ss.; GARCIA DE VALDEAVELLANO, *op. cit.*, pp. 249 y ss.; ALONSO MARTIN, *op. cit.*, p. 293 y ss.; ALMEIDA COSTA, M., "*Os contratos agrarios e a vida economica em Portugal na Idade Media*", *AHDE*, 49, 1979, pp. 141-163; CORBELLA, *op. cit.*, p. 242 y ss.; BROCA Y DE MONTAGUT, G., *Historia del derecho de Cataluña*, 1918, ed. facsímil Barcelona, 1985, p. 241 y ss.; RIUS SERRA, J., *Cartulario de Sant Cugat del Vallés*, 3, Barcelona, 1847, nn. 833, 854, 870, 876, etc.

[227]Cfr. GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, p. 209 y ss.; *Locatio..., cit.*, p. 238 y ss.; BUSSI, *La formazione..., cit.*, pp. 136-137; ALONSO MARTIN, *op. cit.*, pp. 296, 304-307.

relación normalmente se exime al concesionario de cualquier otra prestación, para facilitar su inversión y trabajo de plantación...[228]

Después, entran en juego el resto de las prerrogativas del dueño directo. Se le pagará el canon o censo, primero en frutos, y, con el paso del tiempo, también en dinero...[229] El comiso, por más que pudiera entrar poco a poco en desuso, nos ofrece la idea de un dominio útil condicionado al cumplimiento de las obligaciones. Se mantiene la cercanía con la concesión en precario o arrendaticia, con posibilidad de resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones del enfiteuta. La necesidad de obtener el consentimiento del dueño directo para enajenar el dominio útil, nos habla también de esta mezcla de propiedad y contrato[230]. Y buena parte de la manifestación del dominio directo y su participación de las utilidades de la finca se centra en el laudemio y el derecho de retracto.

He aquí, pues, un haz de relaciones entre los dos dueños. La carga de la pensión sólo supone un aspecto, acaso poco relevante, de la participación. Su valor es económico y recognoscitivo del dominio del señor, representando que la utilidad, el fruto obtenido por el enfiteuta, sigue dependiendo de la relación con él y del cumplimiento de sus obligaciones. No tiene por qué representar una porción de los frutos, ni deja de deberse por esterilidad accidental o pérdida de aquellos, sólo manifiesta la relación que «permite» al enfiteuta obtener la utilidad o fruto. Por ello, también, la relación puede referirse a bienes que no producen materialmente fruto, como los edificios (desde el principio, al lado de una idea material, natural de fruto, para la enfiteusis agraria, se muestra un concepto mucho más espiritualizado, −igual que ocurría en el *solarium* o el *vectigal* originario−, para los derechos de superficie, análogos a la enfiteusis[231]).

---

[228]Cfr. OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, n. 82; GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, pp. 110 y ss., 214-215; FEENSTRA, "*L'emphytéose...*", *cit.*, p. 1305-1309. Otro enfoque en CLAVERO, "*La enfiteusis...*", *cit.*, pp. 478-479, 511.

[229]Esta prestación es de módica cuantía, pero, en realidad, no se pueden dar aquí reglas generales.

[230]Cfr. GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, pp. 199-201, nota 40, 204-205.

[231]Las prestación pecuniaria tiene sentido como fruto, por ejemplo, cuando el uso del inmueble evita a quien satisface la pensión el pago de un alquiler. Cfr. PIOTET, P., *Traité de droit privé suisse, V-3, Les droits réels, les servitudes et les charges foncières,* Fribourg, 1978, p. 132.

Debido al sentido que tiene la pensión, cabría sostener incluso la posibilidad de su eliminación en el caso concreto (elemento natural del contrato) sustituyéndola en su valor recognoscitivo por otro tipo de actos, sin que se desnaturalizara la enfiteusis[232]. En este sentido, aunque la separa del mundo de las obligaciones reales su sentido de participación-atribución y la recepción del censo «de la finca», le acerca este carácter de sub-elemento, al lado de otros, prescindible.

Derecho real de censo

Ahora bien, la renta resulta el centro del instituto en las otras dos modalidades de censo que recoge el Código, sólo se tiene el «derecho a la pensión»[233]. Esto sitúa estas figuras en el ámbito de las cargas reales. Señala BUSSI que el *ius censum* y el *contractus censualis* de que deriva, suponen una figura específica, pero está íntimamente relacionado con el mundo de las cargas reales[234].

Como figura específica, el contrato se dirige a establecer un derecho y obligación de renta, con carácter temporal o perpetuo, redimible o no, que podría afectar al patrimonio en su conjunto (censos personales). Aún así, los argumentos en que se justifica pertenecen al universo medieval de las cargas reales[235]. Incluso el censo personal se quiere ver como gravamen real (grava los bienes presentes y futuros, en paralelo a la llamada «hipoteca general», y por ello se transmite a quienes han aceptado la herencia)[236].

---

[232]Cfr. FEENSTRA, "*L'emphytéose...*", *cit*., pp. 1298, 1308-1310.

[233]Mientras la enfiteusis sigue siendo contrato en todo momento, implica dominio útil dependiente, condicionado, y muchas veces estable pero no perpetuo, en estos otros censos el dominio se reconoce en el obligado, y se presenta cada vez menos o en absoluto condicionado, solamente gravado por una carga real.

[234]Cfr. BUSSI, *La formazione...*, *cit.*, p. 125. También sobre este punto, *vid.* SCAEVOLA, *Código civil...*, XXIV-2, *cit.*, p. 214.

[235]Vgr: "porque la ley o el mandato de un superior puede obligar a cualquiera a que pague anualmente parte de sus frutos, como se ve claramente en el cobro de las décimas y de los tributos; por tanto también podrá obligarse voluntariamente al mismo pago mediante un precio señalado". Cfr. DE SOTO, D., *De iustitia et iure*, VI, 1556, versión esp. de GONZALEZ ORDOÑEZ, Madrid, 1968, q. 5ª, p. 566-567.

[236]Cfr. RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, p. 79, nota 147.

En origen la relación censal surge como participación (señorial, fundiaria, cercana a la noción de tributo) en el fruto de la tierra y/o aquellas realidades duraderas y productivas normalmente incorporadas a ella (inmueble en sentido medieval)[237]. Después, no sólo el censo reservativo, también el consignativo −formas que obtienen definitiva aceptación, en detrimento de los personales− se configurará como relación estable vinculada a un inmueble[238]. En este momento, "poco interesa aquí el cultivo del fundo", indica BUSSI[239].

Pero ahí conecta, en la doctrina del *ius commune*, con la carga real: ésta –como el inmueble propiamente no puede prestar– implica una obligación para quien se halla en especial relación con la finca, en este caso, según la doctrina canonista, para el poseedor. De igual forma, quien obtiene el fruto de la finca, ha de ocuparse de satisfacer esa obligación que, fruto del *ius censum*, supone una resta en el rendimiento completo del bien. En la aceptación originaria del censo[240], interviene decisivamente la idea de que "los frutos del fundo, por su constante reproducirse en el tiempo en épocas determinadas, aseguran constantemente el cumplimiento de la obligación".

"*E poichè la facoltà del fondo di produrre i frutti è continuativa, continuativo è altresì l'esercizio dello «ius percipiendi fructus» e quindi dello ius census*".

"*Configurato così lo ius census come un diritto avente la possibilità di essere esercitato perpetuamente, venne facile di considerare l'acquirente del censo como*

---

[237]En un momento en que el valor principal de un fundo es la resultante de *manentia*, productividad natural, relación o trabajo incorporado. Sobre el concepto de inmueble en sentido medieval, *vid.* PATAULT, *op. cit.*, n. 74 y ss.

[238]"*Oggetto del contratto è la creazione insomma di questo rapporto obbligatorio avente carattere di perpetuità e che trae particolare sicurezza dal fatto che un fondo à collegato ad esso e con la propria esistenza assicura la continuità di quello*". Cfr. BUSSI, *La formazione..., cit.*, p. 130. Como *res incorporalis* y relación duradera el *ius censum*, incluso sin asignación a un fundo podría merecer, en la antigua mentalidad, la calificación de inmueble (cfr. POTHIER, R. J., *Constitution de rente*, n. 105 y ss.) Mas, en cualquier caso, su carácter inmobiliario quedará asegurado con la vinculación al fundo, o a un derecho inmobiliario (así, gabelas y otros ingresos perpetuos de las ciudades, rentas de la jurisdicción y oficios públicos patrimoniales, etc. Cfr. RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, p. 80, nota 150.

[239]Cfr. BUSSI, *La formazione..., cit.*, p. 130.

[240]El argumento se utiliza también, como se ha dicho y se reiterará, para los censos personales.

acquirente di quella «vis naturalis» della cosa, che permette alla stessa la produzione dei frutti.

Tale «vis naturalis», appunto perchè conessa al fondo, ha per ciò stesso un che di materiale che si riteneva non potesse venir trascurato dal possessore del fondo.

L'acquirente del censo veniva ad essere considerato in altre parole, come un particolare condomino al quale il possessore del fondo che ne godeva i frutti, doveva consegnare la quota di questi corrispondenti alla ragione per la quale l'acquirente partecipava al condominio"[241].

Esta *ratio*, concluye BUSSI, no tenía la consistencia ni la sustancia de un derecho real, pero era mucho más que un simple derecho de crédito[242].

El desarrollo de estas formas censales corresponde, por un lado, a la afirmación del censatario como verdadero dueño, en el marco de la evolución general que tiende a consolidar su posición[243]. Y, por otro, se produce en un momento en que cambia su sentido −en relación con la carga real medieval− porque actúa fuera del sistema de la dependencia señorial y alejándose de aquella idea primitiva relacionada con la participación del producto natural de la finca y el contrato agrario (volvemos a encontrar la diferencia con la enfiteusis)[244]. Sin duda el censo reservativo, menos utilizado en la práctica, puede verse como atenuación de la enfiteusis[245], pero ante todo persigue asegurar dinero perpetuo. Y el

---

[241]Cfr. BUSSI, *La formazione..., cit.*, pp. 132-133.

[242]De ahí el peculiar cuadro de acciones que se ofrecen en el derecho común como fruto del negocio: entre ellas, la acción personal contra el vendedor del censo, indicativa del vínculo que permanece con la idea de contrato personal, pero que terminará sustituida por la acción contra el poseedor en el momento de vencimiento, la *actio scripta in rem*, la *actio hypothecaria*. Cfr. BUSSI, *La formazione..., cit.*, pp. 133-134, con especial referencia a CENCIO, L., *De Censibus*, Lyon, 1676, q. XCVI, p. 250 y ss.

[243]Descrita magistralmente por MANRESA, *Comentarios..., XI, cit.*, p. 12; *vid.* también SCAEVOLA, *Código civil, XXIV-2..., cit.*, pp. 201-203.

[244]Cfr. BUSSI, *La formazione..., cit.*, p. 130. *Vid.* el panorama general, en RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, p. 42 y ss.

[245]A partir del s. XIV, los textos de derecho canónico nos muestran un «contrato censual» diferenciado de la relación enfitéutica por la transmisión del completo dominio y la carga de la pensión. *Vid. Peregrina a compilatore glosarum dicta Bonifacia*, Sevilla, por Ungut y Polono, 1489, 2 vols., fol. 78 v, voz "*census*"; MOLINA, L. *Tractatus de contractibus. Disputationes de censibus*, Lugduni, 1676, Disp. CCCLXXXIII, n. 3. Para muchos comentaristas, éste (no la

consignativo, que resulta de una utilización oblicua de aquél[246], está al servicio de la obtención de rentas de un capital.

En medio de la problemática generada por la prohibición de la usura y la vinculación de la propiedad, el censo consignativo va a experimentar un enorme desarrollo[247]. Los

---

enfiteusis, ni siquiera el consignativo) es el verdadero censo. Así como se distingue el contrato de censo de la enfiteusis, también pueden emparentarse enfiteusis y censo reservativo, en oposición al consignativo. En realidad cada figura es distinta de las otras. Como ocurre con el *bail à rente* respecto al *bail à cens* o a la propia enfiteusis señorial, el censo reservativo encierra un matiz de atenuación, que puede aparecer a diferentes niveles mientras en otros matices quien *se reserva* el derecho quizá haya conservado prerrogativas propias del dominio directo.

Así, el *bail à rente* implica atenuación por relación al censo señorial, y sin embargo en los siglos XIV-XV la consideración del concedente es, en muchos lugares y textos, de dueño directo, y sus diversas prerrogativas obedecen a esta idea. Sólo en el siglo XVIII, no se hablará de dominio, sólo de simple *droit foncier*. Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 59.

El censo reservativo también encierra la idea de atenuación −crediticio, en oposición a señorial, traslativo del dominio frente a la enfiteusis, o de un dominio perpetuo en oposición al enfitéutico estable pero temporal y contractual−. En cada caso, la atenuación en algún aspecto no tiene por qué implicar distinción en los demás. Parece que su vida arranca en plena época medieval, utilizándose sobre todo por los monasterios («carta de encenso», que establece «encenso perpetuo»). El contrato (a cuyo cumplimiento, de ordinario, se declaran «afectos todos los bienes, muebles e inmuebles» −del deudor, del concejo−) impone («fuero de la finca») una obligación cuya falta de pago lleva consigo una multa y la ejecución sobre muebles y frutos. La práctica estuvo durante largo tiempo alejada de la distinción con el censo enfitéutico, por cuanto se establecen cláusulas de comiso, retractos... o, en ocasiones, un precio inicial que, si pudiera encajar con la consideración del contrato como compraventa, puede remitirnos al *acapte* o entrada peculiar de la enfiteusis propia *iure venditionis*. Sólo en el siglo XVIII el censo reservativo está consolidado como figura de carga real. En tal momento, la documentación, en diversos monasterios, cambia de terminología, sustituyendo «censos» por «censos enfitéuticos perpetuos». Y el simple censo se utiliza, por ejemplo, en la Real provisión de Carlos III, octubre de 1788, para la reedificación de casas, solares y yermos de Madrid. *Vid.* SCAEVOLA, *Código civil, XXIV-2..., cit.*, p. 201 y ss; RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, pp. 63-64; ALONSO MARTIN, *op. cit.*, pp. 296 y ss., 304-306; MORENO TRUJILLO, "El documento de censo..., *cit.*, pp. 322, 327, 353 y ss.; CLAVERO, "*La enfiteusis...*", *cit.*, pp. 483-484.

[246]Cfr. MONTANARI, C., voz "*Rendita perpetua (Diritto Intermedio)*", *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Milano, 1988, p. 829.

[247]Se produce a partir del siglo XV. Cfr. RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, p. 65 y ss.; ALMEIDA COSTA, *Raízes..., cit.*, p. 16 y ss. Por ello, la literatura sobre censos resultó exuberante. Una

juristas explican el negocio como una compraventa[248]. Para la admisión del censo inmobiliario resulta muy adecuada la consideración del *ius census* como parte de la finca, recogiendo la idea de las cargas reales como aspectos del dominio. Así, lo único que puede dar problemas, característico de la literatura de la época, es su justo precio[249]. Por lo demás, lo que no cabe como precio del dinero es posible como fruto de un inmueble. A través de la enajenación de una parte incorporal suya, el *ius censum* (*res incorporalis*), *ius in re*[250] que nace por sucesión constitutiva, precisando la *cuasitraditio* y demás formalidades propias de la desmembración de la propiedad[251]. Se predica su poseibilidad, en vista del ejercicio prolongado en el tiempo mediante la continuada percepción de las pensiones, y existe para él protección interdictal y posibilidad de prescripción adquisitiva[252]. El adquirente aparece como *dominus vel quasi* del *ius percipiendi annuum redditum* y peculiar condómino del

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

---

reseña sucinta podría comprender: SUMMERHART, C., *Opus de contractibus*, IV, Haguenau, 1500; FOLLERIO, *Praxis censualis*, Venecia, 1583; DE BOCATIIS, *De censibus*, Turín, 1612; MOLINA, L., *De Justitia et de Iure, II, disputationes de censibus*, Cuenca, 1597; VAZQUEZ DE AVENDAÑO, L., *Tractatus de censibus Hispaniae*, Alcalá, 1614; CENCIO, L., *Tractatus de censibus*, Lyon, 1658; DE SOLIS, *Comentarii de censibus*, Alcalá, 1594.

[248]En el censo reservativo la pensión es la contrapartida en una permuta −esto permite soslayar las dificultades derivadas de la exigencia de estabilidad de los patrimonios− o una fracción del precio del dominio transmitido. Así, no existe sospecha de usura. Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 58; RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, p. 62; MONTANARI, voz *cit.*, p. 827. La STS de 11 junio de 1902 afirma que el censo reservativo tiene todos los requisitos esenciales de una compraventa. *vid.* SCAEVOLA, *Código civil, XXIV-2..., cit.*, p. 285. En el consignativo, el *ius censum* es la mercancía en una compraventa (por ello, recuerda CLAVERO, B., (*Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla (1369-1836)*, Madrid, 1974, p. 167 y ss.) el poseedor de un bien amayorazgado sobre el que fuera a constituirse, debía solicitar licencia real). *Vid.* BUSSI, *La formazione..., cit.*, p. 128; MOLINA, *op. cit.*, disp. CCCLXXXIII, nn. 2 y 7; POTHIER, *Constitution de rente, cit.*, n. 1.

[249]Cfr. RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, pp. 62 y 72; BUSSI, *La formazione..., cit.*, p. 129.

[250]Cfr. ALMEIDA COSTA, *Raízes..., cit.*, p. 93; CARIOTA-FERRARA, L., *La rendita perpetua, Trattato VASSALLI*, VIII-3, Torino, 1943, p. 4.

[251]Cfr. GANDOLFI, voz *cit.*, p. 132; PLANITZ, *op. cit.*, p. 139; RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, pp. 72-73.

[252]Cfr. BUSSI, *La formazione..., cit.*, p. 132; GANDOLFI, voz *cit.*, p. 132.

bien acensuado[253]. Su capital se ha convertido en finca (consignación, imposición) en valor de la finca (disminuye por el censo, pudiendo recuperarse con la redención[254]) y participación correlativa en su utilidad y fuerza productiva[255].

"Las singulares obligaciones que periódicamente se devengan son contenido instrumental del derecho real, éste es su causa y de él derivan. Con lo que esencialmente se diferencia el censo de los modernos derechos reales de garantía, en los que ellos son los accesorios de un derecho de crédito, cuya aseguración constituye la causa del contrato constitutivo de los mismos.

Por ello, si proyectamos aquí nuestras categorías modernas, el censo consignativo se nos aparece situado a caballo entre un derecho real de garantía, del que, obviamente, tiene mucho, puesto que la vinculación de un bien a la satisfacción eventual de un acreedor es inocultable, y un derecho real de goce, en la medida en que las pensiones periódicas son frutos y productos de una cosa que mediatamente se posee"[256].

La relación del derecho con el uso y producto de la finca, como derecho de aprovechamiento, presenta peculiaridad propia (igual que se distingue de la simple garantía inmobiliaria). En el naturalismo medieval, la relación de las cargas reales con el producto del fundo es estrecha. Pero es característico de los censos que se muestra abstracta, esquematizada y espiritualizada (hasta llegar a confundirse con el interés fruto de la cantidad representativa del valor).

---

[253]Cfr. BUSSI, *La formazione..., cit.*, p. 133; RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, p. 76; BORRELL, voz "Censo", *cit.*, p. 9.

[254]Como inmueble que es, la doctrina suele considerar que la perpetuidad corresponde a su naturaleza ordinaria. Sin embargo, cada vez más se afirmará la natural redimibilidad, ante todo para el censo consignativo, que en principio va a explicarse considerando la compraventa sujeta a condición.

[255]En definitiva, "*o censo consignativo foi uma sugestiva intervençao medieval no dialogo antiquisimo, e sempre senovado, dos que têm dinheiro disponível e dos que precisam dele*". La utilización de la idea de carga real permite perfilar un instrumento coherente con las coordenadas de propiedad vinculada e interdicción de los intereses. El capital obtiene una rentabilidad moderada, ajustada en términos macroeconómicos al producto del fundo, tras deducir los gastos adecuados a la supervivencia del censatario. Cfr. ALMEIDA COSTA, *Raízes..., cit*., pp. 207-209.

[256]Cfr. RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, p. 74.

La exigencia de que el inmueble fuera fructífero se encuentra en la Bula de 1569, que trata de ordenar el censo consignativo y corregir abusos[257]. Está en relación, por tanto, con cuestiones relacionadas con el justo precio y la represión de la usura, utilizando para resolverlas un argumento muy de acuerdo con la naturaleza del censo. Sin embargo, la relación con el fruto puede tomarse más estricta o espiritualizada[258].

En la primera tendencia −explica BUSSI− se había cuestionado la licitud del contrato cuando se trata del pago de dinero o frutos que no se perciben *ex agro*: aquí no se veía aquella directa relación entre persona obligada y el fundo del que se extraían los medios para satisfacer la obligación[259]. Igualmente −lo que tuvo especial éxito en la canonística y se reforzó con la Bula de 1569, aunque siempre suscitó contestación− se afirma que el objeto del censo no es ya el bien inmueble, sino los frutos que anualmente genere, en un paralelismo con las *onera realia* tal como aparecen en los comentaristas. Quedaba ya claro (es un elemento importante en la relación censo-carga real) que el obligado al pago no será ya quien enajenó el censo, sino alguien que con el fundo estuviera en una relación de titularidad, en estos autores, concretamente, quien por cualquier título hubiese tenido derecho a aquellos frutos ese año[260]. Por ejemplo, el usufructuario, que pagaba las pensiones

---

[257]La realidad práctica había desbordado la primera regulación del censo consignativo, se introducían cláusulas de comiso, pactos de retro... Proliferaron los censos personales, en que el pago de la pensión quedaba garantizado por los bienes presentes y futuros del vendedor, lo que generaba operaciones usurarias. Entonces, Pío V dicta la Bula *cum onus* (15 de enero de 1569) completada por un Breve explicativo de 10 de junio de 1570, formulando por primera vez una suerte de principio de especialidad, al exigirse que el censo quede consignado específicamente sobre un inmueble o derecho inmobiliario de carácter fructífero. Se confirma la facultad de redención, irrenunciable y no sujeta a prescripción (La ley V de la Novísima Recopilación declarará que, aunque suenen los censos a perpetuos, se pueden quitar, pagando la suerte principal). Sin embargo, los efectos de esta ordenación fueron reducidos, la Bula no se recibió en España (Ley VII Novísima Recopilación). *Vi*d. RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, p. 78 y ss.

[258]Como el *ius censum* no es más que un valor-capital productivo consignado o retenido en la finca, incluso a partir de cierto momento, precisamente el designio de evitar la usura conducirá a prohibir que la pensión se fije y pague en productos naturales. *Vid.* POTHIER, *Constitution de rente, cit.*, n. 28; SALA, *Ilustración.., I, cit.*, censos, n. 24, pp. 323-324.

[259]Cfr. BUSSI, *La formazione..., cit.*, p. 129.

[260]En este punto, resulta interesante comparar los textos que presenta BUSSI, y el tratamiento posterior de SALA. Según los primeros, la acción personal podría ejercitarse *contra venditorem census,* «*etiam posquam vendidit fundum censum suppositurum*» (Sin perjuicio de la

como pagara los *tributa, vectigalia, salaria y alimenta* en el Bajo Imperio. Otra consecuencia de esta visión será que, cuando el fundo no producía frutos por esterilidad debida a caso fortuito o fuerza mayor, ni siquiera naciese la obligación de pagar la pensión. En definitiva, cambia un poco el objeto de la *communio et societas* que se predicaba entre el titular del censo y del fundo acensuado[261].

En la otra tendencia, que se puede afirmar triunfante, porque además se manifiesta un poco en todas las épocas, el derecho recae sobre la finca como tal, aunque en atención a su utilidad y fuerza productiva. La conexión con el *uti frui* está esquematizada. Encontramos autores extremadamente liberales, como DE SOTO[262], aunque también en estos aquella conexión se vislumbra: incluso cuando justifican el censo personal, hacen énfasis en la

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

acción «*in rem scripta ex ipso censu*», contra el deudor poseedor del fundo, y la *hypothecaria*, de ejecución real). Sin embargo, según SALA, "enajenada la cosa, se reconviene al poseedor, que no contrajo con el acreedor, sin que pueda valerse del beneficio del orden o excusión. Pues, según veremos, no hay otro deudor" (sin perjuicio de la acción real). E insiste, siguiendo a AVENDAÑO: "es muy conforme a la naturaleza del contrato de compra y venta, (...) porque el que compra alguna cosa solamente adquiere derecho en ella. (...) No se contrae obligación alguna personal". Ahora bien, dirá SALA, esta doctrina se desdibuja con la admisión, por muchos, del censo personal. Cfr. BUSSI, *La formazione..., cit.*, p. 133; SALA, *Ilustración..., I, cit.*, pp. 326, 328-329.

El problema radica en la inserción, en muchos contratos, de la cláusula según la cual el vendedor se obliga «por sí y sus herederos, con todos sus bienes presentes y futuros al pago de la pensión, y señaladamente el bien hipotecado». Algún contrato de este tipo provocó aún en este siglo doctrina del TS que vino a complicar la discusión acerca de la acción ejercitable para el pago de pensiones atrasadas. *vid.* BORRELL, voz "Censo", *cit.*, pp. 11-12.

[261]Cfr. BUSSI, *La formazione..., cit.*, pp. 127 y 132; CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, pp. 80-81 TRIFONE, voz "Censo", *cit.*, p. 96; BORRELL, voz "Censo", *cit.*, p. 14; RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, p. 81.

[262]DE SOTO, *op. cit.*, VI, q. 5ª, p. 565 y ss. Escribe antes de la segunda regulación canónica del censo, en un momento de efervescencia doctrinal y práctica. Considera perfectamente posible el censo personal, y el inmobiliario lo interpreta con libertad, bajo el prisma del compromiso personal de crédito asegurado con los bienes del vendedor-deudor, y con la finca especialmente. Cabría, así, también un censo inmobiliario cuyo producto supere los de la finca, y que sobreviva a ésta mientras viviere la persona que lo vendió. Muchos problemas no son para DE SOTO de usura sino sólo de justo precio del censo, que además se concreta flexiblemente. Admite cláusulas por las que se limite la facultad de disposición del bien gravado, etc.

«capacidad productiva» de la persona[263]. Eso sí, se trata de una relación abstracta: "si puede cualquiera establecer un censo fructuario, siendo los frutos apreciables en dinero, no hay razón que impida establecer asimismo censo pecuniario". Entre otras razones, porque "puede señalarse censo sobre una casa, cuyo producto no es otra cosa más que dinero"[264]. Quien compra el censo no compra los frutos, sino el derecho a exigirlos, y −explica SOTO− como los bienes sobre los que se establece no tienen la condición de cosa vendida, sino la de prenda o hipoteca, también en el año en que se perdieran los frutos hay que satisfacer la pensión al comprador[265]. En fin, como muestra de este talante completamente libre, máxima espiritualización: "Si yo te diere mil ducados, para siempre, no hay inconveniente en que yo reciba una pensión por su uso. Y esto es claro. En primer lugar porque yo puedo darlos con la condición de que compres una propiedad que produzca; y si no la comprares, sería tuya la culpa"[266].

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

---

[263]"...porque de la misma manera que las cosas producen, también produce una persona con su trabajo". Cfr. DE SOTO, *op. cit.*, p. 565; *vid.* TRIFONE, voz "Censo", *cit.*, p. 94. El censo personal, aunque proscrito en la Bula de 1569, había sido admitido en la primera regulación canónica de 1425-1455, y desde entonces prolifera en distintas regiones y es admitido por diversos autores, lo que luego provocaría una larga discusión. *vid.* su reflejo en SALA, *Ilustración..., I, cit.*, nn. 17 y 30.

[264]Cfr. DE SOTO, *op. cit.*, p. 567.

[265]Cfr. DE SOTO, *op. cit.*, p. 568.

[266]Cfr. DE SOTO, *op. cit.*, p. 570. En relación con este punto se observa una interesante evolución, reveladora de la conexión del contrato con el préstamo a interés y la aportación de la idea de carga real a su consolidación. "Sobre los censos personales −explica RUBIO GARRIDO− se va a poner en duda por primera vez, y de forma premonitoria, la naturaleza real". Se trataría sólo de estabilizar una obligación, para obtener dinero perpetuo a través de una especie de tributo de carácter privado, participación en el fruto de la capacidad productiva, actual o eventual. Tal es el *ius censum*. Tras la segunda regulación canónica, las aguas vuelven a su cauce, la estabilización ha de depender de la vinculación a un inmueble. Así dirá POTHIER, contemplando la *constitution de rente* mucho tiempo después: "Se tenía en otro tiempo una idea de la *rente constituée à prix d'argent*, muy diferente de la que se tiene hoy. Se creía que no podía lícitamente constituirse a menos que el constituyente no se desasiera de una heredad que vinculaba, hasta la concurrencia de la renta, a aquel en cuyo provecho la constituía. (...) Era vista entonces como un derecho real y fundiario (...)". Pero, cuando POTHIER escribe, sobre todo en Francia, ha perdido la renta esa necesaria vinculación a aquellos conceptos. "Hoy se contempla sólo como un simple crédito personal (...) Por ello pueden constituirse sin asignación a finca

Sin llegar a tal extremo la relación con el *uti frui* en nuestra doctrina resulta evidente, pero espiritualizada. La condición del inmueble como fructífero −dirá SALA− hay que mantenerla, porque en este punto la Bula papal, no recibida, fue sin embargo declarativa del derecho común[267]. Pero esto sólo exige que lo pagado como renta entre dentro de la normal que corresponde al valor del inmueble, y que éste no sufra esterilidad absoluta[268]. Si se pierde la finca en parte, se discutió si también había de reducirse a prorrata el censo[269], o debía seguirse pagando íntegra mientras el producto de la parte restante sea suficiente. Así lo entiende SALA, con un argumento interesante: si el censo es una parte incorporal de la finca, que, desgajada de su ser y fuerza productiva, tiene una *vis productiva* propia, ha de seguir produciendo todo lo que le es propio siempre que quepa en el valor y producto del inmueble. Si parte de la finca, materialmente, se pierde, sólo afecta al propietario, no puede alcanzar la esfera del peculiar derecho del censualista[270]. En caso de disminución, para evitar controversias y fraudes, se deja al censatario que valore la situación y pueda abandonar la finca[271]. Así se refleja el problema en la regulación actual de nuestro Código.

Por tanto, el censo inmobiliario (reservativo, consignativo) es un derecho real, se trata de una parte, un aspecto desgajado del dominio. Es duradero, igual que el inmueble (sobre

---

alguna". Si hubiera asignación, la finca tendría la consideración de hipoteca accesoria, y el crédito −realidad principal− no sufriría detrimento alguno en caso de destrucción de aquella.

Sin embargo, el auténtico censo fundiario −explica BUSSI− no responde a tal esquema. Y en nuestro país se ha conservado en las figuras que estudiamos. Lo de POTHIER es un «*census personalis cum hypotheca*», figura distinta conocida por la canonística. Cfr. RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, p. 79; POTHIER, *Constitution de rente, cit.*, n .105 y ss.; BUSSI, *La formazione..., cit.*, p. 134.

[267]Cfr. SALA, *Ilustración..., I, cit.*, pp. 329-330; BENITO GUTIERREZ, *Códigos..., II, cit.*, p. 654.

[268]Si se recobra la utilidad del fundo, renace el censo, que no sufre tampoco las consecuencias de la esterilidad accidental o pérdida de los frutos. Cfr. SALA, *Ilustración..., I, cit.*, nn. 33, 39-41, pp. 330, 335-336.

[269]Cfr. MOLINA, *op. cit.*, d. 391, n. 8; VELA, disert. 33, nn. 37-38; Cláusula 8 del Motu proprio de S. Pío V.

[270]Cfr. SALA, *Ilustración..., I, cit.*, p. 329-331.

[271]Cfr. SALA, *Ilustración..., I, cit.*, n. 40, p. 335. Teniendo en cuenta, además, que esta relación censual proviene originariamente de épocas en que el principal valor del fundo (que articula diferentes propiedades) es el de fruto y renta.

el que ha de recaer) lo es. Y produce renta porque la finca produce utilidad y fruto o renta. A través de tal construcción fue posible esta forma de movilización de la propiedad y admisible lo que en modo alguno hubiera podido imaginarse como préstamo a interés garantizado con hipoteca[272].

Tales ideas, insisto, con el adecuado grado de espiritualización, las encontramos en SALA. Así, cuando justifica la acción ejercitable para el cobro de pensiones atrasadas contra el poseedor anterior, porque "como poseedor que entonces era, percibiendo sus frutos, las adeudó"[273]. O, al plantear "si pereciendo la cosa sobre la cual y sus réditos compró el derecho a exigir la pensión", se extingue también el censo[274]. O cuando se plantea las eventuales consecuencias de la disminución de la finca: "porque el censo no se considera terminativamente con respecto a la cosa censida, sino a sus frutos, es decir, no tiene por término o fin la misma cosa sino sus frutos"[275]. Y, en fin, "comprándose en la constitución del censo el derecho de exigir las pensiones o réditos, si la cosa no los produjera, sería ridículo y usurario el contrato"[276].

Nos encontramos ante un derecho relacionado con el aprovechamiento del inmueble, aunque también están claras sus diferencias con el usufructo. Por ello, lo que resulta habitual en la doctrina, es la catalogación al lado de las servidumbres, aunque sin olvidar sus conexiones con la hipoteca. En este punto, bástanos acudir al resumen que hace SALA.

Determinados autores, explica, juzgan que la cosa censida tiene la cualidad de hipoteca, aunque añada COVARRUBIAS que no sigue las reglas de las demás hipotecas "porque en primer lugar el comprador del censo puede reconvenir al pago de las pensiones al que compró la cosa censida, saltando al que la enajenó después de haber consignado en

---

[272]POTHIER, en *Constitution de rente, cit.*, n. 2 y ss., señala la diferencia con el préstamo a interés, y también con la compraventa ordinaria. Aquí, señala RUBIO GARRIDO, es significativo que «imponer» el dinero a censo implica un contrato real, lo que refleja su cercanía funcional al préstamo y al contrato constitutivo de prenda. Cfr. RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, p. 72.

[273]Cfr. SALA, *Ilustración..., I, cit.*, n. 27, p. 326. En igual sentido, MANRESA, *Comentarios..., XI, cit.*, p. 85 y ss. Para la controversia más reciente acerca de las acciones ejercitables para el cobro de pensiones, *vid*. CASTAN, *Derecho civil..., II-2, cit.*, p. 239 y ss.

[274]Efecto que "es muy conforme a la naturaleza del censo (...) porque (...) no es otra cosa que venta *pro indiviso* de parte del derecho en la cosa que está consignado".

[275]Cfr. SALA, *Ilustración..., I, cit.*, n. 33, p. 330.

[276]Cfr. SALA, *Ilustración..., I, cit.*, n. 34, p. 331.

ella el censo", mientras "la acción hipotecaria no puede intentarse contra los poseedores sin hacer antes excusión de los bienes del deudor que contrajo". Sin embargo, MOLINA, AVENDAÑO y otros muchos, "defienden que la constitución del censo se debe considerar a la manera de una servidumbre impuesta sobre la cosa en que está colocado, cuya sentencia nos parece más verdadera y justa(...) Y se acomodan a ella los efectos que observamos en la práctica. (...) Confesamos sin embargo que en el uso general de hablar se la llama hipoteca; y no tenemos reparo de conformarnos con él, si se le añade el adjetivo irregular o anómalo"[277].

Está clara, pues, la relación entre el mundo de las cargas reales y estas formas de censo. Una manera muy interesante de ver la relación, y al mismo tiempo, la diferencia, nos la ofrecen los propios ordenamientos del área germánica. A partir del siglo XIII, la forma más extendida de carga real fue la renta. Pero esta pujante forma de carga real se va a separar de las demás. Deja de corresponder a las relaciones señoriales y agrarias, a la organización del trabajo en el señorío y a la producción del fundo, y se va configurando cada vez más como esencialmente redimible con la devolución del capital. "La *reallast* −explica HEDEMANN− se nos presenta hoy bajo una doble luz. De un lado, se asemeja a las servidumbres. De otro, adquiere cada vez más un carácter dinerario, entrando así en estrecha relación con la renta inmobiliaria"[278]. En correlación con esto, por ejemplo, la *lettre de rente* del CCS es, en parte, una carga real, pero también una figura autónoma dentro del mundo de las cargas, tiene su especificidad derivada de su peculiar función y finalidad, lo que trasciende al régimen jurídico y a la colocación sistemática: mientras las cargas reales en general se encuentran reguladas al lado de las servidumbres, la *lettre de rente* aparece ya como una figura de garantía inmobiliaria. En el BGB, al lado de las cargas reales (en que la obligación personal sólo surge como fruto de la carga si las partes lo han pactado) pero ya como modalidades de derecho de realización de valor, se encuentran la deuda inmobiliaria y, como una subespecie, la renta inmobiliaria.

---

[277]Cfr. SALA, *Ilustración..., I, cit.*, nn. 25-26, pp. 325-326. En parecidos términos, *vid.* el resumen de la cuestión en BENITO GUTIERREZ, *Códigos..., cit., II*, p. 646 y ss.

[278]Cfr. HEDEMANN, *Tratado..., II, cit.*, pp. 381-382, donde presenta en esquema las analogías y diferencias entre carga real y renta inmobiliaria.

Conclusiones acerca de la diferencia entre cargas reales, en la esfera del derecho real *in faciendo*, y la obligación real

Situación de la carga en el panorama de los derechos reales

La presencia de esta figura y su regulación en el BGB y CCS supone el término y precipitado de una larga evolución. Hoy, revisten escasa importancia (que nada tiene que ver con su extenso desarrollo en el derecho anterior a la codificación) y la figura ha quedado dibujada esquemáticamente, de la forma que pueda ajustarse más (dentro de lo que cabe) a las categorías de la dogmática moderna y a su consideración como posibilidad de relación jurídico real en derecho privado[279].

La doctrina, imbuida ya de una mentalidad moderna, nos dice que la carga aparece como formada por dos elementos: la obligación *propter rem* y la responsabilidad que recae sobre el inmueble[280]. Si la obligación tiene importancia práctica −de lo que se trata en la carga es de la recepción por el titular de prestaciones periódicas en dinero, frutos o trabajo[281], y esto no puede calificarse sino como obligación− la afección del inmueble en garantía reviste gran trascendencia para la caracterización general y ubicación del instituto como derecho real.

Sin embargo, es preciso ser cuidadoso cuando se pretende explicar desde una mentalidad actual una figura cuyo origen y desarrollo responde a coordenadas históricas y puntos de vista bien distintos[282], por más que, para justificar su pervivencia en el derecho posterior, haya sido necesario acentuar aquellos ángulos o modos de explicación que puedan encajar mejor con la dogmática moderna. Aunque la garantía real y la aproximación

---

[279]Aunque pueden existir cargas en la esfera de derecho público, pero no se refiere a ellas la reglamentación de los códigos, salvo en lo referente a la relación con el Registro.

[280]Cfr. PIOTET, *Traité..., cit.*, p. 123 y ss. En la doctrina italiana, BALBI, *Le obbligazioni..., cit.*, p. 34 y ss.; BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 7 y ss.

[281]Esto último, siempre en correlación con las posibilidades de explotación del fundo gravado y las necesidades del dominante.

[282]Advertencia, entre otros, de PATAULT, *op cit.*, n. 30, p. 44, y FEENSTRA, "*L'emphytèose...*", *cit.*, pp. 1306-1307. *Vid.* también RIGAUD, *El derecho real..., cit.*, p. 70 y ss.

que suele hacerse de estas cargas a los llamados derechos de realización de valor tenga un sentido y refleje un aspecto importante de la carga como gravamen, no se puede olvidar, por mucho que pueda resultar hoy paradójico, que la obligación, la pretensión a prestaciones, es el núcleo fundamental y la consecuencia más relevante del derecho real llamado *reallast* o *grundlast*: por eso, la obligación es *propter rem*.

Cuando se dice, por tanto, que en la carga real un inmueble está gravado con prestaciones (impuestas sobre la finca, o que se reciben de la finca) esto que, relativo a una hipoteca, significaría simplemente que una obligación (independiente de derecho real) tiene un refuerzo en la responsabilidad, en la carga real supone contemplar el gravamen no sólo en la responsabilidad sino también para el débito[283]. Por mucho que nos cueste admitirlo o digerirlo hoy en día, es necesario tenerlo presente para situar la carga real en su lugar y comprender sus relaciones con el concepto de obligación real[284].

Consecuencia, por tanto, del derecho y de su carácter real, no es sólo (ni siquiera como el aspecto más importante) la garantía (al menos tal como concebimos hoy el *gage immobilier*) sino las características peculiares que presenta el propio débito: se ha de mostrar ante nosotros como *propter rem*, por ser consecuencia nuclear y directa de un derecho que se cataloga real. Y la garantía, antes que nada nos la presenta la finca misma que, con su permanencia y su *vis productiva*, asegura la continuidad del derecho y la satisfacción de las prestaciones. Garantía, pues, como idea anterior y más amplia, más profunda, que su manifestación posterior −que puede revestir formas diferentes− relativa a la ejecución para la obtención de pagos concretos.

---

[283]Cuando recordamos aquella obligación que se territorializó, en el origen de la institución, explicada después como derecho real o aspecto del dominio (una forma de *gewere* mediata, que resulta, con su estabilidad y continua vinculación a la tierra, un inmueble).

[284]Por ello, aunque la doctrina moderna trate de desdibujarlo, esta consideración del origen nos lleva a señalar, con PLANITZ: "La configuración de las cargas reales no puede derivarse de las relaciones obligatorias, ya se considere a aquellas como obligaciones con sujeto determinado *ex re* o sujeto indeterminado (GERBER), ya como obligaciones de la misma finca (DUNCKER), ya como obligaciones de quien en cada momento sea propietario de la finca (deuda real, GIERKE). (...) Tampoco es suficiente conceptuarla como una vinculación de la genuina responsabilidad objetiva (ex re) con una simple deuda de acreedor como estima VON SCHWERIN. La carga real no es una figura del Derecho de obligaciones, sino que en su núcleo esencial es un derecho de aprovechamiento". Tanto prestación como garantía son efectos reflejos del derecho real. Cfr. PLANITZ, *op. cit.*, p. 140.

En nuestro derecho, lo más parecido a las cargas reales, o que podemos encuadrar en esta esfera conceptual, son los censos, en que se manifiesta el particular engarce de la obligación como modo de participación con garantía real, tanto en el reparto de la enfiteusis como, sobre todo, en el derecho real limitado que surge en el censo reservativo o consignativo. Si el primero surge como atenuación de la enfiteusis o difícilmente se termina de desgajar de aquella, su utilización posterior y, sobre todo, el consignativo, se desarrolla al servicio de otros problemas, un poco ajenos al origen de las genuinas cargas reales. Por ello, en derecho alemán y suizo, la renta tiene su cauce propio, que en parte corresponde aún al ámbito de la carga real, cercana a la servidumbre, y en parte se aleja de él, como figura de garantía inmobiliaria, derecho de realización de valor. Este itinerario se completa cuando tales derechos llegan a ser esencialmente redimibles, o, en el ejemplo francés, la renta deja de catalogarse como bien inmueble, sólo es un crédito que podrá garantizarse con hipoteca.

Todo esto es lo que nosotros queremos mantener bajo la denominación carga real para diferenciar este universo de la obligación real. Nos fijamos para hacer este encuadre en la presencia de una obligación de prestaciones a cargo del propietario colocada y justificada como núcleo y consecuencia básica, al lado de la garantía real, de un derecho concedido al acreedor que se cataloga, globalmente, como real. Lo que podemos llamar figura de derecho real del tipo carga real, cuyo núcleo y centro es una obligación ambulatoria, cuyas características peculiares (de garantía con la cosa, etc.) derivan de aquella consideración como obligación de la cosa, la otra cara de un derecho real[285].

Lo cual no implica desconocer que la expresión no designa en nuestro ordenamiento un derecho real concreto, ni siquiera un tipo de derecho real. Ni predicar la identificación de nuestros censos con las *reallasten*. Pero es que, incluso en el área germánica, las figuras de renta, por un lado, aparecen consideradas por la doctrina como las más características y utilizadas cargas reales, y, por otro, responden a un orden de ideas distinto, y su colocación y regulación deriva de ello: En parte se consideran cargas reales, en parte figura independiente: Suponen una utilización de la idea y mecanismo de carga real, que se aproxima cada vez más a los derechos de realización de valor, garantía real, cuando sirve a la operación de renta inmobiliaria.

---

[285]Un enfoque semejante, en nuestra doctrina reciente, en DOMINGUEZ PLATAS, *op. cit.*, p. 214 y ss.

Así pues, cuando se habla de cargas, esto puede tener un sentido amplísimo. La sistematización tiene mucho que ver con el derecho público. Así aparece en Roma, en BARTOLO, pero también en autores modernos, o en nuestras enciclopedias del siglo pasado. Igual ocurre con la carga real. Propiamente, no es una expresión significativa, fuera del valor que razonable y razonadamente quiera dársele. Como «modificación de la propiedad» su ámbito es mucho más amplio incluso que el de los derechos reales. También puede significar modificaciones que afectan al dominio sin constituir derecho real, y así, utilizarse en contraposición al mismo. En estos sentidos amplios, obligación real puede resultar encuadrada en el amplio campo de las cargas reales. Es tradicional, sin embargo, aunque se haya criticado la pretensión, propia de la doctrina italiana, de hacer de la carga real una categoría definida, utilizar el término para referirse a aquellos gravámenes del inmueble que, catalogados como derecho real, implican sin embargo una anomalía (lo que lleva a distinguirlos de los demás) porque consisten en pretensión a prestaciones (hoy por hoy, normalmente, pagos en dinero, denominados de renta o pensiones) que, se dice, se reciben «de la cosa» o «gravando la cosa».

Los itinerarios de la obligación en la carga real

Cuando se pretende explicar las cargas reales y nos movemos dentro de las categorías de la dogmática moderna, es fácil, por un lado, tender a confundir carga real y obligación real, porque la carga no sería más que un peculiar ejemplo de éstas. Sin ir más lejos, BUSSI nos habla de las *oneri reali "detti altrimenti obbligazioni reali, od «obligationes propter rem», denominazioni tutte le quali mirano ad accenare nel medesimo tempo all'elemento reale ed all'elemento obbligatorio che caratterizano queste singolari figure giuridiche"*[286].

Estas explicaciones de BUSSI (v. gr.: "*essi* −las cargas reales− *si possono considerare come il trait d'union fra i diritti reali e quelli di obbligazione*"; "*negli oneri reali il diritto reale si altera sostanzialmente per l'obbligo di un «facere» che lo accompagna, ed il diritto obbligatorio si snatura per l'efficazia reale attribuita alla azione del creditore, il quele si pué rivolgere contro chiunque si trovi in rapporto con la cosa*)" sobre todo esta última, implican ya una consideración del problema tomada desde nuestras categorías modernas (lo que se trasluce un poco en todo el tratamiento de este autor), porque si, efectivamente, la carga real (igual que la obligación real, pero en otro sentido), supone un puente de unión

[286]Cfr. BUSSI, *La formazione...*, *cit.*, pp. 119-121.

entre el derecho real y el de crédito, es sobre todo porque se considera como derecho real. Con independencia de que originariamente haya podido ser así o no, el hecho es que, en virtud de una evolución conocida −dentro de la más general del derecho a partir del Bajo Imperio− la obligación se ha situado como derecho real.

"*Negli oneri reali* −señala BUSSI, muy expresivo− *si muove dal diritto di obbligazione per arrivare al diritto reale*"[287]. Esta explicación tiene sentidos históricos muy precisos: obligación como elemento de la relación entre concedente y concesionario, en la enfiteusis, cercana al arrendamiento, que se considera luego elemento de la relación entre *dominus directus* y *dominus utilis*, y una porción del derecho del primero; relaciones personales que se territorializan, en la dependencia del colonato, del vasallaje... (incluso las prestaciones personales, *fronden*, sernas, llegan a conceptuarse como derecho de aprovechamiento[288]); o, aprovechando todo ello, utilización del esquema para convertir en derecho real una relación de crédito, haciéndola posible, en el censo consignativo...

Este es el primer itinerario de la obligación en la carga real: se ha convertido en finca, en un aspecto del inmueble, en derecho real. La obligación real, sin embargo, nunca pretende esta conversión, aunque forme parte de la relación de derecho real.

Por ello, las cargas reales (donde se han desarrollado y mantenido como figura específica, con características propias y definidas) se convierten en un cauce por el que puede discurrir una obligación real, cosa sólo característica del derecho alemán o suizo. En el resto de los ordenamientos, esa obligación relativa al modo de utilizar la cosa, desaparecidas las relaciones de dependencia señorial, queda reservada al ámbito del derecho público, y las obligaciones reales en derecho privado necesitan otro cauce, más acorde con su explicación.

Los efectos de la fijación de la obligación como carga real: por ejemplo, que el cumplimiento corresponda al poseedor, y que, aunque quien lo fuera al tiempo de cada vencimiento sea y quede obligado, el poseedor actual haya de sufrir las consecuencias de las prestaciones vencidas mientras no prescritas, o bien como verdadero obligado (*obligatio* que los romanos llamaban *scripta in rem*, se suele decir) o bien como lo haría un tercer poseedor de inmueble hipotecado, que ha de pagar (aunque no sea deudor) si no quiere sufrir las consecuencias de la ejecución sobre su finca.

---

[287]Cfr. BUSSI, *ibidem*.

[288]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 29.

Por tanto, también en la carga real se contempla el camino contrario: tal aspecto desgajado del dominio encierra una obligación, exige una prestación. Aunque originariamente pudiera resultar enmascarada por la directa ejecución sobre la finca, al menos en algunas formas, la obligación, aunque como aspecto del reparto, reclama un reconocimiento. E incluso puede permanecer como deuda personal, desgajada de la carga, a raíz de los sucesivos vencimientos. Ahora bien, tales deudas no dejan de derivar directamente de la carga y ser el cauce de la participación, igual que tampoco cabe negarles el carácter de obligación *propter rem*.

Pero se tratará de una obligación *propter rem* peculiar, propia de la carga, tanto si se manifiesta en la exigencia al poseedor actual para la prestación vencida (en la *grundlast* durante los tres primeros años desde el vencimiento −sólo afecta al poseedor actual−) con responsabilidad limitada (así en este caso) o no al valor del inmueble, como si desemboca en la deuda personal. En este itinerario, como no podía ser de otra manera, aparece la obligación real como elemento constructivo de la relación real. Pero su accesoriedad e instrumentalidad es aquí diferente al de la obligación real ordinaria. Porque en estas figuras, la relación jurídica no enmarca, por así decir, la atribución, sino que es el cauce previsto para la obtención de las utilidades[289].

Con ello retornamos un poco al inicio, y ahí encontramos otro aspecto de este territorio de las cargas reales, la conexión de la concesión inmobiliaria con la relación −en varias formas− de la dependencia señorial, y de la tenencia de la tierra con el compromiso personal. Es característica, por ejemplo, en la enfiteusis la convergencia de relación contractual obligatoria y atribución. Las rentas se reciben en un principio como lo haría un arrendador (especialmente en la enfiteusis impropia); el dueño directo ha de aceptar al nuevo integrante de la relación (origen del laudemio); la atribución sigue presentándose dependiente de ella (comiso), etc.

En este territorio mixto se encuadra el caso de que una cierta obligación haya sido elemento determinante, causa o móvil del establecimiento de la relación, por cuánto sólo en atención al cumplimiento de tal compromiso el propietario está dispuesto a consentir la desmembración, porque será presupuesto de la ventaja que prevea en el reparto. Así, la obligación de mejorar la finca es presupuesto de la enfiteusis, y su incumplimiento disgrega toda la relación. En la enfiteusis, no sólo ocurre esto con tal compromiso, también con el

---

[289]Es la distinción que dibuja ALBALADEJO, con toda justeza. Cfr. *Derecho civil, III-1, cit.*, p. 22.

canon o el laudemio: si se eluden, el propietario ve frustrada parte importante de su participación en el reparto. En todo momento, pues, el derecho del enfiteuta está dependiendo de un presupuesto de la relación.

Algo parecido ocurre hoy con la obligación de edificar, en el derecho de superficie. Su previsión determina el establecimiento de la relación y concesión del derecho, al que condiciona como elemento, no ya del propio derecho, atribución, sino de la relación de la que, en este aspecto, sigue dependiendo. Como la concesión no es perpetua, no existen especiales obligaciones que deban asegurar el beneficio al concedente, lo obtendrá al final; eso sí, siempre que se cumpla aquella obligación básica, que condiciona el establecimiento del reparto, y como tal ha de solventarse en los inicios de la atribución. Este esquema puede reproducirse para otros derechos reales. La conmixtion derecho-obligación, *in faciendo*, no es aquí elemento permanente y cauce básico de la utilidad que obtiene el dueño, sólo un presupuesto inicial. La obligación, como presupuesto (tanto la mejora en enfiteusis como la edificación en superficie) a través de la relación constitutiva condiciona el derecho real, pero no llega a entrar en él, como ocurre con las prestaciones de la carga real, verdadero cauce de reparto.

Las palabras

Es preciso, para evitar confusión, reconocer que expresiones como «*obligatio rei*», u «*obligatio realis*» o también «*actio in rem scripta*», tienen un sentido propio y característico que conecta con el universo de las cargas reales, y así aparece con profusión en los textos y en la doctrina anterior a la Codificación, pero un sentido distinto al que cabe dar a estas mismas expresiones cuando las referimos a la moderna obligación real. *Obligatio rei*, o también *realis*, tiene relación con *pignoris obligatio*, lo que se aplica también a la hipoteca, y no se refiere a la obligación (en el sentido moderno) sino a la vinculación de la cosa en garantía. También, para la carga real, tiene el sentido del *pati* del derecho real, de lo que son consecuencia todas las características y frutos de la carga, especialmente la vinculación de la obligación con la titularidad, y sus peculiaridades de responsabilidad[290]. Pero *obligatio realis* se aplica también, especialmente, a la prestación, y expresa aquellas características que la califican por derivar de la carga.

---

[290]En las *grundlasten*, durante los tres primeros años desde el vencimiento, la pretensión ha de dirigirse al poseedor actual, pero sólo responde sobre la cosa. Todo ello, porque es una *obligatio realis*, no porque se trate de una obligación real (en el sentido moderno). Pero también

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

---

la deuda que queda como personal es una obligación real, de origen real, sigue correspondiendo a una obligación real (en sentido moderno), pero cuya justificación y origen está en la carga real como *obligatio realis*, como derecho real.

PARTE III

Las diversas relaciones entre una obligación y una cosa

La obligación *propter rem*, suele decirse, es aquella que vincula al propietario o titular de un derecho real, por el hecho de serlo, en tanto lo sea, transmitiéndose a la par que la propia titularidad[291]. A partir de esta noción simple, encontraremos distintas situaciones que aparentemente reflejan, responden o se parecen a ese esquema. La doctrina presenta tipologías distintas, dependiendo de diferentes matices que quieren encontrarse en la definición, y, a su vez, a través de las listas de supuestos (formadas con una amplitud muy general, o más restringida, con arreglo a criterios de los que parte el intérprete) se nos ofrece el concepto[292].

---

[291]Cfr., por todos, BALBI, voz "*Obbligazione reale*", *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Torino, 1965, p. 666 y ss; BIONDI, B, *Las servidumbres*, Trad. y notas por GONZALEZ PORRAS, Madrid, 1978, n. 283 (Las referencias de la edición original corresponden a *Le servitù, Trattato CICU-MESSINEO*, XII, Milano, 1967); NATUCCI, A., *La tipicità dei diritti reali*, II, 1ª ed., Padova, 1985, p. 119; BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, pp. 4-5; ABERKANE, *op. cit.*, pp. 1-2.

[292]"Bajo el perfil de la obligación *propter rem* la doctrina enumera una serie amplia y heterogénea de casos, presentando listas más o menos largas (...) Nos hallamos frente a un círculo vicioso: de casos concretos formados apriorísticamente se llega al concepto. Fijado así el concepto, se forma la lista". Cfr. BIONDI, *Las servidumbres, cit.*, pp. 1287-1288. No existe −explica NATUCCI− una definición legislativa de la obligación real. Por ello, vienen insertas en

En este orden de ideas, el profesor DIEZ-PICAZO trae a colación el muestrario de CASTAN, quien, para ilustrar la relación entre una obligación y una titularidad real[293], característica de la esfera de las obligaciones *propter rem*, refiere supuestos muy variados[294], sobre los cuales se echa en falta una labor de discernimiento y clarificación, como la intentada con buen criterio por ALBALADEJO[295]. El propio DIEZ-PICAZO, con agudeza, descubre diferentes maneras de concebir la obligación real (a pesar de la aparente sencillez y univocidad del concepto). Y cómo los supuestos presentados por la doctrina pueden responder a diferentes órdenes de problemas, no siempre evidencian los mismos elementos estructurales, y revelan la presencia de distintas líneas de pensamiento en torno al concepto[296]. Todo ello, habiendo excluido ya algunas formas de relación entre obligación y cosa que parecen alejadas del esquema y sólo algunos incluyen.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

---

tal cuadro, según el punto de vista teórico de los diversos autores, las más variadas hipótesis. (*La tipicità..., II, cit.*, p. 121).

[293]Para otros la idea debe ser más amplia, y hablan de obligaciones conectadas con una titularidad o posición jurídica (que no tiene por qué ser real, ni siquiera relacionada con una cosa). Cfr. BIONDI, B., "*Oneri reali ed obbligazioni «propter rem»*", *Scritti di diritto moderno*, Milano, 1967, pp. 183 y ss., p. 194. Crítica en BALBI, *Le obbligazioni..., cit.*, p. 25. Veremos que, en efecto, este puede ser el punto de partida de la consideración de los deberes generales y obligaciones *propter rem* en el terreno, de vastos horizontes, pero característico, del equilibrio de derechos, intereses y esferas jurídicas en contacto (la vecindad en sentido amplísimo). *Vid.* BETTI, *op. cit., II*, p. 112 y ss.

[294]Cfr. CASTAN, *Derecho civil..., II-1, cit.*, (Reimpresión de la 12ª ed. revisada y puesta al día por G. Gª Cantero, Madrid, 1984) p. 53 y ss. Presenta un muestrario elemental de hipótesis variadas, sin mayores preocupaciones de clarificación. Indica con ello la real dimensión que se concede al problema entre los tratadistas, salvo contadas excepciones.

[295]*Vid.* ALBALADEJO, *Curso..., III, cit.*, pp. 15-17.

[296]*Vid.* DIEZ-PICAZO, *Fundamentos..., III, cit.*, 4ª ed., 1995, p. 73 y ss. especialmente p. 87 y ss.

Los precedentes en derecho romano

Los precedentes históricos pueden resultar instructivos, dice BIONDI, y, en este sentido, los romanistas presentan algunos ejemplos de obligaciones ambulatorias[297]. Pero conviene ser cautos, pues no encontramos en Roma una categoría bien definida, sólo referencias dispersas a obligaciones relacionadas con las cosas (que *ambulant cum dominio*, o *actiones in rem scriptae*, o referencias al abandono liberatorio[298]) y los supuestos aludidos parecen responder cada uno a problemas particulares y distantes entre sí, aunque se conecte en ellos obligación con titularidad en una o un conjunto de soluciones técnicas que ciertos autores quieren ver como el esquema característico de la obligación *propter rem*[299].

Pues bien, aunque el esquema está ahí (por ejemplo, en materia de *actio noxalis*) y para algunos, lo único que ocurre es que tal técnica en derecho moderno ha cambiado de sede[300], resulta que puede responder, en Roma, a una problemática específica, diferente al de otras obligaciones conectadas con la cosa en el propio derecho romano, y alejada del ámbito de problemas de la moderna obligación real. Y así, aunque sirva la referencia para una orientación inicial, puede después confundir más que ilustrar, cuando no se menciona la distancia −siempre relativa, eso sí− entre los problemas. Por tanto, el mecanismo de obligación por la cosa, ambulatoria y con liberación por abandono, resulta, sin duda, característico de la obligación real, pero determinadas manifestaciones de esa técnica pueden situarse en terrenos alejados de aquella, mientras que verdaderas obligaciones reales, de las que interesan en derecho moderno, presentan variaciones o matizaciones del esquema.

---

[297]*Vid.* entre otros, BIONDI, *Las servidumbres, cit.* n. 1284 y ss., y doctrina allí citada. Entre los pandectistas, es interesante el conciso tratamiento de FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, (a partir de ahora, *Pandette*) 3ª ed. *riveduta*, Milano, 1908, n. 427 y ss., p. 549 y ss.

[298]*Vid.* D. 4, 5, 7, 1; D. 7, 1, 25, 2; Inst. 4, 8, 5; GAYO, 4, 75-77; D. 9, 1, 1, 12; D. 4, 2, 9, 8. En ocasiones, más que abandono liberatorio, se trata de sanción de pérdida del derecho por no cumplir cierto comportamiento. Cfr., en comunidad, D. 17,2, 52, 10, que se refleja en P. III, XXXII, 26. *Vid*. MANRESA, *Comentarios..., III, cit.* 1893, p. 389; FERRINI, *Pandette, cit.*, n. 340. También, D. 39. 2, 35 y ss. (*Cautio damni infecti*).

[299]Advertencia de BIONDI, *Las servidumbres, cit.*, pp. 1284 y 1287: Los ejemplos más característicos del esquema romano no existen en derecho moderno.

[300]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 263.

Un ejemplo concreto de esta tipología de supuestos romanos, encontramos en IGLESIAS, que enumera, como "casos principales de obligaciones ambulatorias, los siguientes:

1- La obligación de resarcir el daño causado por un animal o por un esclavo, que atañe al *dominus* que tiene la propiedad o ejerce la potestad sobre uno u otro en el momento de intentar la *actio* el perjudicado −*noxa caput sequitur*.

2- la obligación que incumbe al heredero de verificar prestaciones en favor de personas cuya determinación se encomienda a un tercero.

3- La obligación de reparar el muro en la *servitus oneris ferendi*, que corresponde a quien sea propietario del edificio sirviente en el momento de ser requerida la reparación, y se constituye a favor del propietario del edificio dominante en el propio momento.

4- La obligación que incumbe al enfiteuta, al superficiario o al propietario de pagar los impuestos vencidos, aun cuando la falta de pago sea debida a personas que anteriormente ostentaban dichos títulos. Lo propio sucede respecto de la obligación de pagar el *solarium* en la superficie y el *canon* en la enfiteusis.

5- La obligación de restituir lo adquirido en uso de violencia, que corresponde a quienquiera que haya obtenido el provecho o tenga la cosa"[301].

El esquema siempre es el mismo, en estos supuestos: la prestación debe ser realizada o puede ser exigida por la persona que se encuentra en cierta situación. La ambulatoriedad, podemos decir, interpretando el sentir de IGLESIAS, es completa. Sin embargo, los supuestos presentados corresponden a problemáticas distantes entre sí, tienen, cada uno, un sentido distinto, y tuvieron además una evolución diferente, aunque, en un momento dado, contemplados bajo cierto prisma, parezcan idénticos[302].

Comentando alguno de estos ejemplos, ha explicado DE LOS MOZOS cómo GINOSSAR, remontándose al pasado para situar la obligación real, señala que la idea de

---

[301]Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, 11ª ed., Barcelona, 1993, p. 340; Otra lista semejante en ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho romano, II*, 14ª ed., Madrid, 1977, pp. 549-550.

[302]En nuestra investigación, nos resistimos a quedarnos simplemente con esta idea de esquema técnico. Además, una imagen, aislada de su proceso, puede parecer idéntica a otra de sentido muy distinto.

res obligata está en la base de la noción de obligación en el derecho primitivo[303]. Pero "esto no tiene nada que ver con nuestro tema, pues va a desembocar en el tema de la *obligatio rei*, que se relaciona (...) con lo que después se ha llamado responsabilidad objetiva... Lo mismo ocurre con las obligaciones *ob rem* que pueden encontrarse en el juego de los innominados, o en el terreno propio de la *condictio indebiti*"[304].

Todo esto es susceptible de cierta clarificación: En realidad, hemos encontrado una bifurcación de caminos, pues esta *obligatio rei* que la cosa «guarda» a consecuencia de ciertas vicisitudes negociales o fácticas, y con la que «está esperando» al futuro propietario, es *obligatio propter rem*, en la *actio noxalis* en un sentido un poco distinto a la obligación real de la *servitus oneris ferendi*, y tampoco existe una identidad de aquel ejemplo, desde el punto de vista material, con las acciones reales *in rem scriptae*, en que la cosa trae una obligación a quien la tiene, no porque ésta sea «de la cosa», ni «producto de una relación en el reparto de las utilidades», sino derivada de la irregularidad del proceso que ha conducido a la misma cosa, o al provecho, al «obligado»[305].

---

[303]Cfr. GINOSSAR, S., *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, 1960, p. 94 y nota 97.

[304]Cfr. DE LOS MOZOS, "La obligación real...", *cit.*, pp. 336-337. *Vid.* KASER, *Das römische privatrecht..., cit.*, p. 596 y ss.

[305]La *actio quod metus causa*, explica BIONDI, "se puede ejercitar no sólo contra el autor de la violencia, sino incluso contra el simple poseedor de la cosa usurpada. Se califica de *in rem scripta* para indicar que tiene contenido obligatorio (pago de la pena) pero carácter real, en cuanto se puede ejercitar contra cualquier poseedor y el demandado queda exento de responsabilidad restituyendo la cosa" (Cfr. BIONDI, *Las servidumbres, cit.*, pp. 1285-1286.)

Se trata de una acción penal, encaminada a resolver las consecuencias de la violencia psíquica o intimidación, que, en el *ius civile*, no viciaba los contratos (el pretor introduce, por ello, primero, una *exceptio*, con carácter impersonal; después, la *actio*, a partir del 80 a. de C. también utilizable para cualquier enriquecimiento derivado de aquella intimidación−).

El autor de la extorsión, si la acción se ejercita durante el primer año, era condenado al cuádruplo del valor de la cosa o interés lesionado, pudiendo librarse de ello si restituía de acuerdo con las instrucciones del Juez. Después, o si la acción se ejercitaba contra el heredero, la condena se reducía al «*id quod ad eum pervenit*».

Esta posibilidad de eludir la sanción restituyendo, se muestra por la doctrina como elemento que asimila esta situación con la *actio noxalis*, dentro del marco de la *obligatio propter rem*. Y, sobre todo, si tenemos en cuenta que, quizás desde el siglo II, (sin duda con Justiniano) la acción será ejercitable contra quien hubiera obtenido provecho de la extorsión.

Y todo ello se aleja de esos mecanismos de reparto patrimonial, más o menos indirectos, que son las cargas hereditarias y las cargas reales, de carácter público o privado[306].

Sin embargo, curiosamente, no encontramos, en la tipología de IGLESIAS, referencias a ciertas obligaciones de vecindad, en materia de aguas, por ejemplo, que la doctrina suele recoger, y que se encuentran, a mi modo de ver, más en sintonía con la esfera de las obligaciones reales, que algunos de los supuestos por él presentados[307].

Por ello, dice BIONDI, en ambos casos (*actio noxalis* y *metus causa*) "nos encontramos frente a una responsabilidad negativa, fundada no en la culpa, sino en la posesión actual de la cosa". Aquí se entiende que una cosa no puede hacer responsable a este tipo de deudor más allá de sí misma. Por ello "existe la facultad de *rem derelinquere*, para exonerarse, que no está permitida para las obligaciones". "Una responsabilidad positiva, factible con los medios de ejecución de la obligación, podría surgir sólo por el hecho voluntario del demandado, que rechace la liberación que le ofrece la ley".

Está clara la cercanía. Pero también la diferencia: En la *actio noxalis*, institución mucho más primitiva, cuyo fin primigenio es de vindicación, la situación del *dominus* no difiere, desde el principio, de la de cualquier adquirente ulterior, porque la cosa, antes libre, lleva en sí, desde el principio, la obligación. La cosa, verdaderamente, hace responsable al poseedor. En la *metus causa*, las consecuencias del acto de quien originariamente ha de ser sancionado se extienden, más adelante, al adquirente ulterior, no porque la cosa haya quedado vinculada al acreedor (ya lo estaba como propiedad), sino para facilitar una restitución. *Vid.* GUTIERREZ-ALVIZ, N., *Diccionario de derecho romano*, 3ª ed., Madrid, 1982, pp. 24 y 37; ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho romano, I, cit.*, p. 120; TALAMANCA, N., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 242 y ss.; PUGLIESE, G., *Istituzioni di diritto romano. Sintesi*, Torino, 1994, pp. 117, 481.

[306]Se incluyen en la lista por FERRINI, *Pandette, cit.*, n. 428.

[307]Sobre la *actio aquae pluviae arcendae*, Cfr. BIONDI, *Las servidumbres, cit.*, p. 1286; FERRINI, *Pandette, cit.*, p. 551. También aquí encuentra BIONDI la misma *ratio*, desde el punto de vista de la *obligatio propter rem*, que en las dos acciones antes comentadas (No verdadera obligación, sino responsabilidad, negativa, etc.) Existen, sin embargo, elementos que permiten integrar el supuesto en un terreno distinto: la *ratio vicinitatis*, que permite al propietario actuar ante el temor de un daño, y que obliga, primero, y de una forma, al *auctor operis* (¿se liberaría de la pretensión de costear la reparación transmitiendo o cediendo el fundo superior al perjudicado...?), y después, de otra, al adquirente del predio vecino. La «responsabilidad negativa», que implica, en la *actio noxalis*, *noxae deditio*, y, en la *metus causa*, *restitutio*, aquí sólo supondría una pasividad. Pero tal actitud no es equiparable a un abandono,

Por profundizar un poquito más en esta línea, podríamos detenernos en la obligación noxal: ejemplo significativo de cómo cada uno de los supuestos presentados en esas listas en que se colocan, una detrás de otra, «obligaciones ambulatorias», tiene su sentido propio y peculiar, aunque desemboque o se canalice con una técnica semejante. Además, nos sitúa en relación con aquella *obligatio rei* mencionada por GINOSSAR.

En realidad, el ejemplo característico que traduce la idea de *obligatio rei*, aunque proyectándola en derecho moderno, no es otro que la hipoteca, (en derecho romano, su versión primitiva resulta una modalidad de la prenda, que calificada «*pignoris obligatio*» aparece con frecuencia en las fuentes[308]).

Ciertamente, en su origen, la idea de obligación conecta con la de vínculo que sujeta a una persona a la acción del ofendido. La originaria obligación delictual, de la que surge el concepto, conecta las ideas de responsabilidad, ligamen... y todo ello se proyecta sobre la persona del deudor, de una manera elemental. Después, junto a esta idea de vínculo para la reparación del perjuicio se desarrolla, cada vez con más importancia, el vínculo personal para una prestación, garantizada por el ligamen de responsabilidad, en un momento en que la sujeción de la persona misma se ha sustituido por la garantía patrimonial[309].

Pues bien, igual que la persona misma, originariamente, respondía un poco como si se tratase de una cosa, aunque después, con el desarrollo de la obligación contractual, la idea de responsabilidad aparezca sólo como un aspecto de la obligación, referido a la persona, pero respecto a su patrimonio, en la hipoteca es una cosa concreta la que, sin desplazamiento de la posesión, aparece vinculada al acreedor, soporta especialmente cierta responsabilidad (*obligatio rei*). Aunque la obligación, entendida en sentido moderno, se refiere siempre a la persona, y en concreto, al deudor originario[310].

---

sino precisamente la conducta exigida por la situación de vecindad. En general, acerca de esta *actio*, y también, la *damni infecti* y la *operis novi nuntiatio*, *vid.* ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano, I, cit.*, p. 266 y ss.; PUGLIESE, *Istituzioni..., Sintesi, cit.*, pp. 318-319.

[308]Acerca de esta *pignoris obligatio*, *vid.* ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho romano, I, cit.*, p. 313.

[309]Acerca de la evolución histórica de la obligación, en Roma, *vid.* por todos IGLESIAS, *op. cit.*, p. 327 y ss., con abundante bibliografía.

[310]*Vid.* IGLESIAS, *op. cit.*, p. 330 y nota 6.

Centrándonos ya en la *actio noxalis*, ocurre que sus manifestaciones, por las peculiaridades que concurren en el supuesto, constituyen también un significativo ejemplo de *obligatio rei*[311], aunque después, existe una cierta evolución que nos permite considerarlo como a caballo entre la sujeción real característica, por ejemplo, de la hipoteca y la esfera de las modernas obligaciones *propter rem*, precisamente por la intervención del criterio del deber general *neminem laedere*, pero aplicado al *dominus*, conectado con la obligación de ejercicio *civiliter* de los derechos y también manifestado en la responsabilidad de aquél (que parece objetiva) por los daños causados por sus cosas (el criterio de la culpa o negligencia recibe una importante coloración, en relación con el ejercicio cuidadoso del propio derecho).

La peculiaridad del supuesto depende en buena medida de la condición del hijo sujeto a la *manus* paterna, o del esclavo, que es reconocido en algunos aspectos como persona, pero al mismo tiempo como objeto de propiedad. Aunque también, en general, de la semejanza primitiva entre la obligación delictual personal y el daño cometido por animal o esclavo... En estos últimos casos, no se opta por exigir una responsabilidad a quien, en el momento del daño, fuera propietario, sino por situar al ofendido en condiciones de satisfacerse directamente con el *corpus obnoxium* de tal animal o esclavo. Esto presenta especial relevancia en el caso de éstos últimos, pues, aunque no sólo no tienen patrimonio propio, sino que ni siquiera son completamente personas, pueden, intencionadamente, dañar a otro[312]. Todo ello da lugar a la peculiar solución romana de la *noxae deditio*, que en la doctrina moderna suele verse como paradigma del abandono liberatorio característico de la obligación *propter rem*, cuando en realidad responde a coordenadas históricas y jurídicas especiales[313].

---

[311]Y sin duda, el ejemplo más completo en la mentalidad arcaica, en que no se distingue, a estos efectos del ligamen, entre personas, cosas... Por ello, tanto el hijo bajo la *manus*, como el esclavo, el animal, no importa, es «responsable» precisamente por delito (fuente primigenia de la *obligatio*, lo que no ocurre en los supuestos negociales de la prenda). Si el hombre viene sujeto por su ofensa (primitiva obligación) de una manera tosca y brutal, con más facilidad esto se va a producir en el caso del esclavo, o el animal.

[312]Si el esclavo es manumitido o el hijo sale del ámbito de la *manus*, el *paterfamilias* no tendrá nada que ver con esa responsabilidad. Al contrario, si el delito se realizó por sugerencia del *pater*, no cabe exonerarse con el abandono. *Vid.* PUGLIESE, lugar citado *infra*.

[313]*Vid.* BIONDI, *Las servidumbres, cit.*, p. 1284-1286; FERRINI, *Pandette, cit.*, n. 427.

Pues bien, parece que con la *actio noxalis*, lo que trata de facilitarse, en un principio, es que el esclavo quede a disposición del ofendido porque, verdaderamente, la obligación es suya (*obligatio rei*). De modo semejante a lo que ocurre con el tercer adquirente de bien hipotecado, con el abandono no se libera el *dominus* de una obligación, porque propiamente, la sujeción corresponde a la cosa misma. Con la diferencia de que no existe un «deudor originario», porque no hay verdadera obligación, sino responsabilidad de la cosa (más que responsabilidad objetiva)[314]. Ahora bien, igual que el tercer adquirente que, para evitar problemas, satisface la deuda, si el *paterfamilias*, o el propietario del esclavo en el momento en que se ejercita la acción lo desea, por la relación de paternidad, o por la que haya llegado a tener con el esclavo, o porque le resulta valioso, puede asumir, echar a sus espaldas la responsabilidad y pagar la deuda. La *obligación noxal* procede de la cosa y llega a la persona, pero, en su prístino sentido, tiene más peso en la institución el abandono a merced del deudor, que el pago de una cantidad.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo, explica FERRINI, el centro de gravedad, se desplaza a la reclamación de cantidad frente al *dominus*, quedando el abandono como una posibilidad, ahora sí, con un acentuado matiz liberatorio. Con ello, en el orden de las ideas, se podría pensar, lo que se comienza a sancionar ahora es la responsabilidad del *dominus*. De alguna manera, en todo momento esta asunción de responsabilidad por el propietario supone, indirectamente, una valoración de su relación con el hijo o el esclavo, que le lleva a considerarse responsable de su acción, pues no está dispuesto a desprenderse de él y, sin embargo, no ha empleado la atención necesaria para evitar su actividad dañosa[315].

---

[314]La «verdadera» obligación es del propio esclavo, que ha cometido el delito. Pero, es como si el daño lo hubiese causado un animal, no importa la culpa. Se trata de una *obligatio rei*, y la cosa queda a disposición del ofendido (parecido a la *pignoris obligatio* en que la prenda queda sujeta para satisfacer al acreedor).

[315]"*Nei casi dell'azione nossale e dell'azione de pauperie il fenomeno (la obbligazione ambulatoria o a soggeto indeterminato) dipende da ciò, che in origine l'uomo o l'animale che aveva offeso era tenuto a subire la pena e doveva essere consegnato all'offeso da chiunque ne disponesse. Più tardi costui potè evitare la consegna coll'offrire il risarcimento del danno; più tardi ancora il risarcimento del danno apparve siccome il contenuto precipuo dell'obbligazione, salva la facultas noxae dandi, divenuta tanto meno considerevole in quanto non si trattava più di esercitare una vendetta sull'ofensore*". Cfr. FERRINI, *Pandette, cit.*, n. 427, pp. 550-551; Desarrolla el tema en parecidos términos PUGLIESE, *Istituzioni..., Sintesi, cit.*, pp. 379, 469 y ss. esp. p. 470.

Sin embargo, estas consideraciones, esta propia responsabilidad del dueño, no llega a cristalizar en derecho romano, por cuanto la reclamación se hará a quien, en cada momento, sea dueño del esclavo, con independencia del momento en que se produjera la actividad dañosa. Esto, junto con el abandono liberatorio, siempre permanece como una consecuencia del primigenio sentido de estas acciones. Tal cuestión tampoco tiene que ver, pienso, con la moderna responsabilidad objetiva, sino con la idea de *obligatio rei*, que no llega a suponer una verdadera obligación para el *dominus*, sólo echarse a la espalda las consecuencias de cierta responsabilidad vinculada a la cosa, como ocurre, en otro sentido, con el poseedor, en las *actiones reales in rem scriptae*, o como sucede, de distinta manera, en la hipoteca.

Paradójicamente, será en derecho moderno cuando, al vincularse más o menos esta cuestión con la responsabilidad objetiva, en el sentido antes comentado, ésta aparece, vinculada con deberes generales, y como una manifestación «distinta» del mundo de las obligaciones *propter rem*, obligaciones reales, pero recayendo sobre quien era titular en el momento del daño. Después, no tiene la ambulatoriedad romana, ni cabe un semejante abandono liberatorio, y sin embargo estamos ahora más cerca, o hemos podido entrar de lleno, a mi modo de ver, en la esfera de las obligaciones reales.

Las tipologías en la doctrina moderna

Entre los tratadistas de la obligación real, son varios los que presentan los frutos de su investigación comenzando con un elenco de supuestos[316]. A partir de aquí, después de señalar los ejemplos comúnmente admitidos, van tratando de demostrar que este o aquél efecto plasmado por el legislador ha de incluirse en la lista. Se corre con ello el riesgo de forzar algún ejemplo para ensanchar el ámbito de aplicación de la categoría, reconduciéndolo al esquema propuesto, o de incluir aquí efectos que aparentemente funcionan de modo semejante, aunque puedan corresponder a una problemática distinta[317]. Otros enumeran la lista aparentemente común, para después ir introduciendo alguna

[316]Por ejemplo, ABERKANE, *op. cit.*, p. 2 y ss.; BALBI, *Le obbligazioni..., cit.*, p. 7 y ss.

[317]Un ejemplo de lista verdaderamente amplia encontramos en DE LUCA, F., *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, Roma, 1915. Entre los manuales, *vid.* MESSINEO, F., *Manuale de diritto civile e commerciale*, III, 9ª ed., Milano, 1959, p. 52 y ss.

matización que lleva a la exclusión de casos semejantes, pero distintos de la obligación real, con arreglo al esquema y concepto que van perfilando[318].

En este momento del estudio del problema se plantean dos cuestiones un poco distintas, aunque relacionadas entre sí. Por un lado, la enumeración de los ejemplos característicos, que se traen de distintas instituciones en que juega la obligación real, por otro, su distinción con relaciones entre obligación y cosa diferentes, pero más o menos afines.

Y, aquí, cabría deslindar dos niveles: la comparación de la obligación *propter rem* con figuras afines, pero que parece más sencillo distinguir, lo que va a resultar útil para la comprensión del concepto; y la distinción, más sutil, de la obligación real o *propter rem* respecto de otros deberes u obligaciones conexas a las cosas, en que se determina al deudor o acreedor con relación a una cosa o titularidad, o que *ambulant cum dominio* y que, sin embargo, se pretenden distinguir de aquella. Prácticamente en todos los autores encontramos estas distinciones más sutiles. Dependen de su peculiar modo de concebir el concepto, que les llevará, incluso, en ocasiones, a separarse del discurrir común e incluir en la esfera de la obligación real algunas de aquellas figuras afines más alejadas, o excluir ejemplos o conjuntos de ellos, contra la aparente doctrina general.

Como ejemplos más claros de obligación real, de los que sería preciso partir, dice NATUCCI[319], se citan la de contribuir a los gastos de conservación, en la comunidad de bienes[320] (con su proyección en los gastos generales de la propiedad por pisos), las obligaciones en materia de conservación de la servidumbre[321], y la de contribuir a los gastos

---

[318]BIGLIAZZI-GERI propugna, según afirma, una significativa reducción del cuadro de hipótesis, preocupada por la diferenciación entre obligación real y límite del derecho, aunque luego da más amplitud por otro camino. Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 22 y ss., 85 y ss.; BALBI, *Le obbligazioni..., cit.*, p. 26 y ss., trata de delimitar rigurosamente el concepto, dejando fuera supuestos como el arrendamiento oponible, las cargas reales, los impuestos, las relaciones vinculadas a la empresa...

[319]Cfr. NATUCCI, *La tipicità...*, II, *cit.*, p. 123.

[320]Según ABERKANE, *op. cit.*, n. 69 y ss., toda la regulación de la comunidad de bienes es "una simple manifestación de la idea de obligación *propter rem*", lo cual, pese a su punto de exageración, no deja de ser interesante.

[321]Obligación del propietario del fundo sirviente, dice NATUCCI, de cumplir determinadas prestaciones accesorias para hacer posible el ejercicio de la servidumbre (1030, 1069, 2 y 3, y 1070 CCI).

de reconstrucción de la medianería. BIGLIAZZI-GERI, que quiere reducir el cuadro de supuestos, incluye ejemplos como el reparto de cargas en el usufructo, conservación y mantenimiento en las servidumbres (con diversas manifestaciones), gastos en comunidad, medianería, condominio[322]. BALBI intenta profundizar en la materia de las obligaciones reales de vecindad, con alguna curiosa distinción[323] Otros autores nos muestran ejemplos en el usufructo, en la ordenación de la relación de superficie, etc[324].

Pero después, resulta que otros tratadistas, dependiendo, como es lógico, de distintos planteamientos metodológicos y de concepto por ellos adoptados, incluyen en la lista otros supuestos. Desde las obligaciones recibidas con la herencia[325], o la posición del tercer poseedor de finca hipotecada[326], hasta la obligación de respetar el arrendamiento o transmisión de contrato característica de la protección registral, o por leyes especiales, de aquél[327], pasando por las cargas reales, censos, renta vitalicia[328]... E incluso se traen a

---

[322]*Vid.* BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 96 y ss.

[323]Hace una crítica a la teoría de las relaciones de vecindad como limitaciones del derecho de propiedad. Cuando el comportamiento debido sea negativo, dice, se trata de servidumbres. Si fuera positivo, son obligaciones *propter rem*. Cfr. BALBI, *Le obbligazioni..., cit*., p. 67 y ss. De todas formas, no tiene por qué haber contradicción entre la idea de limitaciones de vecindad y encontrar este terreno como característico de la obligación real. El propio BALBI propugna una categoría de obligaciones *propter rem* que fijarían límites o modalidades en la utilización de una cosa (cfr. *ibidem*, p. 138) y pudieran ser de contenido negativo, sin llegar a convertirse en servidumbres.

[324]*Vid. infra* en el capítulo correspondiente.

[325]IGLESIAS presenta este ejemplo en su tipología. En Francia, MICHON vinculó a la noción de obligación *propter rem* la facultad del heredero de abandonar los bienes a los acreedores del causante. Cfr. MICHON, L., *Des obligations propter rem dans le Code civil*, Nancy, 1891, p. 108. Crítica en DE JUGLART, M., *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, Bordeaux, 1937, p. 262 y ss. *Vid.* un resumen más moderno en ABERKANE, *op. cit.*, n. 189 y ss..

[326]Este último supuesto, los manuales franceses, en general, lo presentan como el tipo de obligación real. Entre las monografías, especialmente MICHON, *op. cit.*, n. 130. En contra, DE JUGLART, *Obligation réelle..., cit.*, p. 261; BALBI, *ibidem*, p. 213. Amplio tratamiento en ABERKANE, *op. cit.*, n. 166 y ss.

[327]Es característico de buena parte de la doctrina suiza, como veremos *infra*. En la doctrina italiana, Cfr. DE LUCA, *Gli oneri reali..., cit.*, p. 74 y ss.; crítica en BALBI, *ibidem*, p. 28 y ss. Y, entre los autores más modernos, de un modo general, en algunos manuales. Cfr. MESSINEO,

colación los impuestos inmobiliarios[329], o diversas cargas, límites y obligaciones procedentes de ciertas reglamentaciones administrativas[330]. O se plantea la posibilidad de integrar en este campo las cláusulas de no concurrencia[331]. Es posible incluso encontrar autores que no ven inconveniente para considerar la propia servidumbre como ejemplo característico de la obligación real[332]. Y, tomando en cuenta la relación obligatoria globalmente, encontramos referencias a los títulos-valores, o a todo el universo de los créditos y deudas *propter rem* relacionados con la unidad de la empresa[333]. Por fin, alrededor del tema de la obligación real, aparecen las obligaciones surgidas o manifestadas

---

Manuale..., cit., pp. 52-53; BARASSI, L., *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1963, p. 126 y ss., encuentra proximidad, pero también cierta distancia entre la obligación de respetar el arrendamiento y el resto de las obligaciones reales.

[328]Además de lo visto sobre cargas reales y censos, ABERKANE plantea la cuestión de las liberalidades con carga, excluyéndolo de nuestro ámbito, cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 186. Respecto a la renta vitalicia del art. 1802 CC., RODRIGUEZ LOPEZ, F., "La naturaleza «*ob rem*» de la obligación de renta vitalicia", *RCDI*, 1980, n. 541, p. 1335 y ss., vincula la obligación a la titularidad de los bienes dejados con tal carga, en lo que no está de acuerdo la doctrina común, a pesar de las dudas que suscita el texto literal del Código. *Vid.* GUILARTE, V., *Comentarios EDERSA, XXII-1*, Madrid, 1982, p. 390 y ss.

[329]En cuanto a los impuestos, traen a colación el tema, por ejemplo, CLAPS, G., "*Le cosi dette obbligazioni reali*", *RISG*, 1896, 21-III, p. 294 y ss, 22-I, p. 39 y ss., 22-II, p. 278 y ss., en concreto, 21, p. 326 y ss., 22, p. 330 y ss.; DE LUCA, *Gli oneri reali..., cit.*, pp. 9 y ss., 130 y ss. BALBI hace una crítica (*Le obbligazioni..., cit.*, pp. 30-32), pero con arreglo a su particular visión del esquema de la obligación *propter rem*, y no, como parece más justo, dejando la cuestión de lado por encuadrarse en otra esfera jurídica, el reparto de la riqueza con la generalidad a través del fisco.

[330]*Vid.* DIEZ-PICAZO, L., "Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística", *RDU*, 1971, p. 13 y ss.

[331]Sobre la posibilidad de encuadrar esta y otras cláusulas en el terreno de las obligaciones *propter rem*, para una primera aproximación, DE JUGLART, *Obligation réelle..., cit.*, p. 123 y ss., 142 y ss.; ABERKANE, *op. cit.*, n. 172 y ss.; BALBI, *Le obbligazzioni..., cit.*, p. 108 y ss.

[332]*Vid.* ABERKANE, *op. cit.*, n. 132 y ss.

[333]Interesante cuando se configuran estos créditos como elementos vinculados a una propiedad o explotación, que se transfieren con ella, salvo manifestación en contrario.

en la liquidación posesoria[334], en materia de accesión[335], o figuras como los créditos refaccionarios, el derecho de retención...

Hay que recordar aquí otra constatación que de algún modo ya hemos mostrado: no sólo encontramos, en las relaciones entre una obligación y una cosa, la distinción entre obligación real y figuras afines[336], con discrepancias entre los autores, como hemos visto, sino que, incluso en los supuestos comúnmente admitidos, se concibe de distinto modo el esquema técnico de la obligación real[337].

Así, por ejemplo, en la teoría de BALBI[338], no se trata sólo de que el obligado vaya a quedar determinado en un momento concreto con referencia a una cosa, pues "los caracteres de la obligación real son ulteriores", y consisten en lo que llamaremos «ambulatoriedad absoluta»[339]. Si, determinado el deudor, este después no cambia, o no

---

[334]Ultimamente, *vid.* RODRIGUEZ MARIN, C, *Liquidación de gastos con ocasión de la tenencia de una cosa*, Barcelona, 1994.

[335]La normativa de la accesión supone también una aplicación de la teoría de la obligación real, especialmente según ABERKANE, *op. cit.*, n. 159 y ss.

[336]De las cuales, algunas no constituyen propiamente relaciones entre obligación y cosa, otras sí pero de una naturaleza diferente a la obligación *propter rem*, y otras, en fin, parecen conexiones de titularidad y obligación (igual o semejante a la obligación real) pero que pueden quedar fuera de nuestro ámbito: unas, con facilidad, por tratarse de obligaciones de carácter público, o deberes generales... Otras sólo podrán distinguirse o no de la obligación real después de una detenida reflexión.

[337]Otras discrepancias se refieren a la diferenciación entre obligación real y límite del derecho, o limitación (concepto, éste último, sobre el que pueden superponerse los de deber general, deber u obligación real). O a la consideración de la idea de accesoriedad (que para algunos, explica NATUCCI, tiene, simplemente, el sentido de *straneitá*) y en consecuencia, el sentido de la separación (o unión) y distinción (o semejanza) entre la obligación real y el derecho real.

[338]Que pasa por ser, entre los autores italianos, el conocedor más certero de la noción, y entronca, en este punto, con la mayoría de la doctrina suiza, a quien suele atribuirse la paternidad del descubrimiento moderno de la categoría.

[339]Este esquematismo «real» implica, explica BALBI, el esquema romano trasplantado. Tal vez sea cierto, e incluso en la propia servidumbre *oneris ferendi* la ambulatoriedad fuera total y absoluta; pero conviene tener cuidado, pues, como acabamos de ver en el supuesto de la *actio noxalis*, el esquema, conectado también con la idea de *obligatio rei* (o, después, con las cargas reales −*vectigal, canon...*−) aunque pudiera resultar útil en otros casos, y, efectivamente,

puede ya liberarse abandonando la cosa, la obligación, simplemente, puede llamarse *ob rem*, explica este autor, pero no es una obligación real[340].

Pero, otras autorizadas voces manifiestan que la obligación real, o *propter rem*, implica un modo de determinación del deudor, y, sin embargo, una vez «concretada la prestación», resulta que *cessa omni ambulatorietá*, y se transmitiría o extinguiría por los cauces ordinarios[341]. La peculiaridad de tales obligaciones, señalan otros, estribaría en su origen real, y, en consecuencia, una curiosa manera de fijarse, de una vez o sucesivamente, el obligado. La liberación de las deudas por abandono, y la transmisión de las mismas con la cosa se conciben como elementos excepcionales que, si bien podrían resultar acordes con el concepto de obligación real en tanto noción independiente, exigen una manifestación clara del legislador[342].

Y esto, en definitiva, constituye un problema por cuanto, la ley, en ocasiones, presenta una obligación real pero no concreta hasta qué punto entrarán en juego tales elementos ni en qué medida la obligación se personalizará o permanecerá adherida absoluta y únicamente a la cosa o la titularidad[343].

---

ajustarse a la *ratio* de las obligaciones reales, corresponde también −y originariamente− a ideas y conceptos en ocasiones distanciados de ellas.

[340]Otra manifestación más del enmarañamiento terminológico que, como denunciaba LOPEZ DE ZAVALIA, reina en esta materia. Otros autores utilizan la expresión *ob rem* como sinónima de obligación real. Para otros, las obligaciones *ob rem* tienen un esquema diferente también al de BALBI. Por fin, hay quien, dentro del campo de las obligaciones reales o *propter rem*, considera un supuesto especial, y de mayor excepcionalidad, aquellas plenamente ambulatorias de BALBI, y les reserva el nombre de obligación *scripta in rem*. ABERKANE, por su parte, considera *scriptae in rem* las obligaciones que el legislador, para fines concretos de protección del acreedor, permite vincular a una cosa, pero un poco fuera del terreno propio de la obligación real. Sus caracteres excepcionales son posibles en virtud de esta intervención legislativa, que BALBI o LIVER consideran, en general, decisiva para todo el universo de las obligaciones *propter rem*.

[341]*Vid.* BIONDI, *Las servidumbres, cit.*, p. 1294 y ss.

[342]Cfr. por todos NATUCCI, *La tipicità...*, II, *cit.*, p. 132 y ss.; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos..., II, cit.*, 1978, p. 61; MIQUEL, J.M., *Comentarios EDERSA, V-2*, Madrid, 1985, *ad* art. 395, p. 105.

[343]Para este aspecto, la doctrina italiana cuenta con la ventaja del dato positivo, presentado por el art. 1104 CCI, en materia de comunidad. Esto le sirve a BIGLIAZZI-GERI para postular el supuesto como paradigma, criterio utilizable en otros ámbitos ante el silencio de la ley y la

Para concluir estas reflexiones, quizás convenga únicamente hacer notar una impresión que parece ir tomando cuerpo en la medida en que profundizamos en la materia: entre todas las obligaciones que se adhieren a la propiedad (o derecho real) es posible plantearse que algunas respondan, de modo más profundo, a una idea material: son obligaciones de origen real[344].

Aquí, hay que evitar interpretaciones exageradas de esta idea, como las de GOUTAL, (en la línea de ABERKANE[345]), y en este sentido, es de tener en cuenta la crítica que hace BIONDI a quienes explican la obligación real como una expansión o manifestación de la potencialidad íntima del derecho real[346]. O el apunte de NATUCCI, que, frente a los límites estructurales del derecho real, ve la obligación como un elemento eventual[347]. Nunca puede hablarse, es cierto, de un origen real absoluto, en el sentido de que el derecho real exija la obligación real. Pero, fuera de esta interpretación, la idea resulta esclarecedora, por cuanto en la relación jurídica de derecho real, que implica siempre posiciones personales diferentes frente a la cosa y sus utilidades, la obligación real, en cierto sentido, manifiesta o cubre necesidades originadas por el propio derecho real (posición concreta de atribución de utilidades en la relación). La obligación es, por tanto, de origen real, en un sentido más profundo. No es sólo *propter rem* en cuanto vinculada a la cosa, sino en cuanto necesaria o conveniente en la ordenación del reparto de las utilidades de la cosa, por las −diversas− razones que sean. No brota, y esto es lo interesante, primero la obligación, para después

---

incertidumbre consiguiente. Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 123 y ss. En España lo sugiere en materia de comunidad, BELTRAN DE HEREDIA, J., *La comunidad de bienes en el derecho español*, Madrid, 1954, p. 254. Criticado por MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 105.

[344]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, p. 137; GONZALEZ, J., "Propiedad sobre pisos y habitaciones", *Estudios de derecho hipotecario y derecho civil, II*, Madrid, 1948, p. 303 y ss., pp. 349-350.

[345]La obligación real no sería más que una concreción de la obligación pasiva universal, sin más matizaciones. Es la «metáfora» del derecho real. *Vid. infra*.

[346]Cfr. BIONDI, *Las servidumbres, cit.*, pp. 1290-1291, criticando Cas. 18 de enero de 1951. En el sentido criticado por BIONDI −exageración de la idea de «origen real», que, sin embargo resulta exacta−, *vid.* ABERKANE, *op. cit.*, n. 26.

[347]Cfr. NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, pp. 130-131.

adherirse a una cosa, sino que es tal o cual derecho real el que da sentido, permite, «produce», en la relación, tal o cual obligación real[348].

Pues bien, en esta relación entre una obligación y una cosa, quizás sea lícito afirmar que una misma relación «formal» o esquema técnico (conexión *propter rem*, en nuestro caso) podría responder a distintas relaciones materiales: en ocasiones, a aquella obligación real (de origen real, en el sentido profundo), en otras, no tanto... Y viceversa, aquella misma relación material (la obligación real) podría proyectarse en distintos esquemas formales, que, incluso alejados del *a priori* mecanismo de la obligación *propter rem*, respondan en el fondo al universo de la relación obligacional de origen real.

Planteamiento metodológico: obligación *propter rem*, obligación real

Hemos de plantearnos cómo entrar en esta materia, caracterizada, dice DÍEZ PICAZO, por el casuismo de las soluciones y las diferencias terminológicas y de criterio. Y, me parece, una vía para acceder con cierto fruto al problema puede ser adoptar un enfoque, un punto de vista que, sin pretensiones de ser el único posible, ni siquiera abarcar todos los supuestos o agotar la cuestión, pueda servirnos para construir una teoría general. Hay que recordar aquí al insigne tratadista argentino LAFAILLE: es preciso reconocer, afirmaba, la existencia de la obligación *propter rem*, pero también la carencia de una doctrina que la explique[349]. Y esta explicación no consiste tanto, entiendo, en formular un concepto, un esquema, un tanto apriorístico, y luego rastrear su existencia en diversos preceptos legales; no consiste en mostrar, idealmente, la vinculación entre una obligación y una titularidad, señalando que tal cosa es posible, y que no deja de suponer una obligación como cualquier otra, aunque vayan cambiando los deudores. Se trata más bien de reconocer y manifestar la peculiaridad del modelo, y, sin embargo, tratar de comprender qué sentido pueda tener su existencia.

---

[348]Este es el sentido de la explicación y distinción que hace DI MAJO, "*Delle obbligazioni in generale*", *cit.*, p. 41 y ss., especialmente pp. 44-45.

[349]Cfr. LAFAILLE, H., *Derecho civil, III, Tratado de los derechos reales, 1*, Buenos Aires, 1943, n. 20, p. 24.

Conviene ahora mostrar ese enfoque, ese punto de vista que nos ha de permitir, de entrada, situarnos y situar, al menos, un buen conjunto de obligaciones *propter rem* (constituye, podemos adelantar, el núcleo de este trabajo). Sin perjuicio de que, después, y esta es también la virtud del enfoque, podamos extender nuestra mirada hacia todos los supuestos posibles de relación entre una obligación y una cosa, situándolos con referencia al terreno delimitado.

Para ello, podemos fijarnos en una curiosa discrepancia: la obligación *propter rem*, insiste BIGLIAZZI-GERI, *no tiene nada de particular*; no es más que una obligación, desprovista de cualquier «*sfumatura di realitá*»[350]. Además, sería preciso reducir el cuadro de supuestos legales, para quedarnos con los que presentan sin lugar a duda una relación obligatoria. Y entonces, como normales obligaciones, podrán los particulares establecerlas libremente[351], pero, qué curioso, según explica, ha de intervenir la *trascrizione*, por exigencia de la buena fe, para que, lo que no es más que una obligación, alcance la *particular eficacia* de las obligaciones *propter rem*[352]. A todo esto, entonces, objeta NATUCCI que, aunque desde el punto de vista de la estructura, nos encontremos ante relaciones obligatorias, desde el punto de vista de la eficacia la relación en estudio bien puede catalogarse como «real»[353]. Lo que a BIGLIAZZI-GERI preocupa, y trata solventar acudiendo a las ideas de buena fe y transcripción registral procede, dice NATUCCI, de que estamos en presencia de un fenómeno sustancialmente semejante al derecho real, que como éste limita la propiedad[354]. Su particularidad «*non è cosa da poco*» y reviste una importancia decisiva. La expresión «real», aplicada a estas obligaciones, se refiere pues −en

---

[350]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 22.

[351]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 70 y ss.

[352]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 72 y ss.

[353]Cfr. NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, pp. 122, 138-140.

[354]Y aquí NATUCCI otorga a la expresión «obligación real» un sentido muy especial, porque la obligación se habría convertido en un derecho real. La oponibilidad, que se concibe como la característica esencial del derecho real (veremos cómo LIVER critica, con justeza esta concepción reduccionista, tanto del derecho real como de la idea de oponibilidad) al manifestarse en la obligación de que se viene tratando, la configura como «real». No será éste el sentido que aquí se dará a esta expresión (conviene aclararlo, porque vamos a utilizarla de modo decisivo y a otorgarle especial importancia y, además, el equívoco puede acecharnos en todo momento), por más que, en la concepción de fondo, nos parezca más ajustada la reflexión de NATUCCI que los intentos de BIGLIAZZI-GERI.

NATUCCI− a su eficacia, e implica, ni más ni menos, que *nos encontramos ante una relación muy especial*[355].

En efecto, cuando abordamos una aproximación a esta figura, encontramos normalmente en la doctrina esa alusión al carácter de anomalía, excepcionalidad. Así, si lo hacemos en los tratados relativos a derecho de obligaciones, en el panorama general de los sujetos de la relación, encontraremos (será una referencia puntual, mucho menos importante que las cuestiones conectadas con la mancomunidad o solidaridad) como obligaciones con sujeto múltiple «sucesivo», el supuesto de la obligación ambulatoria, o con sujeto indeterminado[356].

Igualmente, al estudiar el régimen de la obligación, relación de derecho personal, se nos dirá que es característico de su relatividad que "el crédito no podrá ser invocado más que por aquél en cuyo provecho ha sido creado, igual que la deuda no podrá en principio ser exigida más que de aquél respecto a quien ha nacido". Entonces, frente a la característica dificultad de transmisión de la relación personal, ciertas obligaciones, vinculadas a las cosas, se transfieren automáticamente al sucesor a título particular, o cabe desligarse de ellas abandonando la titularidad. Todo esto es excepcional[357].

Aunque la peculiaridad se recalca también desde otros puntos de vista: así, se nos habla, por ejemplo de los "límites marcados por la ley para la constitución de cualquier obligación: no pueden gravar permanentemente un fundo"[358]. O se nos dice que presenta una oponibilidad excepcional, característica del derecho real[359].

A partir de aquí, es posible esbozar un planteamiento metodológico, que nos sirva como punto de partida para afrontar la cuestión.

---

[355]Cfr. NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, pp. 143-144.

[356]Así, el tratamiento en los manuales de derecho Romano que hemos visto (IGLESIAS, ARIAS RAMOS...).

[357]Cfr. DE JUGLART, M., *Cours de droit civil*, I-1, 13ª ed., Paris, 1991, nn. 72 y ss., n. 76; I-2, 9ª ed., 1978, nn. 629 y ss., n. 633.

[358]Cfr. BIONDI, "*Oneri reali...*", *cit.*, pp. 195-196. En sentido análogo, LUPO COSTI, M., "*Un caso di obbligazione «propter rem»*?, *Giur. It.*, 1979, I, 1, p. 795 y ss.

[359]Cfr. NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, pp. 121-122, 143. Respecto a la oponibilidad como nota básica del derecho real, en el sentido de este autor, *vid.* vol. I, p. 132-133.

Desde la teoría de las obligaciones (que parece el lugar adecuado para abordar lo que se ha calificado como «obligación»), la obligación *propter rem* aparece, o se nos muestra por la doctrina como una relación anómala, excepcional.

La peculiaridad no se refiere tanto a la estructura −pretensión a una prestación− como a las consecuencias (que inciden después, eso sí, aunque sea indirectamente, en la estructura de la obligación) de la vinculación real. Este es el elemento que produce la excepcionalidad. Y tal excepcionalidad resulta, por un lado, al confrontar la idea de relación de crédito, ordinaria, relación de derecho personal, con la peculiar despersonalización del vínculo de obligación real (transmisión, liberación por abandono).

La imagen que se resume en estos términos: obligación *propter rem* − obligación excepcional, resulta de la confrontación que se ha hecho clásica entre las dos grandes categorías derecho real − derecho de crédito[360] (la obligación correspondería al concepto de derecho de crédito, relación de «derecho personal»). Pero también de consideraciones traídas de la doctrina de la propiedad y los derechos reales, y de las relaciones entre propiedad y contrato: excepcionalidad de una obligación vinculada de modo estable a una titularidad real (como en el campo de las cargas reales), excepcionalidad de un elemento negativo que «pesa» sobre el propietario o titular, sin tratarse, además (como se admite, de algún modo, en las cargas reales) del propio «*pati*» de un derecho real.

Así pues, no será sencillo presentar o utilizar, sin más, la noción de obligación *propter rem*, concepto general, como un camino amplio y fácil para vincular cualquier obligación con una titularidad real, como si ello fuera una posibilidad normal encuadrable en la teoría general de las relaciones obligatorias. Esta es la decepción que expresa ABERKANE, cuando, después de un hipotético optimismo inicial al respecto[361], reconoce que tal vinculación, desde distintas consideraciones, es una posibilidad excepcional[362], que podría utilizar sólo el legislador para concretas finalidades, lo que verifica en algunos supuestos con una técnica específica, denominada por este autor *obligationes scriptae in rem*[363].

---

[360]Cfr. DE JUGLART, *Cours...*, I-1, *cit.*, n. 72 y ss.

[361]Derivado de las opiniones de DE JUGLART, *Obligation réelle...*, *cit.*, p. 323 y ss.. Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, nn. 14-17.

[362]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 192.

[363]Son obligaciones relativas a un bien que el legislador prevé se transmitan con él. Cita la de respetar el arrendamiento, o la continuación por la empresa de los contratos de trabajo. Aquí la obligación permanece como personal, explica ABERKANE, no es posible la liberación por

Aquí viene fácilmente al recuerdo la observación de LAFAILLE. Pero, ciertamente, intentar una teoría general de la obligación *propter rem*, bajo el peso de toda esa tradición de anomalía, excepcionalidad, asusta un poco. Solventar la cuestión manifestando que es un tipo de obligación legal, parece pobre.

Así pues, como primer punto de nuestro planteamiento: la idea general de obligación *propter rem*, abordada, como parece invitar el *nomen*, desde la teoría general de las obligaciones (construida ésta además, en buena medida, a partir de la obligación contractual *stricto sensu*) sugiere, a partir de diversas consideraciones (unas, tomadas de la teoría de la obligación y el contrato, otras, desde la perspectiva del derecho real, y, siempre, en la óptica de la distinción entre derecho real y derecho de crédito) una relación anómala, excepcional[364] Así la presenta la doctrina. Y, ¿Cómo intentar una teoría general acerca de lo excepcional?

Pero, el propio ABERKANE, frente a ese universo general de la obligación vinculada al derecho real, se ha querido centrar en un aspecto más concreto, que él distingue: el panorama de la obligación real; y ello, enfocando la cuestión desde la teoría de las relaciones de atribución; la obligación real, en o desde la teoría del derecho real. El

---

abandono. Estas obligaciones "no corresponden a una noción bien definida en nuestro derecho", no sólo no siguen el régimen de las obligaciones reales, tampoco corresponden. Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 187 a su definición.

[364]En esta «teoría general de la obligación» o, mejor, del derecho personal, que se enfoca desde el punto de vista de la relación contractual, es donde resalta el principio de la relatividad de las convenciones (que otros denominan, sin más, relatividad del derecho personal, o de la relación obligatoria). Y aquí, evidentemente, choca la obligación *propter rem*. "Si admitiésemos la posibilidad de que cada uno discrecionalmente hiciese nacer obligaciones reales, concederemos un camino fácil para eludir el principio general por el que las obligaciones personales no se pueden transmitir a los terceros". Cfr. SALVI, F., "*Perpetuità di un diritto di godimenmto?*", *RTDPC*, 1949, p. 192 y ss., p. 195.

A pesar del principio de relatividad de la relación obligatoria −explica DE JUGLART− existen obligaciones que se transmiten a los causahabientes a título particular... Por ello, constituyen una categoría intermedia entre el derecho real y el derecho personal. Cfr. DE JUGLART, *Cours..., I-2, cit.*, n. 633, p. 359.

Frente a la relación de derecho personal, es significativo que los *«engagements qui se forment sans convention»* aparecen en la doctrina como relaciones «de segunda categoría» frente a la auténtica obligación. Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 17.

problema, en este autor, es que termina confundiéndola con la otra cara del derecho real, de modo, que, por ejemplo, son, para él, las servidumbres, un ejemplo característico[365].

Sin embargo, el planteamiento puede ser aprovechable. Frente a esa idea muy general –la obligación *propter rem*, que parece debe ser abordada desde la teoría de las obligaciones y ahí se presenta, sin más, como excepcional (o, en todo caso, un peculiar tipo de obligación legal), conviene delimitar un nuevo campo, la obligación real, enfocada la cuestión desde la teoría del derecho real. Se trata de intentar una doctrina general precisamente donde se puede mitigar aquella excepcionalidad. Encontramos, pues, simplemente, un punto de vista que puede ser adecuado, sirviéndonos para esta distinción de ámbitos de esa dicotomía de denominaciones para que adquieran importancia en el sentido y en cuanto al método de la investigación[366]. Sin olvidar que la obligación real no es más que una obligación *propter rem*, se trata de abordar su estudio desde una óptica adecuada. Es posible encontrar un espacio propio de la obligación *propter rem*, el de la obligación real, que puede manifestarse, lógicamente, analizando los supuestos en que el legislador la presenta, pero que trasciende un poco ese concreto análisis. Y ello es accesible en este itinerario de la obligación real, desde la teoría del derecho real.

Por otro lado, no conviene olvidar un matiz importante: la doctrina general de las obligaciones no sólo nos conduce a la simple constatación de una posible obligación *propter rem* legal, pero excepcional, sino que tampoco ofrece elementos para explicar o centrar la figura, puesto que su anomalía le viene de un elemento extraño a la doctrina de la obligación como tal, que es la vinculación real. Por otro lado, la anomalía de la figura resulta también de consideraciones extraídas de la doctrina del derecho de bienes, sobre todo en una determinada manera de entender la propiedad y los derechos reales. La mitigación de excepcionalidad, que permite una doctrina general de la obligación real, exige, no sólo estudiar el tema desde la teoría del derecho real, sino, más aún, moverse en el ámbito de una doctrina de las relaciones de atribución en que se respete, para aquella, lugar adecuado.

Así pues, «obligación real» implica reflexionar sobre una obligación, relación de crédito, pero en el ámbito de la doctrina de las relaciones reales. Si allí se mitiga su excepcionalidad, y aparece en su terreno propio, es necesario, también, en esta línea, no abandonar arbitrariamente, *a priori*, las notas características de las obligaciones, para

---

[365]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, nn. 21 y ss., 90 y ss., 103 y ss., etc.

[366]Cfr. DE LOS MOZOS, “La obligación real...”, *cit.*, p. 342.

sustituirlas por otras especiales o excepcionales. Puesto que, afirmamos, se trata de una obligación, su régimen habrá de ser lo más parecido posible al resto de ellas, salvo que se demuestre suficientemente lo contrario. Una vez explicada la obligación real como una realidad natural, en su ámbito propio, su teoría general habrá de respetar, en principio, los elementos característicos de cualquier obligación, salvo que las exigencias del propio concepto de obligación *propter rem* como noción independiente, combinadas con el análisis de las manifestaciones del legislador, inviten a lo contrario[367].

Problema histórico dogmático: un difícil momento para la obligacion real.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

Panorámica general

El planteamiento metodológico que hemos hecho puede parecer, de entrada, simple, poco matizado, pero lo cierto es que llegar a estos o parecidos enfoques se ha visto dificultado por razones histórico-dogmáticas, y a la vez resulta necesario para sortear dificultades a partir de nuevas premisas. Razones, dificultades, conexas a las ideas que sedimentan en el momento de la codificación, en el Código de Napoleón[368] y después, todavía más, desde el punto de vista del saber jurídico, cuando se concibe como «sistema» con la ciencia −positivismo científico, pandectística− del siglo pasado[369] (y éste, en buena medida). Aunque luego el panorama de la propiedad «decimonónica» entre en crisis, hasta los cambios que contemplamos en el actual momento[370].

---

[367]Así plantea la cuestión, entre otros, ABERKANE, *op. cit.*, n. 103 bis.

[368]*Vid.* por todos, GROSSI, P., voz "*Proprietà (Diritto intermedio)*", *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1988, p. 226 y ss., p. 245 y ss.; DE LOS MOZOS, J. L., "La formación del concepto de propiedad que acoge el código civil", *RCDI*, 609, 1992, p. 581 y ss.

[369]*Vid.* WIEACKER, F., *Storia del diritto privato moderno*, II, trad. italiana por S. A. Fusco, Milano, 1967, p. 31 y ss., 123 y ss.; CAPELLINI, P. "*Systema iuris*", *Quaderni fiorentini*, 17/18, Milano, 1984/85; BELFIORE, A., *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979, p. 213 y ss., 354 y ss. DE LOS MOZOS, J. L., "Iusnaturalismo y Pandectismo en las grandes codificaciones modernas", *Estudios Jurídicos Homenaje a Ursicino Alvarez*, 1978, en *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, Madrid, 1988, p. 95 y ss.

[370]Por todos, vid. DE LOS MOZOS, El derecho de propiedad..., cit.

En este sentido, se ha hecho notar que acaso no se haya reflexionado todavía lo suficiente sobre las consecuencias técnico-dogmáticas derivadas de la función histórica que la propiedad moderna ha tenido que cumplir[371]. Consecuencias que resultan −y a su vez conforman− una mentalidad cuyos ingredientes se irán presentando a lo largo de los tiempos anteriores a la Codificación (Humanismo, Derecho Natural Racionalista, Ilustración...[372]) y se acentúan en la ciencia jurídica posterior al *Code civil*, a partir de la Escuela Histórica[373]. Se trata de una mentalidad que se plasma en los códigos, pero también determina las líneas maestras de la ciencia jurídica y, por tanto, la interpretación de aquellos.

Como resume DE LOS MOZOS, la profesora PATAULT, haciendo un gran esquema, contrapone una mentalidad medieval, objetivista, cosmológica, en que el hombre, ubicado por Dios en el mundo creado, utiliza las cosas y se sirve de ellas en una perspectiva de «criatura» que se inscribe con humildad en el *ordo naturalis*[374], con otra visión, que va abriéndose paso en el final de la Edad Media y después con el Renacimiento, en que el hombre −que se ve como centro del universo creado− comienza a reflexionar «desde sí mismo»[375]. Son los albores de la mentalidad subjetivista que configura después, de un modo u otro, el pensamiento moderno[376]. Esta contraposición, parece acaso simplista y, además, la

---

[371]Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad..., cit.*, p. 69; "La formación del concepto...", *cit.*, p. 633.

[372]Un resumen general y visión crítica, en GALLEGO, E. A., *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Madrid, 1996.

[373]*Vid.* DE LOS MOZOS, J. L., "La doctrina de F.C. von Savigny en torno a la transmisión del dominio", *RGLJ*, 1967, recogido en *Estudios sobre el derecho de los bienes, cit.*, p. 75 y ss., pp. 82-83; "La formación del concepto...", *cit.*, p. 624 y ss.

[374]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, nn. 10, 114; HATTENHAUER, H., *Conceptos fundamentales del derecho civil*, trad. esp., Barcelona, 1987, p. 48; GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, p. 191, etc.

[375]Cfr. GROSSI, P., "*Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*", *Quaderni fiorentini*, I, 1972, p. 287 y ss, p. 306 y ss.; "*La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica. La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*", *Quaderni Fiorentini*, Milano, 1973, p. 117 y ss., pp. 122 y ss., 130 y ss.

[376]*Vid.* DE CASTRO, *op. cit.*, p. 12 y ss.

evolución del derecho no puede explicarse sólo desde el plano ideal. Sin embargo, resulta de utilidad para situarse[377].

Frente a las formas de atribución características del mundo medieval, estático, concebidas desde la lógica del objeto, cumpliendo una función dispensadora de la utilidad que ofrecen las cosas[378], en el tránsito al mundo moderno, a la par que los juristas han ido descubriendo la propiedad plena (aunque trataran de aplicar el concepto de dominio, analógicamente, a distintas formas de atribución concurrente) como dominio por antonomasia, que vincula la cosa misma con la persona de su titular[379], se afirma que ésta (manifiesta en los textos romanos en el *dominium ex iure quiritium*, que experimentará un proceso de idealización[380]) es la forma «natural» en que la persona se relaciona, desde la óptica de la justicia y el derecho, aunque también por influjo de las doctrinas económicas, con el mundo de las cosas. De la inserción del hombre, criatura, en un orden natural utilizando las cosas, pasamos a una «natural» propiedad plena, deducida de la persona frente al universo de aquellas[381], y cuyo rasgo decisivo viene a ser el *ius disponendi*[382], expresión de que no se trata tanto de una situación de «participación» para utilizar la cosa (o en que frente a las cosas se coloca la persona en el marco de relaciones personales relevantes) cuanto del sometimiento de una porción del mundo exterior al arbitrio personal[383].

---

[377]Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad..., cit.*, p. 28 y ss.; PATAULT, *op. cit., passim*.

[378]Cfr. GROSSI, *Le situazioni reali..., cit.*, pp. 34 y ss, 160 y ss.; "*Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà", Quaderni fiorentini*, 5-6, 1976-1977, p. 216 y ss.; PATAULT, *op. cit.*, nn. 1, 4, 5, 8 y ss., etc.

[379]Cfr. GROSSI, "*La proprietà nel sistema...*", *cit.*, p. 204 y ss.; *Le situazioni reali..., cit.*, pp. 144 y ss., 183 y ss.; PATAULT, *op. cit.*, n. 88 y ss.

[380]*Vid.* LOBATO GOMEZ, J. M., *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, Madrid, 1989, p. 42; DE LOS MOZOS, "La formación del concepto...", *cit.*, pp. 584, 589 y ss.

[381]Por todos, cfr. GROSSI, "*La proprietà nel sistema...*", *cit.*, pp. 165-166.

[382]Por todos, cfr. PATAULT, *op. cit.*, nn. 115-116.

[383]Sobre estas cuestiones, la bibliografía es amplia. *Vid.* DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad..., cit.*, p. 17 y ss.; LOBATO, *op. cit.*, p. 43 y ss.; PATAULT, *op. cit.*, n. 114 y ss.; RENOUX-ZAGAME, M. F., "*Du droit de Dieu au droit de l'homme: sur les origines théologiques du concept moderne de propriété*", *Droits*, I, 1985, p. 17 y ss.; GROSSI, "*La propietà nel sistema...*", *cit.*, p. 117 y ss.; voz "*Proprietà...*", *cit.*, p.234 y ss.; DIFERNAN, B.

Tal fundamentación que se obtiene *ex inthima philosophia*, desde el interior de la persona[384], en un principio se inscribe, como vemos, en una profundización en el *ordo naturalis*[385]. Pero después se centra en el hombre mismo cada vez más, en el sujeto individual, quien, súbdito del soberano o vinculado por el *contrat social*, exige sin embargo el reconocimiento de su autonomía, de su libertad y, como inmediato corolario, de su propiedad, derecho natural[386]. Fundamento de aquel orden social que no tiene sentido sin su respeto, será por ello *inviolable et sacré*[387]. Y más tarde habrá de construirse

---

"La propiedad vista a través de los clásicos agustinos españoles del siglo XVI", *ADC*, 1957, p. 25 y ss.

[384]GROSSI, voz "*Proprietà...*", *cit.*, p. 241, 242 y ss.; "*La proprietà nel sistema...*", *cit.*, pp. 130 y ss., 148 y ss.;

[385]*Vid.* DE LOS MOZOS, "La formación del concepto...", *op. cit.*, p. 604 y ss.; *El derecho de propiedad..., cit.*, p. 30 y ss; LOBATO, *op. cit.*, p. 44 y ss.; RENOUX-ZAGAME, *op. cit.*, p. 22-23; DIFERNAN, *op. cit.*, p. 36 y ss.; GROSSI, "*La proprietà nel sistema...*", *cit.*, p. 140-142, 152; AMBROSETTI, A., *Il diritto naturale della riforma cattolica*, Milano, 1951, p. 21 y ss.; FOLGADO, A., *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo; estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo del Escorial, 1960, p. 146; BRUFAU, J, "La noción analógica del *dominium* en Santo Tomás, Francisco de Vitoria y Domingo de Soto", *Salmanticensis*, IV, 1957, p. 96 y ss.

[386]*Vid.* DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad..., cit.*, p. 41 y ss.; "La formación del concepto...", *cit.*, p. 612 y ss.; PATAULT, *op. cit.*, n. 114 y ss., 128; GROSSI, "*La proprietà nel sistema...*", *cit.*, pp. 148-149, 154 y ss.; voz "*Proprietà...*", *cit.*, p. 242 y ss.; HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 112 y ss.; ORESTANO, R., "*Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*", *Ius*, 1960, p. 150 y ss., 161 y ss; COMPORTI, *Diritti reali..., cit.*, p. 5 y ss.; SOLARI, G., *Individualismo e diritto privato*, Torino, 1959, p. 7 y ss., 172-173; D'ADDIO, M., voz "*Contrattualismo*", *Enciclopedia del diritto*, X, Giuffre, Milano, 1962, p. 216-225; NEGRI, A., *Alle origini del formalismo giuridico (Studi sul problema della forma in Kant e nei giuristi Kantiani tra il 1789 e il 1802)*, Padova, 1962, p. 195 y ss.; GARDIES, J. L., "*La chose et le droit sur la chose dans la doctrine du droit de Kant*", *APD*, 24, 1979, pp. 142-143.

[387]En la ideología del *Code civil* convergen −explica PATAULT− la propiedad derecho natural, y *contrat social*. Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 201. *Vid.* HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 114-115; DE LOS MOZOS, *La propiedad..., cit.*, p. 48 y ss.; LOBATO, *op. cit.*, p. 50 y ss.; PATAULT, *op. cit.*, n. 151, 185 y ss.; RIALS, S., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988; MORANGE, J., "*La Déclaration et le droit de propriété*", *Droits*, 8, 1988, p. 101 y ss.; GARAUD, M., *Histoire générale du droit privé français* (1789-1793). *La révolution et la propriété foncière*, Paris, 1959, p. 390 y ss.; PORTALIS, J. E. M., *Présentation*

dogmáticamente (con él, todo el ordenamiento) como un desarrollo de las ideas abstractas de libertad (atendiendo sólo al sujeto humano libre, frente al mundo material) e igualdad (resolución de un contacto de arbitrios)[388].

No es posible ahora profundizar en las diversas líneas en la evolución del derecho de propiedad, o, en general, del derecho de bienes que desemboca, en la ciencia pandectística del siglo pasado, en el sistema de los derechos reales. Interesa sólo hacer notar que el momento de la Codificación y la ciencia jurídica posterior no es, ni mucho menos, el mejor para plantear una doctrina o teoría de la obligación real. Vamos a movernos entre la ruptura con el *Ancien Régime* que desemboca en el Código de Napoleón[389] y la revolución ideológica y conceptual de la Pandectística, sumergida en el positivismo científico[390], que supone no sólo una ordenación de la propiedad plena con eliminación de los elementos que puedan oscurecer su predominio, sino la pretensión de construir el concepto a través de la exclusiva contemplación de la libertad subjetiva, siguiendo las huellas de KANT[391].

Se trata de un período clave de «purificación» de la propiedad[392]. Para empezar, ha de ser única y siempre la misma con independencia de las peculiaridades del objeto y la condición del sujeto[393]. Cargada de toda su fuerza ideológica en el ejemplo francés, ha roto

---

au corps législatif et exposé des motifs, n. 35, pp. 114-134, en FENET, P. A., *Recueil complet des travaux prèparatoires du Code civil*, Paris, 1927, reimpresión 1970.

[388]*Vid.* DE CASTRO, *op. cit.*, p. 15. HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 115 y ss.; GALLEGO, *op. cit.*, p. 122 y ss.

[389]Por todos, *vid.* DE LOS MOZOS, "La formación del concepto...", *cit.*, p. 618 y ss.; PATAULT, *op. cit.*, n. 136 y ss.; OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, n. 87 y ss., 94 y ss.; LEPOINTE, G., "*Le concept de la propriété dans le Code civil: ses origines et son évolution durant le XIXe siécle*", *Études de droit contemporaine*, Paris, 1962, p. 102 y ss.; GARAUD, *op. cit.*; FENET, *Recueil..., cit.*, VIII y IX; LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminale de la France*, Paris, 1827-1832, VIII.

[390]*Vid.* CAPELLINI, *Systema iuris..., cit.*; WIEACKER, *Storia..., II, cit.*, p. 123 y ss.; GROSSI, "*Tradizioni e modelli...*", *cit.*, p. 315 y ss.

[391]Cfr. por todos, COMPORTI, *Diritti reali..., cit.*, p. 5 y ss.; HATTENHAUER, *op. cit.*, pp. 50, 118.

[392]Cfr. ATIAS, CH., "*Destins du droit de propriété (Ouverture)*", *Droits, I*, 1985, pp. 5-6.

[393]Cfr. ATIAS, "*Destins...*", *Droits, I, cit.*, pp. 4-5.

con el complicado sistema de concurrencias, jerarquías y estatismo del *Ancien Régime*[394]; y más tarde, construida dogmáticamente sobre bases «nuevas» (por llevar hasta sus últimas consecuencias una serie de presupuestos revolucionarios) queda como el resultado de un imperativo jurídico, y como un valor que el ordenamiento deja a disposición del titular para que aparezca en el tráfico con toda claridad[395].

Su ordenación es la consecuencia de una lucha de arbitrios, solventada necesariamente −resulta, para KANT, un imperativo *a priori*− por un pacto social plasmado en la ley general, que coloca a quien ha cumplido ciertas premisas, frente a los demás, con un derecho de exclusión[396] relativo a una porción del mundo exterior. Cada cosa material, cada objeto (no se habla ya de bienes, sino de objetos corporales) se presenta ante todos como un ámbito dominado, en un momento concreto, por el poder dispositivo de una libertad[397]. La relación jurídica, confrontación de libertades que sólo puede construirse, igual que aquel pacto, a partir de las ideas abstractas de igualdad y libertad, puede ser expansión de la libertad personal que se pone a disposición de otro (contrato *inter partes*, vínculo obligacional) o convenio general y abstracto que excluye por completo a todos (iguales y también libres) al proyectarse sobre un objeto corporal. En este caso, la idea general (en el interior de la reflexión kantiana y pandectística) no puede ser sino la irrelevancia, desde el punto de vista «jurídico», tanto de las particularidades del objeto como de las posibles

---

[394]*Vid.* PATAULT, *op. cit.*, n. 123 y ss., 136 y ss., 155 y ss.; OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, n. 95 y ss.; GARAUD, *op. cit.*, p. 251 y ss.

[395]DE LOS MOZOS, "La formación del concepto...", *cit.*, p. 624 y ss.; GROSSI, voz "*Proprietà...*", *cit.*, p. 252 y ss.; "*Tradizioni e modelli...*", *cit.*, p. 316 y ss.

[396]La propiedad resulta, ante todo, un derecho de exclusión, y los demás derechos reales, sobre todo, *iura in re aliena*. La idea pertenece a la afirmación iusnaturalista y antropocéntrica-liberal de la propiedad. *Vid.* LOCKE, *Two treatises of government*, ed. Caslette, Cambridge, 1970, II, 5, § 26, p. 304. Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 114; HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 112; GARDIES, *op. cit.*, pp. 142-143; DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad..., cit.*, p. 43. Pero se acentúa y dogmatiza en la Pandectística. Cfr. DE LOS MOZOS, "La formación del concepto...", *cit.*, *ibidem*; HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 118-120; GROSSI, "*Tradizioni e modelli...*", *cit.*, p. 318 y ss. *Vid.* WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, traducción italiana y notas de FADDA y BENSA, Torino, 1902, I, § 37/38, 167 y ss.

[397]Cfr. DE LOS MOZOS, *ibidem*; GROSSI, "*Tradizioni e modelli...*", *cit.*, p. 319-320; HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 47 y ss.

concurrencias e interferencias de «los otros», que han quedado simplemente excluidos, a la espera de una mejor oportunidad[398].

El mundo de las interferencias no puede considerarse sino como una excepción, no sólo en la línea de la ruptura con las derivadas del *Ancien Régime* propia del *Code civil*, sino ahora por más motivos. La concurrencia, aún después del desmantelamiento del mundo feudal, podría venir contemplada en una mentalidad de aprovechamiento de utilidades de las cosas, pero en el sistema decimonónico lo interesante es la propiedad preparada para el tráfico[399]. Y, si todavía el *Code civil* presenta, como se ha dicho, la idea «anacrónica» de una propiedad expresada como suma de poderes[400], y no renuncia a ocuparse, como parte del concepto y en la regulación de los derechos reales, de las concurrencias en la utilización de los bienes[401] compatibles con el concepto-faro de plena atribución, ni se olvida de las cortapisas que una libertad «abstracta» encuentra en el mundo de las relaciones jurídicas en que se desenvuelve (presentando, pues, un concepto de la relación jurídica diferente al de KANT, aunque cercano al de SAVIGNY[402]) después, la mentalidad filosófica, las exigencias de la revolución del tráfico, desembocan en un sistema construido al servicio de esa propiedad única, abstracta, absoluta (frente a la «relatividad del derecho absoluto» que todavía se manifiesta en el *Code civil*[403]).

---

[398]Acerca de la idea de derecho como «organización de la libertad», *vid.* por todos, HATTENHAUER, *op. cit.*, pp. 200-201. Para la concepción en este sentido de la relación jurídica y su diferenciación en derecho personal y real, p. 49 y ss., 65 y ss., 82-83; GARDIES, *op. cit.*, p. 142 y ss. *Vid.* GROSSI, "*Tradizioni e modelli...*", *cit.*, p. 316 y ss.; voz "*Proprietà...*", *cit.*, p. 246 y ss.; COMPORTI, *Diritti reali...*, *cit.*, p. 7 y ss.

[399]"*La Révolution apparaît comme une vaste entreprise de mobilité de l'immeuble*". Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 154.

[400]Cfr. GROSSI, voz "*Proprietà...*", *cit.*, pp. 251-252.

[401]Cfr. ATIAS, *Les biens, I, cit.*, p. 79 y ss.

[402]Sobre este punto, *vid.*, HATTENHAUER, *op. cit.*, pp. 19-20.

[403]Cfr. ATIAS, "*Destins...*", *Droits, I, cit.*, pp. 11-12. Acerca de la doble lectura que ofrece el *Code civil*, *vid.* GROSSI, "*Tradizioni e modelli...*", *cit.*, p. 216 y ss.

El *humus* ideológico que ha precedido y acompañado el triunfo de la propiedad exclusiva aflora en las declaraciones doctrinales, programáticas, en el propio Código, en la retórica posterior. Pero tras el pórtico solemne, dirá GROSSI, en el interior encontramos la propiedad inmersa en relaciones jurídicas. Concebida como derecho natural, supralegislativo, señala PATAULT (*op. cit.*, n. 127), la propiedad-soberanía se había considerado dañada por toda regla

Al servicio de ésta concepción se presenta el sistema registral, que fortalece aún más la contemplación de la cosa atribuida −realidad legal− como elemento perfectamente preparado para el tráfico, como un valor, con independencia (fuera de la relación jurídica originaria plasmada en la ley y a cuyo servicio ésta se pone) de todo mundo personal, tanto

---

que la organizara (la concurrencia de vecindad, por ejemplo, no puede seguir siendo «*droit de cité*» −COQUILLE− para considerarse «servidumbres legales» −BOURJON−). Así, dirá MERLIN, "*c'est grever un propriétaire d'une servitude que de l'empêcher de faire sur son fonds de qui lui est permis de droit naturel*" (*Recueil Alphabétique des questions de droit*, 2ª ed., Paris, 1820, voz *servitude*, p. 694). Sin embargo, el *Code civil* no termina de plasmar radicalmente esta idea, y podrá matizar DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon, XI. Traité des Servitudes, I*, 5ª ed. Paris, 1872, n. 8.: "*C'est se placer dans une abstraction tout à fait quimérique que de supposer un droit naturel d'aprés lequel chaque propriétaire aurait la liberté absolue de faire sur son héritage tout ce qu'il voudrait*". Esta doble orientación se manifiesta en PORTALIS.

Podría pensarse, entonces, que el *Code civil* no había ido tan lejos como hubiera sido deseable. Pero esa impresión es tributaria más del énfasis doctrinal que precede, acompaña y sigue a la ordenación legal. En esa línea, no faltó quien propugnara una definición «más rigurosa»: "*Le droit en vertu duquel una chose se trouve soumise, d'une maniére absolue et exclusive, à la volonté et à l'action d'une personne*" (AUBRY y RAU). *Vid*. PATAULT, *op. cit.*, nn. 185 y ss., 196 y ss.

Desde este punto de vista, cabría considerar que "*Il rapporto giuridico di proprietà –questa ombra opaca dell'archetipo proprietà– rappresentando la caduta del modello astratto dal limbo dell'assoluto intraindividuale nella incandescenza delle relazioni intersoggettive, si configura dunque como una proprietà diminuita e viziata nella sua contaminazione con il soziale*". Encontramos en el *Code civil* la propiedad, en su esencia ideal, pero también como derecho en relaciones jurídicas. Cfr. GROSSI, "*Tradizioni e modelli...*", *cit.*, pp. 271-272.

Si tal presentación se contempla como carencia o imperfección, no es de extrañar que la doctrina volviera sus ojos hacia la ciencia alemana, pues, como apunta ORESTANO, la gran ilusión de la pandectística fue la convicción de poder transportar del plano filosófico-iusnaturalístico al jurídico-positivo la idea del individuo-sujeto de derecho, con todos sus atributos y sus predicados, y poder construir sobre su potestad de querer el entero sistema jurídico. Cfr. ORESTANO, *op. cit.*, p. 159 y ss. Frente al modelo francés, se suscitará el ansia por el «sistema». *Vid.* GROSSI, "*Tradizioni e modelli...*", *cit.*, p. 315 y ss.; LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. esp., Barcelona, 1960, p. 33 y ss.

a nivel de concurrencias como de posibles dependencias causales −esto, en el sistema alemán[404].

Las concurrencias que pudieran contemplarse en torno al aprovechamiento de la utilidad de los bienes, o las limitaciones de la propiedad, en relación con los demás (genérico) o con «otros» concretos, quedan como realidades subsidiarias, reducidas, limitadas, y, lo que es más importante, dentro del «sistema» conceptualmente desplazadas, de tal manera que, aun cuando su importancia práctica pudiera ser muy relativa, peor paradas aún salen desde la perspectiva del encuadramiento teórico y sistemático, lo que es muy difícil de llenar (por encontrarnos, además, ante elementos sin duda secundarios en el sistema de la propiedad y su vida práctica, lo que no invita a la reflexión sobre el tema).

Entonces, relaciones que se mueven en la práctica de la utilización de las cosas, en relaciones de concurrencia, quedan desdibujados u oscurecidos, también en la medida en que entran en confrontación con la institución registral, lo que comunica al ordenamiento y comprensión de la propiedad y relaciones jurídico-reales un grado de rigidez que no se corresponde con la realidad del concepto. Mientras por razones de política jurídica ingresan en el Registro verdaderos derechos personales como el arrendamiento, obteniendo niveles de oponibilidad característicos del derecho real, elementos característicos de la construcción de relaciones jurídico-reales parecen quedar fuera de él, por cuanto los derechos personales (y, en el fondo, todo lo que pueda enturbiar la claridad del sistema) no tienen acceso al Registro[405].[406]

---

[404]Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad..., cit.*, p. 58 y ss., 61-62; HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 53-56; COING, *Derecho privado..., II, cit.*, pp. 499-501. ROMAN GARCIA, *op. cit.*, pp. 39-42; ROCA SASTRE, R. M. y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario, I, Fundamentos de la publicidad registral*, 8ª ed., 1995, p. 46 y ss.; NUÑEZ LAGOS, R., "El Registro de la Propiedad Español", *RCDI*, 250-251, p. 137 y ss.

[405]Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad..., cit.*, p. 70. En el sistema alemán, la única voluntad que puede acceder al Registro es la voluntad general. Entre nosotros, simplemente, es clásica de los hipotecaristas la preocupación por «no recargar excesivamente el Registro» (Cfr. GONZALEZ, "Propiedad sobre pisos...", *cit.*, pp. 350-351; SERVAT ADUA, "Derechos reales y pactos de trascendencia real", *RCDI*, 1948, p. 752 y ss.

[406]Por último, me parece oportuno resaltar aquí que, al dejar oscurecido todo este mundo de importancia secundaria en el orden de los derechos de atribución, pero relevante a la hora de entender la relatividad de la propiedad, o la interpenetración del mundo personal y la realidad de las cosas, cuando el concepto decimonónico de propiedad entra en crisis, no se encuentra en el

Equilibrios y desequilibrios en el sistema de la propiedad y los derechos de atribución

Por contra, en la obra, por ejemplo, de VAREILLES-SOMMIÉRES, en consonancia con el «verdadero» concepto que acoge el *Code civil*, encontramos la propiedad de BARTOLO y POTHIER[407], y podría incluso sorprender el desarrollo que dedica a su encuadre en la relación con el poder público y los no propietarios, en términos de gran equilibrio entre el decisivo factor individual y el mundo relacional circundante y penetrante en aquella esfera, todo ello dentro del sistema de la propiedad privada[408].

Este equilibrio nos evoca los que se conservan en nuestro Código civil, completado por la Ley Hipotecaria. Aunque tal sistema de publicidad lo hemos recibido de fuera y ha podido en un momento dado, al servicio de la propiedad exclusiva y el tráfico inmobiliario, introducir mecanismos que oscurecen la continuidad del sistema de atribución, y una rigidez formal que no conecta del todo armónicamente con el propio Código, a la vuelta de cierto tiempo se puede decir que tales desarmonías se encuentran mitigadas[409]. El Registro

---

sistema el anclaje para aquello que, en realidad, nunca estuvo fuera de él, y, en un movimiento pendular, se pasa (como en Alemania) del extremo de la propiedad-derecho subjetivo, al de la función social, y, al rechazarse un enemigo en buena medida creado en un momento concreto (la propiedad absoluta, sin relatividad de ningún tipo) hay que irse al otro extremo, introduciendo las limitaciones en el concepto a través del derecho público, que termina por «delimitar» el concepto y el contenido de la propiedad, con lo que existe el peligro de desnaturalizar un concepto que, sin ser «individualista», ha de ser «individual». Así, la propiedad «obliga», se dice, pero en un sentido desenfocado. Ante el error, se trata de solventar ahondando en el propio error, aunque ahora en sentido contrario. *Vid.* HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 120 y ss; LOBATO, *op. cit.*, p. 98 y ss.; DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad..., cit.*, pp. 62-63, 105 y ss., etc.

[407]Cfr. ATIAS, *Les biens, I, cit.*, p. 80; DE LOS MOZOS, *La propiedad..., cit.*, pp. 102-104.

[408]*Vid.* VAREILLES-SOMMIERES, "*La définition...*", *cit.*, p. 438 y ss.

[409]Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad..., cit.*, p. 68 y ss. Explica COSSIO, con referencia al sistema alemán, cómo lo que inicialmente aparecía como mero instrumento de publicidad, por su gran relevancia social frente a terceros termina convirtiéndose en el único título válido e inatacable y definitivo. Cfr. COSSIO Y CORRAL, A., *Instituciones de derecho hipotecario*, Barcelona, 1956, p. 18 y ss. Salvando las distancias, si −para determinada finalidad− se ha querido contar con un instrumento formal, también en nuestro sistema, es lógico que se pula y perfeccione. Sucesivas reformas lo han mejorado, a la vez que se procura la armonización con el Código. El instrumento registral introduce una derivación en el cauce general, para una vertiente específica y concreta. Incluso si, con el tiempo, su desarrollo

se ha convertido también en un instrumento al servicio de la atribución en concurrencia, del enriquecimiento del derecho de bienes con la aparición de nuevas formas de objetos y titularidades. Y es posible afirmar que existe, en general, fuera, y también (lo que resulta decisivo) dentro de él, un lugar para la obligación real, por mucho que pueda inducirnos a confusión su consideración como derecho personal[410].

¿Cuáles son esos equilibrios a que nos venimos refiriendo? El que es preciso establecer entre la fuerza del derecho subjetivo y su consideración relacional, como se manifiesta también, en la doctrina, en el tratamiento que dedica DE CASTRO a esta cuestión, siguiendo las huellas de SAVIGNY[411].

El equilibrio entre el orden jurídico, el universo de las personas y el mundo de las cosas. El patrimonio sigue siendo una dimensión personal, y las manifestaciones de voluntad influyen en la vicisitud de la trasferencia jurídico-real en cuanto a la causa y la propia ordenación de las concurrencias, pero sin que baste el simple consenso particular para el cambio en el destino de las propias cosas. Equilibrio entre la utilización de los bienes, y la importancia del poder de disposición y el aspecto dinámico del tráfico. Entre el patrimonio personal y la manifestación externa de los derechos; entre la realidad natural y el mundo del Registro...

---

permitiera una utilización más radical, se trataría de una evolución natural encuadrable en el dinamismo del sistema. En fin, la ordenación registral sigue apoyándose en la realidad, relacional y causal, y su verdad, en apariencia monolítica, presenta las oportunas grietas por las que el agua de la realidad podría introducirse socavándola. *Vid.* DE LOS MOZOS, "La doctrina de F.C. von Savigny...", *cit.*, pp. 76-77; "Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el derecho español", ADC, 1972, en *Estudios..., cit.*, p. 145 y ss., pp. 224-226; ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario, I, cit.*, 175 y ss.; NUÑEZ LAGOS, "El Registro...", *op. cit.*, p. 137 y ss.

[410]*Vid.* ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario, I, cit.*, pp. 256-259; GARCIA GARCIA-VIDAL FRANCES-ALVAREZ BELTRAN, "Los conjuntos inmobiliarios en relación con el Registro de la Propiedad", *Ponencias y comunicaciones... V CIDR*, Madrid, 1983, p. 2 y ss.; ARNAIZ EGUREN, R., "Notas sobre las modalidades de organización de la propiedad inmobiliaria en el Derecho español", *Ponencias, IX, CIDR*, Madrid, 1993, tomo II, p. 999 y ss. En relación con el urbanismo, ARNAIZ EGUREN, R., *Registro de la propiedad y Urbanismo*, Madrid, 1995, p. 17 y ss.

[411]Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 552 y ss.

Equilibrio, al fin, dentro del mismo sistema de la propiedad, entre el arbitrio individual, los no propietarios vecinos o titulares de otros derechos reales, y los poderes públicos representando a la generalidad. En un término medio (aunque no equidistante, sino respetuoso con los intereses en juego) entre un derecho subjetivo «absoluto» y una idea contraria de función social.

Algunos de ellos resultan más erosionados por la dinámica del momento codificador, pero todos, a mi modo de ver, resultan salvados, sobre todo en la comparación con otras soluciones más cercanas al momento revolucionario, o implicadas en mayor grado con los «avances» del sistema[412].

Pues bien, la imagen de la obligación *propter rem* excepcional corresponde o se acentúa en la mentalidad de un momento histórico muy especial; en el Código Francés y, en general, en los demás, encontramos ejemplos de ella. Pero en la doctrina jurídica posterior, caracterizada por la profundización dogmática del nuevo orden de la propiedad, es difícil encontrar su lugar adecuado. Es necesario recuperar esos equilibrios que la retórica revolucionaria y, después, el sistema de la pandectística, han podido erosionar.

La erosión se manifiesta ya en la propia justificación del derecho de propiedad, cuando, de la necesaria consideración de la persona y su libertad como elemento clave para su explicación, se transita a una acentuación del subjetivismo: fundamentándola en y desde una exclusiva consideración de la persona individual, cuando estamos ocupándonos de una realidad social, lo que otorga sentido a la reflexión jurídica[413].

---

[412]Respecto a esos equilibrios en el interior de nuestro Código civil completado por la Ley Hipotecaria, *vid*., base 19 del Código civil, y *Exposición de Motivos de la Ley de 8 de febrero de 1861*, *Legislación Hipotecaria y Jurisprudencia*, vol. dirigido por AMOROS GUARDIOLA, Madrid, 1995, p. 13 y ss.; DE CASTRO, *op. cit.*, p. 206 y ss.; DE LOS MOZOS, J. L., "Estudio preliminar", *El código civil. Debates parlamentarios (1885-1889)*, I, Madrid, 1989, p. 59 y ss. Más en concreto, "El derecho de los bienes en el Código civil", separata de *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia*, 21-2, 1989, p. 61 y ss., pp. 80-82, 93-95, 112-116. Sobre alguno de estos puntos, recientemente, *El hipotecarista Francisco de Cárdenas. Trabajos y empeños de su vida y de su obra*, Madrid, 1997, p. 45 y ss., esp. 56 y ss.; ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario, I, cit.*, pp. 212 y ss., 231 y ss. Acerca de la *vis atractiva* del «sistema» y su acogida en la doctrina italiana, *vid*. GROSSI, "*Tradizioni e modelli...*", *cit.*, pp. 315-316.

[413]*Vid.* ALONSO MARTINEZ, M., "Estudios sobre el derecho de propiedad", Madrid, 1874, en *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, coord. por C. ROGEL y C. VATTIER, Madrid, 1991,

Igual que la socialidad no puede considerarse unilateralmente, como una simple solución arbitraria al problema de la «coexistencia» humana, la propiedad es una realidad, en parte natural y en parte consensual, o, mejor, ambas dimensiones son como las dos caras de una misma moneda. Cabe hablar de una propiedad natural que se recoge y regula en la propiedad jurídica, porque en las relaciones sociales, al contemplar cómo el género humano tiene a su disposición las cosas, los bienes, y su relación con los demás, que reflejará las notas de igualdad, libertad... ahí están las semillas de la reflexión jurídica posterior, que no puede resolverse en un simple arreglo voluntarista y arbitrario.

El hombre capta esa juridicidad «natural» y la plasmará en el consenso social, de forma que la propiedad, sin necesidad de justificarse más o menos arbitrariamente, simplemente porque se trate de un derecho subjetivo[414] (donde sólo la contemplación del arbitrio individual abstracto ofrece un fundamento, y la igualdad también abstracta un problema a solventar a través del contrato social) encuentra suficiente apoyo en aquella consideración de «derecho natural de segundo grado», consecuencia de una reflexión jurídica sobre las relaciones de las personas entre sí con relación a las cosas.

La propiedad no precisa una afirmación radical, como derecho innato. Le basta el reconocimiento de que la apropiación individual resulta coherente con reflexiones fundadas en la realidad natural de los hombres y las cosas. Reflexiones que son precisamente el terreno de lo jurídico, que siempre resultará una meditación humana acerca del modo de solventar de la manera adecuada los actuales o previsibles conflictos[415].

---

p. 861 y ss., pp. 894-895; GALLEGO, *op. cit.*, pp. 124-125. Frente a la imagen de autonomía de la persona, que no tendrá más remedio que vivir en sociedad exigiendo el respeto de aquella autonomía, DE CASTRO conecta la relación jurídica con la «comunaleza», de nuestro derecho tradicional, que inspira las Partidas. Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 552. *Vid.* NICOLO, R., voz "*Diritto Civile*", *Enciclopedia del diritto, XII*, Milano, 1964, pp. 904-905. Acerca de la alteridad del derecho, por todos, REALE, M., *Introducción al derecho*, 5ª ed., trad. BRUFAU PRATS, Madrid, 1982, pp. 19 y ss., 62, 66, etc. Ahí es posible encuadrar la doctrina de la relación jurídica en SAVIGNY, no tanto la propia de KANT. *Vid.* HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 84.

[414]*Vid.* el sentido de esta idea en HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 118.

[415]Sobre estas cuestiones, NICOLO, voz *cit.*, *ibidem*; ATIAS, *Les biens, I, cit.*, n. 56; LOBATO, *op. cit.*, pp. 43-44, 48-49; RENOUX-ZAGAME, *op. cit.*, pp. 11-14, 18; GALLEGO, *op. cit.*, pp. 46 y ss., 81 y ss., 122 y ss.; STEINAUER, "*La propriété privée...*", *cit.*; DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad..., cit.*, pp. 4-5, 99 y ss., 229 y ss. Este es el sentido de la

La excepcionalidad de la obligación real resulta mitigada en una reflexión en el interior del derecho de bienes que intente liberarse, o, al menos, no olvidar los desenfoques que esos ciertos desequilibrios pueden haber provocado. Hay que reconocer que, después de más de un siglo, pasado aquel período de purificación de la propiedad, cuando el derecho patrimonial ha seguido evolucionando y, entre otras cosas, vuelve a manifestarse la importancia del mundo de las concurrencias en las titularidades inmobiliarias, estamos mejor preparados para colocar cada concepto en su lugar[416]. Y, en este sentido, aunque la obligación real pudiera presentarse revestida de relativa importancia práctica económica, o parezcan escasos los litigios relevantes a que pueda responder, desde el punto de vista teórico es uno de esos conceptos de frontera, piedra de toque para calibrar la comprensión realista y flexible que tenemos del derecho de bienes. Un elemento más cuyo encaje manifiesta el equilibrio, en el derecho real, del mundo de las cosas y la esfera personal.

La consideración de la obligación real como anomalía y excepcionalidad. Elementos que la acentúan

Es necesario, antes que nada, obtener una explicación del derecho patrimonial en que tenga lugar adecuado: decíamos que desde la óptica de la teoría general de las obligaciones, se nos presenta aquella excepcionalidad. Pero −conviene aclararlo− no tanto en la confrontación con el vínculo obligatorio, sino al contemplar el elemento «vinculación

---

explicación de ALONSO MARTINEZ, "Estudios...", *cit.*, pp. 861-1037, pp. 890 y ss., 976 y ss, 1036 y 1037. Y también de MANRESA, *Comentarios...*, III, Madrid, 1893, p. 104 y ss.

[416]Acerca de estas transformaciones del derecho patrimonial, con especial relación a la propiedad (nuevas formas de atribución que aspiran y consiguen tal rango, nuevos objetos...) la bibliografía es amplia. *Vid.*, además de las referencias en notas anteriores, LOBATO, *op. cit.*, p. 93 y ss.; DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad..., cit.*, p. 88 y ss.; BOLLA, G., "*Il «fondo» nei suoi aspetti giuridici*", *Scritti di diritto agrario*, Milano, 1963, p. 281 y ss.; ARNAIZ EGUREN, R., "Algunas consideraciones en torno al derecho de propiedad inmobiliaria", *RDCI*, 560, 1984, p. 61 y ss.; GOUBEAUX, G., "*Abstraction et réalisme dans la determination de l'objet de la propriété immobilière (â propos du découpage de l'espace en volumes cessibles)*", *Études dédiées a* Alex Weill, Paris, 1983,; ATIAS, "*Destins...*", *Droits, I, cit.*; TERRE, F. "*La évolution du droit de propriété depuis le Code Civil*", *Droits,* 1, 1985, p. 33 y ss. Y el volumen AA. VV., *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3e *Journées SAVATIER*, Paris, 1991 (trabajos de PATAULT, ZENATI, TOMASIN, MOREAU...), especialmente CATALA, P., "*Exposé de synthèse*", p. 181 y ss., esp. pp. 184-185.

propter rem»: aquí es donde la figura se convierte en excepcional. También por consideraciones derivadas de una mentalidad a la hora de entender los derechos de atribución, absolutos, oponibles, en su contraposición con los derechos de crédito, de carácter relativo y no oponibles, y sin que la doctrina general de las obligaciones pueda estar en condiciones de ofrecer elementos de solución al problema.

Es en la teoría de las relaciones de atribución donde puede intentar encontrarse una explicación adecuada al efecto *propter rem*, y es allí donde pueden removerse los obstáculos para su integración como elemento de la naturaleza de las cosas. Las premisas adoptadas en esta materia determinarán la anomalía de la figura que, sin poderse solucionar en la teoría de las obligaciones (porque la obligación en sí misma no tiene nada de particular, la especialidad es el efecto *propter rem*) sólo podrá mitigarse regresando a la doctrina de la atribución, en general al *ius rerum* y contemplándolo con ojos distintos.

En la doctrina italiana, que puede ser un buen campo de observación en este punto (recoge la influencia francesa, pero también después la pandectística) veamos lo que expone NATUCCI: si excepcional es el derecho real, mucho más la obligación real, por cuanto «sin ser derecho real» pretende serlo[417]. En la visión de este autor[418], para empezar, la misma propiedad tiene un sentido de excepción, de ruptura, cuando la contemplamos desde la perspectiva de la igualdad sustancial de los *cives*: no otorgaría justificación alguna a ese destacarse de uno sobre los demás y excluirlos en relación con los objetos apropiables. En esta perspectiva, y teniendo como fenómeno jurídico básico el contrato, sólo sobre tal consenso que se plasma, como un precipitado, en la ley general, y fruto, nada más, de la necesaria(¡) concurrencia de esas voluntades libres, es posible plantearse una justificación de la propiedad que vendría a ser la explicación de una excepción[419].

Igual que la propiedad es una realidad legal, porque la autonomía privada no es de por sí idónea a crearla −implica un deber de abstención generalizado− ocurre algo parecido con los derechos reales limitados "por el carácter de oponibilidad que les es propio". Oponibilidad frente a un propietario o adquirente ulterior, de un contrato[420] que limita su

---

[417]Cfr. NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, pp. 150-151.

[418]Que representa a un amplio sector en la doctrina italiana.

[419]Cfr. NATUCCI, *La tipicità..., cit., I,* p. 151 y ss.; II, p. 30.

[420]Cfr. NATUCCI, *La tipicità..., I, cit.*, pp. 155-157. "No se olvide −explica− que la constitución o trasferencia de un derecho real son *efectos relativos* (*sic*) del contrato". Ahora bien, "*trasferire il diritto di proprietà cosí trasferito è si efficacia assoluta, ma non dipende dal*

propiedad. Un derecho real, entonces, no lo es tanto por su naturaleza, que la ley reconocería poniéndose a su servicio (idea que se conserva en el sistema francés[421]) sino porque la propia ley lo prevé en un determinado tipo como limitación posible y tipificada al derecho del actual y sucesivos propietarios[422].

Pues bien, la obligación real pretende tener igual efecto sustancial que el derecho real (en definitiva, una cortapisa para el propietario[423]) siendo, sin embargo, una obligación, en cuanto impone una conducta positiva.

Sólo la ley, que establece los posibles derechos reales, podría atreverse a señalar algunos supuestos de obligaciones reales, pero en todo caso lo haría consagrando con su fuerza una excepción a la propiedad de grado superior al clásico derecho real. Sin diferenciarse de éste en cuanto limitación (por tanto, excepción necesariamente típica) a la propiedad, supondrían un paso más, y muy especial, *en el mismo camino* de lo excepcional. Por ello, aunque son posibles por determinación legal, en el sistema se encuentran más al margen que el propio derecho real: la ley, que limita con éstos al propietario, con la obligación real le limita también, sustancialmente, pero en una forma que correspondería a fenómenos ya extinguidos, de derecho real *in faciendo*, admisibles si acaso en el mundo anterior a la codificación. No cabe ya este derecho real *in faciendo*, en principio queda fuera del sistema, y la noción de obligación *propter rem* es un mero *nomen* para designar esos extraños casos en que el legislador tiene a bien vincular con obligaciones al propietario (o titular) no sólo actual sino sucesivo.

En conclusión, una serie de elementos histórico dogmáticos, que inciden también en el método de estudio, dificultan y oscurecen la noción y ubicación en el sistema de la obligación real. Rasgos de una cierta mentalidad que conviene un poco sortear o, al menos, tener presente, cuando pretendemos una doctrina general en que aquella tenga cabida adecuada. Intentar elaborarla en el marco de aquellas coordenadas difícilmente puede

---

contratto, bensí dalla legge". Cfr. *La tipicità..., II, cit.*, p. 30 y nota 86. Sólo la ley puede directamente prestar su eficacia general, a terceros, para reforzar aquello que el contrato no podría. *Vid. La tipicità, I, cit.*, p. 164-166. Y, la propiedad, lo mismo que el derecho real, no es más que esto.

[421]Cfr. GOUTAL, J. L., *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Paris, 1981, p. 89.

[422]Cfr. NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, p. 21 y nota 57.

[423] Cfr. NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, pp. 140, 144, 150.

conducir a una útil clarificación. En cierto modo, esto es lo que va a ocurrir con la doctrina francesa, y, después, con la italiana.

¿Qué elementos contribuyen a resaltar la excepcionalidad?

Como hemos visto, la acentuación de matices de subjetivismo y voluntarismo −el ordenamiento se construye a partir de la libertad individual y el poder de la voluntad− que acompañan al triunfo de la propiedad exclusiva, y su reflejo en la dogmática posterior[424]. En la medida que partiendo de los datos legales que ofrece el *Code civil* la doctrina francesa estudia la obligación real, pero lo hace en un tiempo todavía muy próximo a la Codificación, puede estar como predestinada al fracaso, al buscar la especulación sobre una categoría impropia de la dinámica del momento. Tendrá que pasar un siglo para que, sin necesidad de las grandes monografías del pasado, la doctrina general acepte y manifieste el lugar que este concepto tiene en el ordenamiento[425].

En esta mentalidad, el derecho real es una excepción radical, y el mundo de las concurrencias carece de sentido[426]. La obligación real quedará entonces como algo parecido a las *reallasten* que, a pesar de su purificación o práctica eliminación, pudiera tener sentido en la tradición germánica. Buscarle un sitio en el sistema queda reducido, para la doctrina

---

[424]Extraer consecuencias dogmáticas de las premisas socio-filosóficas del individualismo, es lo que separa la Pandectística del panorama anterior. Con ella "finalmente una reflexión científica traducía en términos jurídicos el modelo cultural del individualismo posesivo". Cfr. GROSSI, *Tradizioni e modelli...*, *cit.*, p. 318 y ss.; DE LOS MOZOS, "La formación del concepto...", *cit.*, p. 624 y ss.; ORESTANO, *op. cit.*, p. 159 y ss.; COMPORTI, *Diritti reali...*, *cit.*, p. 7 y ss.

[425]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, nn. 228 y 230.

[426]La distinción propiedad-derecho real adquiere importancia desde el siglo XVI. Es revelador −señala PATAULT− encontrar a GROCIO en el origen de la distinción. Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 130, con referencia a FEENSTRA, R., *L'influence de la pensée juridique de Grotius, XVI siécle*, 1983, p. 487 y ss. Tardará en afirmarse la tajante contraposición. PUFFENDORF admite que una cosa "como se ve cada día, pertenece a varios, *maîtres* de ella según diferentes maneras". En POTHIER, y el propio *Code civil*, encontramos analogía y distinción. Cfr. PATAULT, *op. cit.*, nn. 120, 132. Pero en la Pandectística, se impone la distinción radical. "La propiedad y la servidumbre están separadas por una diferencia sistemática exactamente igual que la propiedad y las obligaciones" (IHERING, *El espíritu del derecho romano*, 4, n. 63, *cit.* por PATAULT, *op. cit.*, n. 92). Los derechos reales limitados no participan en la vida esencial de la propiedad, Cfr. GROSSI, "*Tradizioni e modelli...*", *cit.*, pp. 322-323; voz "*Proprietà...*", *cit.*, pp. 252-253; NUÑEZ LAGOS, "El Registro...", *op. cit.*, pp. 218-219.

suiza, a un mero reconocimiento de su existencia, dependiendo de la *voluntas legislatoris*. Y poco más.

La construcción del ordenamiento a partir de la persona individual y su potestad de querer, es un hilo conductor en que engarzarán, con diversa fuerza y varias ramificaciones, consensualismo, contractualismo, formalismo[427].

Tomar como punto de partida, idea-faro, categoría jurídica básica el contrato, manifestación de la abstracta concurrencia de voluntades libres a partir de una igualdad también abstracta. Desde esta óptica la propiedad aparece como una excepción. Una vez justificada como proyección de la propia libertad, presupuesto y corolario del *contrat social*, las personas concretas −el propietario individual− no puede a través del contrato interpersonal introducir limitaciones que afecten a propietarios futuros: vendrían atacados en la básica libertad e igualdad para todos de su propiedad. Más adelante, la cuestión de los derechos reales tiende sutilmente a pasar del terreno de la absolutividad (no sería sino la otra cara de la atribución natural, y sobre esa base, jurídica, que recoge y consagra la inmediatividad) al de la oponibilidad, y además, de un contrato, que básicamente limita la propiedad[428].

Abandonada la contemplación de la realidad natural de las cosas en que la nota de inmediatividad reconocida por el legislador, mantiene capital importancia[429], el concepto de derecho real no puede por sí mismo permitir al propietario determinar el destino de la cosa repartiendo su atribución, en términos de concurrencia entre titulares, siempre que tenga «causa» negocial para ello y el esquema establecido corresponda al ámbito natural de las relaciones del hombre con las cosas. Sólo podrá ocurrir esto cuando la ley, que afirmó la propiedad, pero sin fijarse en las relaciones naturales y sociales, como una sustancia «propiamente jurídica», solución a un conflicto de arbitrios, prevea un esquema típico para que el contrato o acto traslativo, en la forma que sea, con un sentido más legal que

---

[427]*Vid*. GALLEGO, *op. cit.*, p. 92 y ss., 120 y ss.; D'ADDIO, voz "*Contrattualismo*", *cit.*, p. 216-225; LARENZ, K., *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. italiana, Milano, 1966, p. 19 y ss., 37 y ss., 51 y ss.; HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 63 y ss.; DE LOS MOZOS, "La doctrina de F.C. von Savigny...", *cit.*, p. 75 y ss.; COMPORTI, *Diritti reali...*, *cit.* p. 9 y ss.

[428]Lo hemos visto en NATUCCI, *vid. supra*.

[429]Lo que se manifiesta en la doctrina de los modos de adquirir, y también, de perder el dominio.

«natural», establezca derechos reales limitados, simples excepciones que se sostienen en la realidad por la fuerza de la ley.

Frente a esto, otra categoría de derechos responden mejor a la idea kantiana de «relación jurídica», los derechos de crédito, a los que basta la *lex inter partes* del contrato para mantenerse en la existencia[430]. Por ello, una obligación real, que pretende −a través, además, de un contrato− desplegar una eficacia que sólo la ley posibilita para los derechos reales, resulta algo muy extraño que, de ser posible, solamente lo sería por la fuerza de la ley, pero aún con menos justificación.

Resalta la excepcionalidad, por tanto, hacer depender la cuestión de la contraposición y separación −ahora tajante− entre derechos reales y de crédito, como una estructura que delimita y cierra el horizonte patrimonial[431]. Sería preciso colocarse en otra perspectiva y encuadrar el tema, no tanto como un aspecto de la confusión entre ambas categorías o la dificultad de deslindarlas adecuadamente[432], sino de la intercomunicación entre lo personal y el mundo de las cosas en el universo del derecho de bienes. Pero este punto de vista, o se ve ilógico, o resulta, sencillamente, imposible y ajurídico, cuando se presenta la dicotomía, por exigencias de la «lógica jurídica», o del sistema establecido para un «nuevo» derecho patrimonial, primero, en el Código civil argentino y después, en la doctrina alemana[433].

---

[430]Cfr. HATTENHAUER, *op. cit.*, pp. 82-83. Por ello, está mas asentada que la propiedad y el derecho real, en la moderna visión de la relación social. Cfr. DE LOS MOZOS, J. L., "Reflexiones preliminares sobre el derecho de obligaciones", *Libro Homenaje a José María Chico y Ortiz*, p. 416, nota 38.

[431]FELTMANN (s. XVII) presenta la distinción como "*noveauté de nature à engendrer une certaine stupéfaction*", un virtuosismo doctrinal. Mucho después planteará DEMOLOMBE: "¿Existen derechos a la vez reales y personales?": son "más que diferentes; son contrarios y parecen verdaderamente incompatibles e inconciliables". DEMOLOMBE, *Cours..., IX, cit.*, n. 467. Cfr. PATAULT, *op. cit.*, nn. 117, 130, 200.

[432]Sobre este punto, en nuestra doctrina, es clásico VALLET DE.GOYTISOLO, "Notas críticas a la pretensión de encasillar todos los derechos patrimoniales en las categorías de derechos reales y de crédito", y "Determinación de las relaciones jurídicas referentes a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto de tercero", en *Estudios sobre derecho de cosas*, I, 2ª ed., Madrid, 1985, pp. 217-225, y pp. 253-364.

[433]*Vid.* NUÑEZ LAGOS, "El Registro...", *op. cit.*, p. 145; DE LOS MOZOS, J. L., "Los derechos reales en la sistemática de Vélez Sarsfield", *RDP*, junio 1986, p. 491 y ss.; "Reflexiones preliminares..., *cit.*, p. 409 y ss., pp. 413 y ss.

En Francia, la distinción entre el *ius in re* y un *ius ad rem* (crédito relativo a una cosa, no en el sentido de los códigos austríaco y prusiano) que POTHIER invita a estudiar entre los derechos de obligación, mantiene al menos la ilusión de una cierta continuidad en la unidad del *ius rerum*, y en tal perspectiva (interpenetración entre patrimonio de las personas y realidad de las cosas, entre atribución y esfera del contrato) encuentra un lugar la obligación real[434]. Pero al no establecer la distinción suficiente entre contrato y trasferencia jurídico real, se verán obligados a asegurar la distinción por otras vías, lo que resulta dañino para el encaje de aquella[435]. Esto se acentúa cuando, por el influjo de KANT, la doctrina obligacionista trata de hacernos ver el derecho real como una forma distinta de organizar una obligación (pasiva universal). Si la distinción entre derecho real y personal enferma por estas complicaciones, la obligación real, o estorba, porque complica el triunfo de la propiedad y oscurece el terreno del «auténtico» derecho real (aparece como una servidumbre que no osa decir su nombre) o se confunde con la otra cara del derecho real[436].

Pero donde la separación y contraposición derecho real-derecho personal recibe un impulso formidable, en la construcción del ordenamiento a partir de la autonomía y libertad-igualdad abstracta, es en el sistema alemán. En Kant, la libertad se proyecta, o en

---

[434]*Vid.* DE LOS MOZOS, "El derecho de los bienes...", *cit.*, pp. 72-77.

[435]El *humus* voluntarista se vinculará a la doctrina del derecho natural, en la teoría de la transmisión *solo consensu*. El poder de disposición, dirá GROCIO, ha de llevar consigo el de transmitir por la sola voluntad. Si, históricamente, el contrato, por ser real, lleva consigo la transmisión, con el tiempo, debilitada la *traditio*, la propia voluntad contractual −sin atender a lo que ocurra después− ha cobrado fuerza como fundamento traslativo y no sólo en cuanto causa. Cfr. DE LOS MOZOS, "La doctrina de F.C. von Savigny...", *cit.*, p. 98 y ss.; PATAULT, *op. cit.*, p. 199 y ss. COING, *Derecho privado..., II, cit.*, pp. 493-494. *Vid.* FEENSTRA, R., "Grocio y el derecho privado europeo", *AHDE*, XLV, 1975, pp. 605-621; AUGE, G., "*Le contrat et l'evolution du consensualisme chez Grotius*", *APD*, 13, 1968, pp. 99-114. La vinculación de las cosas, como bienes, al mundo personal, libertad, recibe así una potenciación, filosófica, «espiritualista», en apariencia coherente. Una misma voluntad contractual obliga a las personas o transmite las cosas. Mas, en el mundo del derecho, realidad social, frente a los bienes, distribución de las cosas... ¿es suficiente? Cfr. *Exposición de Motivos de la Ley hipotecaria, cit.*, p. 24; DE LOS MOZOS, "El derecho de los bienes...", *cit.*, p. 81 y ss.; ATIAS, *Les biens, I, cit.*, p. 189.

[436]Cuya existencia precisamente negaban los juristas argentinos, con buen criterio, cuando afirmaban −con expresión un tanto equivoca− que no hay obligación que corresponda a los derechos reales.

las cosas corporales, después del acuerdo abstracto general, o en la voluntad del obligado, tras el compromiso contractual. Y SAVIGNY va a distinguir el contrato, relación personal, y el negocio de transmisión real. No es posible que el mismo tipo de negocio sea el vehículo de la voluntad contractual, o de la voluntad general que reconoce el traspaso real.

El voluntarismo latente en el sistema consensual se acentúa y se proyecta aquí en una dirección distinta. Si la libertad frente al objeto exterior del arbitrio, aceptada y reconocida por la voluntad general, es el fundamento del dominio, las cosas, objetos del mundo exterior, cambiarán de titular cuando el *animus adquirendi y trasferendi*, en un acuerdo abstracto, converge y recibe el reconocimiento de la voluntad general, en materia inmobiliaria a través de la inscripción en el registro. Lo que ocurrirá, siempre igual, para la propiedad, en virtud de los postulados anteriores, sin consideración alguna a las relaciones previas a la manifestación del acuerdo. Y, respecto al *ius in re aliena*, cuando el objeto del acuerdo constituya una de las formas típicas en que el convenio general, sedimentado en la ley, permite, *in abstracto* una peculiar atribución parcial.

La autonomía de la persona sólo admite que ésta entre en relación a través del compromiso contractual. Si en el Registro, que es el mundo de las cosas, objeto y valor dispuesto para el tráfico, llegara a entrar una relación, una interdependencia personal, el sistema habría fracasado. Porque las cosas, los objetos, no pueden traicionar a la persona, relacionándola. En el Registro sólo ingresa la voluntad general. No puede tener un sitio una distribución o arreglo contractual. Por ello, cuando LIVER señala: «hay también obligaciones reales», esto sólo puede causar perplejidad[437].

Sin embargo, igual que el Código argentino no puede hacer olvidarla del todo[438], respecto al BGB −paradójicamente− encontramos en él ejemplos claros de obligación real, si bien pequeños, limitados, subsidiarios y con un tratamiento modesto, que precisamente es el adecuado, aunque esto venga facilitado por la tradición de las cargas reales, lo que permitirá atribuirles una consideración análoga a éstas, aunque todo ello carece de una explicación en el sistema, simplemente queda ahí la constatación de su presencia en la ley,

---

[437]Sobre estas cuestiones, por todos, *vid.* NUÑEZ LAGOS "El Registro...", *cit.*, p 137 y ss. ; DE LOS MOZOS, "El derecho de los bienes...", *cit.*, p. 87 y ss.; "La doctrina de F.C. von Savigny...", *cit.*, *passim*, esp. p. 136 y ss.; "Crisis del principio de abstracción...", *Estudios...*, *cit.*, p. 145 y ss.; GARDIES, *op. cit.*, p. 142 y ss.; HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 53-56. COING, *Derecho privado...*, *II*, *cit.*, pp. 490 y ss., 499-501.

[438]Cfr. DE LOS MOZOS, "El derecho de los bienes...", *cit.*, p. 103, 106.

a lo que casi se limita después la doctrina suiza, cuando «redescubre» la categoría en el sistema. Doctrina que tiene el mérito de negar que la obligación real sea un sinsentido sistemático, aunque con tímida argumentación, y luchando contra problemas que no aparecen desde la perspectiva de nuestro Código civil. Y si la doctrina suiza afirma su analogía con el derecho real y le aplica por ello, sin mayor profundización, la regla del *numerus clausus*, también es verdad que ciertos autores han profundizado en el sentido del concepto, su utilidad y su encaje y, tanto en la doctrina como en la legislación, con el amparo de la doctrina y sistema registral, se vislumbra algún acercamiento a la posibilidad de un uso más libre.

Decíamos que a la obligación real le basta con el reconocimiento de un lugar modesto, subsidiario, en el sistema, y un tratamiento también modesto y «accesorio». Haber olvidado esto supone otro problema que ha hecho resaltar su excepcionalidad. Partiendo de la base de la contraposición entre derecho real y derecho de crédito, y en una mentalidad marcada por el concepto-clave del contrato y por la idea de libertad de la propiedad y, después la del derecho real como realidad legal más que natural, no puede conducir demasiado lejos la pretensión de situar o contemplar la obligación real, o *propter rem* (sin deslindarlas) como categoría *a se*, autónoma, y que reclama un lugar y un estudio «propio», equiparable incluso al reservado para las dos grandes categorías del derecho real y el derecho de crédito.

En la contraposición entre esas dos categorías, cuando se trata de hacer esta gran arquitectura, no puede haber sitio −explica DE LOS MOZOS− para algo tan pequeño (y que, además, rompería el esquema). El resultado será no tenerla en cuenta y así −señala LIVER− no se ocupa de ella el Pandectismo y no encuentra un sitio, como concepto, en la Codificación. Pero, por otro lado, si desde aquellas premisas tratamos de hacerle un sitio como categoría intermedia, estaríamos pretendiendo para la noción un lugar demasiado amplio, como un polo de atención pretendidamente al mismo nivel que el derecho real o de crédito. Este problema va a tener la doctrina francesa, y va a conducir a buscar un tratamiento a la noción, al final confundiéndola con el derecho real, como la otra cara del mismo, con lo que se termina por diluir el concepto. Como, además, la generalidad de la doctrina no renuncia a la contraposición del derecho real y de crédito con los matices señalados, muchos verán en esta categoría «intermedia» que intentaría ponerse al mismo nivel que el derecho real, sin serlo y gozando de la libertad del derecho de crédito, una servidumbre que no osa decir su nombre.

No es necesario, pues, buscar a la obligación real un lugar demasiado grande, y menos aún querer que se sitúe a mitad de un espacio (que no cabría, o sería necesario establecer

PANORAMA DOCTRINAL. LA DOCTRINA FRANCESA DE LA OBLIGACIÓN REAL

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

Consideraciones previas. Referencia a Savigny

La doctrina francesa se ha caracterizado por encontrar la obligación real como una categoría intermedia entre los derechos reales y los de crédito, distinguiendo a la vez de modo severo entre aquellos y éstos, por su distinta eficacia. Sólo al final se alcanza a atisbar que no es más que un «momento obligacional» dentro de la vida del derecho real. A los ojos de cierta doctrina crítica, únicamente se pretendería[439] construir un concepto que «permita» dar a una obligación una eficacia similar a la propia del derecho real. Se encuadran dentro de este concepto figuras y supuestos heterogéneos, cuyo denominador común es la eficacia para un tercero de una relación en que viene a asumir la posición negativa, pasiva, propia de un sujeto anteriormente vinculado.

Para DE LOS MOZOS, la falta de un concepto adecuado de obligación real, que atribuye a gran parte de la doctrina francesa, proviene de la utilización de un método equivocado: "el hacer depender tal noción, exclusivamente, de la distinción entre derecho real y derecho personal, con lo que se incide en los mismos defectos que se pretenden denunciar. De este modo, aunque a esta doctrina le corresponda el mérito de haber planteado la cuestión, lo que es justo reconocer, no le corresponde por igual el de haberla solucionado satisfactoriamente"[440]. No obstante, entre los autores, a lo largo del tiempo,

---

[439]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 14 y ss.

[440]Cfr. DE LOS MOZOS, "La obligación real...", *cit.*, p. 328.

encontramos diversas tendencias en orden a la configuración de nuestro concepto y, dentro de ellas, se han ofrecido puntos de vista aprovechables.

Antes de entrar en el estudio de estos autores, hemos de hacer algún apunte, siguiendo a GOROSTIAGA[441], acerca del sentido que tenía, para los estudiosos anteriores a la ciencia jurídica moderna y los primeros representantes de ésta, la expresión «obligación real»:

Nos dice, en primer lugar, que la expresión *obligatio rei* no figura en los textos de derecho romano, refutando con ello la opinión de VAN WETER. Entonces, en la ciencia romanística ¿Qué fundamentos se dieron para esta nomenclatura?

Obligatio, explica SAVIGNY[442], era un término técnico con significación precisa: *vinculum iuris* establecido entre dos personas concretas, a raíz de determinado acontecimiento. La obligación romana era un vínculo estrictamente personal. Al lado de esa *relación* había otra, irregular, anómala, que se establecía entre las partes con referencia a cosa determinada, compatible con la mayor diversidad de sujetos. Esto era «poco común» en las relaciones obligatorias. De hecho, tal relación no presentaba los rasgos de la obligación, ni provenía de fuentes propias, estableciéndose preferentemente entre las partes con referencia a una cosa determinada. Se oponía, por tanto, la *obligatio personalis*, como verdadera obligación, a la *pignoris obligatio* o a la *obligación real*, como relación anómala.

Esta relación artificial tiene su desenvolvimiento más preciso, para SAVIGNY, en materia de usufructo. Aquí, son características de la relación que es independiente del modo originario de constituirse el usufructo, sin que pueda considerarse una consecuencia del contrato mismo, y que se aplica a todo propietario o usufructuario por el hecho de serlo, desde el instante inicial y mientras termina esa condición. Relaciones semejantes se encuentran en la enfiteusis y en la hipoteca.

Y existe también esta relación artificial, menos directa, en las *actiones in rem scriptae*, "en las cuales la posición de deudor y demandado debe ser considerada como la simple consecuencia de la posesión de una cosa, es decir, de una relación completamente ajena en sí misma a la obligación"[443].

Así pues, desde el primer momento, vemos que los supuestos que se presentan como ejemplo de ese vínculo excepcional designado como obligación real son heterogéneos: unas

---

[441]Cfr. GOROSTIAGA, *op. cit.*, p. 562 y ss.

[442]Cfr. SAVIGNY, *Le droit...*, *cit.*, I, § 15.

[443]Cfr. SAVIGNY, *Le droit...*, *cit.*, I, § 15.

veces, y lo iremos viendo con frecuencia, la relación así designada coincide con la propia relación de derecho real. Así ocurre con el caso de la *pignoris obligatio*: la *obligatio pignoris* es la sujeción de la cosa en responsabilidad, y tradicionalmente ahí se ha fundamentado, o se ha puesto como ejemplo de *obligación real*[444]. En otras ocasiones designa una relación con entraña obligacional, pero íntimamente inserta en el entramado de un derecho real. Es más, se refiere a la relación real interpersonal: así, ve SAVIGNY la obligación real, sobre todo, en el usufructo, en la relación existente entre el usufructuario y el propietario, distinta de *ius in re* propiamente dicho. Y relaciones semejantes se encuentran en la enfiteusis y en la hipoteca... Otras veces, la expresión se refiere a simples obligaciones en que la posición de acreedor y deudor se determinan por una titularidad jurídico real, teniendo la obligación mayor o menor conexión con el propio contenido de la relación real. Igualmente, la expresión *obligatio realis*, como vimos en el capítulo anterior, se ha utilizado con referencia a las cargas reales, para subrayar también que el débito está unido a la posesión de una cosa.

En el ámbito de la ciencia romanística y del derecho común, no se da excesiva importancia a esta relación. Los tratadistas, por ello, presentan algunos ejemplos sin preocuparse excesivamente por el rigor. Presentan la obligación real tanto en el usufructo como en la hipoteca, y tanto para mostrar una relación real, como un efecto del derecho real, una relación personal o incluso un deber jurídico. No existe una dogmática rigurosa ni, sobre todo, uniforme[445]. En el Derecho romano, explica GOROSTIAGA[446], no hay una teoría organizada acerca de la obligación real. Textos esporádicos la presentan aislada de la doctrina fundamental, tan precisa y exacta, que los jurisconsultos habían elaborado acerca de la *obligatio*. "Por lo que resulta de los propios textos del Derecho romano y de la interpretación de los comentaristas, el juicio exacto es el que da SAVIGNY: relación

---

[444]CUJAS, *Commentarius in tit. II, de adquirenda vel amittenda possessione*, *ad* l. 1. (*cit.* por GOROSTIAGA, *op. cit.*, p. 565), distingue obligación propiamente dicha −*obligatio personalis*− y *obligatio realis* ("*est nexus et vinculum pignoris, sive pignus oppositum creditori ad firmandam crediti restituendi et solvendi fidem*"): se refiere claramente al refuerzo de una obligación personal con prenda. Se trata, en definitiva, del vínculo que nace del propio *pignus*, la relación real o el reflejo de ella en cuanto por el derecho real el acreedor ve garantizada la restitución y el pago de la deuda.

[445]Cfr. DE LOS MOZOS, "La obligación real...", *cit.*, p. 336.

[446]Cfr. GOROSTIAGA, *op. cit.*, p. 564.

artificial, anómala y de poca importancia". Como remacha LAFAILLE[447], se trata de una expresión artificial, ideada para señalar una relación típica, distinta de la *obligatio* y del *ius in re*, que se descubre en el *pignus* y en el usufructo, y que no se deriva de un principio más amplio, que abarque otras instituciones y al extenderse permita edificar sobre ella una construcción jurídica completa.

"Donde esta relación –artificial, anómala– cobró importancia –nos dice GOROSTIAGA[448]– fue en el derecho germánico". Sobre la base de la existencia de un vínculo entre el acreedor y el deudor, con caracteres completamente extraños a la naturaleza de la obligación, y que se transmitía a los terceros, sin observar las reglas típicas relativas a aquellas, se materializó en las *Reallasten* y en los *Bannrechten* (derechos de jurisdicción). SAVIGNY defendía que las *Reallasten*, en las que la teoría de la obligación real tendría su expresión más avanzada "son y permanecen verdaderas obligaciones, y su carácter propio consiste, únicamente, en la manera en que el derecho o la obligación, o los dos a la vez, se enlazan a determinadas personas". No puede ver en estas relaciones, fiel a su formación romanista, un derecho real: "cuando un bien rústico debe pagar (...) o prestar ciertos servicios (...) estos son simples obligaciones". Entonces, la doctrina de la obligación real le sirve para explicar estos supuestos, en que la doctrina germanista tradicional veía un derecho real.

Pues bien, a excepción del interés que el concepto pudiera tener en la explicación de las cargas reales, concluye GOROSTIAGA que la *obligatio realis* es sólo un término que, como dirá RIGAUD[449], se utilizó por los antiguos autores como una expresión cómoda, para designar ciertos efectos que se daban en las relaciones de derecho real, con fines quizá casi exclusivamente pedagógicos, trayendo a colación una serie heterogénea de supuestos que asemejaban mirándolos desde un cierto punto de vista. "Una expresión técnica, que se empleó para destacarla, precisamente por sus características *sui generis*, que la presentaban *prima facie* como una modalidad distinta, aunque sustancialmente semejante a la que dio origen a la teoría de la *obligatio* propiamente dicha. En el derecho romano la *obligatio realis* se limitó a esos aspectos. No tuvo nunca ni trascendencia ni importancia. Fue una simple expresión técnica, utilizada por los intérpretes para determinar, en el *pignus* y en el usufructo, las relaciones del propietario con el titular del derecho real y de este con aquél,

---

[447]Cfr. LAFAILLE, *Derecho civil..., III-1, cit.*, p. 24.

[448]Cfr. GOROSTIAGA, *op. cit.*, p. 571.

[449]Cfr. RIGAUD, *El derecho real..., cit.*, pp. 75 y 304.

independientes del *ius in re* y que no pertenecían, propiamente, a la teoría de la *obligatio*"[450].

Ahora bien, como afirma DE LOS MOZOS, "en el momento de la codificación, y teniendo en cuenta todo el desarrollo que habían alcanzado las cargas reales por influencia del feudalismo, van a desaparecer las que constituyen «restaciones señoriales», y las restantes, donde se conservan, aparte de verse muy reducidas y limitadas, como en el BGB y en el ZGB, se configuran como verdaderos derechos reales. En cambio, las obligaciones reales subsisten como tal, a pesar de lo que algunos hayan creído, pues, como afirma LIVER, el oscurecimiento del concepto se produce en la dogmática, no en la legislación. Efectivamente, todos los códigos ofrecen una serie de supuestos, algunos no bien delimitados, pero en los que se reconocen casos particulares de obligaciones reales, como en su día hicieron los exégetas del *Code civil*"[451].

La obligación real en los exégetas del *Code civil*

Zachariae, Aubry y Rau

Así pues, encontramos ya en los exégetas del *Code civil* referencias a la obligación real. Algunos, como TOULLIER, ZACHARIAE, AUBRY y RAU, tocan el concepto en general, o presentan un intento de sistematización de supuestos. Todos, prácticamente, hablan de la obligación *propter rem* en el comentario a diversos artículos del CCF, en que aparecen aplicaciones concretas.

Al hablar de los "principios sobre la transmisión de los bienes y los derechos", ZACHARIAE, comentando el adagio *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse in re habet*, afirma que este principio "no implica que pasen al causahabiente todas las obligaciones del causante, sino sólo las obligaciones que incumbían al autor del causahabiente a razón de la cosa transmitida"[452]. Y "esas obligaciones no pueden oponerse

---

[450]Cfr. GOROSTIAGA, *op. cit.*, p. 570.

[451]Cfr. DE LOS MOZOS, "Los derechos reales...", *cit.*, p. 491 y ss., p. 501.

[452]Cfr. ZACHARIAE, *Le droit civil français*, trad. de la 5ª ed. alemana, anotado por MASSÉ y VERGÉ, II, Paris, 1855, n. 345 y ss., espec. n. 346. Tener en cuenta que, en esta edición, el principio del libro III, al que corresponden estos números, se incluye en el volumen II.

al causahabiente particular en todo caso, sino sólo cuando ellas «*se rapportent*» directa y esencialmente al título de adquisición. Por ello "*On ne saurait donc tirer du principe dont il s'agit la conséquence qu'une action ex delicto vel quasi ex delicto, telle, par exemple, qu'une action possessoire, que l'action paulienne, art. 1167, ou qu'une action résultant de l'obligation de faire, pût être également intentée contre un tiers ayant droit particulier*"[453].

En todo caso señala ZACHARIAE que, en virtud de este principio, serían obligatorias para el causahabiente las disposiciones del causante relativas a los derechos comprendidos en la propiedad, y que la ley le autorizara a tomar, por ejemplo, la obligación −característica del derecho francés, separándose del romano− de respetar el arrendamiento. Pero, recalca, si el propietario ha gravado el inmueble con una servidumbre cuya naturaleza no le permite estar establecida (art. 686 CCF) no es oponible al causahabiente. No se utiliza aquí la expresión «obligación», pues, en sentido técnico.

"En fin, no resulta del mismo principio −concluye ZACHARIAE− que el causahabiente particular esté vinculado en su persona o bienes personales, de las obligaciones a razón de las cuales representa a su autor. Estas no son más que obligaciones *in rem scriptae*". Y ¿cuales son estas obligaciones *in rem scriptae*, en las que el causahabiente queda como «representante» de su «*auteur*»? En nota (4) coloca una llamada al art. 2167 CCF, que no es otro que el supuesto de la posición del tercer detentador de inmueble hipotecado.

He aquí, por tanto, un caso en que se nos habla de *obligatio in rem scripta*, pero se presenta un ejemplo en que no existe propia obligación, sino más bien el efecto propio de una garantía real. Además, ZACHARIAE reconoce que aquí no existe, para el causahabiente particular, la vinculación de la persona y bienes personales del sujeto pasivo.

Más adelante se limita a decirnos que "se llaman *pacta in rem*, los contratos de los que derivan derechos y obligaciones también para los causahabientes particulares", y reconoce en nota que "la doctrina de *pacto in rem* o del pacto real, presentaba en derecho romano dificultades que no ha hecho desaparecer el nuevo derecho francés"[454].

En dos momentos se remitirá, en su exposición, a esta doctrina sobre la transmisión de los bienes y los derechos. En primer lugar, cuando explica que "ciertos derechos, según el

---

[453]De acuerdo con esto último, parece que el causahabiente a título particular no va a poder recibir obligaciones de hacer, esta doctrina se estaría refiriendo solamente al *pati*, por el adquirente de una cosa, de los derechos reales que la gravan.

[454]Cfr. ZACHARIAE, *op. cit.*, *II*, n. 348.

aspecto bajo el que se les considere, pueden ser a la vez derechos reales y personales: (...) 2.- Los derechos personales que pueden ser ejercidos contra todo poseedor de la cosa que hace objeto de la prestación, *iura personalia in rem scripta*"[455].

En segundo lugar cuando, dentro de la teoría general de las obligaciones, expone que "las obligaciones se dividen en personales y reales. Esta división tiene lugar bajo varios puntos de vista: 1/ Es real cuando incumbe al deudor, no en relación a su persona, sino sólo en su cualidad de poseedor de cierta cosa o ciertos bienes. En otras palabras, cuando el deudor está obligado al cumplimiento de la obligación no personalmente o sobre su patrimonio, sino sólo como poseedor de ciertas cosas o ciertos bienes: así, la obligación del tercer detentador de finca hipotecada".

Volvemos a encontrar una mezcla de elementos: por un lado, el dato de que la obligación vincula, no a la persona como tal, sino sólo en cuanto ostenta una determinada titularidad. Por otro lado, esto se pone en relación con una forma distinta de responsabilidad: "no personalmente, o sobre su patrimonio, sólo como poseedor..." (como si el estar vinculado "como poseedor" implicara de por sí una delimitación distinta de la responsabilidad). Por fin, nos vuelve a poner como ejemplo la situación del tercer detentador de finca hipotecada, no terminamos de saber si para ZACHARIAE ésta es una situación verdaderamente de «obligación» o más bien, reconociendo que la posición del tercer detentador no es propiamente obligación, quiere decirnos que las obligaciones reales no son verdaderas obligaciones como ocurre en este caso.

"Una obligación real en este sentido –sigue diciendo– tiene siempre por base un derecho real o un *ius personale in rem scriptum*". Se aprecia la huella de SAVIGNY. Parece, entonces, que tenemos dos modalidades de obligación real; quizás, la posición del tercer detentador de inmueble hipotecado fuera el paradigma de obligación real que tiene por base un derecho real. Sin embargo, hay también obligaciones que suponen un derecho real, sin llegar a confundirse con el efecto propio de aquél ¿son éstas un *ius personale in rem scriptum*, o pertenecen a la esfera de las obligaciones reales que tienen por base un derecho real? Sobre esto no encontramos pistas en ZACHARIAE. Luego −segunda modalidad− encontraríamos las simples obligaciones personales *in rem scriptae*, unidas a una titularidad, pero sin relación en su contenido con la configuración del derecho real de que se trate, establecidas en virtud de la ley.

---

[455]Cfr. ZACHARIAE, *op. cit.*, II, n. 262.

"Bajo este punto de vista, las obligaciones personales *in rem scriptae* –nos dice ZACHARIAE− deben ser consideradas como una clase de obligaciones reales (*vid.* n. 346 y ss.)"[456].

La cosa en definitiva, lleva consigo para el adquirente un determinado estado de sujeción: ocurre en la hipoteca, y también en las obligaciones personales que acompañan a la cosa: como esto se considera un efecto propio de la esfera de lo real, estas obligaciones personales deben considerarse como una clase de obligaciones reales. "Es decir –señalan en nota MASSÉ y VERGÉ– son a la vez personales y reales, en el sentido de que el deudor está obligado personalmente y sobre su patrimonio, y también sobre ciertos bienes a título de poseedor de esos bienes". Al menos un tipo de todas estas obligaciones reales, son «a la vez» personales. Pero ¿qué quiere decir que, además de estar obligado sobre su patrimonio, lo esté también "sobre ciertos bienes", a título de poseedor de ellos? Lo lógico es pensar que se trata de una referencia, indirecta, al abandono liberatorio, pero la expresión utilizada da lugar a confusión, como si en la obligación real tuviera que haber una vinculación especial de ciertos bienes, y no precisamente al revés, de la obligación a ciertos bienes −o, mejor, al derecho sobre ellos.

Por fin, encontramos la referencia más clara a las obligaciones reales, −lo iremos viendo, es una constante en los exégetas− en materia de servidumbres: con relación a los gastos derivados de los trabajos y obras necesarios para el uso y la conservación de la servidumbre, corresponden al titular del predio dominante, "a menos que el título de establecimiento de la servidumbre, u otro título, los hayan puesto a cargo del propietario del fundo sirviente". Entonces "este último puede liberarse de esta carga abandonando la propiedad de su fundo". "En el derecho romano −comenta ZACHARIAE− el gasto es a cargo del propietario de un muro gravado por la servidumbre *oneris ferendi*". Y "esta carga pasa a todo poseedor del fundo sirviente".

Comentan MASÉ y VERGÉ: "esta obligación constituye, en efecto, una carga real, un *ius in re* o, al menos, una obligación personal, *in rem scripta*. Es tan verdadero que la cosa está obligada, y no sólo la persona, que el propietario del fundo sirviente puede liberarse de la obligación abandonando el fundo, art. 699". La referencia a que la cosa «está obligada» (expresión que se suele utilizar desde Roma, para el caso de la garantía real, o para la obligación real autónoma y principal característica de las cargas reales) significa

[456]Cfr. ZACHARIAE, *op. cit.*, III, n. 529.

simplemente, como habíamos intuido, la posibilidad de abandono liberatorio, relacionada con la adherencia de la obligación a la cosa[457].

También AUBRY y RAU dedican atención a la obligación real, dentro de las clasificaciones propias de la teoría general de las obligaciones. El paralelismo con lo que hemos extraído de ZACHARIAE es muy grande: "Se llaman obligaciones reales aquellas cuyo deudor *no está obligado personalmente y sobre su patrimonio*, y que no pesan sobre él más que como poseedor de ciertas cosas, o ciertos bienes. Tales son las obligaciones que la ley impone al propietario en esta cualidad, *vid.* arts. 646, 656, 663.

Tales son, también, todas las obligaciones correspondientes a derechos reales, o a derechos personales susceptibles de ser perseguidos contra los sucesores también a título particular, p. ej. *la obligación impuesta al tercer detentador* de un inmueble hipotecado, de pagar o *délaisser*, y aquella en virtud de la cual el adquirente de un inmueble arrendado puede, dado el caso, ser obligado a respetar el arrendamiento. Arts. 2168 y 1743.

Las obligaciones personales son, al contrario, aquellas cuyo deudor está obligado personalmente y, además, sobre todo su entero patrimonio. Art. 2192"[458].

Encontramos algunas repeticiones y algunas novedades en esta doctrina, respecto de lo que decía ZACHARIAE: insisten en relacionar el hecho de que la obligación afecte a la persona a consecuencia de cierta posesión, con una forma de vinculación que no es «personal y sobre el patrimonio». Asimismo, en presentar los dos grupos de supuestos de las obligaciones «correspondientes a derechos reales» y los «derechos personales perseguibles también contra los sucesores a título particular». Como novedad, presentan como ejemplo una serie de «obligaciones» que aparecen en el *Code civil* dentro de los supuestos de servidumbres naturales o legales, y que consideran inherentes a la cualidad de propietario. Otra novedad es que, en el ejemplo del tercero detentador de inmueble hipotecado, parece que, como obligación real, no se considera la posición de ese detentador en cuanto fruto de la propia relación real, sino como una verdadera obligación, que no es personal, pero sí real, con lo que en este caso sería una relación «distinta», que no es propiamente ni real ni personal, cuando ZACHARIAE no había dado el paso, entiendo, de considerar la posición del tercer detentador como una verdadera obligación.

---

[457]Cfr. ZACHARIAE, *op. cit.*, II, n. 338.

[458]Cfr. AUBRY, C. y RAU, C., *Cours de droit civil français*, IV, 5ª ed., Paris, 1902, § 299, p. 59 y ss.

Y, en definitiva, parece claro que, dentro de la teoría general de las obligaciones, la «obligación real» no es más que el término de una clasificación, que viene a reunir, con interés quizás exclusivamente pedagógico y clasificatorio, un conjunto heterogéneo de supuestos. (Vemos, en este sentido, como AUBRY y RAU introducen también aquí la posición del titular que ha recibido un inmueble arrendado, que MICHON considerará después ejemplo característico de *obligatio scripta in rem*, cuando venga a separar este supuesto de la obligación real propia). Tal concepto y tal clasificación no aparecen, por ejemplo, en autores tan significativos como LOYSEAU o POTHIER, aunque en éste si encontramos, con importancia, ideas como la de *cuasicontrat* o *communauté de voisinage*, con sus correspondientes *obligations de voisinage*.

Toullier. Un comentario crítico por López de Zavalía

TOULLIER enfoca la cuestión de las obligaciones reales desde el punto de vista del abandono abdicativo de la propiedad[459]. Este puede tener por objeto liberarse de las cargas y obligaciones impuestas sobre la cosa abandonada. Como veremos más adelante, este criterio negativo −que le va a llevar a considerar juntos una serie de supuestos heterogéneos− tendrá gran influencia en MICHON. Se trata de una teorización característica de la doctrina tradicional francesa, que, desde la Edad Media, se preocupa por las diferentes formas de abandono y exoneración en la relación fundiaria, señorial... El punto de partida no es la obligación que acompaña al derecho real, sino el abandono y «de qué obligaciones y cargas puede liberarse el titular a través del abandono»: estas serán las obligaciones reales.[460]

---

[459]TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, completado por DUVERGIER, 6ª ed., Paris, 1846, Vol. II, n. 340 y ss. Explica que, como el lazo de la propiedad vincula las cosas al hombre, pero no el hombre a las cosas, puede abandonar la posesión con intención de abdicar de la propiedad. Toda persona capaz puede abdicar. "Sobre este principio se funda la facultad de abdicar la medianería, para dispensarse de contribuir a las reparaciones y reconstrucciones del muro medianero (art. 656 *Code civil*), o de abandonar el fundo sujeto, para liberarse de la obligación de hacer las obras necesarias para el uso y conservación de una servidumbre, cuando se está obligado a ello en virtud del título (art. 699 CF). También sobre este principio se funda el abandono (*délaissement*) por hipoteca". *Ibidem*, n. 341.

[460]La clásica obra de LOYSEAU, *op. cit.*, está resumida por LELONG, *La vie et les oeuvres de Loyseau*, Paris, 1909, pp. 55-120.

"Pues hay tres clases de obligaciones –dice TOULLIER[461]–: personales (que ligan a la persona), reales (que vinculan sólo a la cosa), personales y reales a la vez"[462].

El primer ejemplo que pone de obligación puramente real es el de la hipoteca, cuando el inmueble está en manos de un tercer detentador: "Si los inmuebles que os he hipotecado han pasado a manos de un tercero, a título particular, *os permanecen obligados aunque su persona no lo esté*: la obligación entonces es puramente real. Sin embargo, aunque su persona no esté obligada, *él está sujeto al pago*, mientras *el inmueble obligado* siga en su posesión. Pero como él no está obligado más que a causa de esta posesión, está liberado abdicándolo, porque no es su persona la que debía, sino el inmueble: *non homo debet, sed res*". No terminamos de saber si TOULLIER considera verdaderamente obligado al tercer detentador, pero parece que sustenta una opinión parecida a la que vimos tenían después AUBRY y RAU.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

---

[461]Cfr. TOULLIER, *op. cit.*, n. 344.

[462]Recuerda DUVERGIER (en nota a/ de p. 132, *op. ult. cit.*) que estas expresiones (obligaciones personales, reales, personales y reales) "no son usadas ya hoy. No se encuentran ni en LOYSEAU ni en POTHIER". El *Code civil*, refiriéndose a la hipoteca, utiliza la expresión «derecho real» y no «obligación». LOYSEAU hablaba de una «obligación accesoria o subsidiaria de la cosa, para asegurar el cumplimiento de una deuda».

Como apuntan PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, no debemos olvidar que, en derecho histórico francés –también en España– la expresión «obligación» solía utilizarse (en un lenguaje derivado de Roma) para denominar la garantía patrimonial, *obligatio bonurum*, cuando, a través de una convención especial, se permitía al acreedor disponer de todos ellos para satisfacerse (y no debía sujetarse al complejo procedimiento de ejecución sobre muebles y frutos). Esta «*obligation des biens*» toma, después, el nombre romano de *hypotheca*. En nuestro derecho histórico, también «obligación» designa, en general, la garantía en una deuda, con sus accesorios, cuando en una compraventa se «deja algo a deber» o en un préstamo hay algo que devolver. Era «obligación» lo que quedaba para pagar en el futuro, con hipoteca general, o especial. Ahora bien, con el tiempo, sólo a través de acto público o notarial se puede constituir una «obligación» con «hipoteca». "*Il est remarquable que le sens particulier du mot «obligation» désignant la garantie hypothécaire donnée sur un immeuble, sens qui remonte au XIII siècle, se soit mantenu jusqu'à nos jours dans le langage des études de notaires, où une obligation signifie emprunt avec constitution d'hypothèque*". Cfr. PLANIOL, M., RIPERT, G., y BOULANGER, J., *Traité élémentaire de droit civil, II*, 4ª ed. Paris, 1952, n. 3253 y ss., esp. 3255.

La uniformidad de los supuestos de «obligación real» les viene de la posibilidad del abandono liberatorio. En las obligaciones puramente reales −explica TOULLIER− la persona no está obligada sino a causa de los bienes que posee. "Es pues un principio general que siempre que la obligación es puramente real la persona puede liberarse por la abdicación de la *cosa obligada*. Esta es una de las maneras de extinguirse las obligaciones, omitida en el art. 1234 *Code civil*". Por ello es importante saber cuándo una obligación es puramente real.

Y pone otro ejemplo, especialmente significativo: "la obligación es siempre puramente real en el caso de las servidumbres. Es la cosa, no la persona, la que debe la servidumbre: *praedium, non persona servit*. Porque sólo el fundo debe la servidumbre, el propietario del fundo sirviente *no está obligado* a hacer nada para facilitar o conservar el uso de la aquella; sólo *está obligado* a sufrir, principio de tal modo general que, en el caso mismo en que estuviera obligado, por el título que constituye la servidumbre, a hacer las obras necesarias para usarla y conservarla, esta obligación no sería considerada más que como puramente real o no impuesta más que a la cosa, de suerte que conservaría el derecho de liberarse de esta obligación por la abdicación del fundo (699)"[463].

En su intento de sistematización de supuestos, pues, coloca en el mismo nivel hipoteca y servidumbre: en ambos casos, nos hallamos ante derechos reales. Parece que el autor nos quiere decir que, cuando en una situación de derecho real, alguien esté sujeto al cumplimiento de algún comportamiento, pudiéndose liberar de ello abandonando la cosa, estamos ante una obligación puramente real. En esa perspectiva, desde ese ángulo del abandono liberatorio, no le importa a TOULLIER agrupar realidades distintas: por un lado, la propia relación real; supone que la cosa «está obligada» −expresión metafórica− y, por consiguiente, la sujeción –*pati*– de persona concreta. Por otro lado, si se quiere, la posición del tercer detentador de una cosa afecta a una garantía, en cuanto puede verse impelido a pagar y, por ello, produce la impresión de estar obligado. Por último, las obligaciones a que puede estar sujeto en virtud del título el titular de un fundo sirviente, que "no serían consideradas más que como puramente reales", es decir, siendo obligaciones, participan de la naturaleza real en cuanto se considera que, también éstas, son debidas no por la persona, sino por la cosa, lo que se manifiesta en la posibilidad de abandono liberatorio.

---

[463]Cfr. TOULLIER, *op. cit.*, n. 349.

Después, TOULLIER presenta otros ejemplos de obligaciones reales[464], pero vamos a limitarnos a comentar las observaciones que, acerca esta sistematización, ha hecho recientemente un autor argentino, pues nos ofrece un punto de vista iluminador:

Explica LOPEZ DE ZAVALIA que "la confusión del lenguaje provoca a menudo la confusión de las ideas". Buen ejemplo de esa confusión lo proporciona la desmesurada crítica que suele hacerse a TOULLIER, y el desmesurado aplauso a la opinión de VELEZ SARSFIELD vertida en la nota al art. 497 CCA[465]. Situándose en ese vago terreno de las confusiones sería posible, con otro razonamiento, aplaudir a TOULLIER y condenar a VELEZ:

---

[464]"En la vieja legislación, la obligación a la prestación de todos los deberes feudales era puramente real. Era posible liberarse por la abdicación (*exponse* o *déguerpissement*)". Y el último de los ejemplos que presenta nuestro autor es la obligación a la prestación de las rentas fundiarias, que "era también puramente real. No había obligación de pagar sino en tanto no se poseyera. Era posible la liberación por abdicación o abandono del fundo" (*ibidem*, nn. 350-351).

"Hoy en día, la naturaleza de estas rentas ha cambiado totalmente" (se refiere TOULLIER a su carácter de bienes muebles, redimibles, frente a la consideración anterior como «propiedad», arts. 529 y 530 *Code civil* (*Ibidem*, n. 352).

No debemos olvidar al respecto de estos dos últimos ejemplos que, p. ej., según la *Coutume d'Orleans* (art. 412, se refiere a fincas que se tuvieran a censo o a renta) era preciso, para obtener la sentencia que daba lugar al *Acte de Déguerpissement*, haber pagado todas las rentas debidas, y realizado las obligaciones (de mejora, etc.) a que el deudor se hubiera comprometido. En general, explica MICHON que "*c'était une règle générale que celui qui déguerpissait devait remettre la chose en bon état de réparations et acquiter toutes les charges des fruits correspondant à sa jouissance, notamment les redevances foncières échues pendant cette jouissance, sans pouvoir s'exempter, même en offrant de restituer les fruits perçus*" (art. 110 *Coutume de Paris*; LOYSEAU, *Traité du déguerpissement*, V, 4, §§ 1 y 6; V, 9, §§ 1 a 3). Cfr. MICHON, *op. cit.*, nn. 95-96.

[465]DE LOS MOZOS ha mostrado cómo VELEZ SARSFIELD, siguiendo a TEIXEIRA DE FREITAS, en un afán de separar con toda nitidez los derechos reales y los personales, afirmaba en la nota al art. 497 del Código argentino que no puede haber obligación que corresponda a los derechos reales, con lo que, aparentemente, estaría descartando el concepto de obligación real. Sin embargo, aún en el propio Código argentino pueden encontrarse ejemplos de éstas, p. ej., en materia de servidumbres. Por todo ello, la doctrina argentina moderna se ha preocupado de modo especial por esa noción. *Vid.* DE LOS MOZOS, "Los derechos reales...", *cit.*, p. 491 y ss. También, puede verse la bibliografía que trae a colación LOPEZ DE ZAVALIA, *op. cit.*, p. 93 y ss.

Así resume LOPEZ DE ZAVALIA el pensamiento de TOULLIER: la distinción entre obligaciones personales y reales tiene en él dos sentidos: el de obligaciones inherentes o no a la persona, y el que tiene relación con nuestro tema. En este último sentido, sabemos que, en las obligaciones personales, la persona está obligada y los bienes sólo lo están a causa de la persona; en las puramente reales, el obligado es un bien, y la persona sólo está obligada a causa de ese bien; en las personales y reales a la vez, hay una obligación personal, y, también, p. ej., la garantía de una hipoteca.

"Contra TOULLIER y sus seguidores se alza la célebre nota al 497. TOULLIER es célebre porque la doctrina, encandilada por dicha nota, se ha encarnizado, y en lugar de anatematizar lo que de error tenía, lo ha condenado en su conjunto, cayendo, a nuestro juicio, en peores errores".

Entonces, LOPEZ DE ZAVALIA entiende que, en la nota de VELEZ SARSFIELD al art. 497 CCA hay algo de rechazable y algo de aceptable:

Lo de aceptable viene dado por que es preciso entender que las obligaciones «puramente reales» de TOULLIER no serían obligaciones en sentido técnico. Por eso se puede decir que "a todo derecho personal corresponde una obligación personal[466]. No hay obligación que corresponda a los derechos reales". En definitiva, no se trataría de una condena a la obligación real, sino sólo, como veremos, de las posturas de GINOSSAR o ARANGIO-RUIZ. El derecho real no sería tal si le correspondiera con perfecta simetría una obligación. "En efecto: el derecho personal encaja en la deuda como la espada en la vaina. Para el derecho real, en cambio, es inútil buscar una obligación en sentido técnico que sea correlativa del derecho, porque en el lado interno, como la Excalibur que estaba encajada en la piedra, el derecho real encaja en una cosa, y la sujeción que, por vía refleja, se presenta para una persona, no es una obligación en sentido técnico, sino una sujeción real"[467].

---

[466]Aunque sería mejor decir «obligación», sin más, pues toda obligación es personal.

[467]Continúa LOPEZ DE ZAVALIA señalando lo que para él tiene de impugnable la nota de VELEZ al art. 497 CCA. Y es "la pretensión de VELEZ de querer explicar la sujeción real acudiendo al deber general de respeto, lo que equivale a negar la existencia de una sujeción real, ya que ésta, por hipótesis, debe consistir en una posición diferenciada, y no sería la que se limitara a reproducir lo indiferenciado del deber general. Nosotros afirmamos que la situación de sujeción real supone, sí, que el sujeto pasivo deba como cualquier otra persona respetar el derecho real, pero agregamos que no se explica totalmente por dicho deber general. (*supra* § 2, IX, y § 3, IV). En particular, en el caso de la hipoteca, examinado por el codificador en la nota al 497, aparece una carga, que, si no es una obligación en sentido técnico, es algo distinto del deber

Entonces, "si se tiene presente lo expuesto, no resulta difícil ensayar una defensa de TOULLIER, expurgándolo del error, sin enviarlo a la hoguera. La forma de hacerlo es simple: tomando la palabra «obligaciones» empleada en esos pasajes por TOULLIER, en sentido atécnico, y, al traducirla, reemplazarla por otra como p. ej. «sujeciones» o «situaciones pasivas», pues es cierto que hay sujeciones puramente personales, puramente reales y sujeciones que son la acumulación de unas y otras. Esta retraducción es tanto más factible, cuanto en la edición del TOULLIER-DUVERGIER que tenemos a la vista, hay una importante aclaración en la nota 1 al n. 344, a propósito del vocablo «obligación» que se dice: "esta palabra, en efecto, no se aplica en su acepción exacta sino a la obligación personal"[468].

Es interesante la explicación pues TOULLIER, tomando como punto de referencia la posibilidad de abandono liberatorio, coloca como «obligaciones» situaciones que corresponden realmente al *pati* del derecho real, como ocurre con las servidumbres. Pero, sin embargo, presenta también otros ejemplos de «obligaciones» que, siéndolo, entran a formar parte del *pati* del derecho real en cuanto, precisamente, son obligaciones «reales».

Y aquí, en esos otros ejemplos, como en otros momentos de su obra, nos muestra que conoce la noción de obligación real, aunque su sistematización muchas veces haya despistado más que ayudado a la doctrina posterior. A esos otros ejemplos se refiere LOPEZ DE ZAVALIA, en una manifestación que plasma el designio racionalista y esquemático del Código y la doctrina argentina:

"Hasta aquí llega nuestra defensa a TOULLIER. ¿Avanza más? ¿Avanza, para decirlo en términos claros, hasta cubrir todos los ejemplos de TOULLIER? Si los ejemplos se hubieran limitado a las hipótesis de servidumbres e hipoteca, no tendríamos inconveniente en reducir todo a una cuestión terminológica: lo que él denominó «obligaciones puramente reales» podrían recibirse como «sujeciones puramente reales». *Lamentablemente, dio otros*

---

general y constituye una situación diferenciada". Cfr. LOPEZ DE ZAVALIA, *op. cit.*, p. 99 y ss., nota (20).

[468]"Con esta lectura −continúa este autor− lo fundamental de la clasificación de TOULLIER se salva, y es TOULLIER, y no el VELEZ de la nota al 497 quien tiene razón. Y se salva, no sólo TOULLIER, sino, lo que es más importante, el VELEZ del art. 3266, el del art. 2419 y el VELEZ de tantos otros textos donde se emplea la palabra «obligación» sin que ella signifique obligación en sentido técnico". Cfr. LOPEZ DE ZAVALIA, *op. cit.*, p. 99.

ejemplos, y su forma de exponerlos no fue lo suficientemente clara como para concluir con certeza cuál era la manera en que los concibió.

Nosotros estamos dispuestos a aceptar el pasaje de TOULLIER, retraduciéndolo, leyendo «sujeciones» donde dice «obligaciones»; estamos dispuestos a aceptar los ejemplos de servidumbres, hipoteca u otro que tenga similares características. Pero si se pretende incluir entre las sujeciones «puramente reales» a supuestos de obligaciones *propter rem* (con responsabilidad *ultra rem*), protestamos vivamente, pues el sitio correcto de ésta estará dentro de las sujeciones «puramente» personales"[469].

La doctrina de los exégetas a partir del derecho de las servidumbres

La doctrina moderna ha visto dos fuentes en la génesis de la obligación *propter rem*[470], en su tratamiento por los exégetas, para su posterior desarrollo por una serie de autores específicamente preocupados por la noción. Ambas tienen relación con la regulación de las servidumbres que presenta el *Code civil*:

En primer lugar, las servidumbres que clasifica como derivadas, por un lado, de la situación de los fundos, y, por otro, de la ley (capítulos 1 y 2 del Título IV del libro II). Hace notar DERRUPPE que, recogiendo como servidumbres todo un conjunto de relaciones que existen o pueden nacer entre propietarios por el hecho de su vecindad, el *Code civil* toma el término en un sentido amplio y sin prejuzgar la naturaleza de los derechos que comprende. "Todo derecho reconocido a un propietario contra un propietario vecino o sobre el fundo de este último, por el hecho de sus propiedades y su vecindad, podrá entonces ser calificado de servidumbre. El carácter de estos derechos será ser accesorios a un derecho de propiedad y estar sometidos por ello a reglas especiales en cuanto a su transmisión y extinción.

No es sino cuando se da al término servidumbre un sentido más preciso y cuando se la considera como un derecho real, cuando aparece la dificultad. Los derechos que se

---

[469]Precisamente son éstas últimas −los otros ejemplos que «lamentablemente» dio TOULLIER− las verdaderas obligaciones reales, y habló de ellas como tales; lo que ocurre es que, como vamos viendo en estos primeros autores, empujados por la tradición anterior, la «obligación real» supone un «*atteggiamento*» fundamentalmente pedagógico, que unifica un haz de supuestos heterogéneos.

[470]*Vid.*, HANSENNE, J., *La servitude collective*, La Haye, 1969, p. 86 y ss.

considera como servidumbres *lato sensu* ¿Pueden siempre ser calificados de servidumbres *stricto sensu*? En otras palabras ¿Estos derechos pueden todos ser calificados de derechos reales, o por el contrario, algunos de entre ellos no son sino derechos personales sometidos a un régimen jurídico especial?"[471].

Han sido las servidumbres naturales y legales las que han dado lugar a estas consideraciones[472]. DEMOLOMBE[473] sólo veía como auténticas servidumbres las «establecidas por el hombre» del capítulo 3º, tít. IV, libro II, pero no las reguladas en los capítulos 1º y 2º, que contendrían un conjunto de cargas y obligaciones entre los fundos

---

[471]Cfr. DERRUPPÉ, *La nature...*, *cit*., n. 289.

[472]La propia distinción entre servidumbres naturales −"*qui dérivent de la situation des lieux*"− y legales planteaba dificultades. DEMOLOMBE, aunque reconocía la cercanía entre unas y otras, y la dificultad de encontrar un criterio de distinción, era partidario de la diferenciación: en las naturales veía un conjunto de reglas de equidad y buen sentido, que permitían un más amplio poder de interpretación de los tribunales; en las legales, una serie de disposiciones más o menos arbitrarias, más vinculadas a los usos y conveniencias de cada país, que el legislador establece en relación con las heredades en que la mano del hombre ha cambiado el estado primitivo. DEMOLOMBE, *Cours...*, *XI*, *cit.*, n. 7.

LAURENT, sin embargo, se muestra más crítico. Sigue a DOMAT (*Lois civiles*, Libro I, Tít. XII, secc. I, art. 5), para quien sólo tendría sentido diferenciar entre las servidumbres legales y las establecidas por la voluntad del hombre. Se puede admitir con DOMAT, dice, que las servidumbres naturales son también legales, y que hay servidumbres legales que son verdaderamente naturales. Cfr. LAURENT, F., *Principes de droit civil français*, VII, 3ª ed., Bruselas-Paris, 1878, n. 170.

El propio DEMOLOMBE recuerda que ZACHARIAE y TOULLIER estudian las servidumbres naturales y legales en un mismo capítulo. Este último, justifica su tratamiento unitario diciendo que ambos tipos son de la misma clase: establecidas por la ley. Refiriéndose, p. ej., a la relación entre fundos superiores e inferiores, señala que es la ley la que, por un motivo de equidad y para evitar disputas entre vecinos, limita la libertad de acción de los propietarios de los fundos superior e inferior. "*C'est donc la loi qui, en modifiant la propriété des fonds inférieurs ou supérieurs, établit cette servitude. Elle ne dérive pas plus de la situation des lieux que la plupart des autres servitudes légales* (...) *C'est toujours à raison de la situation des lieux que sont établies les servitudes. Ainsi, la division en servitudes qui dérivent de la situation des lieux, et en servitudes établies par la loi, manque d'exactitude*". TOULLIER, *op. cit.*, III, 6ª ed. (antiguo Tomo III), n. 484, p. 218 ss.

[473]*Vid.* DEMOLOMBE, *Cours...*, *XI*, *cit.*, n. 8 y ss.

vecinos, constituyendo "la regla general y el derecho común de todas las propiedades"[474]. BAUDRY-LACANTINERIE resume así las razones que ha dado la doctrina para negarles el carácter de servidumbres:

– Por venir a establecer el régimen común de la propiedad fundiaria.

– Es a veces imposible decir cuál es el fundo dominante y cual el sirviente[475].

– Cuando se vende un fundo «así» (gravado por las servidumbres naturales y legales) no se duda en declararlo libre de servidumbre.

– El legislador no ha puesto las fincas en estado de servidumbre, ha restringido la libertad dentro de sabios límites, para que su ejercicio fuera compatible con el mantenimiento del buen orden social[476].

---

[474]DEMOLOMBE, *Cours...*, *XI*, *cit.*, n. 8. Contradice a MERLIN, para quien, por el principio general de libertad de los fundos, toda restricción señalada por el legislador constituiría una servidumbre. Igualmente, LAURENT (*Principes...*, *cit.*, VII, n. 173) afirma: "Sin embargo, no son verdaderas servidumbres, pues la servidumbre implica una sujeción que deroga el derecho común, la libertad general; ahora bien, las cargas de que se trata pesan sobre todos los fundos. Forman, pues, el derecho común de las heredades. Hay en las leyes romanas una expresión que conviene mejor a la naturaleza particular de esas cargas. ULPIANO las llama quasi-servidumbres (D. 39, 1, 5, 10)". DEMOLOMBE, *ibidem*, utiliza el mismo argumento para negar que estos supuestos fueran considerados servidumbres por el derecho romano: aunque ULPIANO utiliza la expresión *servitus* para designar la necesidad en que se encuentra el propietario del fundo inferior de recibir las aguas provenientes del fundo superior, esta es una expresión figurada. En el pensamiento del autor se ve que no está presente la idea de una verdadera servidumbre. "En el párrafo siguiente, ULPIANO utiliza la expresión *quasi servitus*. Además, no había lugar a la acción confesoria y negatoria, sino a una acción especial introducida por el pretor: *actio aquae pluviae*".

[475]"Cuando el legislador, p. ej. dice a los propietarios de dos fundos contiguos, cuando les dice tanto a uno como a otro, sin distinción: no podéis plantar árboles sobre vuestro fundo más que a cierta distancia del fundo vecino (art. 671); no podéis abrir vistas más que bajo ciertas condiciones (art. 676) está bien claro que no establece ninguna servidumbre: ¿dónde está, entonces, en efecto, el fundo dominante y el fundo sirviente? (...) Evidentemente, ni uno ni otro, pues tal es el derecho común de todas las propiedades; y esta perfecta igualdad de posición de las heredades es, en el más alto grado, excluyente del carácter de servidumbre". DEMOLOMBE, *Cours...*, *XI*, *cit.*, n. 8, p. 15.

[476]Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE, G. y CHAUVEAU, M., *Traité théorique et pratique de droit civil*, VI, *Des Biens*, 3ª ed., Paris, 1905, n. 818.

Todavía no ZACHARIAE[477], pero, un poco TOULLIER[478] y, sobre todo AUBRY Y RAU[479], estudian estas relaciones en el título dedicado a la propiedad.

---

[477]ZACHARIAE, *op. cit.*, II, nn. 315 y ss. Sus anotadores (n. 316, nota 3) puntualizan: "no son verdaderas servidumbres, ya que pesan igualmente sobre todas las heredades, que están recíprocamente obligadas unas hacia las otras por las mismas obligaciones de vecindad. Son restricciones legales impuestas a la propiedad en el interés de todos y no derechos conferidos a ciertas propiedades sobre otras. Ellas no vienen a ser verdaderas servidumbres más que cuando el hecho del hombre las extiende o modifica".

[478]TOULLIER, *op. cit.*, en el libro 2º, *Des biens et des différentes modifications de la propriété*, incluye en el Título II, relativo a la propiedad, el capítulo III, "*Limites de la propriété*", (*entre différents héritages continus*) donde trata, en diferentes secciones, *clôture forcée*, *bornage*, *mitoyenneté*, y lo relativo a los *arbres qui sont sur les confins ou qui bordent les propriétés*. cfr. nn. 159 y ss. Cuando se plantea en el Título IV (*Des servitudes...*) el tratamiento de las «*établies par la loi et de celles qui dérivent de la situation des lieux*», aunque muchas disposiciones las seguirá estudiando como servidumbres, indica que las relativas a las cuestiones antes referidas son "extrañas a las servidumbres". "*Nous avons reporté ces dispositions au titre de la propriété, où elles se placent naturellement*". Cfr. nn. 484-485.

[479]Estudian AUBRY, C. y RAU, C., *Cours de droit civil français*, II, 5ª ed., 1897, dentro de la secc. II (§ 194 y ss.) los "limites en que se encuentra circunscrito el ejercicio del derecho de propiedad, por el interés recíproco de fundos vecinos". Las relaciones de contigüidad o vecindad entre fundos pertenecientes a propietarios diferentes tienen por efecto necesario poner en conflicto los derechos respectivos de esos propietarios, y no puede ser conciliado sino por medio de ciertas limitaciones impuestas al ejercicio de las facultades normalmente inherentes a la propiedad. Tras indicar una serie de limitaciones y criterios generales de actuación exigibles a todo propietario, señalan que es en este lugar donde conviene estudiar las disposiciones del *Code civil* relativas a caída de tejados, luces y vistas, plantaciones de árboles y distancias y obras intermedias requeridas para ciertas construcciones. "*Quoique placées au titre des servitudes ou services fonciers, ces dispositions ne sont point constitutives de véritables servitudes légales. Elles peuvent d'autant moins être considérées comme créant des charges sur un fonds au profit d'un autre fonds, que les restrictions qu'elles établissent, sont réciproquement imposées aux propriétaires voisins pour leur intérêt respectif, et n'emportent aucune idée d'héritage dominant ni d'héritage servant. Ces dispositions n'ont en réalité, d'autre objet que de déterminer les limites dans lesquelles doit se restreindre l'exercice normal du droit de propriété, ou de concilier, au moyen d'une espèce de transaction, les intérêts opposés dés propriétaires voisins. C'est par ces considérations que nous expliquerons, aux quatre paragraphes suivants, les art. 671, 672, et 674 à 681...*"

Falta, para que se trate de verdaderas servidumbres, un estado de sujeción excepcional de un fundo, que suponga un aumento correlativo de la utilidad del otro. Sólo existiría servidumbre, por tanto, cuando se alteraran esas reglas comunes en provecho de una heredad. Mientras tanto, DEMOLOMBE afirma que no se trata de servidumbres, sino de *engagements* que se forman sin convención: el art. 1370 *Code civil* pone dentro de los vínculos personales, que resultan de la autoridad de la ley, los formados involuntariamente entre propietarios vecinos[480], y el art. 651 CCF dice que "la ley sujeta a los propietarios a diferentes obligaciones uno frente al otro, independientemente de toda convención".

POTHIER había encuadrado estas relaciones en las obligaciones derivadas del cuasicontrato de vecindad, de que habla en un apéndice al contrato de sociedad[481]. Otros, como TOULLIER, hablan simplemente de modificaciones de la propiedad[482].

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

Más adelante, en § 199 y ss., en la sección "*Des obligations légales imposées aux propriétaires de fonds contigus, dans leur intérêt réciproque*", se incluyen materias como el deslinde y amojonamiento, etc.

[480]Cfr. DEMOLOMBE, *Cours..., XI, cit.*, n. 8.

[481]Sobre el concepto, Cfr. POTHIER, R. J., *Oeuvres IV, Traité du contrat de Société*, n. 230 y 235, p. 328 y ss. POTHIER coloca entre ellas la obligación de contribuir al deslinde (n. 231 y ss.) la de recibir las aguas que provienen de predios superiores (n. 235 y ss.), y la regulación de la medianería de muros, setos o fosos (n. 199 y ss.).

En el comentario a la *Coutume d'Orleans*, POTHIER explica, en relación con el Título XIII, en que aparecía la regulación de las servidumbres reales, que "no solamente se ha tratado en este título las servidumbres que una heredad puede deber a la heredad vecina, *sino algunas otras materias, que conciernen a la vecindad*". Cfr. POTHIER, *Oeuvres*, I, 2ª ed. Bugnet, Introducción al Tít. XIII de la *Coutume d'Orleans*, nn. 22 a 27.

[482]TOULLIER, *op. cit.*, Vol. 2, libro 2-1ª parte (antiguo tomo III), n. 485.

"La mezcla de estas disposiciones con aquellas que conciernen a las servidumbres no tiene inconveniente en un Código donde se está propuesto trazar a los ciudadanos la regla de sus acciones, y no de formarles en el estudio de la jurisprudencia. Pero esta confusión nos parece fuera de lugar en una obra destinada a la instrucción de la juventud, a la que no es preciso dar más que ideas claras y precisas. Hemos pues reconducido esas disposiciones al título de la propiedad, donde ellas se encuentran naturalmente. (...) POTHIER había colocado estos reglamentos en un apéndice al contrato de sociedad, porque creía ver en ellos un cuasicontrato. En cuanto a nosotros, no vemos allí más que unas modificaciones de la propiedad, porque en efecto, no se trata sino de reglar la extensión o el uso del derecho de propiedad, de modificarlo,

Como consecuencia de la contraposición radical postulada entre derecho real y obligación personal, tanto LAURENT[483] como BAUDRY-LACANTINERIE[484] rechazan que se utilicen para designar aquellas relaciones los términos «obligación», «vínculo personal» o «cuasicontrato». Esas expresiones −señala LAURENT− son inexactas a esos efectos, pues la ley habla de cargas legales que gravan al fundo en las manos de todo poseedor; y los fundos para los que son establecidas aprovechan de ellas también en cualquier mano en que se encuentren. Sin embargo, rechaza que sean verdaderas servidumbres[485]. BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU piensan que los términos del art. 1370 *Code civil*, hablar de «*cuasicontrat*» o «vínculos personales formados involuntariamente», u «obligación legal», inducen a confusión. "Parece decir (el art. 1370) que las cargas de que se trata constituyen obligaciones que tienen su fuente en la ley, luego derechos personales. Parecido lenguaje se utiliza en los arts. 639, 651 y 665". Entonces, esto no se podría compaginar con el carácter de «realidad» que tienen esa cargas[486].

Una vez más, DEMOLOMBE aclara un poco la cuestión: es la colocación que los redactores del *Code civil* han dado a esas relaciones, lo que permite hablar de «obligaciones reales». En efecto, habrían "querido reunir en un mismo cuadro la tabla completa de todas las disposiciones que *a pesar de su diferencia de origen y naturaleza* que las distinguen, tienen por resultado común reglamentar la propiedad fundiaria en nuestro país; y no se puede negar que todas estas disposiciones tienen entre ellas esta gran relación de semejanza: que afectan, ante todo, a las heredades mismas, y que no alcanzan a las personas

---

sea por el interés público, sea por el de los vecinos; y de establecer reglas para impedir que ellos se dañen recíprocamente".

[483]Cfr. LAURENT, *Principes..., cit.*, VII, n. 173.

[484]Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, *Traité..., VI, cit.*, n. 818.

[485]"Esto es de toda evidencia para algunas disposiciones que se encuentran en los dos primeros capítulos de nuestro título: el 641 es una consecuencia del derecho de propiedad. El 646 (deslinde y amojonamiento) y el 647 (permite cerrar la heredad) son atributos del derecho de propiedad, y la medianería no tiene nada que ver con las servidumbres: se rige esta materia por los principios de la copropiedad. LAURENT, *Principes..., VII, cit.*, n. 171.

[486]LAURENT aconsejaba por esto hablar de «cargas reales».

más que en cuanto poseen las heredades”[487]. “Todas las cargas del título tienen, a los ojos del legislador, igual carácter de realidad”[488].

Reconoce, pues, que entre distintas relaciones que tienen carácter análogo de realidad, las hay de distinto origen y naturaleza. Unas aparecen como límites o restricciones del derecho de propiedad, tienen un aspecto parecido a las servidumbres. Pero hay otras “que no presentan la apariencia de servidumbres (deslinde y amojonamiento, cierre de las fincas, medianería, art. 646, 647, 661), donde no se ve, ni antes ni después de la operación, rasgo alguno de servidumbre entre los fundos”[489]. Se trata de verdaderas obligaciones reales, o relaciones que dan lugar a obligaciones reales.

Dentro, por tanto de esas normas de vecindad, aparecen verdaderas obligaciones, que, sin embargo, tienen el mismo carácter de realidad que las servidumbres, por lo que las cuestiones que susciten se ventilarán ante el juez de la situación de los fundos. Así ocurre con el deslinde y amojonamiento, a pesar de que algunos, como BAUDRY-LACANTINERIE, hayan intentado explicaciones más o menos rebuscadas para seguir defendiendo su carácter de servidumbre[490], o con las normas relativas a la *clôture forcée* y a

---

[487]Cfr. DEMOLOMBE, *Cours..., XI, cit.*, n. 9.

[488]Este igual carácter de realidad que resulta de la colocación de las disposiciones a que nos referimos dentro del cuadro de las servidumbres, da lugar a interesantes consecuencias: los litigios se ventilarán ante el juez de la situación de los fundos; es posible el ejercicio de acciones reales. Existe la facultad de abandono, que libera siempre respecto a las obligaciones que estén conservando un carácter puramente real... *Vid.* LAURENT, *Principes..., cit.*, VII, n. 174; Cfr. DEMOLOMBE, *Cours..., XI, cit.*, nn. 9-11.

[489]Cfr. DEMOLOMBE, *Cours..., XI, cit.*, n. 12.

[490]Sobre el *bornage*, *vid.* ZACHARIAE, *op. cit.*, II, n. 320; TOULLIER, *op. cit.*, III, libro 2º, n. 170; AUBRY y RAU, *Cours..., II, cit.*, n. 199 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAVEAU, *Traité..., VI, cit.*, n. 900 y ss.; LAURENT, *Principes..., cit.*, VII, n. 417 y ss.; DEMOLOMBE, *Cours..., XI, cit.*, n. 242 y ss. BAUDRY-LACANTINERIE reconoce que “se ha criticado el método del legislador y sostenido que esta acción no tenía su sitio en el título de las servidumbres. La obligación de sufrir el deslinde no sería una verdadera servidumbre, más bien una obligación legal impuesta a los propietarios de fundos contiguos, en su interés recíproco, o aún una obligación derivante de un cuasicontrato de vecindad”.

A pesar de esto, en nota (2), n. 901, aventura la siguiente explicación: “Se puede no obstante hacer remarcar, para sostener que hay seguro allí una servidumbre, que el derecho de deslinde y amojonamiento es un *ius in re aliena*, en el sentido de que permite poner un mojón

la medianería −muro, seto o foso medianeros− en que se reglamenta una verdadera indivisión de vecindad. Y, en general, si parecía difícil calificar este conjunto de disposiciones, por tratarse del «estatuto normal» del propietario fundiario y por contener vínculos de exigencia de *dare* o *facere*, no había especial problema para afirmar que se trataba de un conjunto de obligaciones *propter rem*[491].

En segundo lugar, se utiliza la noción de obligación real en la explicación de los arts. 698 y 699 del *Code civil*[492].

Normalmente, el titular dominante tiene derecho a hacer −ajustándose a las exigencias del ejercicio *civiliter* de su derecho− las obras y tareas necesarias para el ejercicio y conservación de la servidumbre (art. 697 CCF). Eso sí, a su costa (art. 698 CCF). En principio, no está obligado a tarea alguna, salvo que el estado de las cosas tienda a producir consecuencias dañosas para quien soporta la servidumbre[493]. Si el titular de la servidumbre decidiera renunciar, habrá de abandonar los lugares en el estado adecuado.

Nos dice DEMOLOMBE[494] que los romanos no admitían la posibilidad de estipular, a título de servidumbre predial, que el propietario del fundo sirviente quedara obligado a hacer las obras necesarias para el ejercicio de la servidumbre. Sin embargo, se presentaba

---

sobre la línea separadora, y que pone al vecino, sobre cuya propiedad se emplaza necesariamente, en la obligación de mantenerlo y respetarlo."

[491]Además de los autores citados hasta ahora, es interesante CAPITANT, H., "*Des obligations de voisinage et specialement de la obligation qui pése sur le propriétaire de ne causer aucun dommage au voisin*", *RCLJ*, 1900, p. 156 y ss. El autor consagra amplios desarrollos a las «obligaciones reales de vecindad». Es la ley la que establece el principio de esas obligaciones en los arts. 651 y ss. y 1370 CCF. Las obligaciones reales se inhieren al derecho de propiedad como accesorios.

[492]*Vid.* TOULLIER-DUVERGIER, *op. cit., III,* Vol. II-1ª parte de la 6ª ed., nn. 647 y ss.; DEMOLOMBE, *Cours..., XI, cit.*, n. 11; XII, nn. 677, 834 y ss., 871 y ss.; AUBRY y RAU, *Cours..., III, cit.*, §§ 253 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, *Traité..., VI, cit.*, nn. 1129 y ss.; LAURENT, *Principes..., VIII, cit.*, nn. 239 y ss.

[493]Cfr. TOULLIER-DUVERGIER, *op. cit., III,* Vol. II-1ª parte de la 6ª ed., nn. 663-665, especialmente nota 2 de DUVERGIER, al n. 665; DEMOLOMBE, *Cours..., XII, cit.*, nn. 834 y ss.; AUBRY y RAU, *Cours..., III, cit.*, § 253; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, *Traité..., VI, cit.*, nn. 1129 y ss.; LAURENT, *Principes..., VIII, cit.*, nn. 239-241.

[494]Cfr. DEMOLOMBE, *Cours..., XII, cit.*, n. 871 y ss.

una excepción en la servidumbre *oneris ferendi*[495], establecida «de pleno derecho» y, por tanto, sin posibilidad de que las partes modificaran convencionalmente esa constricción del propietario del fundo sirviente a ocuparse de mantener en buen estado el muro de apoyo. Por tanto, cuando el art. 698 CCF, tras haber puesto a cargo del propietario del fundo dominante las obras y gastos necesarios para el ejercicio de la servidumbre, señala: «a menos que el título de establecimiento de la servidumbre no diga lo contrario», se separaría del modelo romano doblemente:

"De una parte el *Code civil* no admite en ningún caso que el dueño sirviente quede «de pleno derecho» obligado a cargar con esos gastos y actividades. Pero, de otro lado, se permite poner a su cargo esas obras y gastos por el título constitutivo de la servidumbre"[496]. E incluso, señala DEMOLOMBE que no se precisa el carácter expreso de la cláusula por la que las obras hayan quedado a cargo del dueño del predio sirviente, pudiendo el juez reconocer, por los términos del título y las circunstancias en que se ejercita la servidumbre, que tal era la voluntad de las partes[497].

Se plantea este autor si no existirá una antinomia entre el art. 698, que permite lo que acabamos de ver, y el 686 CCF, que prohíbe que la servidumbre se imponga a la persona, ni en favor de la persona[498]. Y explica que no existe. "Importa bien distinguir aquí el hecho principal, que constituye la servidumbre en sí misma, y las obras accesorias, que son necesarias para usarla o conservarla. La servidumbre misma, el hecho principal en que consiste, no puede nunca ser impuesto a la persona. Pero sí se autoriza poner a cargo del propietario del fundo sirviente las obras necesarias o medios de ejecución precisos para el ejercicio de la servidumbre. Es necesario por tanto, para que pueda aplicarse el art. 698, que exista una servidumbre principal, del que resultan accesorias las obligaciones impuestas a la persona, y que efectivamente, esa actividad obligatoria tenga por fin el uso y conservación de la servidumbre. Toda otra obligación de hacer sería inadmisible"[499].

---

[495]D. 8, 5, 6, 1 y 2.

[496]El *Code civil* generalizaría la regla romana de la servidumbre *oneris ferendi*, pero sólo para cuando las partes lo hubieran establecido así, al valorar los intereses en juego. Cfr. DEMOLOMBE, *Cours..., XII, cit.*, nn. 873, 880; LAURENT, *Principes..., VIII, cit.*, n. 242; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, *Traité..., VI, cit.*, n. 1130.

[497]Cfr. DEMOLOMBE, *Cours..., XII, cit.*, n. 875.

[498]Desaparece la posibilidad de servidumbres personales.

[499]Cfr. DEMOLOMBE, *Cours..., XII, cit.*, n. 877.

En cuanto a la determinación de la naturaleza de estas obligaciones, no habría duda: "impuestas al propietario del inmueble gravado, en tal cualidad, debidas en razón de la posesión de un fundo, ligadas, en consecuencia, a la suerte jurídica de este último y transmisibles con él, presentan el mismo aspecto que aquellas que la ley consagra a título principal bajo el nombre de servidumbres legales. También la misma calificación de obligación real o *propter rem* se imponía a los clásicos para distinguir estas deudas originales de la obligación puramente personal"[500].

En torno a esta especial obligación de los arts. 698-699 CCF, y también a las consecuencias del agravamiento o menoscabo (transgresión a la *fixité*, arts. 701 y 702 CCF) se producen entre los exégetas algunas controversias de gran interés. Veamos:

El carácter «puramente real» de la obligación, que, excepcionalmente, permite el *Code civil* establecer a los particulares sobre el modelo del tipo romano de la *oneris ferendi*, conduciría a aquella a *ambular* y poder exigirse siempre «como carga real», al propietario sirviente actual, pero le permitiría exonerarse a través del abandono (art. 699 CCF). Esto, sin embargo, no va a entenderse por todos de la misma forma. Para DEMOLOMBE, precisamente que la obligación impuesta forme una consecuencia inseparable de su derecho de propiedad, implica que el abandono no puede hacer desaparecer esa consecuencia para el pasado[501]. Por lo tanto, liberaría sólo para el provenir, no valdría para las reparaciones cuya causa fuera anterior al abandono[502].

Ahora bien, el mismo carácter de realidad de la carga, según DEMOLOMBE, determina que la actuación pueda exigirse, íntegramente, en cada momento, al propietario actual. Y esto lo va a aplicar, rigurosamente, a las consecuencias de la sanción de la *fixité* (tanto agravamiento como menoscabo). Para DEMOLOMBE, "los arts. 698 y 699 prueban que, cuando el propietario del fundo sirviente está obligado a algo relativo al ejercicio de la servidumbre, esta obligación es real y se transmite pasivamente a los terceros". Por tanto, en caso de agravación, con independencia de la acción personal contra el anterior titular,

---

[500]Cfr. HANSENNE, *La servitude collective, cit.*, p. 89; *Vid.* DEMOLOMBE, *Cours..., XII, cit.*, n. 880; LAURENT, *Principes..., VIII, cit.*, n. 243; AUBRY y RAU, *Cours..., III, cit.*, § 253-254; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, *Traité..., VI, cit.*, n. 1131.

[501]La obligación que se tiene, no se puede no haber tenido en el pasado, señala apoyándose en LOYSEAU, quien, sin embargo, parece argumentar para otro orden de relaciones.

[502]Cfr. DEMOLOMBE, *Cours..., XII, cit.*, n. 883.

causante del inicio de la situación[503], existe una acción real contra el adquirente, tanto para la *rémise en état* a su cargo, como para la indemnización de daños y perjuicios. Y lo mismo se aplica para la contravención del titular dominante[504].

Distinta es la explicación de AUBRY y RAU, confirmados, en lo básico, por BAUDRY-LACANTINERIE y LAURENT.

Para empezar, AUBRY y RAU, entienden que, en caso de menoscabo de la servidumbre, es el titular causante del mismo el obligado a costear la *rémise en état* e indemnizar daños y perjuicios, el adquirente sólo está obligado a aceptar, pasivamente, que se actúe esa *rémise en état* en su finca[505]. La servidumbre obliga sólo, en principio, a padecer el gravamen, y, tanto si un acontecimiento natural como la acción de un tercero modifican negativamente la situación, el dominante tomaría la iniciativa, eso sí, pudiendo exigir lo que corresponda al causante del deterioro. Sólo si el adquirente resulta involucrado en la situación de menoscabo, o se beneficia de ella, podría exigírsele algo más[506]. Así se manifiestan también BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU[507], y, acaso más matizado, LAURENT[508].

---

[503]No puede liberarse, abandonando, de esta obligación personal que ha contraído por su delito o cuasidelito. Cfr. DEMOLOMBE, *Cours..., XII, cit.*, n. 894.

[504]Cfr. DEMOLOMBE, *Cours..., XII, cit.*, nn. 894-897. Podría denunciarse una cierta distorsión en el razonamiento, pues el mismo carácter *propter rem* que vincula al adquirente «inocente», no permite, sin embargo, un abandono liberatorio para el pasado, justifica igual la vinculación de la deuda a la propiedad «que se tuvo». Ahora bien, desde otro punto de vista, la idea puede parecer sugerente: el primer titular estaba obligado «realmente», pero ha quedado obligado personalmente; el adquirente, no estaba obligado personalmente, pero ahora lo está, «realmente». Esta doctrina desembocará en la teoría, utilizada por la Jurisprudencia en algún caso y desarrollada por ABERKANE −desde su particular punto de vista−, del *cumul* de responsabilidades: la obligación se personaliza en el primer propietario o titular, pero con responsabilidad cumulativa del segundo. Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, nn. 108-114.

[505]Cfr. AUBRY y RAU, *Cours..., III, cit.*, § 254, pp. 164-165. Traen a colación D. 39, 3, 6, 5 y 7, relativo a la *actio aquae pluviae arcendae* romana.

[506]Explican muy bien AUBRY y RAU que la sentencia *Req*. 16 abril 1838, S. 38, 1, 756, citada en favor de la opinión de DEMOLOMBE, se justifica porque en aquel caso, siendo imposible la *rémise en état*, había que pedir una indemnización, lo que se podrá hacer contra el titular actual, porque también él ha aprovechado y aprovecha el cambio que, de hecho, suponía la cesación del gravamen. Cfr. AUBRY y RAU, *Cours..., ibidem*.

[507]Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, *Traité..., VI, cit.*, n. 1141.

Ahora bien, otra cosa habría que decir del supuesto, muy especial, de la obligación de arts. 698-699 CCF. Y aquí, AUBRY y RAU realizan una clarividente exposición del sentido de su carácter real. El *Code civil* permite aquí, señalan, que los particulares establezcan una obligación de tal manera *soudée* a la servidumbre, que participa de su carácter real (de alguna manera, el *facere*, en este caso, sigue el camino del *pati*). La obligación pasa, como participando de la naturaleza misma del derecho de servidumbre, a los propietarios sucesivos de la heredad sirviente. No quiere decir que estos autores rechacen la personalización (sobre esto se hablará en su momento), pues la actitud de las personas reviste relevancia, pero −en principio− la obligación se fija en atención, no a las personas, sino al estado de los fundos en cada momento. Con arreglo a él, el titular podría exigir al propietario sirviente el comportamiento adecuado, en cada momento[509].

Ahora bien, la «realidad» de la obligación ha de permitir al propietario sirviente, por el abandono, la liberación también respecto a las servidumbres vencidas. Y aquí AUBRY y RAU vuelven a mostrarse clarividentes. La obligación indican, no deriva del derecho de propiedad en el sentido en que lo entendía DEMOLOMBE (mucho menos valdría traer a colación aquella referencia a LOYSEAU), como un correspectivo del goce pasado, o del tiempo de la titularidad, sino a través de una convención especial prevista en la ley, cuyo sentido no engarza con el reparto de las cargas reales, sino con las necesidades de la relación real en conexión con el *status* de los fundos. Y, por otro lado, la opción de exonerarse por el abandono sólo tendría sentido precisamente cuando, vencida la prestación, realizada la reclamación, el obligado conozca la carga concreta que comporta su continuación en la titularidad[510].

En esta discusión de los exégetas están prefigurados los elementos −al menos, varios elementos− de la controversia relativa al funcionamiento de la obligación real, tal como veremos más adelante.

---

[508]Cfr. LAURENT, *Principes..., VIII, cit.*, n. 271. No deja claro, me parece, si al titular actual puede exigírsele a su costa la remoción. Sin duda, no la indemnización.

[509]Cfr. AUBRY y RAU, *Cours..., III, cit.*, § 253, nota 11; § 254. Certeras explicaciones, en igual sentido, en BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, *Traité..., VI, cit.*, n. 1131, pp. 863-864; LAURENT, *Principes..., VIII, cit.*, n. 243-244.

[510]Cfr. AUBRY y RAU, *Cours..., III, cit.*, § 253, nota 9, p. 154.

La doctrina de Michon

En 1891 Lucien MICHON, partiendo de la observación de que existen relaciones semejantes, no sólo en materia de servidumbres, sino también en otros supuestos (indivisión, derechos reales desmembrados, etc.) intenta por primera vez construir una teoría coherente de la obligación real en el derecho francés[511].

Comienza constatando, como lo había hecho la doctrina anterior, la existencia de ciertas obligaciones que no tienen un carácter tan personal como la obligación ordinaria. No tienen su origen en un compromiso contractual ni en un hecho (cuasicontrato, delito, cuasidelito) personales del deudor, se presentan como simples accesorios de un derecho del que está investido, y al que puede renunciar[512].

Se las llama *propter rem* porque, aún debidas por la persona, aparecen unidas a una cosa gravando a la persona como poseedor de ella, no como obligado personal. De esta relación con una cosa deriva la doble consecuencia característica de la obligación real: su transmisión con la del derecho −que puede darse también en otros casos[513]− y la exoneración del deudor con el abandono de la cosa, que es el efecto verdaderamente especial de las obligaciones *propter rem*, constituyendo, para este autor, el *criterium* de éstas.

Bajo la influencia de la doctrina anterior (TOULLIER, LOYSEAU y su *Traité des déguerpissements*), MICHON centra su estudio desde el punto de vista negativo del abandono liberatorio. Prueba de la importancia que le da es que enfoca con referencia a él las diversas cuestiones que se va planteando.

Así, se pregunta, de entrada, cuáles serán las causas de obligación que pueden desaparecer con el abandono, es decir, cuáles son las fuentes de obligaciones *propter rem*. Y se responde que, si se está obligado en razón de un derecho que se tiene sobre una cosa, entonces la obligación real se puede concebir, pues el titular tiene siempre la posibilidad de

---

[511]Cfr. MICHON, *op. cit.* Un resumen y comentario crítico, en BONNECASE, J., *Supplément, Traité théorique et pratique de droit civil de BAUDRY-LACANTINERIE*, V, París, 1930, n. 174 y ss. Otras observaciones en DERRUPPE, *La nature...*, *cit.*, n. 290; ABERKANE, *op. cit.*, n. 14; FERRU, D., *La notion de servitude*, París, 1973, p. 122 y ss.; HANSENNE, *La servitude collective, cit.*, n. 41 y ss.

[512]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 2.

[513]En las obligaciones *scriptae in rem*, a que se refiere MICHON, *op. cit.*, n. 163.

abdicar de su derecho, y el abandono extingue la obligación *per remotionem causa*. Pone como ejemplos el del art. 656 CCF −muro medianero− y el de 2168 −*délaissement* por el tercer detentador de inmueble hipotecado.

Estar obligado *propter rem* es, entonces, estar obligado con la posibilidad de liberarse abandonando alguna cosa. Esto no ocurriría cuando la obligación deriva de un contrato[514], o de un acto propio del obligado o de un tercero. "Los contratos unilaterales y los cuasicontratos son, como los contratos sinalagmáticos, fuentes de obligaciones puramente personales"[515]. Igual ocurre con los delitos y cuasidelitos[516].

---

[514]MICHON, *op. cit.*, n. 3, compara a este respecto la situación del arrendatario con la del usufructuario. Aunque el arrendatario tuviera la facultad de resolver el contrato devolviendo la cosa al arrendador, no se podría decir que viene obligado *propter rem* a los alquileres futuros, pudiéndose liberar por el abandono de la cosa. El arrendatario está resolviendo el contrato, que no producirá después obligación alguna.

Sin embargo, en el supuesto del usufructuario "se puede decir con razón que el usufructuario que abdica su derecho se libera así de las cargas del goce futuro, pues esas cargas, aunque no vencidas, eran ciertas, y derivaban de su derecho, que debía tener la duración fijada por el título constitutivo. El abandono extingue este usufructo de una forma anormal, y las cargas futuras vienen a ser obligaciones sin causa; el usufructuario queda liberado de ellas, porque no estaba obligado más que *propter rem*, a razón de un derecho que ha abandonado".

[515]MICHON, *op. cit.*, n. 4. Lleva a rajatabla la relación entre estar obligado *propter rem* −un modo «distinto» de estar obligado− y el abandono liberatorio, pues la causa de la obligación es el derecho sobre la cosa. Y de ahí pasa a considerar que, cuando esta obligación tiene su fuente en un contrato, es personal, ha dejado de ser real.

[516]En Roma, sin embargo, hace notar MICHON, para ciertas obligaciones delictuales, existía la posibilidad de abandono liberatorio: en las obligaciones noxales, que "se acercan mucho a la obligación *propter rem*", pues el *paterfamilias*, o el propietario -en el caso de animales, *actio de pauperie- se* liberan de la carga de reparar el daño con la *noxae deditio*, o con acontecimientos como la muerte del esclavo o animal, su enajenación, o la liberación del primero.

Sin embargo, indica, hay diferencias entre la obligación real y la noxal, pues, desde varios puntos de vista, el dueño, en esta última, está *obligado personalmente*:

Antes de la *litis contestatio* su obligación se refiere principalmente a la *noxae deditio*, y es la reparación una mera facultad. Después de la *litis contestatio*, ya no le liberan la muerte o enajenación del animal. Y cita a LOYSEAU, *op. cit.*, V, 2, 13: "*L'action noxale a un caractère beaucoup plus personnel que l'action des charges foncières, d'autant qu'elle provient d'un délit*".

Hoy, además, en el *Code civil*, está clara la responsabilidad personal de los propietarios de animales. Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 5.

Así pues, sólo los derechos reales pueden ser la fuente de obligaciones *propter rem*[517]. El núcleo del asunto no está en el contenido del derecho real, no se trata de analizar qué tipo de relaciones pueden darse en la esfera de éste, para estudiar después sus características. Se trata de identificar supuestos de abandono liberatorio, para obtener los distintos casos en que el deudor «sólo está obligado *propter rem*». Toda obligación que desaparezca por el hecho del abandono es un supuesto en que, quien se desliga, estaba obligado sólo *propter rem*. Si la obligación es personal, ya no es *propter rem.* Queda fuera de los límites de la investigación. Y la excepcionalidad de estas obligaciones, lo que las hace ser "*de droit étroit*" es, más que su transmisión al causahabiente particular, la posibilidad de liberación por el abandono[518].

Llevado de la importancia que da a esa facultad de liberarse, MICHON incluye en la categoría dos grupos de supuestos muy distintos, que irá analizando a lo largo de su trabajo, pero que, por asemejarse desde ese punto de vista negativo, considera poder integrarlos, a pesar de las diferencias que los separan, dentro del concepto de obligación real: las que acompañan a los derechos reales principales −la propiedad y sus desmembraciones− y las que resultan de la posesión de un bien afectado en garantía de un crédito. La distinción presenta gran interés, dice, porque la relación que existe entre la *res* y la *obligatio propter rem* no es la misma en ambos casos. En las primeras, si no se recurre al abandono, podrá exigirse la deuda al titular como a un verdadero obligado personal. En el segundo caso, la *res* no es solo la causa de la obligación *propter rem*, sino también su «*gage limitatif*».

Como lo que busca son abandonos liberatorios, va a estudiar, en la segunda parte de su obra ("Las obligaciones *propter rem* que se refieren a la posesión de un bien gravado de garantía") no sólo la posición del tercer detentador de finca hipotecada, sino la de los sucesores que, estando obligados a pagar las deudas del difunto, no responden *ultra* sino *intra vires*, y pueden liberarse abandonando sus bienes a los acreedores y legatarios

---

[517]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 6. "No se está pues obligado *propter rem* más que a razón de un derecho real sobre una cosa individualizada y reconocible, *res certa*, *universitas facti* o *universitas iuris*, cuerpo cierto o herencia".

[518]"Las obligaciones *propter rem* son de derecho estricto; cuando la ley impone una obligación a una persona, no se debe presumir, en ausencia de texto formal, la facultad para el obligado de evitar su ejecución. Entonces, cuando el *Code civil* declara al titular de un derecho real obligado a las cargas de su goce, sin hacer reserva y sin concederle formalmente el derecho de abandono, se debe concluir que está obligado personalmente a la ejecución de esas cargas". Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 99.

(posibilidad prevista en el art. 802.1º CCF para los herederos que aceptan a beneficio de inventario, sucesores en bienes particulares, y también, para MICHON, aplicable a los sucesores irregulares y legatarios universales)[519].

Lo que más nos interesa es el análisis que hace en la primera parte de su obra, en que de acuerdo con su criterio[520], va pasando revista a los derechos reales principales, examinando las obligaciones reales que de ellos pueden resultar.

Comienza con la propiedad[521]. Hace entonces referencia a aquellas cargas reales (limitaciones legales de la propiedad) comprendidas como servidumbres naturales y legales. Se limita a decirnos que son servidumbres impropiamente dichas y, siendo cargas normales de la propiedad tienen, a los ojos del legislador, un carácter de realidad análogo al de las servidumbres establecidas por la voluntad del hombre, pudiendo evidentemente el propietario liberarse de ellas a través del abandono. Se remite para su estudio al capítulo que dedica a las servidumbres, pero, después, no vuelve a hacer especial referencia a ellas. No va por ahí el estudio de MICHON, que se centra en aquellas obligaciones que van a consistir en el «precio del goce» o «goce pasivo» de un derecho[522].

Lo que nos interesa es que, para MICHON, mientras en las situaciones de concurrencia de derechos reales sobre el mismo objeto, la existencia de obligaciones reales, a primera vista extraña −los derechos existen en principio independientemente de toda obligación− no lo es tanto, pues entre el propietario y, por ejemplo, el titular de un derecho real limitado no hay una independencia absoluta, al tener intereses comunes sobre el mismo objeto[523], sin embargo, la propiedad exclusiva y absoluta, considerada como tal, no es jamás causa de obligaciones simplemente reales para el titular. "La convención de las partes no puede directamente vincular una obligación a una propiedad perfecta, de tal manera que este derecho quede gravado por ella, en cualquier mano que pase. Por el momento, parece que en la expresión obligación real, la palabra *propter* no designa nunca una relación proviniente directamente de la voluntad del hombre"[524]. Esto se confirmará luego, matizado, en el estudio de los demás derechos reales, de forma que, para MICHON, sólo la ley puede

---

[519]*Vid.* MICHON, *op. cit.*, n. 119 y ss., espec. 137-138, 142 y 145.

[520]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 7.

[521]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 36 y ss.

[522]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 92.

[523]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 10.

[524]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 53.

establecer esas obligaciones *propter rem*, la voluntad de los particulares limitará su acción a un posible «desplazamiento convencional» de esas cargas, que la ley permite. Si fuera la voluntad la que estableciera la obligación, sería contractual, y éstas no pueden ser simplemente reales[525]. Es este otro punto en que conviene fijarse: para MICHON, si la obligación está asumida personalmente −de tal manera que el deudor no puede ya liberarse abandonando− ha dejado de ser real.

En la copropiedad, es evidente que el derecho de cada comunero está forzosamente limitado por el de los otros. Al actuar, cada uno, no puede comprometer el derecho de los demás[526]:

– Todos los copropietarios están unidos con ocasión de la cosa común.

– Ninguno puede usar del bien común de modo que comprometa su sustancia o dañe el derecho de los otros.

– Ninguno puede rehusar contribuir a los gastos de mantenimiento, haciendo recaer sobre los otros la carga que le corresponde.

Pero cada comunero sólo está obligado en su cualidad de tal, y puede desligarse de estas cargas abandonando su cuota. Es un verdadero obligado *propter rem*.

En la indivisión principal, simple hecho (provenga o no de un hecho voluntario[527]) "las cargas que derivan de las relaciones forzosas entre copropietarios y que son relativas al

---

[525]Utiliza muchas veces MICHON la expresión "*il n'est obligué que propter rem*" (p. ej., cfr. n. 52): sólo le interesa aquella obligación que desaparece con el abandono. Y se muestra aquí otro problema −la afirmación parece una constante− de la doctrina francesa: el que la obligación proceda de la convención, no tendría por qué eliminar su carácter real.

[526]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 56 y ss.

[527]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 50, se plantea, de acuerdo con su criterio de discernir cuándo hay posibilidad de abandono liberatorio, si, en la indivisión que proviene de un hecho voluntario (venta de parte indivisa, compra de bien por varios pro indiviso, supuestos a los que mejor se podría aplicar el nombre de «*cuasisociété*» que POTHIER daba a todas las indivisiones) no habría un cuasicontrato de gestión de negocios, de forma que la simple utilidad de lo hecho por uno de los comuneros vinculara a los otros. Responde que no está obligado el comunero a participar en los gastos de la cosa, pues el cuasicontrato en sí mismo sólo se referiría al estado de comunidad, debiendo desaparecer cuando ha cesado por el abandono de uno de los comuneros. "La única diferencia que se podría encontrar entre el caso en que la indivisión es el resultado de un hecho involuntario, y el caso en que ha sido buscada por las partes, es que, en la primera hipótesis, cada comunero podrá oponerse en general a los simples gastos de administración o

goce o conservación del bien de que se trate (gastos necesarios de conservación, o simplemente útiles de mantenimiento) son reales, y todo comunero puede evitarlas (al menos para el futuro) renunciando a su parte indivisa"[528].

Cuando la indivisión está reglamentada por las partes, puede suponer la renuncia al derecho de abandono, constituyéndose una verdadera sociedad. Pero, fuera de este caso, si el pacto sólo es de suspender el derecho de pedir la partición, o regula el modo de gozar de la cosa, sigue existiendo la posibilidad de abandono, y, por tanto, las obligaciones son reales.

Pero es en los casos de indivisión accesoria[529] donde resulta verdaderamente útil la facultad de abandono. Así, en la medianería. Se plantea entonces qué es preciso abandonar para liberarse. En este caso, habría que abandonar la parte correspondiente del muro y el terreno que le soporta. En los casos de construcciones u obras indivisas, es preciso renunciar a la parte de la obra y terreno correspondientes. En la propiedad horizontal, el propietario ha de renunciar a la participación en las dos comunidades[530].

Por último, señala que el abandono puede venir a ser imposible en virtud de causas materiales, convencionales o legales (la construcción particular adosada al muro, el

---

rehusar participar en ellos, a menos que se le haya constreñido a ello con anterioridad en virtud de un juicio, mientras que, en la indivisión querida, la gestión útil de uno de los comuneros obligará a los otros a contribuir a los gastos.

Pero esta diferencia, que además es discutible, no influye en nada sobre la naturaleza de las cargas de la indivisión, al menos en lo que concierne las del goce futuro, y veremos que éstas son las únicas de las que siempre cabe liberarse".

[528]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 58.

[529]"Se aplica a las cosas comunes que no son susceptibles de partición ni licitación sin el consentimiento de todos los interesados, por estar destinadas al uso concurrente y necesariamente indiviso de varios fundos pertenecientes a diferentes propietarios". Cfr. DEMOLOMBE, *Cours...*, *XI*, *cit.*, n. 425.

[530]"En el fondo, su derecho sobre el piso es más bien un derecho indiviso de una naturaleza particular; recae en efecto sobre parte de un edificio del que todas las partes son solidarias e inseparables unas de otras. Se puede resumir esta situación en dos palabras: el art. 664 (antiguo art. 664 CCF) establece una comunidad divisa, que tiene por accesorio una comunidad indivisa; a la primera corresponden cargas particulares de cada comunero (pues a pesar de su derecho exclusivo, debe conservar y utilizar el piso de modo que su negligencia no comprometa al edificio entero), a la segunda, cargas comunes". Cfr. MICHON, *op. cit*, n. 62.

convenio para realizar determinadas obras en común, mientras dura ese estado de sociedad, etc.).

En el usufructo[531], están a cargo del usufructuario, que aprovecha del goce de la cosa, las cargas del mismo. Está obligado a los gastos de explotación y mantenimiento, pago de impuestos anuales (art. 608 CCF), debe al propietario los intereses de las sumas que éste haya debido pagar a título de cargas extraordinarias de la propiedad (art. 609 CCF). Además, no puede hacer cambios en el modo de explotación de la cosa, estando obligado a mantenerla como un buen padre de familia (601 CCF).

La administración y mantenimiento, continúa MICHON, son para el usufructuario verdaderas obligaciones, pues no es independiente en su goce: no puede comprometer el derecho del propietario, y éste puede obligarle a bien administrar y a hacer las reparaciones de mantenimiento necesarias. Cuando la mala administración del usufructuario ponga en peligro la sustancia de la cosa, el propietario puede accionar contra él. Por ello, estamos ante un verdadero obligado.

Pero el usufructuario soporta el «goce pasivo» de la cosa, no en virtud de un compromiso personal, sino sólo porque se beneficia del goce activo. Por ello, abandonando su derecho, queda liberado[532].

Cualquiera que sea el título constitutivo del usufructo, concluye, las únicas cargas reales son las que la ley impone al usufructuario como accesorios pasivos de su goce. La voluntad del hombre es impotente para unir directamente una obligación real a un derecho real desmembrado −lo mismo, en materia de servidumbres− igual que ocurre con la misma propiedad (arts. 529 y 530 CCF). Si tal estipulación se presentara, la obligación sería personal. No se puede crear renta fundiaria sobre derecho real alguno.

Lo único que pueden hacer las partes es desplazar o modificar las cargas legales. Tal ocurre, por ejemplo, cuando el título constitutivo pone las reparaciones extraordinarias a cargo del usufructuario. También se trata de una obligación evitable por el abandono, y supondría una excepción al carácter puramente personal de las obligaciones convencionales. O cuando el nudo propietario, al que en principio corresponden las reparaciones extraordinarias, pero como una facultad más que un deber, se obligara a hacerlas, estaríamos ante una obligación real de este tipo.

---

[531]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 68 y ss.

[532]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 70.

La voluntad del hombre puede pues modificar el reparto de las cargas relativas al mantenimiento de la cosa hecho por la ley entre el propietario y el usufructuario, y este cambio no impide que esas cargas queden como reales y cesen por el abandono. Lo que no se puede hacer es unir una obligación cualquiera, no relativa a la cosa, a una propiedad o un usufructo, de forma que renunciando al derecho se escape a la obligación. Esta solución, dice MICHON, resultará también del art. 699 CCF[533].

En cuanto a las servidumbres[534], en general, todas las obligaciones cuya causa directa es una servidumbre no pesan sobre la persona sino en su cualidad de propietario, y cesan de incumbirle cuando abdica de esta cualidad.

El propietario del fundo dominante, en principio, no se encuentra obligado a nada por la servidumbre. Los trabajos necesarios para ejercitarla y conservarla están a su cargo, pero se trata de una facultad. En general, es el propietario del fundo sirviente quien debe soportar la carga de las obras destinadas a hacer el ejercicio de la servidumbre menos perjudicial a su heredad. Pero esto −dice MICHON− no es sino un principio teórico. En realidad, las servidumbres no se constituyen con una extensión tan grande. En el título constitutivo suele concretarse el modo de ejercicio. Entonces, cuando se impone al propietario dominante la obligación de hacer las obras necesarias para el ejercicio de la servidumbre, el propietario del fundo sirviente podrá exigir su ejecución y mantenimiento cuando tenga interés en ello. Así ocurrirá, p. ej., si el mal estado de un acueducto expone al fundo sirviente a una inundación: puede obligarse al titular dominante a repararlo[535].

Estas obligaciones son reales, y queda liberado el deudor, en este caso, al renunciar a la servidumbre, lo que hará retirando los trabajos establecidos sobre el fundo sirviente.

Pero, si el título constitutivo le imponía otros trabajos distintos a los necesarios para el ejercicio de la servidumbre en interés de uno u otro fundo, la renuncia a la servidumbre no le liberaría de su ejecución.

En cuanto al propietario del fundo sirviente, en principio sólo está obligado a tolerar, a mantener una actitud pasiva. Pero cabe la convención contraria (art. 698 CCF, derogatorio del 686 en este punto) en cuyo caso, su eventual obligación de ocuparse de los trabajos necesarios para el ejercicio y conservación de la servidumbre, sigue siendo real. Accesoria

---

[533]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 76.

[534]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 77 y ss.

[535]*Vid.*, por todos los exégetas, DEMOLOMBE, *Cours..., XII, cit.*, n. 839.

de la servidumbre, la obligación queda extinguida con el abandono del fundo gravado (art. 699 CCF). Se trata de una regla excepcional, pues viene a permitir a una parte evitar la ejecución de un compromiso concertado por ella. Es también excepcional desde el punto de vista del art. 686: impone una prestación personal positiva. Pero "en el fondo, el ataque que supone el art. 699 al principio del art. 686 es menos grave de lo que se le presenta generalmente. No son, en efecto, unos servicios cualesquiera los que pueden así ser debidos por una persona a un fundo, en virtud del art. 699; se trata únicamente de los trabajos accesorios de una servidumbre constituida en provecho de ese fundo. Entonces, sin la convención contemplada por los arts. 698 y 699, esos trabajos constituirían ya en general cargas reales, impuestas al propietario del fundo superior, o bien facultativas par este propietario; pero en todo caso, no tendría obligación o interés en ejecutarlas sino en tanto fuera propietario del fundo dominante. Entonces, ¿qué decide el art. 699? Permite a la convención desplazar esas cargas, que eran reales para aquel a quien debían normalmente corresponder, y decide que en ese caso, conservarán su naturaleza real. Sin cuestionar la derogación del art. 686, al menos es posible decir que el art. 699 lo deroga menos gravemente, conservando a unas cargas una naturaleza real que tenían antes de ser desplazadas, que si atribuyera el carácter de realidad a obligaciones naturalmente personales"[536].

La regla derogatoria del art. 699 se aplica sólo con la condición de que las cargas estipuladas estén esencialmente ligadas a la servidumbre y participen de su naturaleza real: así ocurre con esos trabajos necesarios para el uso y conservación, únicas cargas de las que cabe liberación por el abandono del fundo sirviente. "Toda otra obligación sería nula como carga real"[537].

MICHON hace después algunas significativas observaciones aplicables a todas las obligaciones reales que ha ido analizando. La conclusión que puede sacarse es que las surgidas de los derechos reales principales son únicamente las cargas legales de su goce, es decir, las obligaciones directamente relativas a la gestión de la cosa, que constituyen lo que

---

[536]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 82. Por ello entiende, en otro orden de cosas, que la interpretación restrictiva del art. 699 CCF no impide su aplicación, como criterio, al nudo propietario que se hubiera obligado frente al usufructuario a hacer las reparaciones extraordinarias (el usufructo, en el fondo, es una servidumbre personal): se trata de trabajos accesorios al usufructo y que pueden ser útiles e incluso necesarios para el ejercicio del derecho del usufructuario. Cfr. MICHON, *op. cit*., n.83.

[537]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 84.

se podría llamar el «goce pasivo» del derecho real (arts. 605, 608, 655, 697, 1057 y ss.). Pero "la voluntad del hombre no puede unir obligaciones a estos derechos por un ligamen real"[538]. En tal principio, el *Code civil* introduce una excepción, permitiendo la modificación y desplazamiento convencional de esas cargas, como ha analizado respecto de usufructo y servidumbres[539].

Quedan excluidas las obligaciones que no tienen como causa única el goce del derecho real, y provengan de un hecho o de la falta del obligado *propter rem*: estas, como tienen por causa un hecho que el abandono no puede suprimir, son personales. Y "entre los hechos que pueden vincular personalmente al titular de un derecho real, hay uno que presenta un interés particular, es el del goce mismo del derecho". Existe un verdadero *cuasicontrat de jouissance*, que determina que el titular quede obligado personalmente por las cargas que corresponden al goce anterior al abandono: respecto de ellas, se puede decir −y así se infiere, por ejemplo, del art. 2087, 2º CCF− que se ha renunciado al derecho de abandono[540]. Entonces −al contrario de lo que sucedía en Roma (explica) en materia de usufructo, en que el abandono era una verdadera excepción que el usufructuario oponía al propietario cuando este venía a exigirle las reparaciones actualmente necesarias− el abandono, como no libera sino de las cargas correspondientes al goce futuro, no puede utilizarse como excepción para repeler una acción del acreedor.

Esta idea del *cuasicontrat de jouissance* convierte en personales, con lo que *dejan de ser reales* las obligaciones que van venciendo a medida que transcurre el tiempo de goce del derecho. Por ello, para MICHON, consecuente con el criterio fundado en el abandono liberatorio, sólo son reales las cargas legales del goce futuro[541] de un derecho real (con las importantes salvedades que vemos a continuación).

---

[538]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 92.

[539]Insiste MICHON, en que "en el fondo, la excepción así presentada al principio de la *personalidad de las obligaciones puramente convencionales*, no es directamente contraria a este mismo principio, pues no se aplica a cargas que no tuvieran con la *res* más relación que la resultante de la voluntad del hombre; su efecto se restringe a esto: permitir el desplazamiento, la agravación o la disminución de las cargas legales y reales del goce de un derecho" Cfr. *op. cit.*, n. 93.

[540]Cfr. MICHON, *op. cit.*, nn. 96-97.

[541]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 104.

Habría dos supuestos, en que son reales también las obligaciones correspondientes al *goce pasado*, y por lo tanto el abandono tiene un efecto liberatorio absoluto. El *Code civil* habla a este respecto de "*se dispenser de la contribution aux frais*" o "*s'affranchir de la charge*". "Para interpretar exactamente esos textos, es preciso reconocer que el abandono tiene un efecto liberatorio, incluso en lo que concierne a las cargas del goce pasado, cuando se trata de un muro medianero (art. 655) o de un fundo sirviente afectado con una servidumbre agravada por la carga de trabajos accesorios (art. 699)"[542].

En el caso de la medianería −no en las demás indivisiones accesorias− la solución señalada se justifica, para MICHON, en que no ha llegado a formarse aquel *cuasicontrat de jouissance*, pues "el uso de un muro como simple cierre no es un verdadero goce": "este goce puramente negativo no ha debido perjudicar al cierre, de forma que las reparaciones necesarias no son debidas, en el fondo, a un hecho voluntario del copropietario −lo que determinaría la existencia del cuasicontrato− sino únicamente a la vetustez o al caso fortuito".

La segunda excepción a los efectos ordinarios del goce de un derecho real resulta del art. 699 CCF, y su justificación estriba también en la inexistencia del *cuasicontrat de jouissance*, porque, cuando se hace recaer la carga sobre el titular del fundo sirviente, las cargas están de un lado, y el goce de otro.

Después, MICHON aprovecha esta idea para aplicarla, por ejemplo, al supuesto en que al propietario se haya obligado a los gastos extraordinarios, en el usufructo. Y así, completa la definición de las obligaciones *propter rem* nacidas de la propiedad y de sus desmembraciones. Comprenden:

– "Las cargas legales del goce futuro de un derecho real (y también las del goce pasado, sólo en el caso de la medianería).

– Las obligaciones resultantes de la agravación o desplazamiento de esas cargas legales, incluso cuando son accesorios del goce pasado del derecho al que la ley les ha unido (art. 699)"[543].

Se da cuenta MICHON de la objeción que puede oponérsele. "Se podría creer que ellos (el usufructuario, el copropietario) −que no están verdaderamente obligados *propter rem* sino respecto de las cargas venideras, es decir, las que nacerán después de su renuncia− no

---

[542]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 102.

[543]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 104.

deben ser considerados entre los obligados *propter rem*; pues se encuentran, parece, o bien personalmente obligados, en cuanto al pasado, o bien no obligados, en cuanto al futuro". Pero dice que ha respondido ya a esta objeción cuando, al comparar la posición del usufructuario con la de un arrendatario con facultad de resolución unilateral, ha declarado que las obligaciones «futuras» del primero, aunque no vencidas, eran ya ciertas y derivaban de su derecho. Además, dice, "*esta objeción sería contraria al sentido tradicional que siempre se ha dado a la expresión «obligado propter rem»; el usufructuario era considerado como tal, incluso por aquellos que lo miraban como obligado personalmente a las cargas actuales*"[544].

Así pues, el propio MICHON reconoce que su fijación por el criterio negativo del abandono liberatorio le está llevando a dejar de considerar reales una serie de obligaciones por el simple hecho de que ya vinculan personalmente al deudor. Esta es, acaso, la principal crítica que puede hacerse a este autor. El propio ABERKANE ha puesto el acento en la desmesurada extensión que en su trabajo dedica al abandono liberatorio (más de 50 núms.) en comparación con el exiguo tratamiento de la transmisión de la obligación (núms. 161 a 167).

También se relaciona el poco éxito que alcanzó su teoría a que el aumento de la importancia de los supuestos posibles de obligación real, relacionada precisamente con la transmisión de la misma, corresponde a tiempos más modernos −es también una observación de ABERKANE−; y a tratarse de un trabajo básicamente descriptivo, en que no profundiza en la definición de la obligación real, sino más bien en el abandono liberatorio, siguiendo fundamentalmente a LOYSEAU, también a TOULLIER.

Sin embargo, como ha resaltado DE LOS MOZOS, la propia modestia de su empeño le salva, pues, como también han puesto de relieve HANSENNE o FERRU, no busca con la obligación real una noción que pueda sustituir a la servidumbre, sino que la ve como un accesorio del derecho real, con lo que su doctrina trata simplemente de justificar y describir las obligaciones que gravitan alrededor del derecho real.

---

[544]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 101.

Rigaud, la obligación real y el derecho real *in faciendo*[545]

Louis RIGAUD[546], sin mencionar para nada la obra de MICHON, entiende necesario deshacerse del concepto de obligación real, "concepto desmañado, destinado sólo a enmascarar la existencia de los derechos reales *in faciendo*"[547]. Se muestran las nociones de «obligación real» y «derecho real in faciendo» como enfrentadas, y en esa contraposición, para RIGAUD y los autores en que se apoya (FADDA Y BENSA[548], RIPERT[549], NAQUET[550]) la obligación *propter rem* se lleva la peor parte y debe desaparecer. Veamos:

Para su defensa del «derecho real *in faciendo*», acude RIGAUD al concepto de *intermediario jurídico* (no personalmente obligado) en el derecho real, siguiendo a FADDA y BENSA[551].

Argumenta que, cuando los romanos decían "*Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat* ***quis****...sed ut aliquid* ***patiatur*** *aut* ***non faciat***", o utilizaban la expresión elíptica «*res debet servitutem*», estaban viendo perfectamente que el propietario del fundo dominante no puede ejercitar la servidumbre más que mediante el intermediario pasivo del propietario del fundo sirviente. Así, como ha hecho notar HANSENNE, RIGAUD, defensor de la doctrina clásica, con esta modificación introducida en ella abría en realidad el camino para GINOSSAR[552]. Resaltaba la posición del que está sujeto *in patiendo* como intermediario, gracias a

---

[545]Esta exposición se solapa y complementa a la que hicimos en el capítulo anterior.

[546]Cfr. RIGAUD, *El derecho real..., cit*.

[547]Cfr. RIGAUD, *El derecho real..., cit.*, p. 305. En términos semejantes, en p. 317: "Importa para la claridad de los conceptos (...) desterrar definitivamente las expresiones de obligación *propter rem* y similares, para edificar una teoría general adecuada a la realidad de las cosas, la teoría de las cargas raíces o reales, dentro de las cuales las servidumbres no serán más que un compartimento".

[548]Cfr. FADDA, C., y BENSA, P. E., *Notas a WINDSCHEID, Diritto delle Pandette*, continuadas por BONFANTE, IV, *Notas al libro II*, Torino, 1930, espec., p. 70 y ss.

[549]Cfr. RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, tesis doctoral, Aix, 1902.

[550]Cfr. NAQUET, E., "*Caractère des actions mixtes*", *Revue Générale de Législation Française et Étrangère*, 1874, p. 200 y ss.

[551]Cfr. FADDA y BENSA, *op. cit.*, p. 104. "La idea de persona nos parece, pues, como un intermediario necesario en el derecho real llamado desmembrado".

[552]Cfr. HANSENNE, *La servitude collective, cit.*, p. 113 y ss.

cuya «prestación» de *pati* goza, el titular, de la servidumbre[553]. Pero no le consideraba «obligado», por su posibilidad de desligarse de la obligación abandonando la cosa, y porque sólo está obligado *propter rem*: GINOSSAR se limita después a considerar esa posición de intermediario como una verdadera obligación, y hace de ella el objeto del derecho real limitado. "Si el titular de la servidumbre no goza de su derecho más que gracias a la actitud pasiva observada por el propietario del fundo sirviente respecto a él, y el concepto de la realidad de la servidumbre no se altera por esto, ¿por qué se considera imposible un derecho real que, recayendo sobre el fundo, como una servidumbre, impusiera indirectamente al propietario o al poseedor, por razón de la relación en que se encuentra con el inmueble, no sólo un simple *pati*, sino una obligación propiamente dicha? ¿En qué alteraría la naturaleza del derecho real esta prestación positiva, muy diferente de una obligación propiamente dicha, teniendo en cuenta que el propietario o el poseedor del fundo podrán liberarse de ella *rem derelinquendo*, igual que el propietario del fundo sirviente escapa al *pati*? ¿Qué razón hay, sentado esto, para distinguir arbitrariamente entre el *pati* y el *facere*?"[554].

---

[553]"Es preciso observar que los derechos reales llamados desmembrados llevan en sí mismos un concepto de relatividad que resta gran parte de verdad a la afirmación de que el intermediario de una persona no es necesaria en los derechos reales. Es evidente que el propietario o el detentador de la cosa sobre la que recae el derecho real desmembrado se encuentra frente al titular de este derecho, aunque teóricamente guarde su cualidad de tercero, en una situación de pasividad más intensa que los otros terceros cualesquiera (*penitus extranei*) que no están unidos a la cosa por ningún vínculo. Por ello los romanos decían que estaba obligado *in patiendo*, mientras que los otros terceros están obligados *in abstinendo* o *in non faciendo*. Hay aquí un ligamen psicológico muy fino que es preciso tener en cuenta no confundiendo, como hacen los autores modernos en su deseo inmoderado de simplificación, el *pati* y el *non facere*.

Pero no es menos cierto que si el titular del derecho real desmembrado, de una servidumbre, por ejemplo, no ejerce su derecho más que gracias a la observancia por parte del propietario o del detentador del fundo sirviente del *pati* (y gracias a la observancia del *abstinere* por los otros terceros) y si se pretende que hay aquí un intermediario jurídico, este intermediario en nada se parece al deudor de una obligación propiamente dicha, ya que puede liberarse de su obligación de *pati* abandonando la cosa (*rem derelinquendo*) y ya que no está obligada personalmente sino *propter rem* como representante de la cosa". Cfr. RIGAUD, *El derecho real..., cit.*, pp. 117-118.

[554]Cfr. RIGAUD, *El derecho real..., cit.*, p. 302. RIGAUD ha distinguido entre el «sujeto pasivo potencial» y el sujeto pasivo concreto que se relaciona con el titular, en una relación real. Pero sigue tratándose de una relación real de exclusión, el «tercero concreto» no es intermediario, verdaderamente, sino simplemente sujeto pasivo de una relación jurídica de carácter real. Sin embargo, RIGAUD lo confunde con un «intermediario»: "Tal como ya hemos

"Pero si el *pati* y el *facere* no pueden realizarse más que por el propietario o el detentador del fundo sirviente, no dejan de aparecer por esto como una carga del inmueble, y no como una obligación de la persona, ya que esta puede escapar a ella por abandono[555]. Tanto en un caso como en otro, la persona no aparece más que como un representante del fundo. La individualidad de la persona es indiferente; el titular no ha de preocuparse de su solvencia o insolvencia. La cosa aparece siempre en primer plano, por razón de esta indiferencia en la persona y porque es la cosa la que coloca a la persona en situación de actuar, de no actuar o de soportar"[556]. No existiría, por tanto, una verdadera obligación, un derecho de crédito al lado del derecho real. Demostrado que, en abstracto[557], es posible la existencia de un derecho real *in faciendo*, podemos deshacernos del concepto de obligación real, inventado (en esta observación sigue apoyándose en FADDA y BENSA[558]) sólo para explicar las excepciones a la regla *servitus in faciendo consistere nequit*, y utilizada por autores que no admiten (PLANIOL, BAUDRY-LACANTINERIE) que el derecho real pueda imponer una prestación positiva, para colocar, al lado del derecho real y soldado con él, un derecho de crédito accesorio, explicando así las hipótesis de los arts. 698 y 699 CCF.

El peligro de la noción de obligación real estaría en que, mientras los antiguos autores la utilizan como una expresión cómoda, "sin negar el carácter real de las figuras jurídicas en las que la empleaban, tales como las rentas raíces y la hipoteca, se ha querido ir más lejos,

---

observado anteriormente en los derechos reales llamados desmembrados, o, mejor, limitados, es preciso distinguir, en lo que concierne a los terceros, (luego RIGAUD sigue considerándolo tercero, entonces no puede ser «intermediario», el intermediario es la norma) entre la simple obligación de abstención que obliga al público, frente al titular, a respetar su derecho y la obligación más intensa que incumbe al propietario o al detentador de la cosa; éste no debe sólo abstenerse: debe sufrir (*pati*) el ejercicio del derecho sobre su cosa. Mientras no se puede decir que el propietario goce de su derecho por intermedio del público obligado a respetarlo, ya que la mayor parte de este público ni sospecha su existencia, se concibe, por el contrario, que pueda decirse que el titular del derecho real desmembrado de la propiedad, y precisamente el titular de una servidumbre, goza de ella gracias a la observancia del *pati* por parte del propietario, ya que aquí no se encuentra en presencia de un público, sino de un individuo determinado y que se puede nombrar". (*op. cit.*, p. 300).

[555]El aspecto en que tanto insistía MICHON, el abandono liberatorio, es ahora en lo que se fija RIGAUD para negar carácter de verdadera obligación a la obligación real.

[556]Cfr. RIGAUD, *El derecho real..., cit.*, p. 303.

[557]Cfr. RIGAUD, *El derecho real..., cit.*, p. 307.

[558]Cfr. FADDA y BENSA, *op. cit.*, p. 106 y ss., espec. p. 116.

(...) analizando estas figuras como obligaciones en que el sujeto está determinado por la posesión del fundo"[559]. Esto es lo que le inquieta, cualquier planteamiento que dé la impresión de chocar con la teoría clásica, que él trata de sacar a flote, aunque, como hemos visto, variándola.

RIGAUD se había apoyado en los desarrollos realizados por RIPERT relativos a las servidumbres. Este último, admitía las *in faciendo* −lo mismo que NAQUET− y argumentaba, en contra de la regla «*servitus...*» que el propio legislador, por un lado, establece servidumbres positivas −en el marco de las naturales y legales−, y por otro, permite introducir en ellas el *facere* por el art. 698 CCF. BAUDRY-LACANTINERIE explicaba la falta de contradicción entre el 699 y el 686 afirmando que en el primer artículo aparece una obligación accesoria que «no constituye la servidumbre». Pero, para RIPERT y RIGAUD, ¿Qué importa que la prestación del servicio sea el objeto principal o solamente accesorio, del derecho? Lo importante es que se reconozca, al menos implícitamente, que la convención puede crear servidumbres consistentes en cumplir un acto[560].

En definitiva, admitido el derecho real «de contenido positivo», tanto FADDA y BENSA como RIGAUD se apresuran a afirmar que esto no supone que el derecho real se convierta en una obligación, sigue siendo derecho real[561]. Les importa más afirmar esto que el reconocimiento de que, constatar la existencia de la obligación real, no implica negar carácter real al derecho que viene a enriquecer.

---

[559]Cfr. RIGAUD, *El derecho real..., cit.*, p. 305.

[560]Cfr. RIGAUD, *El derecho real..., cit.*, p. 310.

[561]Igual que la idea de «intermediario jurídico», toma RIGAUD de FADDA y BENSA el argumento de que no se comprende cómo podría admitirse a título accesorio lo que no cabe a título principal. Pero los propios FADDA y BENSA (Notas..., cit., p. 107*)* hacen una observación, a mi modo de ver, muy ajustada a la obligación real, si matizamos el último inciso: "*Questa parte accessoria ad un tempo ed integrante della servitù pattuita, riveste i caratteri stessi della servitù principale, diventa, come essa, un diritto sulla cosa, un jus in re*".

La recuperación del concepto por Bonnecase, y su tratamiento por De Juglart

BONNECASE es el siguiente autor francés que dedica atención ampliamente a la obligación real[562].

Realiza una crítica fundamental de la obra de MICHON, reduciendo el campo de la obligación *propter rem*[563]. Para BONNECASE, sólo las obligaciones inherentes a los derechos reales principales corresponden a la noción, y debe rechazarse la pretendida segunda categoría, en que aquél colocaba, como hemos visto: la de quien tiene un inmueble gravado por una hipoteca en garantía de una deuda ajena; y por otra parte, la de quien, al recibir un patrimonio, responde del pasivo inherente hasta el monto de los bienes que lo compongan de forma concreta.

En esta última situación, explica BONNECASE, "nos encontramos ante una masa constitutiva de una universalidad jurídica, que comprende en ella, indisolublemente unidos, un activo y un pasivo". Comprende una serie de elementos susceptibles de conservar respectivamente su fisonomía integral una vez dispersos, pero que presentan cierta unidad y están ligados entre sí a consecuencia de responder de un pasivo inherente a su agrupación originaria, a su afectación y a los incidentes de la vida jurídica cuya materia han proporcionado.

"La masa hereditaria, sobre todo cuando es aceptada bajo el beneficio de inventario, representa perfectamente, en su expresión integral desde el punto de vista estático, la noción de universalidad jurídica. Basta considerar el art. 802 *Code civil* para advertir esto. En pocas palabras, la masa hereditaria aceptada bajo el beneficio de inventario se basta a sí misma: se disocia para cubrir el pasivo, que en cierta forma soporta en sus flancos, ya que los elementos activos que corresponden a este pasivo se hallan más bien bajo la acción de los acreedores que bajo la del heredero. Este, en el fondo, asiste a esa disociación; no concurre a ella. Se limita a recoger lo que sobre después de la liquidación. ¿Dónde vemos en todo esto una obligación *propter rem*? Una liquidación y una disociación, sí; pero no una obligación en el sentido técnico del término. Por virtud del beneficio de inventario, el

---

[562]Cfr. BONNECASE, *Supplément..., cit.*, n. 153 y ss., especialmente n. 189 y ss. *Vid.* también BONNECASE, J., *Elementos de derecho civil.* II, *Derecho de las obligaciones, de los contratos y del crédito*, trad. por J. Mª Cajica, Puebla, 1945, n. 131 y ss.

[563]Cfr. BONNECASE, *Supplément...*, V, *cit.*, n. 191 y ss. *Elementos...*, II, *cit.*, n. 134 y ss.

heredero debe proceder o asistir a un desmembramiento, a la aplicación de un activo a un pasivo, esto es todo"[564].

Lo mismo ocurre con el caso del tercer poseedor de inmueble hipotecado: "En el fondo, más que cumplir una obligación soporta que con una parte de su activo se cubra un pasivo, al dejar que el acreedor se pague con el precio del inmueble o al pagarle él mismo". Tal cosa sería evidente, dice, si se clasificara la hipoteca −como suele hacerse, a pesar de las controversias doctrinales− entre las «desmembraciones» del derecho de propiedad.

Los derechos de garantía afectan a la cosa en su valor económico, pero esto no obsta que la situación sea idéntica a la de los demás derechos reales, en relación con la obligación real[565]. Nadie −comenta BONNECASE− ha tenido la idea de que el nudo propietario soporta una obligación *propter rem* por la existencia del usufructo[566]. Pues lo mismo ocurre con la hipoteca. "Por más que se examine esta situación, en todos sus aspectos y en todos sentidos, nos encontraremos siempre ante un propietario cuyo inmueble ha disminuido, en cuanto a su valor económico, por la cifra que garantiza la hipoteca. Por tanto, cualquiera que sea la decisión que adopte este poseedor ante las persecuciones del acreedor, se presentará siempre como una persona que tiene la plenitud material, y no la económica del inmueble hipotecado; al vencerse la deuda hipotecaria, estará condenado a sufrir la desmembración económica de su bien. La necesidad en que se encuentra el detentador, de tener que pagar en una u otra forma, el monto de la hipoteca, no es sino el reverso directo del derecho real hipotecario. Sufre la acción hipotecaria como el propietario aparente sufre la reivindicatoria"[567].

Presenta, entonces, la accesoriedad de la obligación real: "Resulta, en definitiva, que las obligaciones *propter rem* sólo se encuentran con los derechos reales principales; por la sencilla razón de que *sólo pueden ser uno de los aspectos del objeto directo de un derecho, deben a la vez basarse en éste y distinguirse de él*"[568].

---

[564]Cfr. BONNECASE, *Supplément..., cit.*, n. 192. *Elementos..., cit.*, n. 135.

[565]Por eso, no es del todo exacto decir que en los derechos reales accesorios no existen las obligaciones *propter rem*. Podrían existir, con un carácter accesorio similar al que aparece en los demás derechos reales, no coincidiendo con el *pati* del derecho real.

[566]Después, lo afirmaría GINOSSAR.

[567]Cfr. BONNECASE, *Elementos..., cit.*, n. 136.

[568]Cfr. BONNECASE, *Elementos..., cit.*, n. 137.

Después, entra en la discusión de RIGAUD (obligación real frente a derecho real *in faciendo)*. Para BONNECASE, lo que debe rechazarse es esta segunda categoría, pues la regla *servitus...* sería un verdadero criterio distintivo del derecho real. Señala que RIGAUD, en sus desarrollos defendiendo aquella categoría, es ciertamente la obligación real lo que describe[569]. Rechazando el derecho real *in faciendo*, afirma la obligación real como noción autónoma e independiente[570], que tiene plaza entre la obligación personal u obligación propiamente dicha, y el derecho real. En especial, trata de separarla de la servidumbre, para lo que ofrece varios argumentos:

Una primera razón, derivada de la lógica más elemental, estriba en que la servidumbre es un derecho real principal, que se basta a sí mismo, y la obligación real está basada en un derecho real principal, pero no puede, por sí sola, ser objeto de una servidumbre.

La segunda razón sería que las obligaciones *propter rem* son rigurosamente legales, lo que contrasta con la libertad que, dentro de los márgenes de los arts. 637 y 686 CCF se reconoce a los particulares para crear servidumbres. Nada encontramos en la obligación *propter rem*, dice, semejante al art. 639 CCF −origen contractual de las servidumbres−[571].

Por ello, participa del pesimismo que mostraba, finalmente, LEPARGNEUR[572], con relación a la posibilidad de transmitir a los causahabientes a título particular las cargas relativas a un bien enajenado. La obligación real no es para BONNECASE una «noción generalizada». Si así fuera, "nada hubiese sido más fácil que erigir en obligaciones reales las nacidas en razón y en interés de un inmueble. Al mismo tiempo hubiese estado asegurada la transmisión de la obligación a título particular con el inmueble mismo. Pero no parece que las partes y los tribunales hayan pensado en este procedimiento, pues (...) se

---

[569]*Vid.* BONNECASE, *Supplément..., cit.*, n. 171. Para BONNECASE, la tesis de que, p. ej., las servidumbres pueden tener por objeto un hecho positivo "tiene su origen remoto en la teoría del derecho real, obligación pasivamente universal". Sobre esto, y la asimilación de la obligación real y la servidumbre, que BONNECASE explica como consecuencia de una falsa interpretación de algunas célebres sentencias, como la de *Mines de Graissessac* (Cas. 9 ene 1901., S. 1169, que comenta en *Supplément, V, cit.*, n. 209, nota 1) y *Mazères* (Pau, 14 feb. 1912, S. 1912, 1. 249, comentada en *Supplément, cit.*, I, n. 169 y ss.), *vid. Elementos..., II, cit.*, n. 147.

[570]Cfr. BONNECASE, *Supplément..., cit.*, n. 173.

[571]*Vid. Supplément, V, cit.*, n. 205 y ss.; *Elementos..., cit.*, n. 143 y ss.

[572]Cfr. LÉPARGNEUR, J., "*De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs au bien transmis*", *RTDC*, 1924, p. 481 y ss., p. 558.

considera excepcional en el derecho francés"[573]. El número, tenor y titulares de las obligaciones *propter rem* han sido rigurosamente determinados por el legislador. "El art. 698 concluye la demostración, puesto que en esta disposición el legislador precisa que *en un caso*, y con motivo de una obligación real determinada, la voluntad de las partes podrá cambiar los papeles de acreedor y deudor".

La tercera razón para separar la obligación real de las servidumbres está en que éstas no pueden consistir en un *facere*. Para ello estaría el instrumento de la obligación real, que, no obstante, puede ser tanto de dar o hacer como de no hacer.

Por último señalar que, para nuestro autor, siendo la obligación real una obligación en el sentido verdadero del término, es sin embargo *radicalmente distinta* de la personal o de derecho común[574]. Y fundamenta esta radical separación en el abandono liberatorio, dándole gran importancia, pues, si el deudor decide acudir a él, la obligación queda limitada en su existencia y su ejecución a la cosa misma[575]. El abandono tendrá un alcance «brutal», en cuanto libera también respecto a las prestaciones vencidas y actualmente exigibles. En esto se separa BONNECASE de MICHON y BRETON, defendiendo la liberación integral[576].

Discípulo de BONNECASE, DE JUGLART dedica su tesis doctoral, en 1937, a una nueva profundización en el estudio de la obligación *propter rem*[577].

Defiende especialmente la utilidad de la noción de obligación real (utiliza esta denominación) frente a la servidumbre. Siguiendo a su maestro, la ve como una categoría autónoma, intermedia entre el derecho real y el de crédito: si el derecho real, desde el punto

---

[573]Cfr. BONNECASE, *Elementos..., cit.*, n. 146.

[574]Cfr. BONNECASE, *Supplément..., cit.*, n. 204.

[575]Cfr. BONNECASE, *Elementos..., cit.*, n. 138 y ss. Sobre el abandono, Cfr. *Supplément..., cit.*, n. 195 y ss.

[576]*Vid*. BONNECASE, *Supplément..., cit.*, nn. 198-199. MICHON no admitía la liberación respecto de las prestaciones vencidas, que correspondían ya, como personales, conforme al *cuasicontrat de jouissance*, a quien hubiera sido titular; BRETON observó con agudeza que el abandono «liberatorio» corresponde propiamente a los derechos reales, y después en consecuencia a las obligaciones reales. Luego, distingue entre las cargas del goce y las de la posesión. El abandono no libera de las primeras −reparaciones y gastos de mantenimiento− más que para el futuro. Pero sí de las demás cargas −que son de la posesión− respecto del pasado también. Cfr. BRETON, A., ("*Théorie générale de la renonciation aux droits réels. Le déguerpissement en droit civil français*", *RTDC*, 1928, pp. 261-364).

[577]Cfr. DE JUGLART, *Obligation réelle..., cit.*

de vista científico, es «la apropiación de las riquezas», y supone el derecho de crédito «la utilización social de los servicios», la obligación real tendría como fin, o vendría a ser «la apropiación de las riquezas por la utilización de los servicios[578]».

Este lugar intermedio se manifiesta, desde el punto de vista técnico-jurídico, en el carácter de la obligación real como obligación alternativa, que aparece o se aproxima al derecho real o al de crédito según el deudor opte por el abandono de la cosa o el cumplimiento de la prestación[579].

Aportación interesante de este autor es su consideración de la obligación real como una noción con campo de aplicación abierto, susceptible de generalización, en lo que se distancia de BONNECASE[580]. La jurisprudencia[581], dirá DE JUGLART, permanece fiel a la

---

[578]Cfr. DE JUGLART, *Obligation réelle..., cit.*, p. 232 y ss.

[579]Cfr. DE JUGLART, *Obligation réelle..., cit.*, pp. 282-283.

[580]En esto se separa también de MICHON, ABERKANE o GINOSSAR, en el campo de aplicación de la obligación *propter rem*. Para DE JUGLART, la obligación real no es una noción de campo cerrado, simplemente permitida por el legislador en algunos casos concretos, sino un concepto susceptible de generalización. Lamenta que "bajo la influencia de la escuela de la exégesis, se haya podido creer que las obligaciones reales son de derecho estricto. Si los grandes comentaristas del *Code civil* no han sabido generalizar el concepto y organizar su aplicación en la práctica, hay que buscar el origen de su actitud en el espíritu rigurosamente exegético que les inspiraba"; Cfr. DE JUGLART, *Obligation réelle..., cit.*, p. 323.

Para DE JUGLART, las bases de la extensión del concepto se encuentran en una interpretación científica de los textos del *Code civil*, considerando que "la codificación es una ordenación feliz del legislador, pero incompleta, que no contiene la solución de todas las hipótesis posibles, presentes o venideras". De ahí la "necesidad de suplir los textos de la ley (sin torturarlos) en función de las fluctuaciones mismas del medio económico y social". Esta necesidad la constata en la ordenación de las relaciones de vecindad, pues el legislador no habría previsto, a este propósito, el desarrollo industrial y comercial.

En nombre de exigencias económicas y sociales propias de nuestra época, es preciso sobrepasar el cuadro estrecho en cuyo interior la servidumbre −reglamentada estrictamente− permite la creación de vínculos estables entre propietarios fundiarios. La generalización del concepto de obligación real aparece como necesaria y es posible. Aduce dos argumentos:

– El legislador mismo se ha servido de ella para regular ciertas relaciones entre vecinos bajo el nombre de servidumbres legales.
– Ha dado a esta concepción toda la fuerza de su apoyo, al establecer, por el art. 698 CCF, que la obligación real podía ser organizada convencionalmente.

rigurosa aplicación del principio *servitus in faciendo consistere nequit*, pero utiliza, para ampliar las perspectivas de la servidumbre, el instrumento de la obligación real. Y es que, para este autor, a través de ella el jurista puede obtener la transmisión al causahabiente particular de toda una serie de cláusulas que no terminan de encajar bien en el estrecho ámbito de la servidumbre, y que el desarrollo socioeconómico viene a exigir: de estética, «habitación burguesa», en las urbanizaciones, en el ámbito de la propiedad horizontal, etc, "habida cuenta del carácter inoperante de ciertos textos, e insuficiencia de otros"[582]. La obligación real, aunque completa la servidumbre desde el punto de vista de las prestaciones positivas, puede ser también de contenido negativo[583].

Frente a las posible objeciones (que las obligaciones *propter rem* son de derecho estricto, que el 698 supone una excepción y no hace sino regular casos determinados de relaciones de la obligación real con la servidumbre) DE JUGLART se limita a contestar que existen pruebas suficientes de que el legislador ha dejado a las partes el cuidado de determinar, en el cuadro de las leyes existentes, la organización misma de la obligación real. "Cualquiera que sea la ordenación formal y concreta de la noción, no es menos cierto que ha sido manifiestamente reconocida y organizada por el legislador; de ahí, para el intérprete, la posibilidad de generalizar su adaptación".

Esta extensión del concepto tiene además por apoyo el derecho positivo, pues la Jurisprudencia se ha adelantado sensiblemente a las iniciativas de la doctrina, y "se pueden citar ciertos casos en que los tribunales utilizan –implícitamente al menos– la noción de obligación real, tanto en la forma negativa como positiva". Cfr. DE JUGLART, *Obligation réelle...*, *cit.*, p. 328 y ss.

Sin embargo, a través de la noción no es cuestión de liberar todas las trabas legales que se oponen a su desarrollo. No se puede atacar de frente los arts. 637 y 686. "Todo derecho real, toda obligación real que evoque aunque sólo sea un poco los viejos servicios feudales, deben ser irremediablemente borrados del dominio jurídico", pues "sería vano pretender que el legislador haya permitido crear, de un lado, lo que quiere prohibir del otro". De todos modos, "que no se nos objete que la noción (de obligación real) no sería más que un simple medio de escapar a los rigores del legislador". Cfr. DE JUGLART, *Obligation réelle...*, *cit.*, p. 350.

Sin embargo, la doctrina del momento y posterior consideró insuficiente el criterio de DE JUGLART para delimitar el campo de aplicación de la noción. La libertad en este terreno chocaba con el principio de la relatividad de las convenciones.

[581]*Vid.*, para esa jurisprudencia, DE JUGLART, *Obligation réelle...*, *cit.*, p. 93 y ss.

[582]Cfr. DE JUGLART, *Obligation réelle...*, *cit.*, p. 333.

[583]La obligación real positiva, en sus relaciones con la servidumbre, ha de sustituir en los textos a la noción de servidumbres legales o naturales, que deben ser "borradas de nuestro

También es remarcable que DE JUGLART trata de partir de una visión clásica del derecho real, pues le parece que la postura obligacionista conduce a visiones deformadas[584], como es, para él, la doctrina de los derechos reales *in faciendo*, en cuyo rechazo se observa la influencia de BONNECASE.

La principal crítica que puede hacérsele es que asigna a la obligación real una ambigua posición intermedia, sobre todo a la hora de definirla, fijándose en una facultad de opción que es «posterior»[585]: la posibilidad del abandono liberatorio no viene a aproximar la obligación real al derecho real, aquella «ya estaba» en el derecho real.

---

derecho positivo", o bien constituye su accesorio (698, 701, 702). La obligación real positiva se presenta accesoria de la servidumbre establecida por voluntad del hombre, de la que se distingue «fundamentalmente». Permitirá así la validez y transmisión al causahabiente particular de las diversas cláusulas de aprovisionamiento o de organización de los inmuebles, y estará "en la base de toda extensión moderna de la servidumbre por voluntad del hombre (conciliación de 686 con 698 CCF)".

La obligación real negativa sustituye asimismo la falsa noción de servidumbre natural o legal y funciona como accesoria de las servidumbres en el cuadro de los arts. 701 y 702 CCF. Recibirá también amplia aplicación fuera de las relaciones de vecindad propiamente dichas. Es la que asegurará la transmisión al causahabiente particular de la convención de irresponsabilidad minera, cláusula de habitación burguesa, convención de no concurrencia, pues está mejor adaptada que la servidumbre a las situaciones en juego. En lo que concierne a esta última, por ejemplo, permite dejar de lado las dificultades que entraña la validación de una servidumbre: provecho personal, naturaleza jurídica del establecimiento comercial... Cfr. DE JUGLART, *Obligation réelle..., cit.*, p. 353 y ss.

[584]Por ello denuncia las "confusiones de la teoría unitaria realista desde el punto de vista científico y técnico" (*op. cit.*, p. 194 y ss.), "los errores de la teoría personalista" (*op. cit.*, p. 200 y ss.), y los "equívocos, imprecisiones y contradicciones de la teoría del derecho real *in faciendo*" (*op. cit.*, p. 208 y ss.).

[585]Tanto ABERKANE, *op. cit.*, n. 87, p. 105, como BALBI, *Le obbligazioni..., cit.*, p. 205, están de acuerdo en criticar este modo de proceder que define a través de una de las consecuencias de la obligación real. La obligación real, aunque «esté» en el derecho real, no se puede decir, sin más, que tenga una naturaleza intermedia y que esto se manifieste en que, si se opta por el abandono, «se aproxime» al derecho real. Es preciso matizar bien en qué sentido la obligación real dirige el valor de la cosa hacia el acreedor real. El abandono sí es un indicio de que el acreedor real tiene, más que un derecho, una «posibilidad» (si se nos permite hablar así) sobre la cosa, por la «comunidad» que existe siempre que aparecen obligaciones *propter rem*, de lo que hablaremos en capítulos siguientes.

Hay que reconocerle, sin embargo, el mérito de haber tratado de profundizar en la definición, combinando lo propio de la obligación −la cooperación− con el marco en que aparece −la atribución–. Verdaderamente, tiene por finalidad la apropiación de las riquezas, pues tal es el fin del derecho real. Y, dentro de ese marco, la obligación real llena un aspecto, digamos, lateral: produce o contribuye a configurar la riqueza apropiable, o hace posible o más ventajoso su reparto. Por ello, sirviéndome de la definición de DE JUGLART, diré que la obligación real supone "la utilización social de los servicios para la apropiación de las riquezas".

La doctrina de Ginossar

Un modelo diferente de relación entre los conceptos de derecho real y obligación real es el presentado por Samuel GINOSSAR[586]. Para este autor, en los derechos reales limitados lo que hay es, en realidad, un derecho de crédito que tiene por contrapartida una obligación real.

A GINOSSAR le parece verdaderamente difícil distinguir entre el derecho personal que se refiera al goce de una cosa, y el derecho real. En cuanto al poder «en la cosa» o «por relación a la cosa», no se ve diferencia entre, por ejemplo, una locación y el usufructo; o entre un derecho personal de paso y una servidumbre con el mismo objeto[587].

Para descubrir la diferencia hay que considerar "no el simple hecho del ligamen obligatorio (introduce la idea de obligación −«*engagement*»− en el derecho real, asimilándola a la relación de derecho real) sino su carácter". Hay entonces un tipo de obligación −la obligación real− que se descubre ante todo analizando la hipoteca. Lo que el acreedor debe, lo debe también el tercero detentador, pero de otra manera[588]. "Y así como el

---

Por otra parte, "es ciertamente interesante dar una calificación jurídica a la situación resultante del ejercicio de la opción −dice ABERKANE−; es interesante saber que, según que el deudor ejecute o abandone, se está en presencia de un derecho personal o real (lo que, como hemos dicho, es discutible) Pero, ¿es esto lo esencial? Lo que es importante es saber porqué el deudor recibe tal opción, por qué puede a su elección ejecutar o abandonar".

[586]Cfr. GINOSSAR, *op cit.*

[587]Cfr. GINOSSAR, *op. cit.*, n. 35.

[588]GINOSSAR parte de la visión deformada de la hipoteca que intentó desenmascarar BONNECASE. Para ello, le era fácil argumentar con textos del derecho francés, pues "la ley

derecho personal es el que corresponde a una obligación personal, es preciso entender por derecho real el que corresponde a una obligación real, pues (...) lo que es verdad para la hipoteca, no lo es menos para el usufructo o la servidumbre"[589]. Afirma, pues, lo que a BONNECASE le parecía inaceptable[590]. Además, no habríamos de conformarnos con ver en ella una institución paralela o accesoria al derecho real.

En relación con las servidumbres, de alguna manera KORNPROBST[591] había anticipado, sin llevarla a sus últimas consecuencias, esta doctrina. Para KORNPROBST la servidumbre supondría una relación fáctica, física, entre dos fundos y otra, propiamente jurídica, entre sus dueños, que expresa diciendo "no existe servidumbre sin personas obligadas"[592], y "el art. 686 (...) no hace sino expresar de una manera figurativa, que las servidumbres contienen una relación jurídica (ob-ligatio) no entre dos personas individualmente determinadas, sino entre los propietarios cualesquiera, y por consiguiente sucesivos, de dos fundos vecinos[593].

Entonces, para GINOSSAR, la obligación real "no es simplemente un aspecto accidental ni natural del derecho real; es el derecho real, visto desde el lado pasivo. (...) Un derecho es real porque la obligación que le corresponde es real. La obligación real es esencialmente la otra cara del derecho real, siendo éste necesariamente correlativo y constitutivo de aquélla, y recíprocamente. El derecho real no es pues otra cosa que un

---

habla de ello claramente como de obligaciones a que el tercero detentador está obligado (art. 2167 a 2169 CCF)". La única diferencia estribaría en que el deudor tiene una opción, con que no cuenta el deudor personal, entre el pago, el abandono del bien o la purga.

Como el tercer detentador "no está personalmente obligado a la deuda" (art. 2170 y 2172) pero «está obligado», parece que **puede estarse obligado de otra manera, además de personalmente**: se habla de "*être tenu hypothécairement*". El art. 2167 declara que el tercer detentador quedará "obligado como detentador a todas las deudas hipotecarias". Entonces "*être tenu hypothécairement, c'est être tenu réellement*".

[589]Cfr. GINOSSAR, *op. cit.*, n. 36. *Vid*. también nn. 40 y 59.

[590]Presenta entonces una «historia» de la obligación real. Trae a colación la *obligatio rei* romana. Después, hace una buena exposición del feudalismo, en que unos vínculos «personales» se acaban convirtiendo en obligaciones reales (son las cargas reales de tipo feudal, a que hicimos referencia en el capítulo I). Cfr. GINOSSAR, *op. cit.*, n. 37.

[591]Cfr. KORNPROBST, M., *Étude sur la notion de servitude*, Strasbourg, 1936.

[592]Cfr. KORNPROBST, *op. cit.*, p. 208.

[593]Cfr. KORNPROBST, *op. cit.*, p. 280. También, pp. 166-167, 230, etc.

derecho relativo de una especie particular". Por ello, a la inversa, "todas las obligaciones reales constituyen derechos reales"[594]. Cuando se «personifica» a la cosa (*res debet servitutem*) por una figura literaria, se quiere decir que hay una obligación real de la persona: "Cuando se dice que un bien responde de una obligación se entiende simplemente que es el dueño actual, cualquiera que sea, del bien quien responde de ella, no a título personal, sino real".

Como el derecho real es un derecho de crédito más, sólo la propiedad, como derecho absoluto, se distingue y separa de los demás derechos reales. "La propiedad nos aparece como radicalmente diferente de sus desmembraciones"[595]. La propiedad, a la que corresponde solamente una obligación pasiva universal de carácter negativo, es un concepto «pre-relacional», que además abraza a todos los demás derechos −puede hablarse de «propiedad de los créditos»− pues todos en cuanto «pertenecen», son objeto de propiedad, que queda así desvanecida e indiferenciada de la noción de titularidad[596]. La analogía entre la propiedad y los derechos reales, que puede considerarse precisamente el fundamento del concepto estos, es, para GINOSSAR, falaz, y se apoya en una serie de coincidencias aparentes[597]. "En resumen, el activo de todo patrimonio nos aparece como un conjunto de derechos de propiedad, teniendo por objeto, sea cosas corporales, que pueden ser muebles o inmuebles, sea derechos relativos (de crédito o de obligación) que pueden ser, sea personales, sea reales, según el modo de determinación del sujeto pasivo individual"[598].

El derecho real, es, pues, la otra cara de una obligación real, un derecho, en suma, de crédito. Por ello, como es difícil diferenciarlo del derecho de crédito «personal», resulta que

---

[594]Cfr. GINOSSAR, *op. cit.*, n. 38.

[595]Cfr. GINOSSAR, *op. cit.*, n. 42.

[596]Esta es una de las objeciones que opuso DABIN, en su certera crítica a GINOSSAR, y en lo que ha coincidido la doctrina posterior. "Si todo es propiedad, no hay ya propiedad. El derecho de propiedad en sentido específico se desvanece". Cfr. DABIN, J., "*Une nouvelle définition du droit réel*", *RTDC*, 1962, p. 20 y ss.

[597]Trata de demostrarlo en n. 44 («*falacieuses analogies*») pero son sus argumentos los que en realidad parecen falaces, pues ni la propiedad es una «suma de prerrogativas» sobre el bien, ni los derechos reales suponen un poder físico igual al que pueda observarse en un derecho de crédito que otorgue contacto físico directo sobre la cosa.

[598]Cfr. GINOSSAR, *op. cit.*, n. 43.

también en el arrendamiento cuando ha de ser respetado por el adquirente aparece una obligación real, y GINOSSAR se muestra partidario de la naturaleza real de este derecho[599].

El derecho real, hay que tenerlo presente, supone una anomalía, pues implica un obstáculo a la libre circulación de los bienes[600]. Citando a DERRUPPE, señala que "afectar una cosa a la ejecución de una obligación de tal manera que no pueda pasar de mano en mano sin permanecer así gravada, es obstaculizar gravemente la seguridad, y la libertad del comercio; y es preciso que una tal carga sea muy necesaria, o al menos útil, para justificar su mantenimiento"[601]. (Por eso DERRUPPE pasa revista a las distintas medidas que ha tomado el legislador en orden al establecimiento de derechos reales). La obligación real (señala que esto lo había destacado ABERKANE) tiene su campo propio, y sólo dentro de él podrá actuar la voluntad de los particulares para su creación, modificación o extinción. Si no se sitúa allí, la voluntad sólo podrá producir obligaciones personales, si satisface −al menos− las condiciones de estas últimas. "Los particulares no son libres de crear a su voluntad toda especie de derecho real, sólo pueden hacerlo dentro de los estrechos límites trazados por el legislador"[602]. Sin embargo, reconoce GINOSSAR que en este punto los rigores se han atenuado sensiblemente. Sí permanece la presunción contraria a la realidad de una obligación −cuando pueda establecerse tanto como personal cuanto como real−[603].

De todos modos, explica que, así como la obligación pasiva universal que caracteriza a la propiedad implica por lógica un contenido negativo, la obligación real concreta puede suponer prestaciones positivas, pues sólo criterios de oportunidad impulsan al legislador a darle el contenido que considere conveniente. Y esto sería cada vez más frecuente, p. ej., en materia de servidumbres. Así afronta la cuestión de las posibles prestaciones positivas accesorias del derecho real, mostrándose favorable a la doctrina del derecho real *in faciendo* en términos semejantes a como lo había hecho RIGAUD: esas prestaciones positivas no son «una» obligación real, sino que «son» obligación real, en cuanto forman parte del derecho real visto desde el lado pasivo. No distingue, pues, especialmente, lo que es contenido típico-real, de las obligaciones reales accesorias[604].

---

[599]Cfr. GINOSSAR, *op. cit.*, n. 65.

[600]*Vid.* GINOSSAR, *op. cit.*, n. 50 y ss.

[601]Cfr. GINOSSAR, *op. cit.*, n. 50; DERRUPPÉ, *La nature..., cit.*, n. 296.

[602]Cfr. GINOSSAR, *op. cit.*, n. 58.

[603]Cfr. GINOSSAR, *op. cit.*, n. 60.

[604] Cfr. GINOSSAR, *op. cit.*, nn. 59 y 64.

Por último, hay de hacer referencia a un aspecto, a mi modo de ver, aprovechable: aunque lo refiere a las obligaciones reales tal y como las concibe, apunta GINOSSAR[605] que el abandono liberatorio no tiene porqué ser «el criterio» distintivo de la obligación real (como defendía MICHON, y después, bajo su influjo, BONNECASE y otros) hasta el punto de que, si falta, la obligación sea personal. No. Puede ocurrir que no exista la posibilidad de abandono liberatorio, y la obligación siga siendo real.

La teoría general de Aberkane

En parecida línea de aproximación entre obligación real y derecho real se había situado el trabajo de Hassen ABERKANE[606].

Comienza su exposición diciendo que la obligación vinculada a un derecho real, del que sigue las fluctuaciones −implica transmisión con el derecho y abandono liberatorio− se presenta por la ley especialmente en tres casos: la obligación de reparar el muro medianero, la de hacer las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, y la del tercero detentador de inmueble hipotecado[607].

La Jurisprudencia −continúa− ha considerado estos casos simples manifestaciones de una noción general, de la que ha encontrado otras aplicaciones. Invoca la noción para utilizar sus efectos ordinarios, y esto parece deseable −poder vincular al causahabiente a título particular− en diversos supuestos. A veces, incluso, la ha utilizado para atentar contra la teoría general del derecho real, constriñendo a un tercero a una prestación positiva en favor del titular. Así, cuando hace derivar del principio de fijeza de la servidumbre −arts. 701 y 702 CCF− obligaciones positivas: prohibiendo la agravación de la servidumbre, obliga a los particulares a actuar para evitarla y, si se ha producido, para repararla, extendiendo esta obligación al adquirente del predio de que se trate[608].

Asegurar la transmisión de una obligación al causahabiente particular puede ser útil en determinados supuestos, aunque contra ello se alza el principio de la relatividad de las convenciones. La Jurisprudencia ha utilizado diversos expedientes para obtenerlo, entre

---

[605]Cfr. GINOSSAR, *op. cit.*, n. 61.

[606]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*

[607]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 2 y ss.

[608]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 10 y ss.

ellos, el recurso a la servidumbre, pero parece que el medio más adecuado no es otro que la obligación *propter rem*, pues "es muy difícil analizar toda obligación como servidumbre". ABERKANE trata, por ello, de contribuir a la teoría de la obligación real, planteando una serie de cuestiones fundamentales (¿Se trata de un derecho real, de un derecho personal, de una noción intermedia? ¿Cuál es su naturaleza jurídica? ¿Cuál es el juego de la voluntad privada, de la convención, en materia de obligaciones *propter rem*?) y buscando una definición aprovechable[609].

En esa búsqueda[610], descubre ABERKANE que el deudor es titular de un derecho real, también el acreedor; y que los derechos de uno y otro recaen, o bien sobre una misma cosa, o sobre cosas vecinas. Se trata de derechos «en conflicto» o «rivales», y entonces parece que la obligación *propter rem* tiene como función resolver este conflicto instituyendo entre los derechos un *modus vivendi* aceptable, que pueda asegurar su coexistencia pacífica y permita su ejercicio concurrente[611].

La obligación real parece ser la oponibilidad de un derecho real al titular del derecho real antagonista, como adaptación de la obligación pasiva universal a la situación de conflicto de derechos. "Todo derecho real, que normalmente se opone a los terceros por efecto de una obligación negativa, se opone excepcionalmente a los terceros titulares de un derecho concurrente, por efecto de una obligación eventualmente positiva", la obligación real[612]. Vínculo jurídico que tiene su origen y manifiesta la oponibilidad de un derecho real, pero no tiene, propiamente hablando, una naturaleza real, pues une a una persona con otra[613].

Va examinando después cómo esta definición se verifica en los supuestos de vecindad[614] y de concurrencia de derechos reales[615], y del conflicto simultáneo de vecindad y

---

[609]Sobre este objetivo, los recursos utilizados para obtenerlo, y la utilidad de la obligación *propter rem*, *vid.* ABERKANE, *op. cit.*, n. 14 y ss.

[610]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 21 y ss.

[611]*Vid.* ABERKANE, *op. cit.*, n. 23.

[612]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 26. La obligación será de carácter positivo cuando sea la inactividad del titular concurrente la que amenace con causar un daño al derecho protegido por aquella. Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 77.

[613]Si bien esto no termina de quedar claro en la concepción de este autor, por cuanto ve la obligación real como una mera adaptación de la obligación pasiva universal.

[614]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 36.

concurrencia[616]. En su deseo de buscar un fundamento de las obligaciones reales que «no esté» en la voluntad, pone −por ejemplo− como fundamento de las del propietario el derecho del usufructuario, etc.

Esta idea de relacionar la obligación real con la concurrencia de derechos sobre un mismo objeto, es acertada, y, por eso, cuando ABERKANE estudia y compara con la suya otras definiciones de la obligación real[617], puede demostrar que tal conexión está presente de alguna manera en los trabajos del resto de los especialistas.

Pero reconoce que en su definición hay, al menos, un punto débil: la obligación real, explica, es la marca del respeto que un derecho real impone al titular del derecho rival. Pero esto no permite ver con precisión cuáles son las prestaciones debidas por éste último: "El reproche más vivo que puede hacerse a nuestra definición es referirse a una noción imperiosa pero vaga: el respeto de un derecho real, pues el contenido, la extensión de este respeto es susceptible de una comprensión muy variable".

Ha de haber un límite, en la concurrencia, que marque las fronteras entre la independencia de los derechos (que da lugar a la regla de unanimidad aplicada en Francia para los actos de administración en la copropiedad, o a que no quepa indemnización para el usufructuario por las mejoras hechas) y la colaboración exigible. ¿Cuáles son las obligaciones posibles que «aseguran» el ejercicio del derecho real, frente al derecho concurrente o vecino?

El único medio de evitar la arbitrariedad en este campo[618] es el recurso a la competencia legal. Es la ley la que actúa por vía de excepción al principio de independencia.

Sin embargo, ABERKANE rectifica en parte esta visión: existen, dice, obligaciones que corresponden tan manifiestamente a este deber de respeto, que no necesitan apoyo de texto legal alguno: así ocurre con las de mantenimiento y conservación. Se distribuyen cuantitativa (p. ej., en la copropiedad) o cualitativamente (p. ej., en el usufructo). Además, cuando los titulares están de acuerdo en la apreciación del interés real de sus derechos, e

---

[615]Analiza usufructo (n. 37 y ss.), servidumbres (n. 53 y ss.) y copropiedad −que explica como una manifestación de la teoría de las obligaciones *propter rem* (n. 68 y ss.)− defendiendo que el compromiso de no exigir la partición es también un ejemplo de obligación *propter rem*.

[616]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 78 y ss.

[617]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 86 y ss.

[618]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 90.

instituyen una obligación real, no hay riesgo de arbitrariedad. Admite, entonces, el juego de la convención entre particulares en esta materia, y dedica una parte importante de su trabajo a indagar este papel de la voluntad privada en la creación, modificación y extinción de obligaciones reales[619].

Recuerda ABERKANE que la doctrina suele afirmar el carácter legal de las obligaciones *propter rem*. Cita, en este sentido, a MICHON y BALBI[620], quienes, sin embargo, reconocen la posibilidad de modificar las preexistentes. Por ello apunta ABERKANE que suele reconocerse a la voluntad particular un cierto papel en la materia; pero queda sometida en su actuación a condiciones legales estrictas. Se plantea[621] ¿Puede la voluntad privada crear, modificar o extinguir obligaciones *propter rem*?

Está claro que puede extinguir una obligación real de origen legal: la doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que, por ejemplo, la renuncia a la medianería supone la extinción convencional de una obligación real. También es posible modificarlas: así, el art. 699 CCF no sólo permite cambiar unos trabajos facultativos en obligatorios, sino incluso su incidencia.

Y puede la convención, en definitiva, crear obligaciones reales. Pero, fijémonos en este punto en la argumentación de ABERKANE: "un texto viene a darle este poder. Es el art. 686. *Este texto, esencial en nuestra materia, autoriza en efecto a los particulares a crear convencionalmente esas obligaciones propter rem que son las servidumbres"*.

Así pues, si hemos visto que confunde nuestro autor «obligación real» con la obligación pasiva universal y con la propia oponibilidad del derecho real, ahora viene a considerar a la servidumbre un supuesto característico de aquellas.

Lo estudia precisamente dentro del apartado que dedica a la "apreciación crítica de nuestra definición"[622]

Señala ABERKANE que los autores que han pretendido diferenciar claramente obligación real y servidumbre (con la intención, sobre todo, de hacer de aquella una noción

---

[619]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 125 y ss.

[620]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 99: "*les obligations propter rem sont de droit étroit*"; BALBI, *Le obbligazioni..., cit.*, n. 24: "son relaciones tipo en el sentido de que no pueden formarse más que cuando la norma lo permite".

[621]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 126.

[622]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 92 y ss.

autónoma, a la que no se pudiera aplicar el art. 686 CCF, que, en principio, parece prohibir vincular «en el plano real» una obligación a un derecho) no han llegado a una construcción suficientemente sólida de la obligación *propter rem*, que hayan podido oponer a la servidumbre[623], ni han podido llegar a demostrar la inaplicabilidad del art. 686 a las obligaciones *propter rem*[624].

En realidad nada diferenciaría a la obligación *propter rem* −género− de la servidumbre −especie−: la ley, contemplando el conflicto de derechos reales que se produce en la vecindad (conflicto que fundamenta y origina las obligaciones *propter rem*) ha establecido obligaciones de dar, de hacer o no hacer, como «servidumbres legales». "Pero la ley no ha podido prever todos los casos ni imponer este respeto (de una propiedad a la «propiedad rival») en todos los supuestos en que, siendo deseable, no era, sin embargo por ello necesario". Para estos casos, ha permitido a los propietarios reglar de forma amigable, pero eficaz y definitiva, el conflicto de derechos de propiedad, estableciendo convencionalmente obligaciones *propter rem*, que la ley llama en este caso «servidumbres». El art. 686, entonces, no es «mortal» para las obligaciones *propter rem* −como pensaba DE JUGLART− sino que expresa la posibilidad convencional de crearlas y las condiciones para hacerlo[625].

---

[623]Dos diferencias básicas las separarían: que la servidumbre tiende a la satisfacción de la utilidad real del fundo, mientras que la obligación real puede satisfacer el interés personal o comodidad de su acreedor; y que sólo la obligación *propter rem* puede consistir en una prestación positiva. Pero, según ABERKANE, sólo se trata de diferencias de régimen, pero "no se nos dice por qué existen, cuál es la diferencia de concepto. Las diferencias quedan sin justificar". Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 92.

[624]Estas «obligaciones *propter rem*» quedarían como "una servidumbre que no osa decir su nombre", y a la que sólo se llama de otra manera para abrir perspectivas cerradas por el *Code civil*. ABERKANE afirmará que, en realidad, la servidumbre es una obligación real que no osa decir su nombre.

[625]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, nn. 93 y 94. : han de tender al «interés real» −de un fundo− por una parte, y no ser debidas sino a razón de un derecho de propiedad, por otra. (No significa la segunda condición que estén prohibidas las prestaciones positivas, lo que demostrará después, n. 98 y ss.) Establece la servidumbre un *modus vivendi* entre dos fundos, dice JOUVENT, y recalca ABERKANE que ésta es precisamente la función de la obligación real. *Vid.* JOUVENT, *Interpretation de l'article 686 du Code civil. De la règle que les servitudes doivent bénéficier ou préjudicier au fonds et non à la personne*, Grenoble, 1935.

Más que considerar a las obligaciones reales como servidumbres −como hacía RIPERT[626]− habrá que reconducir la especie al género. "La servidumbre es −así− la obligación *propter rem* entre dos fundos inmobiliarios vecinos". Así es como salva, para esta noción, un amplio campo de acción a la voluntad de las partes, lo que quedará completado con una interpretación flexible del art. 686 y las condiciones que impone a la voluntad privada, que, en general, se aplicarían a todo tipo de obligación *propter rem*: interpretación amplia de la «utilidad del fundo dominante» y del «servicio por el fundo sirviente». La doctrina de ABERKANE solicita la aplicación del art. 686 CCF, que los esfuerzos de los juristas trataban precisamente de eludir, por considerarlo demasiado severo, a la obligación real. Pero hace una interpretación amplia del precepto, de modo que sus exigencias vengan a coincidir con las condiciones normales de la obligación real: existencia de dos derechos reales «en conflicto» −esta vez, de vecindad− y salvaguarda de un «interés real», en respeto de uno de los derechos en presencia[627].

---

[626]RIPERT intenta catalogar como verdaderas servidumbres las denominadas legales: argumenta que 1/ la naturaleza de un derecho no depende de su frecuencia o rareza 2/ la regla *servitus in faciendo consistere nequit* no está consagrada en texto legal alguno. Los esfuerzos de RIPERT le parecen a ABERKANE vanos, por intentar reconducir el género a la especie. "Por el hecho de que la servidumbre era la única noción presentada y seriamente estudiada en nuestro derecho, ha conquistado en él una plaza de privilegio que no merecía. La doctrina y la jurisprudencia han pretendido reconducir a ella todas las hipótesis prácticas posibles, cada vez que fuera posible. Era considerada como el tipo perfecto, que se basta a si mismo, en el que conviene encuadrar los casos particulares. Pero las dificultades considerables que llevan consigo esos encuadres prueban el error, que está en su origen, y que debe ser vigorosamente denunciado. No conviene llevar esos casos a la servidumbre, que no es sino un caso particular de la obligación *propter rem*. Conviene reconducirlos a la obligación *propter rem*. Lo contrario conduce al particular a otro particular, que entonces está forzosamente inadaptado. Encontramos muchas de estas tentativas abocadas desde el principio al fracaso: cláusula de irresponsabilidad minera, obligaciones de no concurrencia entre establecimientos de comercio, cláusulas de exclusividad de aprovisionamiento, incluso «servidumbre de indivisión». ¿Por qué existen estas dificultades insalvables? Porque se quiere a toda costa reconducir casos particulares a otro caso particular, que se toma equivocadamente por la noción general". Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 95.

[627]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 96. El art. 686, escribe ABERKANE, se establece para evitar la servidumbre del hombre a la tierra. Su aplicación, por tanto, se impone, pero ha de interpretarse a la luz de la teoría de las obligaciones *propter rem*, por lo cual no es tan severo como pudiera parecer, sino flexible. Al establecer que las servidumbres deben ser "impuestas a

Del art. 686 CCF surgirían dos reglas, que es preciso matizar: impide a la servidumbre consistir en una prestación activa; no puede dirigirse a satisfacer el interés personal del propietario.

En el primer caso, dice ABERKANE que, de la regla de que el servicio no debe estar impuesto a la persona, se ha deducido precipitadamente la prohibición de prestaciones activas, vendrían por definición impuestas a la persona. Pero la aplicación de la teoría general de la obligación *propter rem* ordena el rechazo de la regla pretendidamente deducida. El art. 686 significa solamente que el deudor no está obligado sino a razón del derecho que posee sobre el fundo, y si por este artículo la ley viene a permitir a los particulares establecer lo que ella misma ha fijado por razones análogas, resultará que pueden imponerse uno al otro prestaciones activas, siempre que permanezcan en el ámbito marcado por la segunda regla.

Esta segunda regla supone que la servidumbre ha de tender a la «utilidad real» del fundo dominante. La obligación real protege a un derecho real por sí mismo, no el interés personal, variable y contingente, de su titular. Pero la ley misma adopta una concepción amplia de este interés real, cuando establece servidumbres de vistas o medianería, que suponen una simple comodidad o economía para las personas. Los particulares pueden hacer lo mismo[628].

La Jurisprudencia, reconoce ABERKANE, tiende sin embargo a interpretar con rigidez la regla *servitus...*, como mostró en su día DE JUGLART. Por eso le parece rechazable en este punto. Se invocan dos argumentos para ello, el de orden político −miedo del retorno del feudalismo, que para ABARKANE (siguiendo a la doctrina anterior, entre ellos RIGAUD) no tiene sentido en las actuales condiciones económico-sociales− y el de orden jurídico −que se trata de un derecho real−. Frente a esto último, ABERKANE responde que tal calificación es discutible. Y que la propia Jurisprudencia da un gran desarrollo a las prestaciones accesorias a la servidumbre −positivas−, con el reproche que a esto hacía

---

un fundo y para un fundo", expresa que debe tender a satisfacer el interés «real» del fundo que se beneficia de ella, y no imponerse sino al fundo vecino: el texto traspone, pues, las condiciones de la teoría general. Si hubiera puesto condiciones especiales a la creación de servidumbres, su interpretación rigurosa sería normal. Como no ha hecho sino retomar las condiciones mismas de la teoría, una buena lógica invita a referirse a esta misma teoría para precisar el sentido de los términos empleados.

[628]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 97.

RIGAUD: más que excepciones al principio, habrá que reconocer que se ha partido de un principio inexacto.

Criticada la regla *servitus...*, no han desaparecido, sin embargo, todas las dificultades para la consideración de la servidumbre como obligación real: no es la menor que las servidumbres se consideran «generalmente» derecho real (el propio ABERKANE, al hablar de las obligaciones reales derivadas del principio de «*fixité*», o del art. 699, ha dicho que se refieren al conflicto entre dos derechos reales, propiedad-servidumbre. ¿No habría contradicción entre decir que la servidumbre es un derecho real, y, luego, que se trata de una obligación real?).

En cuanto a la servidumbre negativa, está claro para ABERKANE su naturaleza de obligación real, no de derecho real[629].

Pero las servidumbres de hacer −las que otorgan a su titular un poder efectivo sobre el fundo sirviente− son derechos reales. La explicación de ABERKANE, es que el conflicto de vecindad da lugar a una **obligación real de dar**, que es ejecutada inmediatamente. Por ejemplo, en caso de enclave, existe una obligación real legal de dar; si una servidumbre de paso pareciera útil, pueden los propietarios llegar a un arreglo para establecerla: crearían convencionalmente la obligación de dar que existe de pleno derecho en el caso del enclave. Cuando la ejecución de la obligación es exigida, se atribuye un derecho real al propietario del fundo dominante, lo que origina un nuevo conflicto, esta vez de superposición de

---

[629]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 101 bis. Lo que ocurre es que la doctrina, a falta de poder hacer de ella una obligación personal, ha hecho un derecho real. "Aquí está, para nosotros, el tipo de consecuencias funestas a que conduce el falso dilema en que nos encerramos a nosotros mismos, considerando que no hay más que derechos reales y derechos personales, y que lo que no es uno es forzosamente lo otro, y viceversa (...) Este razonamiento está viciado desde el origen, pues ignora la existencia de la noción de *engagement réel*. Por nuestra parte, estimamos que en la servidumbre de no hacer, es preferible hablar no de «derecho» sino de «obligación» real, ya que ningún poder efectivo corresponde a su titular".

"Ciertamente, se comprende que la doctrina, deseosa de afirmar la «oponibilidad *erga omnes*» de la servidumbre de no hacer, haya recurrido a la noción de derecho real, porque esta noción −si bien imperfecta e inadaptada− era la única que conocía y que podía, bien que mal, justificar las soluciones de transmisión de la obligación y facilidad de abandono. Pero esta actitud ha sido nefasta. En efecto, se ha vuelto contra la noción misma de derecho real y ha contribuido a oscurecerla por la deformación considerable que la ha hecho sufrir. Quizás puede decirse, simplemente, que el derecho real es el que da poderes de goce efectivos sobre una cosa".

derechos, sobre el fundo sirviente, que puede reglarse también convencionalmente (art. 699)[630].

Se observa que la argumentación de ABERKANE, en este punto, es un poco extraña. Para defender sus tesis, llega a hablar de obligaciones de dar en materia de constitución de derechos reales, y precisamente en un sistema de transmisión consensual.

Visto cómo sitúa las servidumbres en relación con la obligación real, hemos de volver al tema que nos ocupaba, de las condiciones de la intervención de la voluntad para su creación, modificación y extinción.

Después de presentar aquellas hipótesis legales o jurisprudenciales en que "vemos a la voluntad crear, modificar, extinguir obligaciones reales"[631] se pregunta si estas hipótesis permiten establecer algún principio general. Y responde afirmativamente. "Esta conclusión resulta especialmente del art. 699: si la ley ha permitido algo tan grave (la inversión de la cualidad de acreedor y deudor de la obligación *propter rem*) está claro que permite por ello todas las medidas cuya gravedad es menor: quien puede lo más, puede lo menos: como, en el caso, ha permitido la medida más grave que, parece, se puede concebir, todo poder debe ser reconocido a la voluntad de crear a su guisa relaciones reales". Veamos en qué condiciones[632]:

La voluntad ha de moverse dentro del marco propio de las obligaciones reales (*rapport d'ordre réel*): los contratantes han de proponerse resolver el conflicto de derechos reales. Supone dos condiciones: presencia de dos derechos reales rivales y satisfacción de un puro interés real.

No cabe hablar de obligaciones *propter rem* cuando no hay conflicto (vecindad, superposición) a resolver. Si lo hay, las partes pueden resolverlo convencionalmente. De ello tenemos ejemplos en la copropiedad (posibilidad de establecer, p. ej., un goce sucesivo de la cosa), en el usufructo (reparto de cargas y reparaciones), etc. Pero sin derechos reales en conflicto no puede haber obligaciones *propter rem*[633]. La obligación real precisa dos

---

[630]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 102.

[631]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 126.

[632]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 127 y ss.

[633]Explica ABERKANE que hay gran número de hipótesis, en este caso, en que los autores han creído poder utilizar la noción, que distinguen entonces mal del «derecho real *sui generis*». Pero no habría aquí derechos reales en conflicto, sino un derecho real con una obligación

poderes efectivos de goce de la cosa, cuyo ejercicio asegura. La necesidad de un conflicto restringe el campo: si no lo hay, existirá −si se admite− derecho real *sui generis*, u obligación personal[634]. "Cuando la existencia de dos derechos reales rivales está establecida, entonces, y sólo entonces, sus titulares pueden establecer entre ellos «*rapports d'ordre réel*» destinados a regular los goces y cargas de sus derechos respectivos".

Y han de cumplir además otra condición: satisfacer el interés objetivo del derecho. "Existiendo el conflicto fuera de las personas, es normal que sea resuelto fuera de toda consideración tocante a las personas. El interés personal del titular debe distinguirse del interés del derecho mismo. La obligación real no protege más que el segundo". Sólo el interés real puede ser objeto de una protección real (acción confesoria del propietario, etc.) por medio de obligaciones *propter rem* convencionales. Se trata, dice ABERKANE, de la condición que el art. 686 pone para las servidumbres, y que conviene extender a todas las obligaciones reales.

Pero si la distinción (interés personal-interés real) es muy conocida, su aplicación es muy delicada, como muestra la contradictoria Jurisprudencia. ABERKANE presenta algunas directivas de interpretación a este respecto, que tienen mucho interés pues van a

---

especial que lo grava, calificada «derecho real *sui generis*» pero que no mira a preservar ninguna prerrogativa del acreedor sobre la cosa sobre la que recae.

Algunos han tratado de explicar así la venta con precio impuesto para la reventa. Se ha hablado de derecho real *sui generis* (la doctrina es reticente a la noción; *vid.* CALASTRENG, S., *La relativité des conventions*, Toulouse, 1939) pero no cabe hablar de obligación *propter rem*, pues falta la coexistencia de dos derechos reales de goce sobre una cosa.

Ocurre que la Jurisprudencia ha utilizado indistintamente los dos términos para referirse a supuestos (obligación de no pedir indemnización al que explota la mina, a cargo del propietario de la superficie; obligación del comerciante de no concurrir con el comercio del fundo vecino) que podrían reconducirse a obligaciones *propter rem*. Sin embargo, no todas las ocasiones en que se ha hablado de derecho real *sui generis* pueden reconducirse a obligación *propter rem*. Es un paso −explica ABERKANE− que algunos han dado (igualar ambas nociones) pues es muy difícil distinguirlas si, como DE JUGLART o BALBI, sólo se vincula la obligación al derecho real del deudor. Si el acreedor no ha de ser titular de un derecho real y puede exigir de quien lo es el cumplimiento de una prestación, se le está reconociendo un derecho real *sui generis*, y las críticas que afectan a esta noción (que un derecho real no puede consistir exclusivamente en la prestación de un tercero −sólo pasa en las cargas reales−) se dirigirían también a la obligación real.

[634]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 128.

hacer posible la existencia de un buen grupo de obligaciones reales: señala, por ejemplo, que el interés de «*agrément*» no es simplemente de orden personal. Según las circunstancias, puede satisfacerse con estas obligaciones un interés personal o real. Los tribunales tienen en esta materia una parte de apreciación muy importante. Así, caben cláusulas de «habitación burguesa», de estética, etc., que correspondan a un verdadero interés real. El «interés real» del art. 686 CCF debe interpretarse de modo liberal, debiendo estarse, en la duda, a favor de la obligación real.

Como hemos apuntado, nuestro autor confunde y asimila la obligación real con la propia oponibilidad del contenido típico real, y esto se hace evidente cuando se ocupa de su naturaleza jurídica[635]:

"Uniendo a los titulares de derechos rivales, la noción parece ser una adaptación de la «obligación pasiva universal» a la situación de conflicto en que se ejercen esos derechos. Participa pues de la naturaleza de la propia obligación pasiva universal". Expresando la oponibilidad del derecho, vendría a constreñir a una persona a una prestación determinada en provecho del titular. Y pone ABERKANE el ejemplo del robo, que origina después ese "vínculo jurídico entre dos personas, en virtud del cual una es constreñida en provecho de otra a una prestación determinada", fórmula donde se reconocería la definición clásica de los derechos de crédito. Viene a confundir, por tanto, la obligación real con la pretensión real.

"Ciertamente −reconoce luego−, la «obligación pasiva universal» y el derecho de crédito están separados por muchas diferencias", como la indeterminación de los sujetos deudores de la primera, o incluso el hecho de que está siempre subordinada a la existencia material de una cosa determinada. Pero −argumenta ABERKANE− "a fuerza de oponer sin cesar el derecho de crédito y la obligación pasiva universal, se ha terminado por perder de vista su elemento fundamental que es precisamente común. Ambas son lazos jurídicos entre personas constriñendo una hacia la otra a ciertas prestaciones. He ahí la sustancia misma de toda obligación en su sentido más amplio: el de **relación de derecho**". Utiliza, pues, el camino del amplio campo de la relación jurídica.

Dice ABERKANE que la tesis personalista es errónea en cuanto coloca como elemento constitutivo del derecho real la obligación pasiva universal, que es sólo su lado externo.

---

[635]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 103 y ss.

Pero considera errónea también la doctrina clásica que, por entender evidente ese lado externo, no le daba mayor importancia[636].

"Es en efecto constante que los terceros deben permitir el ejercicio del derecho, y se recurre a esta obligación cada vez que se quiere sancionar la violación de un derecho. Pero, ya que esta obligación existe, importa encontrarle una calificación jurídica". La doctrina, al compararla con la obligación personal, se habría fijado más en las diferencias que en las semejanzas porque "cuando el titular opone su derecho real a un tercero, puede, en la mayoría de los casos, obtener una satisfacción material directa". Lo que no sería propio del derecho de crédito, caracterizado por su objeto más variado y porque no siendo muchas veces posible la ejecución *in natura*, se resuelve en una indemnización de daños y perjuicios. "Esta diferencia les ha llevado a separar ambas nociones, cuando no proviene en el fondo más que de su diferente objeto, obligación negativa u obligación de hacer susceptible de una ejecución forzosa directa de un lado, obligación más variada y especialmente obligación de hacer solamente susceptible de ejecución por equivalente, de otro".

Nuestro autor mezcla la relación real con la relación de obligación real. Y, en efecto, existe esta mezcla, o entrelazamiento: pero porque la obligación pasiva universal siempre se determina, cuando hay un tercero concreto, en una relación **real** concreta −que no es obligación real− que puede ir acompañada de obligaciones reales concretas[637]. Y defiende la analogía entre obligación real y personal, poniendo de relieve lo que es común a toda relación jurídica: "*ce sont des liens de droit unissant deux personnes et destinés à recevoir solution*". Esto, es demasiado fácil.

---

[636]Cuando en esto consiste la clave de la semejanza (como relación jurídica) y distinción (como derechos subjetivos) de derecho real y derecho de crédito.

[637]De alguna manera, lo ha visto, pues dice: "*La remarque offre quelque intérêt. Si en effet la thèse classique pouvait facilement opposer les deux notions par la seule considération de leur objet, il importe, en ce qui nous concerne, d'en tirer les conséquences logiques. Le système vaut dans la mesure où le droit réel n'impose aux tiers que des obligations négatives, ce qui est vrai en général. Mais nous avons vu que pour le tiers titulaire du droit rival, cela ne vaut plus. En ce qui le concerne, il pourra être astreint à des obligations de toute sorte, des obligations de faire notamment. Comment ne pas apercevoir alors que, par sa diversité d'objet, l'obligation qu'il subit à titre réel, se rapproche encore plus du pur droit personnel? Dans tous les cas, le créancier réel, pour obtenir satisfaction, devra, lui aussi, comme un créancier personnel, compter avec la volonté du débiteur.*" ABERKANE, *op. cit.*, n. 103, p. 134.

Lo que sí está claro es que la obligación ha de tener −también si es real− unos medios de ejecución (que serán distintos a los de la propia relación real, o confundirse con ellos). Y, en relación con esto, alcanza ABERKANE una conclusión que parece aceptable: la obligación *propter rem* sigue el régimen de los derechos de crédito, salvo en los puntos en que ello es incompatible con su origen real.

En cuanto a ese régimen, toca ABERKANE las tradicionales cuestiones de la transmisión y el abandono liberatorio. Concede más importancia a la transmisión que la doctrina anterior[638]. En este punto postula −utilizando cierta jurisprudencia[639]− que, respecto a las obligaciones vencidas y aún no ejecutadas, el transmitente no queda en principio liberado, *ni frente al adquirente ni frente al acreedor*, pero el adquirente va a venir sujeto al cumplimiento y obligado también a la indemnización de los daños que derivasen al acreedor de la falta de cumplimiento anterior a su titularidad[640]. Existe, pues, un *cumul* de responsabilidades, y el acreedor puede elegir a quién va a exigir el cumplimiento. Todo esto, para otros autores, como MEJASSOL[641], sería más propio de las obligaciones *in rem scriptae* (así califica la de pagar la indemnización de medianería); pero, según ABERKANE, esto es inexacto, pues se trata, según la generalidad de la doctrina, de obligaciones *propter rem*.

Respecto del abandono liberatorio[642], ABERKANE diferencia, por su finalidad liberatoria, este supuesto de la simple renuncia o abdicación de un derecho[643], y defiende la liberación tanto de las obligaciones futuras como de las vencidas[644].

---

[638]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 108 y ss.

[639]En materia de *indemnité* de medianería. Cita *Cass*, 21 marzo 1843, *S*. 1843-1-350; *Req*. 10 de abril 1889, *D*. 89-1-321.

[640]Compagina, así, una jurisprudencia que había impuesto al adquirente, no sólo el mantenimiento del canal por el que se ejercía la servidumbre, sino también la reparación de los daños que su defectuosa construcción y mantenimiento, por el precedente propietario, habían causado (*Cass*. 7 de febrero de 1949, *JCP*, 49-5159); y aquella que mantenía la responsabilidad del primer titular, sin aceptar el abandono, por razón de la falta personal (*Cass.* 16 octubre 1863, *D*. 64-109; Grenoble, 21 octubre 1942, *GP*. 43-189; Lyon, 31 marzo 1943, *GP*. 43-1-280). Así lo hace, también, Limoges, 31 mayo 1920, *DP*. 1921-2-110)

[641]Cfr. MEJASSOL, R., *La mitoyenneté des murs*, Paris, 1939, p. 48.

[642]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 114 y ss.

[643]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 117.

[644]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 118.

En la última parte de su obra, observa la aplicación de su teoría en diversos campos del derecho civil y mercantil, y descarta algunas hipótesis que otros autores habían considerado obligaciones reales[645].

Concluye reconociendo que no es posible ver en la obligación *propter rem* un medio para asegurar a gran escala la transmisión de las obligaciones al causahabiente a título particular; su campo de aplicación ha de restringirse a la situación de conflicto de derechos reales. Reconoce que aquella era la preocupación que estaba presente al comienzo de su estudio, y el punto de llegada esperado, pero que esta finalidad no puede cumplirla la obligación *propter rem*[646]. El medio técnico para obtenerla quizá fuera la obligación *scripta*

---

[645]Analiza las aportaciones de su teoría en materia de servidumbres (n. 132 y ss.), lo que supone, entre otras cosas, la posibilidad de cláusulas de arquitectura o habitación burguesa, por la interpretación amplia del «interés real», o cláusulas de construcción, por el rechazo de la regla *servitus*... También, en materia de urbanizaciones (n. 138 y ss.) supone contar con un instrumento más adecuado que la propia servidumbre, que posibilita el establecimiento de cláusulas anteriores a una división actual de los fundos, igual que ocurre en la división de inmuebles por apartamentos. Asimismo, la accesión nos pondría en presencia de un conflicto de derechos reales resuelto por obligaciones *propter rem* (n. 159 y ss.) Y también la posición del tercer detentador de inmueble hipotecado le parece supuesto de obligación *propter rem*, pues se da un conflicto de derechos reales sobre el bien hipotecado, aunque reconoce que no es el paradigma de aquellas (n. 166 y ss.)

En el ámbito mercantil, pueden reglamentar las obligaciones *propter rem* la concurrencia de establecimientos mercantiles, entre los que cabe una vecindad física que pueda ponerles en contacto con clientelas concurrentes. Pero no cabrían como obligaciones *propter rem* ni la cláusula de *fourniture*, ni la de exclusividad de aprovisionamiento, ni la de reventa a precio impuesto, que no suponen concurrencia de vecindad entre establecimientos comerciales.

Respecto a la cláusula de no concurrencia, hay un reflejo de esta doctrina de ABERKANE en una reciente sentencia, que la reconoce como servidumbre, en contra de la Jurisprudencia habitual. Ahora bien, en el supuesto se manifiesta con mucha claridad la conexión con la utilidad fundiaria (en sentido amplio, eso sí) en un caso de división y reparto de una finca. Cfr. *Com.* 15 *juillet* 1987, *Bull. Civ. IV*, 194; *RTDC* 1989, 351, obs. F. ZENATI. Sobre el tema, *vid.* ROBERT, A., voz "*Servitudes*", *Répertoire de droit civil Dalloz, IX*, 1990, nn. 6, 111-112; MOREAU, E., "*La «servitude de non concurrence», étude critique*, *D.* 1994, *Chronique* 331.

[646]"Debemos decir que esta era el resultado esperado, la preocupación que nos ha conducido a emprender el estudio. *A priori*, la obligación *propter rem* ofrece al investigador el aspecto de una obligación unida a un derecho real. Y, muy naturalmente, el espíritu tiene tendencia a pensar que bastaría desarrollar y precisar el lazo de conexión que une esta obligación al derecho, para

in rem, que "se transmite al adquirente, pero de la que no puede liberarse por abandono el deudor"[647]. Pero tal vinculación de una obligación, derecho personal, a una cosa, vendrá establecida con carácter estrictamente legal. La obligación real sólo juega dentro del campo de la concurrencia de derechos reales.

La revisión personalista de la noción de servidumbre y la obligación real

La noción de obligación *propter rem*, igual que la de «obligación accesoria», ha sido uno de los recursos utilizados para adaptar el derecho de servidumbres a las situaciones concretas, por una Jurisprudencia deseosa de dar validez al mayor número posible de servicios fundiarios útiles al desarrollo y expansión de los fundos, pero también temerosa de resucitar, por ir demasiado lejos en la interpretación elástica de los principios del *Code civil*, una de las más odiosas instituciones del «*Ancien Régime*»[648].

Pensemos −explica FERRU− en una obligación puesta convencionalmente a cargo de una persona, que parece imposible de aceptar a título de servidumbre real; siendo el art. 1122 CCF incapaz de justificar su transmisión automática al causahabiente, y reconocido ya que el «derecho real *sui generis*» es un procedimiento impropio para permitir tal resultado, la obligación real se muestra como el último medio de escapar a los rigores de la legislación relativa a las servidumbres[649]. "Es con este fin como ciertas sentencias han creído poder usar y es a este nivel al que nosotros −HANSENNE, después FERRU− criticamos el recurso a la obligación *propter rem*"[650].

---

que cupiera servirse de ella muy generalmente para ligar otras obligaciones al derecho real, y asegurar así su transmisión con el derecho. Hemos reproducido este punto de vista en nuestra introducción. Desgraciadamente, nuestros descubrimientos no han dejado nada de esas primeras impresiones. La obligación *propter rem* no es propiamente hablando una «obligación» unida a un derecho real. Esta vinculación es solamente la consecuencia de que ella exprese la oponibilidad de un derecho que tiene esta misma cosa por objeto".

[647]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 192.

[648]Cfr. FERRU, *op. cit.*, p. 83. *Vid.* el análisis de la Jurisprudencia en pp. 24 y ss., 51 y ss.

[649]Cfr. arts. 637 y 686 CCF.

[650]Cfr. FÉRRU, *op. cit.*, p. 80.

La noción recibe de HANSENNE[651], FÉRRU[652], y en general, ciertos autores que han intentado fortalecer la noción de servidumbre, una crítica semejante a la que vierten sobre la de «prestación accesoria». Para obtener una vigorización y nueva funcionalidad de las servidumbres, ofrecen una visión «neopersonalista», en que el derecho del titular del fundo dominante tiene como contrapartida una «obligación real» −entendida, más o menos, en el sentido de GINOSSAR− del titular del fundo sirviente. La servidumbre consistiría en una relación, conjunto de derechos y obligaciones, entre los propietarios de los fundos, que incrementa la utilidad del fundo dominante merced a una colaboración del propietario sirviente[653].

Les preocupa, entonces, criticar las que ven como nociones autónomas dispuestas a «competir» con la servidumbre: la prestación accesoria, la obligación real. Porque semejantes instrumentos obstaculizan el triunfo de la nueva noción de servidumbre y no son necesarios si se ha modernizado la dogmática de aquella. No quieren aceptar que la utilidad del concepto está precisamente en su funcionamiento «dentro del derecho real», y que viene a simplificar la construcción de situaciones reales: su función puede parecer en muchos casos que sustituye la de las servidumbres, pero, en todo caso, el objetivo de destacar el «rol» de la persona en la servidumbre y, en general, en el derecho real, queda cumplido con ella sin necesidad de desvirtuar o deformar el esquema clásico de este.

Su crítica se ve facilitada por las exageraciones en que ha podido incurrir, real o aparentemente, la Jurisprudencia, cuando utiliza diversos expedientes para justificar la vinculación del adquirente por cláusulas de aprovisionamiento, irresponsabilidad minera, etc., y también porque la construcción de DE JUGLART no concretó un poco más los límites para la utilización del concepto.

Hace notar FÉRRU cómo los tribunales franceses, que aplican aparentemente con todo rigor el art. 686 CCF, no han dudado sin embargo en extender la noción de prestación accesoria, inspirados por la preocupación de "adaptar un modelo jurídico rígido a las imperiosas exigencias de la economía contemporánea". Y, refiriéndose todavía a las

---

[651]Cfr. HANSENNE, *La servitude collective, cit.*, pp. 41 y ss., 79 y ss.; 99 y ss.

[652]Cfr. FERRU, *op. cit.*, pp. 53 y ss. 79-82, 119 y ss., etc.

[653]Se trata de una línea que comienza en KORNPROBST, y, acogiendo elementos de las doctrinas de GINOSSAR, también de ARANGIO-RUIZ, desemboca en la defensa de la servidumbre como derecho real integrado por una reacción obligatoria. Así, en FERRU, HANSENNE, y, entre nosotros, recientemente, DOMINGUEZ PLATAS, *op. cit.*, *passim*.

prestaciones accesorias como medio para esa adaptación (después entrará en la crítica de la obligación *propter rem*) señala: "sin embargo, no es sino al precio de acomodaciones dudosas más o menos hábilmente disimuladas como la Jurisprudencia ha podido llegar a su objetivo: dando validez a prestaciones positivas cuyo carácter accesorio es dudoso[654] y sobre las cuales no podemos dejar de preguntarnos si no forman verdaderamente el objeto mismo de la servidumbre, no se aclara el problema del límite de las prestaciones positivas que están permitidas y las que no lo están. La noción de obligación accesoria parece *muy vaporosa*, y podemos entonces preguntarnos en qué medida no tiene como único fin permitir lo que el art. 686 CCF prohíbe. "*On frise l'imposture ou le pharisaïsme*"[655].

"No es extraño en estas condiciones que se haya acudido a paliativos. Con el apoyo benevolente de la doctrina, los tribunales han suscitado instituciones paralelas a la servidumbre y contribuido a una especie de destronamiento o relegación de esta". (La crítica de HANSENNE y FERRU va a dirigirse después contra la obligación *propter rem*, que se presenta como una figura autónoma enfrentada a la servidumbre y «cargada de peligros».) "Sería entonces que la noción misma de servidumbre no tiene (esto es lo que les preocupa) a fin de cuentas, ninguna importancia, si es verdad que es posible sustituirla siempre con la idea de carga real, de obligación *propter rem*, o incluso de derecho real *sui generis*. La respuesta a esta cuestión es capital: si es afirmativa, haría sin duda vano todo estudio nuevo centrado sobre la noción de servicio fundiario y todo progreso del derecho en esta dirección"[656].

Para la crítica de la noción autónoma de obligación real, FERRU muestra, primero, el uso que la Jurisprudencia hace de ella, recordando algunas sentencias. En una, muy antigua −la primera, dice, en que se plantea la naturaleza jurídica de las cláusulas de no concurrencia[657]− el concesionario de un fundo se había obligado "*pour sui et les siens à perpétuité de pas tenir et faire aubergue ni cabaret aux maisons qui y seraient construites*". Cuando hubo de pronunciarse sobre ello, *la Cour de Cassation*, rechazando a la vez los

---

[654]Cfr. FÉRRU, *op. cit.*, p. 55 y ss., se refiere a aquellas pocas sentencias relativas a servidumbres de suministro de energía eléctrica, y otras semejantes, en que el titular del fundo sirviente desarrolla toda la actividad ordenada a la producción y suministro de la energía o el material mineral de que se trate.

[655]Cfr. FÉRRU, *op. cit.*, p. 58.

[656]Cfr. FÉRRU, *op. cit.*, p. 58.

[657]*Cass. 4 Frimaire, an III, DJG Vº Servitudes, n. 51*

caracteres de la servidumbre y del derecho personal, admitía que la convención de que se trata presentaba «el establecimiento de una obligación real» y permitía así la transmisión de la obligación al causahabiente particular". A intervalos regulares, «*l'idée resurgit*»[658].

La obligación real aparece así como una figura autónoma, separada, por un lado, de la servidumbre, y por otro, de la obligación personal, pero quedándose como a medio camino entre ambas, y resaltando su eficacia «real», que permitía a la Jurisprudencia abrir un camino a convenciones que no tendrían validez «a título de servidumbre», y además tampoco se presentaban como accesorio de ella o de otro derecho real, con lo que desvinculando la obligación real de su función dentro del contenido del derecho, quedaba como una entidad autónoma apoyándose precariamente sobre el vacío, y que iba a ser fácil blanco de la crítica a pesar de su utilización relativamente frecuente por la Jurisprudencia.

Esta deducía de aquella calificación la posibilidad para el deudor de liberarse por el abandono, pero "sobre todo, los tribunales utilizan regularmente el concepto de obligación real para modificar sin el apoyo de un texto legal el régimen ordinario de las obligaciones personales: es un procedimiento que suscita reservas".

"(...) Esta jurisprudencia extensiva ya remarcable por cuanto no dispone del apoyo de ningún texto legal, se muestra más osada aún y en otras hipótesis invoca la noción de obligación *propter rem* para atentar a la teoría clásica del derecho real de servidumbre, cosa mucho más grave. Cuando le parece deseable constreñir a un tercero a una prestación positiva en provecho del titular de un derecho real de servidumbre, frenada por los principios que a sus ojos regulan la materia, utiliza, para lograr sus fines, el concepto de obligación *propter rem*. Las decisiones en la materia, evidentemente, han suscitado la curiosidad de los intérpretes, y son por ello muy conocidas. Algunas −relativas a los arts. 701 y 702 CCF, que prohíben la agravación de la servidumbre− obligan a los titulares a actuar para evitarla, y, si se ha producido, a actuar para repararla"[659].

La obligación de *remise des lieux en état* sería real, porque así lo entiende la Jurisprudencia, cuando "por derecho común la teoría de los derechos reales no le constriñe (al adquirente) evidentemente más que a soportarla, al cuidado, ya del titular del derecho violado, ya al autor personal de la violación": sería este un "primer atentado a la teoría de

---

[658]Cfr. FÉRRU, *op. cit.*, p. 81. Señala después otras sentencias en que se ha recurrido a la noción de obligación *propter rem*, y cita la jurisprudencia recogida por ABERKANE, *op. cit.*, pp. 4-5. *Vid.* también HANSENNE, *La servitude collective, cit.*, p. 80.

[659]Cfr. FERRU, *op. cit.*, p. 81.

los derechos reales a través del medio de la obligación *propter rem*", solución que, según ABERKANE es "*considérée maintenant comme acquise*". Esa «obligación real» de hacer vendría a "sancionar el principio de *fixité*"[660].

Y no es ésta la única posibilidad: la «prohibición» de lo que «agrave» la servidumbre es interpretado por los tribunales con gran libertad: obliga a actuar para evitar el perjuicio cuando sea necesario, si esto se ha solicitado; obliga a hacer cuando la inactividad lleve consigo el riesgo del daño, y los tribunales hablan en este caso de «obligación real» que se transmite al causahabiente[661]. Por ejemplo, cuando el titular de una servidumbre de acueducto debe mantenerlo y repararlo si su mal estado lleva en sí el riesgo de inundación del fundo. Por aplicación de la teoría de la obligación real, se impone una prestación positiva. Vemos, entonces −afirma FERRU− con qué libertad se ha utilizado el recurso a la obligación *propter rem*, básicamente para obligar al nuevo adquirente que, en principio, no parece que debiera estar obligado.

"Es preciso recordar además el recurso incesante de los tribunales al art. 698 CCF para dar validez en el cuadro de la servidumbre real a convenciones que ponen a cargo del propietario del fundo sirviente obligaciones positivas"[662].

---

[660]Estas últimas referencias corresponden a ABERKANE, *op. cit.*, n. 10. que en este punto sigue a DEMOLOMBE, quien se separa de la doctrina de otros exégetas. Para ABERKANE, este principio de *fixité* −arts. 701 y 702 CCF− traduce la oponibilidad de uno de los derechos al titular del otro derecho, y este es el lugar preciso de la obligación *propter rem*. Entonces, afirma, es fácil explicar las obligaciones negativas que expresan esos artículos −aquí empieza el problema, en realidad se trata sólo de los límites de la frontera de oponibilidad entre los derechos− y tampoco resulta extraño que la Jurisprudencia haga derivar, a veces, de estos artículos obligaciones positivas, que serían auténticas obligaciones *propter rem*. Así, como obligación real, la *rémise des lieux en état* puede imponerse también al adquirente inocente. Sobre esta sanción de la *fixité*, *vid.*, más reciente, por todos MARTY, G.-RAYNAUD, P., *Droit civil, Les biens*, 2ª ed., Paris, 1980, n. 160-1.

[661]Sobre este punto, *vid.* ABERKANE, *op. cit.*, n. 11.

[662]Esto es lo que obsesiona a buena parte de la doctrina francesa: que la «obligación» de la servidumbre −no es verdadera obligación− no sólo sea «de abstención», sino también positiva. En nuestro derecho, hora es ya de manifestarlo, no cabría ese problema, pues nuestro Código no tuvo reparo en admitir esto que aparentemente son servidumbres positivas *in faciendo*. La teoría de la obligación real, entonces, nos interesa, al revés que a los franceses, no para «dar entrada» a la obligación de hacer en el contenido de la servidumbre, sino para delimitar el carácter que van

Seguimos con FERRU: "Hemos mostrado cómo se pudo dar validez por los tribunales a obligaciones positivas gracias al recurso a la noción de «accesorio»; se podría muy bien, sin riesgo de contradicción, afirmar que los tribunales han recurrido en la materia al concepto de obligación *propter rem*, como calificaban esas obligaciones accesorias, para obtener un régimen exorbitante del derecho común. El recurso a la noción (...) permite a los tribunales salir de situaciones embarazosas; pero ¿No es un procedimiento no exento de fraude?" Efectivamente, criticará este procedimiento, y, después la construcción doctrinal francesa de la obligación real, como «la historia de una tentación»[663].

Antes de referirse a la obligación real, HANSENNE[664] explica también cómo, tras haber intentado el recurso al «derecho real *sui generis*», algunos han estimado posible utilizar, para ensanchar el ámbito que habría de corresponder a las servidumbres, otro método, interpretando el art. 1122 CCF[665] "de manera que se dé validez a la transmisión al causahabiente particular de las obligaciones de su causante". El Código posibilitaría el recurso a estas «obligaciones transmisibles» −a que se habrían referido sobre todo AUBRY y RAU y DEMOLOMBE−. Sólo cuando la crítica echó por tierra esta doctrina, se habría acudido a la obligación *propter rem* como concepto autónomo y distinto.

La cuestión tiene relación con el problema de la posición del adquirente de un bien ante los contratos, créditos y obligaciones del transmitente relacionados con tal bien. Esta vía de las obligaciones transmisibles le parece a FERRU llena de dificultades, pues el derecho de crédito es, por definición, relativo, une exclusivamente a dos personas, partes en el contrato, y "si bien es oponible a terceros como todo derecho, no puede sin embargo tener efectos «*à leur égard*»[666] ¿Cómo entonces tal obligación, aunque relativa a un bien determinado, podría imponerse al causahabiente en caso de enajenación?

Aunque la doctrina admite que el «estipular para sí y para otros» puede aplicarse a los derechos, supondría sin embargo tentar a lo imposible pretender justificar la transmisión

---

a tener estas obligaciones, de modo que no cualquier obligación de hacer pueda venir, sin más, a constituir una servidumbre.

[663]Cfr. FÉRRU, *op. cit.*, p. 81 y ss. En esto coincide exactamente con HANSENNE, *La servitude collective, cit.*, p. 85 y ss.

[664]Cfr. HANSENNE, *La servitude collective, cit.*, p. 77 y ss.

[665]"*On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention*".

[666]Cfr. FÉRRU, *op. cit.*, p. 77.

automática de ciertas obligaciones al adquirente de un bien. El art. 1122 CCF utiliza la expresión «*avoir stipulé pour soi et pour...*» (relativo a los derechos), pero no «*avoir promis*» (compromiso de obligaciones). "Ningún texto contempla (...) que se considere «*avoir promis pour son ayant cause*», y ninguna argumentación parece poder enervar el alcance de la regla según la cual nadie puede llegar a ser deudor contra su voluntad"[667].

Tanto AUBRY Y RAU[668] como DEMOLOMBE[669] afirman con toda claridad el principio general −el último, remitiéndose a POTHIER− de que "el sucesor particular no está, de pleno derecho y como tal, directamente obligado por las obligaciones personales de su autor"[670]. Como subraya DEMOLOMBE[671], la palabra *stipuler* puede tomarse como sinónima de contratar, en lo que concierne a los herederos y causahabientes a título universal, pero no a título particular: si se trata de sucesores universales, se declaran transmisibles tanto las *stipulations* como las *promesses*. Para los causahabientes a título particular, sólo las *stipulations*. "*Telle est, en effet, la conséquence des principes les plus élémentaires du droit privé*".

Sin embargo, FERRU insiste en que el esfuerzo doctrinal de AUBRY y RAU se orienta en el sentido de la transmisión también de las obligaciones[672]. De todas formas, AUBRY y RAU se limitan −reconociendo el principio general de relatividad de los contratos− a constatar la existencia de *algunas* obligaciones que sí van a ser asumidas en virtud de la adquisición de un bien. El principio general se aplica también a las obligaciones derivantes de convenciones que el causante hubiera realizado en relación a la cosa que es objeto de la transmisión, pero "*a menos que no tengan por efecto restringir o modificar el derecho transmitido, o que no constituyan la condición necesaria de su ejercicio*"[673].

Se trata, pues de obligaciones que van a pasar al adquirente por estar en estrecha relación con el derecho que se transmite, modalizándolo. En este sentido, citan a ZACHARIAE, que se había pronunciado en parecidos términos, para matizar sus

---

[667]Cfr. HANSENNE, La servitude collective, cit., p. 78.

[668]Cfr. AUBRY y RAU, *Cours..., II, cit.*, § 176 bis.

[669]Cfr. DEMOLOMBE, *Cours..., cit.*, XXIV, *Des Contrats*, n. 285.

[670]Cfr. AUBRY y RAU, *Cours..., II, cit.*, p. 102.

[671]Cfr. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p. 273.

[672]Cfr. FÉRRU, *La notion..., cit.*, p. 77.

[673]Cfr. AUBRY y RAU, *Cours..., II, cit.*, § 176 bis, p. 103.

afirmaciones, como queriendo recalcar que el campo de estas obligaciones «transmisibles» queda restringido y condicionado a su relación estrecha con el derecho que se recibe, con la ordenación de intereses en la situación jurídico real en que se inscribe ese derecho[674].

La fórmula de AUBRY y RAU, explica FERRU, ofrecía un medio para salir del *impasse* (ampliar el campo previsto para la servidumbre) y varias sentencias la reprodujeron sin otra precisión[675]. Sin embargo, comenta satisfecho FERRU que la oposición unánime de los comentaristas de esas sentencias iba a decepcionar rápidamente a quienes habían creído encontrar allí el medio definitivo para justificar la transmisión de las deudas inherentes a los bienes.

La crítica de FERRU y HANSENNE a la doctrina de AUBRY y RAU deriva directamente de aquel respeto radical a la radical contraposición entre derecho real y de crédito: "es, en efecto, indefendible, si se atiende a las nociones clásicas[676]. ¿Cómo concebir que una *simple obligación personal* pueda tener como resultado modificar o restringir el

---

[674]Dicen AUBRY y RAU, *Cours...*, *II, cit.*, § 176 bis, nota (2) : "La regla que establece ZACHARIAE en el § 182, texto y nota 2, al decir que el sucesor particular está sujeto «*à las obligations qui incombaient à son auteur au sujet du droit transmis*», no es exacta en su generalidad, y conduce a este autor a consecuencias que hemos creído deber rechazar (v. § 178 texto y nota 8). Al menos, es equívoca y no puede ser admitida más que cuando se trata de obligaciones que han tenido por efecto *restringir o modificar el derecho transmitido*, que son por este título oponibles al sucesor particular, en virtud de la regla *Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse haberet*".

[675]La *Chambre civile* de la *Cour de Cassation* en su sentencia de 12 de diciembre de 1899 (*Req*. 12-12-1899, D. 1900. 1361) abandona la idea de derecho *sui generis* sobre la que se había fundado la *Cour de Dijon* para admitir la transmisión de una cláusula de exoneración de responsabilidad minera (Dijon, 30-12-1896) pero hacía suya la tesis que había formulado subsidiariamente la *Cour d'Appel*; Según ésta "admitiendo que la cláusula de exoneración no crea más que una simple obligación personal, esta obligación siguiendo el art. 1122 CCF se transmitiría a los causahabientes particulares que no pueden tener más derechos que su autor mismo". La *Cour de Cassation* declara: si bien los *engagements* puramente personales no vinculan a los causahabientes particulares de quien los ha asumido, sin embargo el adquirente está sometido a las mismas cargas y condiciones que su autor en lo que concierne a la cosa enajenada, cuando "estas obligaciones tienen por efecto restringir y modificar el derecho transmitido o constituyen la condición de su ejercicio". La fórmula de AUBRY y RAU conocía así el éxito: otras sentencias la reprodujeron. Cfr. FÉRRU, *op. cit.*, p. 78 y la jurisprudencia que cita.

[676]Cfr. FÉRRU, *op. cit.*, p. 78.

derecho real transmitido?, se interroga LÉPARGNEUR[677]. ¿No está establecido en nuestra legislación que existe una distinción esencial entre los derechos reales y los derechos personales? ¿No está establecido que *solamente un derecho real* puede pretender modificar o restringir el derecho real transmitido, ya que sólo él grava la cosa y entraña por este título un minoramiento del derecho de propiedad que recae sobre ella? ¿Qué son entonces esas obligaciones que forman la «condición necesaria» del ejercicio del derecho transmitido? ¿Cómo podrían imponerse por transmisión al causahabiente?".

La crítica de FERRU, siguiendo a LEPARGNEUR, se centra después precisamente en el término «condición» que utilizan AUBRY y RAU. Y aquí parece estar justificada[678]. Efectivamente, si se refiere a una condición resolutoria puede suponer una técnica indirecta de obligación real, pero no una auténtica obligación real en sentido técnico. Lo mismo ocurre con la hipoteca. Sin embargo, parece que los propios AUBRY y RAU son conscientes de ello: después de plasmar el principio general (la no transmisión) y su excepción (la obligación real), se refieren, como supuestos diferentes, a lo siguiente:

"No obstante el principio establecido en cabeza de este parágrafo, el sucesor particular puede encontrarse *indirectamente sometido a la necesidad de cumplir* las obligaciones contratadas por su autor, en el caso en que, de no hacerlo, estaría expuesto a perder la cosa adquirida. Así es como el tercer adquirente de un inmueble hipotecado, que no ha cumplimentado las formalidades de la purga, y que no quiere *délaisser* este inmueble, está sujeto, para evitar la expropiación, a satisfacer todas las deudas hipotecarias que lo gravan (art. 2167 CCF). Es así también como el subadquirente de un inmueble, cuyo precio se debe aún al vendedor originario, está sujeto a pagarlo, para evitar la acción resolutoria que compete a este último"[679].

He aquí, por tanto, una distinción clara entre las obligaciones −personales− que son transmisibles, y los supuestos de pago por el tercero poseedor de inmueble hipotecado y de

---

[677]Cfr. LÉPARGNEUR, *op. cit.*, p. 481 y ss.

[678]LEPARGNEUR manifiesta: "puedo adquirir un inmueble bajo la condición resolutoria de que una obligación determinada será ejecutada regularmente a continuación. Si yo lo revendo a un tercero, y la obligación se encuentra inejecutada, mi comprador deberá sufrir la resolución y mi vendedor podrá volver a tomar el inmueble en sus manos. ¿Se puede decir por esto que mi comprador está personalmente obligado a ejecutar la obligación? En absoluto". Cfr. LEPARGNEUR, *op. cit.*, p. 535.

[679]Cfr. AUBRY y RAU, *Cours..., II, cit.*, § 176 bis, p. 104.

resolución de la compraventa. Distinción que después no va a ser tan fácil encontrar en la teoría de la obligación real elaborada por la doctrina francesa, pues muchos ponen el acento en el aspecto negativo de la obligación real, el abandono liberatorio, y entonces, desde ese punto de vista, al considerar equivalentes el abandono liberatorio de la obligación real y el *délaissement* −art. 2168 *Code civil*− del bien hipotecado, ven en la posición del tercer detentador un supuesto de obligación real.

Como hemos dicho, postulan HANSENNE y FERRU que hecha la crítica a la obligación «personal» transmisible, ya sólo quedó a la jurisprudencia el recurso a la «obligación real». Aparece así la obligación *propter rem* como algo distinto de la simple obligación personal, y no como uno de los posibles ejemplos −acaso el más característico− de la constatación de AUBRY y RAU. No es ya tanto un nuevo tipo de obligación cuanto un «*modo distinto*» de estar obligado: estar «realmente» obligado llega a contraponerse a estar «personalmente» obligado, y, después, como la doctrina sigue viendo la contraposición derecho real-derecho personal como algo que llena todas las posibilidades que caben dentro de las *relaciones y derechos* de la esfera patrimonial, si la obligación real ya no es obligación, terminará por ser derecho real, aunque por muchos se intente aparejar para esta categoría un lugar intermedio.

Después de la crítica a la obligación transmisible de AUBRY y RAU −sigue explicando FERRU− se va a buscar como recurso la obligación real, y la sitúa como aportación de DEMOLOMBE. En efecto, este tratadista[680] afirma que, si bien el causahabiente particular no sucede por lo general en las promesas constituidas por su autor, en relación con la cosa transmitida, "es preciso exceptuar de nuestra regla aquellas promesas que (...) tienen también, sin embargo, un cierto carácter de realidad (...) *in rem scriptae* (...) *en el sentido de que la cosa misma, en efecto, responde de su ejecución, y que todo tercer detentador está obligado a cumplirlas, si quiere conservarla*".

Tras afirmar su existencia pone como ejemplo, sin embargo, supuestos que vienen a coincidir con los catalogados por AUBRY y RAU como forma «indirecta» de obligar, pero no la «obligación transmisible» que seguiría siendo una verdadera obligación: así lo reconoce el propio DEMOLOMBE: el subadquirente se encuentra *indirectamente* sujeto a la obligación contratada por su autor, hacia el vendedor originario, de pagar el precio; en el sentido de que, si el subadquirente no lo paga, el vendedor originario puede exigir contra él, al mismo tiempo que contra el primer adquirente, la resolución de la venta ("mientras que si

[680]Cfr. DEMOLOMBE, *Cours...*, *XXIV*, *cit.*, n. 284, p. 269.

se trata, al contrario, de una promesa que no produce, a cargo de su autor, sino una obligación *puramente personal*, es preciso responder que el adquirente no sucede en ella”)[681].

HANSENNE y FERRU se lamentan de que a pesar de la acerba crítica a que habría sido sometida por LAURENT, la opinión de DEMOLOMBE prevaleciera, y abriera la puerta a la noción de obligación real. Parece claro que, si bien DEMOLOMBE maneja el concepto, no todos los ejemplos que plantea ni todas las aplicaciones que hace de la noción, son aceptables.

Los tribunales, explica FÉRRU[682], han constatado que el derecho francés contiene, dispersos, algunos supuestos de obligación real. Pone el acento en la posibilidad de liberación del deudor distinta de como se verifica en las «puras obligaciones personales». Así “el art. 656 CCF autoriza al propietario del muro medianero a liberarse por el abandono de la medianería de la obligación que le impone el vecino de contribuir a la reparación del muro medianero. Ahí hay una obligación real. Y el art. 699 CCF permite al propietario del fundo sirviente liberarse de la obligación positiva convencional puesta a su cargo (de hacer, a su costa, las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre) abandonando el fundo sujeto por esa carga al propietario del fundo dominante. Esta obligación positiva sería una obligación real por la posibilidad que el texto legal prevé expresamente en favor del deudor, de abandono liberatorio.

Ambos ejemplos son correctos. Y FERRU nos dice que los tribunales los han considerado simples manifestaciones de una noción más amplia, susceptible de otras aplicaciones: por esta vía −y lo hemos visto− hace uso de la noción para utilizar los que considera son sus efectos ordinarios: sancionar la transmisión de una obligación al causahabiente particular (lo que preconizaba DEMOLOMBE) o permitir a su deudor liberarse de ella por el abandono. Se dota así de un «efecto real» a determinadas convenciones, sin necesidad de insertarlas en el molde de la servidumbre.

Pero, por poner el acento en el lado negativo −la posibilidad de liberación por abandono− se considera que la obligación no es ya personal, sino real. Se recoge así la doctrina de RIGAUD −indirectamente− para quien no cabe hablar de obligación verdadera en la *propter rem*. Lo que en RIGAUD llevaba aparentemente a negar la obligación real y

---

[681]Cfr. DEMOLOMBE, *Cours..., XXIV, cit*, n. 285.

[682]Cfr. FÉRRU, *op. cit.*, p. 80.

hablar de derecho real *in faciendo*, en otros autores lleva a afirmar que, efectivamente, estamos ante una obligación «no personal, sino real», con lo que se facilita la crítica posterior al concepto; pero a un concepto equivocado.

Entonces se considera que la facultad de *délaissement* del art. 2168 CCF, que tiene el tercer detentador de inmueble hipotecado, es característica de una obligación real (cuando, por otro lado, el abandono liberatorio, de lo que en verdad es característico, es del *pati* de un derecho real cualquiera sobre la cosa que se abandona). Y no valdría decir que no existe en este caso verdadera obligación, pues se contesta que el tercer detentador está vinculado por una obligación *distinta* de la «obligación personal»: "*il est tenu propter rem*": es un *modo distinto* de estar obligado. Y se llega a poner este supuesto como paradigma de la obligación real, con lo que los otros ejemplos tampoco se ven como casos, verdaderamente, de obligación, sino de algo distinto, llegando a la misma conclusión de los que consideraban estas obligaciones como «servidumbres» o «derechos reales *in faciendo*»: se habla de una categoría «nueva», y que, entonces, otros consideran derecho real, existiendo autores que la ven como una figura intermedia precisamente porque tiene aspectos «como» de derecho real y otros −su forma− «como» de derecho personal. Cuando, propiamente, la obligación real no puede entrar a compararse con el derecho real y con el derecho de crédito, como un tercer elemento que sea preciso encuadrar necesariamente, o en el medio, o, al final, en una de las dos categorías. Sino que *es* obligación y *está* en el derecho real, no en cuanto derecho, sino como *relación* en el haz de relaciones en que el derecho se mueve.

Pero, siguiendo el hilo de la exposición, interesa resaltar que al considerar la posición del tercero detentador de finca hipotecada como típica obligación real, entonces, el criterio de DEMOLOMBE recibe la áspera crítica de LAURENT[683]. Es importante darnos cuenta de que esta crítica se realiza en el tratado de las obligaciones: cuando partimos del estudio de la obligación, es decisivo dejar bien sentado y resaltar el principio general, para la correcta interpretación del art. 1122 *Code civil*, a la luz de la distinción entre derechos reales y de crédito, y de lo dispuesto en el art. 1134[684].

---

[683]Cfr. LAURENT, *Principes..., cit.*, XVI, n. 12 y ss., espec. n. 16.

[684]"Se trata de saber −explica LAURENT− si los causahabientes a título particular están sujetos por las *promesses* hechas por su causante relativamente a la cosa a la que sucedan, y si aprovechan de los derechos que aquél ha estipulado en cuanto a la cosa".

Si la promesa ha creado un derecho real en la cosa, no hay duda de que afecta a cualquiera que sea su poseedor: así ocurre con las servidumbres o la hipoteca. No es que el adquirente esté

Entonces resulta claramente de la naturaleza misma de los derechos de crédito que no pasan a los causahabientes a título particular. Pero "se ha cuestionado si el principio tiene una excepción"[685] Y LAURENT se refiere a DEMOLOMBE, quien habla a este respecto, como hemos visto, de ciertas promesas que, sin afectar la cosa con un derecho real, tienen sin embargo un cierto carácter de realidad, en el sentido de que la cosa misma responde de la ejecución de la obligación y que todo tercero detentador está sujeto a cumplirlas, si quiere conservarla. "*Esto es muy vago y, a nuestro parecer, inexacto*. ¿Qué son estos compromisos que no producen derecho real, y que sin embargo tienen un cierto carácter de realidad? ¿Qué es ese «*certain caractère*»? Se dice que la cosa responde de la ejecución de la obligación. Una cosa que responde implica un derecho real, y se declara que el derecho no es real ¿Qué es, pues, esta garantía que, sin ser real, tiene carácter real?".

La crítica de LAURENT, indudable, rigurosa, se refiere, sin embargo, más que a la obligación real, a una deformación de su concepto que en este caso realiza

---

sujeto por obligaciones establecidas por su causante, sino que la cosa está gravada. Si el derecho es de crédito, es verdad que son transmisibles: el beneficio de la estipulación puede ser transmitido a otro. Y existirá transmisión de pleno derecho cuando una estipulación tiene por objeto un derecho accesorio que garantiza otro principal.

Pero «no ocurre lo mismo con las promesas». Por vía de contrato se ceden los créditos, pero no las deudas. Sólo cabría esto con el consentimiento del acreedor. Conforme al art. 1134 CCF la convención es ley entre las partes, el deudor no puede romperla por su sola voluntad. "Es desde estos principios como conviene interpretar el art. 1122. El causahabiente no puede estar sujeto a la obligación de su causante, porque posea un bien que en las manos de aquél servía de garantía a sus acreedores. Recibe la cosa libre de toda carga; así, no está sujeto, ni por vínculo personal, ni por vínculo real".

[685]Cfr. LAURENT, *Principes..., XVI, cit.*, n. 16.

DEMOLOMBE[686]. En efecto, encontramos en la doctrina francesa la paradoja de que autores que han defendido la noción de obligación real, han presentado ejemplos o concepciones de ella que han facilitado su crítica posterior. Mientras que, algunos de los considerados negadores o críticos al concepto, se cuentan entre los que mejor la han visto: como el propio LAURENT, o PLANIOL, o incluso nos atreveríamos a decir que RIGAUD.

Entonces, el propio RIGAUD, FERRU o HANSENNE, han utilizado en buena medida un concepto deformado de obligación real, para criticar la propia noción. Su concepción ambigua, proveniente de autores que trataban de defender el concepto pero no terminaban de considerarla como auténtica obligación, y que además, llevados de la óptica del abandono liberatorio como eje y no sólo indicio de la misma, introducían ejemplos realmente alejados entre sí, no comprendiendo tampoco su juego «dentro» del derecho real, ha dado lugar a dos movimientos diferentes: se ha facilitado la negación de la noción (FERRU lo hace para defender su concepción neopersonalista de la servidumbre) al ofrecer la oportunidad de una crítica fácil. Y se ha abocado a muchos defensores de la obligación real a concepciones erróneas: confusión con la posición del tercer detentador, con la propia oponibilidad del derecho real, con la obligación pasiva universal, etc.

Hemos encontrado, en definitiva, la obligación real como una categoría «débil» en medio de dos grandes cuestiones: por un lado, la relatividad del contrato y sus eventuales

---

[686]Por contra, después de presentar las doctrinas de DEMOLOMBE, FÉRRU hace referencia a ZACHARIAE, cuya formulación parece más adecuada al concepto de obligación real, aunque luego los ejemplos que se pongan no sean los correctos: "Esta proposición fue sostenida en su tiempo por ZACHARIAE; para este autor, la obligación personal queda sin duda vinculada al deudor, toda obligación ha de participar de este carácter (toda obligación es, pues, personal): existen otras de ellas que *se imponen a la persona*, aunque de una manera menos estrecha; estando ligada su suerte a la de un fundo, su ejecución no se impone a la persona sino en la medida en que se es propietario del bien considerado; la enajenación de este último bien entraña necesariamente la liberación del deudor primitivo, y asegura automáticamente la sujeción de su causahabiente"

En este texto atribuido a ZACHARIAE encontramos un paralelismo con la doctrina de SAVIGNY. FERRU entonces se da cuenta de que la noción, rectamente entendida, exige comprender sin rigidez la dicotomía derecho real-derecho de crédito y, aunque no lo exprese del todo correctamente, se refiere a ello: "La obligación real parece así destruir el postulado clásico según el cual las prerrogativas de un sujeto de derecho son, ya sea reales, ya personales; entre el derecho real y el derecho de crédito parece reservarse una plaza a esta institución jurídica que toma de uno su forma y de otro su eficacia". Cfr. FÉRRU, *op. cit.*, p. 79.

temperamentos o excepciones. Frente al principio general, la presencia de obligaciones transmisibles resulta difícilmente justificable, a pesar del planteamiento de AUBRY y RAU. La pretensión de vincular cualquier contrato u obligación como un accesorio del bien transmitido, por el art. 1122 CCF y su interpretación en AUBRY y RAU está, justamente, condenada al fracaso. Sin embargo, hay que tener muy presente que estos autores siempre presentan el art. 1122 y su interpretación como la explicación de ámbitos excepcionales que matizan el principio general, nunca como una regla opuesta, y libremente utilizable, frente a aquel principio. Uno de estos ámbitos, indudablemente (aunque no el único, ni el más significativo desde la perspectiva de la teoría del contrato) va a ser el de la obligación real, cuando la contemplamos desde estos puntos de vista. El peligro viene cuando se justifica, como ha podido hacer la Jurisprudencia, el efecto «*propter rem*», sin más, en aquel precepto, porque la obligación real exige otra explicación, para luego poder encuadrarse, si se quiere, como uno de los posibles ejemplos del terreno descrito por el art. 1122 CCF. Si la obligación real se presenta, como hace DE JUGLART, como un camino amplio para vincular una obligación a la titularidad real, el planteamiento, en cierta medida correcto, es muy vulnerable a la crítica posterior.

Por otro lado, cuando se piensa que no es posible ni deseable sacar aquel partido a la doctrina de la obligación transmisible o accesoria (más, si esta accesoriedad no queda debidamente teorizada) porque es contraria a los principios generales, habiendo encontrado además en la Jurisprudencia empleos exagerados y no justificados de aquellas, resulta que la propia categoría de la servidumbre, que se ofrece con una tradición secular y se beneficia de la tendencia a considerar como tal cualquier relación fundiaria que no sea propiedad, característica del momento codificador, parece adecuada para canalizar las nuevas necesidades[687]. Para ello es preciso modernizar su tratamiento dogmático, construyéndola como relación interpersonal y, paradójicamente, ello exige el precio de una crítica a la noción de obligación real. Cuando la servidumbre está tratando de construirse como conjunto de derechos y obligaciones en la organización de la relación entre fundos, no es necesario, y estorba, aquel concepto.

---

[687] *Vid.* GOUTAL, *op. cit.*, p. 69 y ss.

Algunos aspectos especialmente aprovechables de la doctrina francesa, a lo largo de su evolución

Hay toda una línea en la doctrina francesa que ha profundizado, entiendo, con más agudeza, en lo que sea la obligación real, donde pueden insertarse también observaciones de los autores que hemos ido analizando. Línea que inician los exégetas en comentarios a diversos artículos del *Code civil* relativos a la medianería, gastos de comunidad, a las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre.

Especialmente es notable, por ejemplo, la observación de LAURENT cuando, comentando el art. 698 CCF, relativo a los gastos y obras necesarios para la conservación de la servidumbre, que pueden quedar de cargo del titular del fundo sirviente por acuerdo en el título constitutivo o posterior, dice primero que tal estipulación tiene carácter de «realidad»: "la ley presume que la carga es real, pues decide que aquel a quien el título la impone puede siempre liberarse abandonando el fundo sujeto al propietario de la heredad dominante" (...) "Siendo la obligación de hacer las obras el accesorio de la servidumbre, el legislador le atribuye el mismo carácter de realidad"[688]. Y después señala que "la carga es real, pero es verdad que la realidad de una *obligación* que es personal por su naturaleza no es más que una ficción, pues no es el fundo quien hace o paga, sino la persona"[689].

---

[688]Cfr. LAURENT, *Principes..., VIII, cit.*, n. 243.

[689]Cfr. LAURENT, *Principes..., VIII, cit.*, n. 244, explica que la realidad de la obligación ha llevado a la Jurisprudencia a aplicarle diversas consecuencias propias de los derechos reales, como la competencia del juez del lugar del fundo. Pero se plantea un caso en que la jurisprudencia consagraba otra consecuencia de la realidad de la carga que a LAURENT le parece dudosa, pues en definitiva se trata de una obligación: en una partición, se había establecido una servidumbre con una obligación real de trabajos a cargo del titular del fundo sirviente. El copartícipe al que correspondía el fundo dominante tomó inscripción para el privilegio que le correspondía de crédito de compensación de lotes, pero la *Cour de Cassation* declaró que tal privilegio sólo estaba establecido para garantizar la ejecución de las obligaciones personales que la partición impone a los copartícipes, no para las cargas reales que gravan el fundo y no tienen nada que ver con la solvencia del detentador de la heredad. Es interesante, pero le parece dudoso a LAURENT, y argumenta, para defender su carácter de crédito garantizable, que la obligación real es una auténtica obligación personal, y lleva evidentemente consigo una cuestión de solvencia, pudiéndose ver el acreedor perjudicado por la insolvencia del titular del fundo sirviente.

También contamos con las observaciones de BAUDRY-LACANTINERIE[690] cuando, asimismo refiriéndose a los arts. 698 y 699 CCF, dice que "no dejan duda alguna sobre la realidad de la carga establecida en provecho de todos los detentadores del fundo dominante respecto de todos los detentadores del predio sirviente; por ello se ha podido decir que esta carga era una modalidad de la servidumbre. No convendría sin embargo exagerar esta idea, como lo ha hecho la *Cour de Cassation*, al decidir que la carga impuesta en una partición no estaba garantizada por el privilegio de los copartícipes porque se trataba de un derecho real y no de crédito. Si se va al fondo de las cosas, este no es un verdadero derecho real; el propietario del fundo dominante está obligado a dirigirse al detentador de la heredad sujeta; es un derecho personal con un acreedor y un deudor, pero un derecho soldado a la servidumbre, y que sigue todas sus fluctuaciones".

En esta misma línea, hay que referirse a las aportaciones valiosas de BONNECASE, y después, DE JUGLART, cuya definición de la obligación real manifiesta un aspecto de la función que cumple: produce o construye una riqueza apropiable −o hace posible la apropiación de la riqueza− a través de una cooperación que deben prestar aquellos que participan de las riquezas apropiándoselas. Pero este autor adolece de cierta oscuridad en el planteamiento, y ofrece, más en la explicación que en la ordenación de los supuestos, poca preocupación por delimitar el terreno de la obligación real, lo que es decisivo. Por ello, también es interesante la aportación de ABERKANE cuando trata de deslindar, entre las diversas facetas de la vinculación de una obligación con una cosa, el encuadre en la concurrencia de derechos reales y la vecindad.

Antes, PLANIOL había hecho una observación también aprovechable. Al tratar de «los acreedores con garantía restringida»[691], se enfrenta a la «obligación real» que habían dibujado MICHON y algunos exégetas y haciendo referencia a la hipoteca y cargas reales, señala que "estas pretendidas deudas localizadas no son sino cargas reales" (en el sentido de derechos reales), y esos pretendidos deudores "no son deudores del todo": Puede tratarse de una garantía, una carga real, o de una *obligatio in rem scripta*, pero no hay una auténtica «obligación real». Entonces, PLANIOL encuentra, al lado de estos supuestos, *otras* obligaciones que parecen las verdaderas obligaciones reales: a unas las llama «semi-reales»

---

[690]Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, *Traité..., VI, cit.*, n. 1131.

[691]Cfr. PLANIOL-RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil français*, II, 10ª ed., 1926, n. 186 y ss.

−las obligaciones de vecindad[692]−, intentando con ello no confundirlas con el *pati* de un derecho real, como pasa con la doctrina del tercer detentador, y de otras −las obligaciones accesorias de la servidumbre[693]− se limita a decir que, en ellas, el propietario del fundo sirviente no está obligado sino en su cualidad de detentador del bien gravado.

En especial, en la doctrina moderna. Goubeaux

En la doctrina más moderna se percibe mayor facilidad para reconocer la presencia de la obligación real, y, particularmente en la obra de GOUBEAUX, una construcción certera del concepto en su lugar adecuado. No es extraño que aparezca en la obra dedicada por este autor a la idea de accesoriedad[694].

GOUBEAUX parte, es cierto, de la obligación, considerada una categoría cuya naturaleza opone fuerte resistencia a la trasferencia como accesorio. El juego de la máxima *accesorim sequitur principale* que, en otro ámbito, permite la inmovilización por destino de bienes cuya naturaleza intrínseca −sin embargo− no cambia, cuando vincula una obligación a un derecho real está sobrepasando las consecuencias lógicas de la relación de accesorio a principal, porque, en este caso, lo accesorio no puede seguir la suerte de lo principal sin sufrir una transformación[695].

Hace falta, por ello, que la regla *accesorim sequitur principale* se ponga en marcha empujada por un motor, que es preciso encontrar y justificar. No basta manifestar de modo arbitrario que un derecho de crédito se considera accesorio de la propiedad de una cosa para obtener la transmisión al causahabiente a título particular. Se requiere justificar la existencia, en el caso concreto, del «ambiente» necesario para que el mecanismo entre en funcionamiento[696].

---

[692]Cfr. PLANIOL-RIPERT, *Traité élémentaire..., II, 1926, cit.*, nn. 2366-2369.

[693]Cfr. PLANIOL, *Traité élémentaire..., II, cit.*, nn. 2966-2967.

[694]Cfr. GOUBEAUX, G., *La règle de l'accesoire en droit privé*, Paris, 1969.

[695]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, nn. 275-276. Aquí se evidencia que nuestro autor sigue considerando la obligación en sí misma, concebida desde la óptica del derecho personal fruto de compromiso contractual.

[696]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, nn. 276, 303.

La naturaleza de las obligaciones, de las deudas, explica GOUBEAUX, opone a su transmisión como accesorio una fuerte resistencia, derivada de razones más profundas que un simple juego de reglas estrictamente técnicas[697]. Pero esta cuestión hay que separarla un poco de la relativa a la obligación accesoria real. Y, en efecto, en el estudio de GOUBEAUX, la panorámica general de la transmisión del derecho personal, y el aspecto concreto de la obligación real, se encuentran en lugares distintos y distantes[698].

La transmisión de los derechos y relaciones contractuales como accesorios

¿Es posible que con la transmisión de un bien se trasladen al adquirente las relaciones de crédito establecidas por el transmisor en consideración al mismo? A pesar del principio de relatividad de los contratos (art. 1165 CCF[699]), pudiera considerarse que en el ámbito del art. 1615 CCF (transmisión de los accesorios acompañando el objeto principal) tienen cabida derechos de crédito, cuya trasferencia dependiente vendría facilitada por el art. 1122 ("*On est censé avoir stipulé pour soi ou pour ses héritiers et ayants-cause, à moins que le contraire soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention*").

Es un precepto muy amplio que, cuando se trata de un crédito considerado accesorio, permite contar con una cobertura general para apoyar su transmisión con la cosa. Las explicaciones del fenómeno pueden orientarse en sentido subjetivo (la accesoriedad sería un criterio de interpretación de la voluntad de las partes) u objetivo (permitiría considerar la transmisión como uno de los efectos del propio contrato, a través de las exigencias de la buena fe, el uso o la ley −art. 1135 CCF−) o en fin, mixto, engarzando consideraciones relativas al nexo entre el crédito y el bien, y otras atinentes a la voluntad tácita o presunta de los contratantes. Estos criterios sirven también cuando el contrato celebrado, a la vez que

---

[697]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, n. 275.

[698]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, nn. 73 y ss., 87 y ss. 97 y ss., para la primera cuestión; n. 276 y ss., para la segunda.

[699]*Vid*. MOURGEON, L., *Les effets des conventions à l'égard des ayants cause à titre particulier en droit français*, París, 1934; Cfr. SAVATIER, R., "*Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*", *RTDC*, 1934, p. 526 y ss. Cfr. WEILL, A., *Le principe de la relativité des conventions*, Strasbourg, 1938; Cfr. CALASTRENG, *op. cit.* Para un tratamiento moderno Cfr. GOUTAL, *op. cit.*

proporciona un enriquecimiento conexo al bien, lleva consigo, como es lógico, sus contrapartidas[700].

Así, la Jurisprudencia ha admitido (todo esto lo hemos visto ya) la transmisión, al adquirente, del beneficio de una cláusula de no concurrencia, de un contrato de seguro, de trabajo, de créditos para la reparación... o, al subadquirente, de acciones para dirigirse contra el vendedor inicial. Los fundamentos de las decisiones son variados, y, en ocasiones, poco claros: se invoca la accesoriedad (aunque otras decisiones rechazan, en otros supuestos, que la posible accesoriedad económica suponga una simétrica accesoriedad jurídica) el artículo 1122 CCF y su interpretación por AUBRY y RAU, la cesión tácita, la voluntad implícita, la estipulación por otro[701]...

GOUBEAUX explica que, en este terreno, la idea de accesoriedad sólo es un criterio de interpretación, no una regla técnica. Un principio de economía aconseja que los elementos accesorios cuya utilidad opera en relación con el bien principal, le acompañen. Pero para que esta consideración se ponga en marcha es necesario que intervenga la ley o la voluntad de las partes[702], la transmisión del crédito accesorio no se produce por la sola fuerza de atracción del elemento principal −que actúa en la interpretación− si falta cierto apoyo de la ley o existe voluntad contraria de las partes[703].

Así pues, aunque una doctrina tradicional refería el art. 1122 CCF sólo a los herederos[704], ha sido posible recuperar su aplicación para el causahabiente cuando se trata de

---

[700]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, n. 87 y ss.; GARREAU DE LA MECHENIE, J. H., "*La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur*", *RTDC*, 1944, p. 219 y ss., pp. 220-221.

[701]GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, n. 95, y jurisprudencia allí citada. *Vid.* el análisis y comentario de esa jurisprudencia en LEPARGNEUR, *op. cit.*, p. 428 y ss.; y GARREAU DE LA MECHENIE, *op. cit.*, p. 218 y ss. Panorama general en GOUTAL, *op. cit., passim*.

[702]"*Si l'accesoire est trasmis à l'acquéreur du principal, c'est en vertu des règles du droit commun –autonomie de la volonté, jeu de l'article 1135– et non en vertu d'une règle de droit particulière qui s'exprimerait accesorium sequitur principale*". GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, n. 95.

[703]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, nn. 95 y 96.

[704]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, n. 92; LABORDE-LACOSTE, M., *Essai sur la notion d'ayant-cause à titre particulier*, Strasbourg, 1936, p. 23; GARREAU DE LA MECHENIE, *op. cit.*, pp. 219, 223.

crédito accesorio. En AUBRY y RAU[705] −lo hemos visto− esta idea tiene un sentido general, pero utilizable si el accesorio se identifica, determina o integra de alguna manera el propio bien transmitido. Así, cuando, contemplado como universalidad o bien complejo (empresa, establecimiento comercial) agrupa alrededor de un elemento principal una serie de derechos incorporales: el beneficio derivado de la cláusula de no concurrencia, contratos de trabajo, suministro... LEPARGNEUR, más tarde, intenta profundizar en el nexo de accesoriedad. Distingue los derechos personales inherentes al bien transmitido (que por naturaleza se transmitirían), y los que se han establecido en consideración al mismo, transmisibles sacando provecho del art. 1122[706]. Igual que el marco general presentado por AUBRY y RAU tiene como uno de sus aspectos el ámbito de la obligación real, en esta distinción de LEPARGNEUR se revela un deslinde de terrenos que tiene que ver con aquél ámbito. Pero, sin más aclaración, enfocado el asunto desde la panorámica de la transmisión del contrato, parece que la idea de accesoriedad y las distinciones adolecen de falta de claridad, porque un derecho económicamente accesorio no tiene por qué funcionar así jurídicamente[707].

Por ello GARREAU DE LA MECHENIE intenta una teoría más audaz, enfocada desde el punto de vista subjetivo. En realidad, dice, no se ha tenido en cuenta la sustancial identidad entre heredero y causahabiente cuando la doctrina considera a éste último como un tercero, y, sin embargo, también él tiene una vocación (análoga a la sucesoria, aunque limitada más estrictamente) tanto a los créditos como a las obligaciones de su antecesor[708]. Todo lo cual está muy bien, igualmente como criterio de interpretación, pero no justificaría siquiera la transmisión de los créditos, si la «vocación» no resulta efectiva a partir de los datos legales o la interpretación de la voluntad de las partes implicadas. Sin embargo,

---

[705]Cfr. AUBRY y RAU, *Cours..., II, cit.*, § 176-1.

[706]Cfr. LEPARGNEUR, *op. cit.*, p. 499 y ss.; MOURGEON, *op. cit.*, n. 11; WEILL, *op. cit.*, nn. 506-507.

[707]*Vid.* las observaciones críticas de GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, n. 92; y GARREAU DE LA MECHENIE, *op. cit.*, p. 225 y ss. Por eso, la conclusión de LEPAGNEUR acerca del art. 1122 CCF y su interpretación por UBRY y RAU, como vehículo general para el transporte de obligaciones, será pesimista. Cfr. LEPARGNEUR, *op. cit.*, p. 535 y ss.

[708]Cfr. GARREAU DE LA MECHENIE, *op. cit.*, pp. 219-221.

GARREAU DE LA MECHENIE aplica esta doctrina a los créditos, los contratos y a las obligaciones[709].

La transmisión de éstas últimas como accesorios de un bien sí que ha encontrado en la relatividad de los contratos un escollo formidable. La doctrina clásica acepta la aplicación del art. 1122 y su interpretación por AUBRY y RAU para las «*stipulations*» (derechos de crédito), pero no para las «*promesses*» (obligaciones)[710]. Aunque algunos se dan cuenta de que, para los herederos, con relación al art. 1122 CCF nunca se hizo esa distinción[711]. Otros entienden «*stipuler*» como «*contracter*», y así se salva el problema de los contratos de crédito accesorio con contraprestación[712]. Pero esto no es posible, señala WEILL, porque supondría la transmisión de obligaciones[713]. Por ello, se duda si es adecuado aplicar el art. 1122 CCF a los adquirentes. Sin embargo, GARREAU DE LA MECHENIE rechaza la interpretación y distinción, y entiende que el art. 1122 refleja precisamente la vocación cuasi-sucesoria del causahabiente[714]. Sin embargo, GOUBEAUX puntualiza que el art. 1122 ofrece una base frágil para la efectividad de tal vocación, su sentido, como se ve, ha sido muy controvertido, y la jurisprudencia, en general, no lo ha admitido. Además, diversas disposiciones legislativas concretas (en materia de arrendamiento, contrato de trabajo, seguros...) se han preocupado de imponer la transmisión de las obligaciones, lo que hubiera sido innecesario si el art. 1122 consagrara tal principio[715].

Además, el propio GARREAU DE LA MECHENIE hace un curioso razonamiento: igual que el heredero no puede asumir obligaciones a razón de la herencia sin su aceptación, la vocación del causahabiente no excluye la necesidad de su consentimiento, por lo que, en

---

[709]Cfr. GARREAU DE LA MECHENIE, *op. cit.*, p. 230 y ss. Aunque tal vocación cuasisucesoria a las obligaciones sólo es concebible dentro de un círculo restringido: "*celui des obligations créées exclusivement au sujet de la chose alienée. Elle ne risque pas de nuire au créancier de l'auteur, puisque le débiteur primitif se trouve hors d'état d'exécuter son obligation*". Enlaza la vocación con la accesoriedad, y utiliza un argumento característico del terreno de las obligaciones reales, como veremos.

[710]Cfr. por todos, LEPARGNEUR, *op. cit.*, p. 489 y ss., 535 y ss.

[711]Cfr. WEILL, *op. cit.*, n. 65.

[712]Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE G., y BARDE, L., *Traité..., cit.*, XII, 3ª ed., Paris, 1905, n. 213.

[713]Cfr. WEILL, *op. cit.*, nn. 65, 505.

[714]Cfr. GARREAU DE LA MECHENIE, *op. cit.*, pp. 221-223, 230 y ss.

[715]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, n. 100.

realidad, la teoría de GARREAU DE LA MECHENIE se orienta a facilitar el juego de la aceptación tácita cuando, por tratarse de obligaciones o contratos accesorios del bien transmitido, es conveniente que el adquirente los asuma[716].

Para este autor, el que la Jurisprudencia haya sido poco exigente para encontrar hechos de los que resulte esa aceptación tácita revela una justificación más profunda −cifrada en la vocación cuasisucesoria− de lo que otras veces ha tratado de justificarse, sin más, acudiendo a otras nociones −derecho real *sui generis*, obligación accesoria u obligación real− de carácter objetivo, insuficientes y peligrosas[717]. En ocasiones, ambos tipos de argumentos están entrelazados: Así cuando, ante la venta de una finca gravada con la limitación de no poderse exigir daños y perjuicios derivados de la explotación de una mina, la *Cour de Cassation* utiliza la interpretación de AUBRY y RAU del artículo 1122 CCF, obligación transmisible[718]. Para WEILL se ha vendido la cosa con una restricción: se acerca a la idea de derecho real innominado o *sui generis*, que se ha utilizado también para las cláusulas de no concurrencia[719]. Y es uno de los ejemplos que propone DE JUGLART de obligación real, accesoria, categoría independiente[720].

Sin embargo, explica GOUBEAUX[721], por razones de fondo vinculadas a la naturaleza de la obligación, no basta constatar la relación de accesoriedad para demostrar que la personalidad del contratante originario, del obligado, sea indiferente. La máxima *accesorium sequitur principale* es sólo la expresión de un razonamiento, no un procedimiento técnico que pueda paliar la ausencia de una organización general de la transmisión de contrato u obligación accesorios[722].

Como se ha dicho, si la adquisición, como accesorio, de un crédito −por ejemplo, en el marco de la transmisión de una empresa− lleva consigo una sucesión en un contrato, el adquirente podrá exigir el cumplimiento al primitivo obligado, pero, lógicamente, habrá de

---

[716]Cfr. GARREAU DE LA MECHENIE, *op. cit.*, pp. 221 y ss., 234 y ss.

[717]Cfr. GARREAU DE LA MECHENIE, *op. cit.*, pp. 232-237. *Vid.* la utilización de la idea de aceptación tácita en *Civ.* 25 *janvier* 1918, *D.* 1918, 1, 17.

[718]Dijon, 30 diciembre 1896; *Civ.* 12 diciembre 1899, *S.* 1901, 1, 407

[719]Cfr. WEILL *op. cit.*, n. 516.

[720]Cfr. DE JUGLART, *Obligation réelle..., cit.*, p. 162 y ss.; p. 269-270.

[721]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, nn. 100 y ss; 303 y ss.

[722]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, n. 102.

cumplir la contrapartida. Se trata de una atenuación a la intransmisibilidad total de las obligaciones, aunque depende de la voluntad del adquirente de hacer valer el contrato en su favor. Pero poco más allá se puede llegar aplicando las reglas generales[723].

Si se quiere ir más allá, será preciso hacerlo de la mano del legislador, que puede, para la protección de determinados acreedores, organizar la transmisión vinculada a la propiedad o la empresa, como ocurre con la legislación de arrendamientos, o en contrato de trabajo[724]. Por tanto, si se trae a colación la noción de obligación real o se amplía el campo de las prestaciones accesorias a la servidumbre para obtener libertad en esta materia, se están soslayando principios y seguridades de importancia en el derecho positivo, y resulta justificada la crítica posterior.

La accesoriedad, en la relación entre servidumbre y obligación real

La presencia en el *Code civil* de la posibilidad de poner una obligación positiva a cargo del propietario del fundo sirviente (art. 698 CCF), que matiza la regla general del art. 686 CCF, ha sido utilizada con bastante libertad por la Jurisprudencia, y ha permitido a la doctrina argumentar en uno u otro sentido, pero sin prestar atención, en el fondo, ni sacar partido al elemento de accesoriedad.

El art. 698 se explica, dice GOUBEAUX, porque determinada actividad o gasto beneficiaría no sólo al propietario del fundo dominante, sino también, especialmente, al del sirviente. El *Code civil* permite organizar convencionalmente la carga de esos trabajos, pero, si ha quedado obligado el propietario gravado, podrá liberarse abandonando: renuncia entonces a obtener provecho de esas obras, y el titular de la servidumbre será el único beneficiado[725].

Resulta, entonces, que el deudor puede liberarse sin pago. Si la facultad de abandono liberatorio pertenece, más bien, al régimen de las relaciones reales, es que aquella obligación está teñida de «realidad». ¿De dónde procede todo ello? La obligación es real, se nos explica, porque es accesoria de la servidumbre[726]. Esto es muy interesante[727].

---

[723]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.* n. 103.

[724]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, nn. 104, 304.

[725]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, n. 277.

[726]Cfr. KORNPROBST, *op. cit.*, p. 274.

[727]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, n. 278.

Sin embargo, el mecanismo según el cual puede intervenir aquí la máxima *accesorim sequitur principale*, permanece bastante oscuro. Por ello, se ha producido en la Jurisprudencia una verdadera inflación de las obligaciones accesorias de las servidumbres, poco favorable a la clara comprensión de la regla de accesoriedad[728].

A raíz de esa utilización excesiva de la accesoriedad, algunos prefieren olvidar esta idea. "No se comprende, dice FREJAVILLE, por qué un propietario ve sus obligaciones personales limitadas a ciertas prestaciones arbitrariamente calificadas de accesorias"[729]. Parece, por el contrario, que es preciso ampliar las posibilidades de la servidumbre, olvidando la regla *servitus in faciendo consistere nequit*. Porque ¿cómo se podría admitir a título de accesorio lo que se niega para lo principal? Sin embargo, matiza GOUBEAUX, la cuestión de la accesoriedad sólo tiene sentido mientras se mantenga el principio general, como, en realidad, ocurre[730].

La situación de la doctrina ha sido, durante largo tiempo, la que sigue: nadie niega la posibilidad de algunas obligaciones positivas. Para quienes sostienen la concepción clásica, el derecho real no supone para quien lo sufre más que una abstención; si aparecen obligaciones positivas, se trata de obligaciones accesorias: no alteran para nada la naturaleza del derecho real y su distinción del personal, permanecen al margen de aquél, y revisten escasa importancia. Nada más[731]. Para los partidarios de concepciones nuevas, o bien el derecho real, en general, o bien la servidumbre, hay que analizarlos como una peculiar obligación. Obligación, por lo general, negativa, pero, en un momento dado, nada especial impide que pueda ser positiva, con tal que se cumplan los criterios del «interés real». En KORNPROBST, la servidumbre presenta una mezcla de lo real y lo personal, lo que desarrollarán después los neopersonalistas; en ABERKANE, la servidumbre no es sino una obligación real que resuelve el conflicto entre propiedades vecinas, y al que no es necesario aplicar la máxima *servitus in faciendo consistere nequit*, por lo que tampoco se precisa recurrir a la idea de prestación u obligación accesoria. En realidad, está reproduciendo la idea del derecho real *in faciendo*. Su doctrina sobre la servidumbre se apoya en una concepción distinta del derecho real, en que la obligación real (y, por tanto, la servidumbre) manifiesta la propia oponibilidad de la propiedad, al derecho antagonista. Y

---

[728]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, n. 279.

[729]Cfr. FREJAVILLE, M., "*Préface*" a ABERKANE, *op. cit.*, p. VI

[730]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, n. 279.

[731]Cfr. DABIN, "*Une nouvelle définition...*", *cit.*, p. 35 y ss.

tal sistema contiene el germen de la dilución de la noción clásica de derecho real, que se concreta en GINOSSAR, confundiendo la obligación real con el derecho real mismo[732].

Los partidarios de la teoría clásica utilizan la idea de accesoriedad para separar la obligación del derecho real, y atribuirle escasa importancia. Los otros, parecen prestar más importancia a esas relaciones, pero rechazan la doctrina de la accesoriedad, sólo sería un concepto del que usar −y abusar− para mantener en apariencia la doctrina clásica −que es preciso renovar, o abandonar− mientras se permiten resultados inaceptables desde el punto de vista del orden público económico.

En realidad, GOUBEAUX pone de relieve que, bajo concepciones opuestas, el análisis de DABIN o GINOSSAR soslaya igualmente, en el fondo, la profundización en ese elemento «extraño» que es la obligación accesoria, o real. Da lo mismo que se analice la relación real como portadora de una obligación de abstención, o del *pati* del *ius in re*, porque, en ambos casos, la referencia a la obligación positiva marginal se limita a constatar su presencia, sin mayor explicación. En definitiva "*cette discussion est loin de retirer tout intérêt à la recherche du rôle de la maxime «accesorium sequitur principale» en ce domaine, bien au contraire. Nous ne prétendons pas que ce seul examen doive permettre de trancher entre les deux conceptions opposées. Il peut cependant éclairer le débat. En tout cas, il ne semble pas, à priori, que l'abandon du principe «servitus in faciendo consistere non potest» soit d'ores et déjà acquis. Mais son maintien dépend, dans une large mesure, de la façon dont la règle de l'accessoire permet d'expliquer les tempéraments qui y sont apportés en droit positif*". En realidad, la discusión entre la visión clásica y la nueva no conduce, todo lo contrario, a flexibilizar la oposición entre relación real y personal, sólo, acaso, a confundirlas.

La construcción de ABERKANE presenta, pues, el marco general en que se va a mover la obligación real, pero termina utilizando como tales a las servidumbres: "*A vrai dire, l'analyse de la servitude en une obligation propter rem n'apparaitrait guère qu'une subtilité inutile si elle ne reposait sur une recherche beaucoup plus profonde des rapports entre la notion d'obligation et celle du droit réel. La question est d'importance, car elle met en jeu les caractéristiques du droit réel lui-même. L'idée de voir une personne tenue d'une prestation positive ne serait pas opposée à la structure du droit réel. C'est évidemment l'objection la plus grave que l'on puisse formuler à l'encontre du principe servitus in faciendo consistere non potest*".

---

[732]Cfr. GOUBEAUX, *La règle...*, *cit.*, nn. 280-284.

Se trata, por tanto, de sacar más partido a la idea de accesoriedad. Por hipótesis, GOUBEAUX parte de la teoría que no rechaza en absoluto cualquier apelación a la regla de accesoriedad: la visión clásica del derecho real, aunque suponga admitir la oposición tradicional entre los derechos reales y los personales. En este contexto puede servir aquella idea, aunque se haya puesto en duda porque su juego aquí produce efectos más extendidos que las simples consecuencias lógicas de la relación de accesorio a principal, y porque la Jurisprudencia parece haber abusado de esta noción y, sin un claro análisis del mecanismo *accesorim sequitur principale*, ha desbordado los límites razonables de su empleo. La obligación real será entonces una noción autónoma, pero no en el sentido de DABIN (simple obligación, ajena al derecho real, insignificante) ni en el de DE JUGLART (categoría intermedia, libremente utilizable). El modo de llegar a la obligación real como noción autónoma es profundizar en la accesoriedad.

El mecanismo de la regla de accesoriedad parte del art. 696 CCF. "*Quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user...*". En cuanto al crédito, no existe especial problema −en general− en vincularlo como accesorio del derecho real[733]. Pero ¿y la deuda...? Dice GOUBEAUX −quizá, en este punto, demasiado respetuoso con el concepto clásico del derecho real− que la servidumbre, en cuanto carga, no es sino un «vacío» para el titular del fundo sirviente. Entonces ¿Cómo sostener como accesoria una obligación en el vacío? Sólo parece viable como accesoria de la propiedad del fundo sirviente, pues su cumplimiento constituiría al mismo tiempo actividad característica del ejercicio del derecho de propiedad que está gravada por la servidumbre. Existe, por tanto, una doble relación de accesorio a principal[734].

Pero, si nos fijamos únicamente en la obligación, en la deuda, parece que los caracteres atribuidos a las obligaciones oponen un obstáculo al juego de la accesoriedad[735]. Si el obstáculo fuera insuperable, sería particularmente grave para la obligación suscrita en el cuadro del art. 698 CCF.

Y es a partir de ahora cuando GOUBEAUX abandona un poco la teoría de las obligaciones (derecho personal) para centrarse en razonamientos extraídos de la contemplación de la propia relación real.

---

[733]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, nn. 79 y 87.

[734]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, n. 288.

[735]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, n. 97 y ss.

Una interpretación estricta de la extensión de la servidumbre, explica, impediría al titular dominante realizar cualquier actividad más allá de sus limitadas prerrogativas. Sin embargo, el art. 697, otorgándole un *supplément*, le permite acceso al fundo para realizar actividad y obras más allá de los límites «reales» que dibujan el ejercicio habitual de su derecho. Pues bien, el art. 698 puede considerarse simétrico del anterior. El compromiso personal del propietario del fundo sirviente tiende a procurar un resultado equivalente al que suministraría un derecho real: la extensión de la servidumbre, semejante al art. 697. Pero, mientras el suplemento del art. 697 CCF resulta extremadamente seguro, el del art. 698 aparece muy frágil si debiera analizársele como obligación personal intransmisible con el fundo.

Para escapar a estos inconvenientes, hay que decidir que la obligación seguirá la suerte de la propiedad sirviente[736], se transmitirá con el derecho real que le sirve de soporte. Prevalece la regla *accesorium sequitur principale*, y entonces, la relación sigue siendo de obligación, pero, ligada a la propiedad, resulta profundamente modificada. Es una persona quien debe, pero su personalidad es indiferente. La obligación se ha coloreado de realidad al contacto con el elemento principal, lo que supone para ella un régimen especial.

El elemento de realidad que penetra así en la obligación tiene una sólida base: en tanto la ejecución es necesaria para el ejercicio de la servidumbre, todo su régimen se justifica por el objetivo de asegurarla, no por la obligación misma, sino en beneficio del derecho real. El obligado queda desligado con la transmisión, porque la ejecución, que corresponderá al nuevo titular, ha quedado asegurada. Y, con el abandono *in favorem*, otorga al acreedor el beneficio de la posición sobre la finca que justificaba la obligación misma.

Pero está claro que la accesoriedad tiene sus límites. En el célebre asunto *Mines de Graissessac*[737], la servidumbre consistía en el suministro de carbón necesario para una *verrerie*. Cuando las necesidades de mineral para el fundo dominante aumentaron, los nuevos propietarios de la mina se negaron al suministro argumentando que se trataba de una obligación personal. La *Cour de Cassation* resolvió en contra de la compañía minera, entendiendo que la explotación y transporte de carbón eran trabajos accesorios a la servidumbre, puestos a su cargo. Pero está claro, explica GOUBEAUX, que el recurso a la

---

[736]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, n. 290.

[737]Es una de las Sentencias comentadas por BONNECASE, Civ. 9 *janvier* 1901, D., 1901, I, 450.

noción de obligación accesoria es en este caso inadecuado, aunque la solución fuera correcta.

GOUBEAUX señala que, en la medida en que una mina puede estar sujeta a una servidumbre (las utilidades se obtienen del fundo, pero, como es lógico en este caso, a través del trabajo humano), sólo mientras la explotación exista, permanece aquella, que resulta una servidumbre inestable, y, a su vez, puede tener como obligación accesoria la utilización de los mecanismos de la explotación para el transporte del material. Pero la regla *servitus* exige que nunca, en virtud de la servidumbre, pueda darse una constricción a explotar, que no cabe calificar de accesoria, sino, en tal caso, constitutiva o presupuesto de la propia servidumbre. Así, la regla *servitus* permite la adaptación de la utilización de los fundos a la coyuntura, pues un derecho real limitado nunca podría obligar a explotarlos de un modo particular.

La decisión de la *Cour de Cassation* puede ser adecuada, más no el argumento, aunque su utilización parece deberse a que la pretensión de la compañía explotadora de la mina quería basarse en la calificación de obligación.

Está, pues, fundada la crítica de clásicos y personalistas respecto a esa jurisprudencia extensiva e imprecisa que trata de cubrir por el art. 698 CCF cualquier obligación positiva, sin discernir rigurosamente su accesoriedad. E igualmente resultará criticable la jurisprudencia y doctrina que pretenda, con el concepto de obligación real, categoría autónoma, abrir la puerta a su vinculación, sin más, como accesoria, pero sin justificar tal accesoriedad.

Sin embargo, el planteamiento de GOUBEAUX muestra el sentido adecuado de la regla de accesoriedad: la máxima *accesorim sequitur principale* "*introduit une certaine souplesse dans le jeu de catégories rigides*". Hemos abandonado un poco el debate acerca de la distinción entre derecho real y personal, incluso entre la concepción tradicional y las nuevas tendencias. Si se permanece fiel a la noción clásica de derecho real, dice GOUBEAUX, la regla de accesoriedad juega un papel importante, pero sanamente entendida, se encuentra encerrada en límites estrechos. Se podría juzgar aquella flexibilidad insuficiente, lo que ha podido impulsar a la jurisprudencia a deformar la máxima *accesorium sequitur principale* o la noción de servidumbre[738], y a la doctrina, a reconsiderar

---

[738]Por ejemplo, *1ª Civ. 14 avril 1956, Bull. 1956, I, 161, p. 131*, admite una servidumbre que obliga a la vinificación y conservación de *recoltes de raisin*, por haber sido estipulada en

el concepto de derecho real. Pero, así como sólo la vinculación permite la existencia de la obligación real como noción autónoma, sólo dentro de esos límites será posible aquella flexibilidad[739].

Del caso concreto al planteamiento general

Establecidos los criterios, el sentido y los límites de la noción a partir de un claro caso concreto, la teoría está preparada para su generalización.

Las obligaciones reales son obligaciones accesorias primero en sentido material, cuando se encuentran en el ámbito que dibujaba ABERKANE. Pero −explica GOUBEAUX− no se confunden entonces con la oponibilidad del derecho real al derecho concurrente, sino que este ámbito constituye el ambiente privilegiado para su aparición[740]. De hecho, aunque DE JUGLART dice rechazar para la definición la idea de accesoriedad (preocupado sin duda por las estériles discusiones acerca de este concepto en el sentido de AUBRY y RAU, LEPARGNEUR, etc.) cuando sistematiza las obligaciones reales, lo hace teniendo en cuenta el derecho principal del que sean accesorias[741]. Sin embargo, no ha profundizado en la accesoriedad, para lo que es imprescindible enfocarla primero desde el punto de vista del acreedor. La obligación es accesoria del derecho del obligado porque lo es también, como un complemento en la concurrencia, del derecho del acreedor. Esta accesoriedad, que no tiene especial importancia para su funcionamiento, sí la tiene para centrar el concepto. Es preciso tener en cuenta el doble vínculo de accesorio a principal[742].

Cuando aparece tal accesoriedad puede ponerse en marcha, legal o convencionalmente, el mecanismo técnico de la accesoriedad. Por ello, nos encontraremos ante una relación obligatoria, como ha recalcado DERRUPPÉ[743], pero, al mismo tiempo, una relación peculiar: vinculada al derecho real, su régimen en parte es igual al de cualquier obligación,

---

provecho de todo adquirente eventual de la viña. *Vid.* en general DE JUGLART, *Obligation réelle..., cit.*, p. 97 y ss.

[739]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, n. 294.

[740]Cfr. GOUBEAUX se sirve del aspecto más aprovechable de la construcción de ABERKANE. Cfr. *La règle..., cit.*, nn. 296, 298, 301.

[741]Cfr. DE JUGLART, *Obligation réelle..., cit.*, pp. 247 y ss., 254 y ss., 258 y ss., etc.

[742]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, nn. 296-297.

[743]Cfr. DERRUPPÉ, *La nature..., cit.*, nn. 295-296.

pero en parte queda marcado por consecuencias características del funcionamiento de los derechos reales, porque a su servicio está[744].

No se trata, por tanto, de un derecho de crédito que, a través de cierto expediente, hemos logrado vincular y asegurar acompañando a una cosa. Esta excepción al principio de relatividad del contrato y al carácter personal de la relación obligatoria, no puede obtenerse echando mano, sin más, de la idea de obligación accesoria, u obligación real, categoría autónoma. "*C'est supposer le problème résolu et admettre la consécration systématique de la règle de l'accesoire. En réalité, il resterait toujours à justifier cette solution*"[745].

Si nos encontramos, sin embargo, en el terreno propicio para la obligación real, cuando acreedor y deudor están vinculados por la concurrencia en el reparto de las utilidades de una cosa, la cuestión cambia: "*Ce droit qui est à la fois accessoire de deux droits réels établit entre eux un pont. Théoriquement, deux droits réels distincts n'ont entre eux aucun point de contact. Ce système est trop rigide lorsque les deux droits réels portent sur une même chose ou sur deux choses voisines. Fatalement, les deux titulaires de ces droits sont amenés à se rencontrer. Ils pourraient établir entre eux des relations personnelles. Mais elles ne seraient pas assez durables pour qu'on puisse fonder sur elles un aménagement en principe définitif des rapports entre les deux droits réels. Or une telle situation est particulièrement propice à l'établissement du double rapport d'accesoire à principal caractérisant l'obligation réelle*". La obligación no se confunde con el derecho real mismo, ni resulta ineludible, pero la ley podrá entrar en juego, la Jurisprudencia, interpretar con arreglo a este criterio, y no cabe excluir à *priori* que pueda surgir de la convención: "*Dès que l'on pourra découvrir dans ce secteur un principe d'obligation légale, la règle de l'accesoire conduira à en faire une obligation réelle*". Esto resulta particularmente fructífero en nuestro derecho[746].

---

[744]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, nn. 298-299.

[745]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, n. 303. Aquí es donde convergen el problema de la transmisibilidad de los derechos personales considerados accesorios, y la cuestión de la obligación real. La dificultad del primero, salvo el partido que se pueda sacar a los criterios que hemos contemplado en un epígrafe anterior (interpretación a la luz de la idea de accesoriedad y de la vocación sucesoria, relación personal integrante o determinante del objeto complejo) o incluso para que entren en juego, exigiría una específica intervención del legislador, que refuerza al acreedor o ubica la relación de obligación atendiendo a intereses concretos.

[746]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, nn. 301-302.

La exigencia de la doble relación de accesorio a principal, delimita un restringido territorio, mas, dentro de él, es posible cierta libertad para establecer relaciones en que el vínculo de la obligación al servicio del derecho real permite la actuación «técnica» del mecanismo de accesoriedad. Cuando la accesoriedad se pretende sólo desde el lado del obligado, y sin una justificación especial, aunque en apariencia se propongan más posibilidades, en realidad es al contrario, porque no es posible fundar sobre la máxima *accesorium sequitur principale* un principio general de transmisibilidad de las deudas accesorias. Fuera de aquel campo, tal principio no puede deducirse del régimen general de las obligaciones[747].

Sólo "para favorecer a ciertos acreedores, el legislador ha consagrado la transmisibilidad de ciertas obligaciones, fuera del ámbito habitual de las obligaciones reales". Se trata de obligaciones *scriptae in rem*, cuyo régimen, en opinión de GOUBEAUX, no es idéntico al de las obligaciones reales[748].

En este campo, todo lo más, es posible desarrollar elementos de interpretación de la ley, como aquellas ideas de la vocación cuasisucesoria, la aceptación tácita, o implícita...

Tendencias recientes

Contrato y obligación real

Volvemos a encontrar dos cuestiones distintas aunque entrelazadas, y, en medio de ellas, la problemática de la obligación *propter rem*. Respecto al principio de la relatividad del contrato la utilización de la categoría como cauce para la excepción resulta relativamente desprestigiada. Ahora bien, en los últimos tiempos, la doctrina se ha fijado en la realidad contractual (evento y sustancia jurídico-patrimonial resultante, integrada por el entramado de derechos y obligaciones) no sólo en cuanto oponible al tercero, sino −como un desarrollo de tal oponibilidad pero que implica un salto cualitativo− en cuanto

---

[747]Por ello, no es posible obtener, a través de esta calificación, un expediente que permita ampliamente la transmisión de las deudas consideradas accesorias, como parecía plantear DE JUGLART, *Obligation réelle..., cit.*, p. 323 y ss. Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, nn. 303-305.

[748]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.* n. 304.

vinculante para quien, a través de cierto negocio se involucra y sustituye al contratante inicial en la posición jurídico-económica que justificó el contrato[749].

La Jurisprudencia ha encontrado un medio eficaz para el desplazamiento de los efectos del contrato −convirtiendo en «parte» a quien entra en contacto con la situación contractual− en la voluntad tácita y aceptación implícita presumibles ante ciertos datos objetivos: la transmisión de un conjunto coherente (la relación de crédito se considera establecida con quien ocupe determinada posición y asumida al ocuparla) o el comportamiento del causahabiente como acreedor en virtud de un contrato sinalagmático. Así se desplaza el contenido contractual que en el entramado económico parece tener sentido sólo como accesorio de cierta titularidad, y no tanto vinculando personas y patrimonios sin atender a la cualidad en el tráfico. Cada vez más, en el derecho moderno, nos encontramos con un contenido de crédito vinculado a cierta titularidad o actividad, porque su sustancia patrimonial también está nutriendo aquel conjunto coherente[750].

En tales supuestos, como dos fuerzas divergentes, la accesoriedad en el tráfico jurídico y la relatividad del contrato pueden apuntar en distinta dirección. Sin embargo, el criterio jurisprudencial no constituye en sentido estricto una excepción a este principio, sino forma de encauzarlo y atenuar sus efectos inadecuados. Porque se utiliza la idea de una voluntad contractual. En realidad, para encontrar una verdadera excepción, una situación en que el tercero, sin dejar de serlo, se vea, al mismo tiempo, convertido en parte[751], ha de intervenir la ley, para la protección de un determinado interés o consagrando la accesoriedad del contrato respecto de un bien concreto (por ejemplo, en la legislación arrendaticia, laboral, en materia de seguros...). Acaso también se encuentra una verdadera excepción −señala GOUTAL− a través de la aplicación jurisprudencial de la estipulación por otro implícita[752].

---

[749]*Vid.* GOUTAL,.*op. cit.*; DUCLOS J., *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, Paris, 1984; AUBERT, J.L., *Le contrat*, Paris, 1996, p. 97 y ss., 111 y ss.; "*A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers*", *RTDC*, 1993, p. 263 y ss.; GHESTIN, J., *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 2ª, París, 1994, p. 319 y ss., 365 y ss., 396 y ss.; GELFUCCI-THIBIERGE, C., "*De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif*", RTDC, 1994, p. 275 y ss.

[750]Cfr. GOUTAL, *op. cit.*, n. 442 y ss.

[751]Cfr. GOUTAL, *op. cit.*, nn. 444, 447.

[752]*Vid.* GOUTAL, *op. cit.*, nn. 170 y ss., 220.

Sin embargo, el contrato en derecho francés resulta también la fuente de la propiedad o derecho real, con su peculiar naturaleza y régimen de oponibilidad (o inoponibilidad). Sin embargo, aclara GOUTAL, a pesar de todo ello, en esta materia no se trata de una propia excepción a la relatividad del contrato. En todo caso, se trata de una excepción que la propia regla lleva consigo. Se ha establecido un derecho real y −esto, en nuestro sistema plantea menos problemas− el contrato puede dibujarlo en la relación, pero su virtualidad no supone una especial oponibilidad de un contrato por apoyo de la ley. Frente a la accesoriedad del derecho de crédito por imperativo del tráfico, en lo que GOUTAL denomina «conjunto coherente» (incluye aquí el *fonds de commerce*, la venta en *filiéres*, pero también el *lot*), nos encontramos ahora en un ámbito que, por su propia naturaleza, permite que el contenido obligacional juegue de otra manera sin precisar el organizar con sutileza oponibilidad y relatividad del contrato[753].

Las consideraciones objetivas que antes jugaban para presumir la entrada voluntaria en el ámbito contractual, aquel involucrarse en el contrato, permiten ahora, alrededor del derecho real, el juego de la accesoriedad de una relación (no tanto de un derecho) respecto (no a un bien) sino a la relación de utilización.

En el amplio territorio de la transferencia del contrato y la obligación *propter rem*, he aquí un lugar más concreto, donde no será preciso más que articular adecuadamente las facetas de la propia oponibilidad del derecho real[754].

El reconocimiento de su presencia en las modernas relaciones de concurrencia

Mientras se desarrolla aquella doctrina relacionada con la eficacia del contrato, en este otro terreno, el transcurso del tiempo y la reflexión de historiadores y civilistas contemplando relaciones que han tenido especial desarrollo en este siglo, ha facilitado a la doctrina reciente reconocer la presencia de la obligación real, en su terreno propio.

Aún así, continuamos bajo el influjo de la especial inclinación doctrinal y jurisprudencial por la figura de la servidumbre. Por ello, hasta nuestros días, muchas de las limitaciones que para el propietario supone el encuadre de su derecho en la propiedad horizontal o en una urbanización, se catalogan como tales. En autores como BERGEL o

---

[753]Cfr. GOUTAL, *op. cit.*, n. 74 y ss.; GHESTIN, *Traité...*, *cit.*, p. 396 y ss.

[754]Cfr. GOUTAL, *op. cit.*, p. 69.

MARTY, aunque se refleja la presencia y utilidad de la obligación real, su ámbito se reduce estrictamente al aspecto de las prestaciones positivas[755].

Ahora bien, cuando consultamos los tratados y manuales más recientes, es más fácil encontrar, al menos, una referencia general a la presencia de la obligación real conectada con formas de utilización y atribución que, por suponer concurrencia y reparto, aunque pudieran estar presentes en el *Code civil* y en la Jurisprudencia inmediatamente posterior, quedaron un poco en la sombra, manifestándose con el desarrollo posterior.

El tratamiento que, con más o menos acierto, encontramos en autores aislados –DE JUGLART, ABERKANE...– se recoge después depurado y mejorado por otros más recientes, como GOUBEAUX o MARTY, y de manera general, encuentra su hueco (en la medida en que la preferencia por la servidumbre se lo permite) en las obras generales.

Y en algunos casos, con una significativa mezcla, para relaciones de vecindad, urbanizaciones, etc. de las ideas de regla estatutaria (conjunto de normas), limitación, servidumbre o «red de servidumbres», vínculo de destino, obligación real, lo que nos muestra la fluidez y flexibilidad de ideas y conceptos en torno a una idea central: la relevancia e influencia en los derechos individuales de su pertenencia a una relación de reparto en que los intereses colectivos, la organización, el respeto de ciertas reglas de juego... forman parte integrante de la configuración del bien individual.

Es interesante la reflexión de PATAULT, aunque, acaso más que su idea, importa la información que nos ofrece y el modo de plantearla, sólo posible, quizá, o comprensible, en ese estado más avanzado de evolución y suficientemente alejado en el tiempo del instante codificador, lo que permite situar figuras, conceptos... con mayor perspectiva. Jugar, en definitiva, no sólo dentro y con los elementos del sistema tal como se muestra en un momento dado (en que resaltan más unas líneas que otras) sino contemplándolo en una evolución de mayor alcance, donde ciertos postulados que se mostraban fundamentales (oscureciendo así otros perfiles) se pueden contemplar sin aquella carga dogmática, y estos otros matices oscurecidos es posible, sin exagerar su importancia, sacar sin embargo de aquella sombra.

PATAULT dibuja la evolución histórica, en materia de atribución del inmueble, como un tránsito entre dos sistemas opuestos de apropiación fundiaria: el plasmado en el *droit*

---

[755]Cfr. BERGEL, J. L., *Les servitudes de lotissement à usage d'habitation*, Paris, 1973, nn. 215-216; MARTY, J. P., *La dissociation juridique de l'immeuble*, Paris, 1979, n. 328 y ss.

coutumier que enseñorea el mundo medieval, caracterizado por la presencia de propiedades simultáneas, concurrentes; y el nuevo tipo de apropiación, que se impone a partir de la Revolución, aunque preparado durante largo tiempo en las ideas y en los avatares históricos, y cuyo modelo es romano: la propiedad exclusiva[756]. Aunque la propia PATAULT se encarga en muchos momentos de matizar el rigor de esta contraposición e ir explicando con profusión de datos la evolución intermedia: el encuentro del *droit coutumier* con los textos y conceptos romanos, el cambio de perspectiva a partir del siglo XVI...

Pues bien, todavía después del «triunfo del exclusivismo», PATAULT reconoce y estudia ejemplos de lo que cataloga «supervivencia de las propiedades simultáneas»[757]: en primer término, las que atribuyen goces o utilidades diferenciadas sobre un basamento de copropiedad, siguen siendo reconocidas por la jurisprudencia francesa de la primera mitad del S. XIX[758]. Los magistrados rechazan que una *jouissance d'utilité* sea necesariamente una servidumbre.

Pero, en la segunda mitad del siglo XIX, los magistrados asimilan el exclusivismo[759]. La idea de las propiedades concurrentes no es abandonada, pero se manifiesta en una técnica muy diferente: sobre la base del art. 543 CCF[760] −reconoce la posibilidad de dos propiedades corporales superpuestas− la jurisprudencia va a realizar, para el *dessus*, la operación ya imaginada para el *dessous* por BONAPARTE en 1810: la disociación intelectual del inmueble en dos inmuebles superpuestos, soporte de dos propiedades distintas, sin indivisión alguna entre los propietarios[761]. Se abandona poco a poco el

---

[756]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, *passim*. *Vid*., p. ej., el preliminar (n. 1).

[757]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 208 y ss.

[758]*Vid.* PATAULT, *op. cit.*, n. 209 y ss., y la jurisprudencia allí comentada.

[759]Se sitúan en la categoría de las servidumbres los *usages* en otro tiempo reconocidos como propiedades. Por ejemplo, un derecho de pasto: "*Attendu que (ce droit) ne peut plus prendre naissance sous l'empire du Code civil qu'avec le caractère d'une servitude discontinue, qu'en effet la propriété suppose aujourd'hui la faculté de disposer de la chose de la manière la plus absolue*" (Amiens, confirmado por la *Cour de Cassation*, 15 mayo 1888, D., 1888, 1, 219). Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 214.

[760]"*Toutes constructions, plantations... sont présumées faites par le propriétaire... et lui appartenir si le contraire n'est prouvé; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un terrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment*".

[761]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, nn. 214 y 219.

mecanismo que injerta sobre la copropiedad indivisa del fundo las *jouissances* privativas distintas.

Se trata, por ello, de un intento en armonía con el exclusivismo: disociación horizontal en dos inmuebles idealmente distintos, explica PATAULT. La propiedad del *dessus* es llamada «superficie».

Pero quedaba un punto esencial cuyo modo de solución determinaría la presencia o no de una verdadera ruptura con el pasado: ¿La superficie implicaba una indivisión sobre la propia tierra? El buen sentido −señala PATAULT− duda en admitir que la propiedad inmobiliaria de un árbol o una casa esté totalmente separada de la del suelo en que descansan las raíces o cimientos; es preciso recurrir a la ficción para concebirlo.

Aquí, la vacilación de la jurisprudencia ha sido duradera. El *arrêt de BESANÇON* de 1884[762] afirma todavía que el derecho de superficie «supone necesariamente y en una cierta medida la participación en la propiedad del suelo». Después, la *Cour de Cassation* concluye a favor de la disociación absoluta en 1873: «*Attendu que le droit de superficie forme un droit de propriété distincte et séparée de celle du fonds; qu'il porte exclusivement sur les constructions, bois et autres produits du sol... que le concours d'un droit de superficie avec la propriété du tréfonds ne crée un état d'indivision ni quant à la propriété du sol, ni quant à la jouissance...*»[763]. Es la solución individualista: a cada cual su propiedad corporal.

Sin embargo, la técnica *coutumiére* permanece viva, explica PATAULT, en la institución de la propiedad horizontal, que muestra una «propiedad» del piso o local, apoyada sobre el soporte de la propiedad indivisa del fundo[764]. Es necesario reconocer la «*naturaleza jurídica coutumière*» del derecho del propietario del piso. "*Tout l'edifice coutumier repose sur l'idée d'une copropriété du fonds entre les ayants droit de jouissances privatives, et ces jouissances sont elles-mêmes des propriétés immobiliéres*"[765]. El *Code civil* ha retomado el espíritu de la construcción *coutumière* en el art. 664 (derogado por la ley de 28 junio 1938). La jurisprudencia del siglo XIX completó la ley, precisando los

---

[762]Cfr. *Besançon, 12 décembre 1864, Commune d'Orchamps-Vennes c. Héritiers Millot et consorts*, S. 1865, 2, 197, D. 1865, 2, 1.

[763]Cfr. *Civ. 16 décembre 1873*, S. 1874, 1, 457, D. 1874, 1, 249.

[764]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 215 y ss.

[765]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 216.

derechos de cada uno de los copropietarios en el sentido de una libertad tan extendida como sea posible dentro de los límites del respeto al derecho de los otros.

Y concluye PATAULT: "*La construction coutumière des propriétés simultanées, appliquée à la propriété par étage, relayée par la jurisprudence du XIXe siècle, est aujourd'hui la base de l'organisation juridique de la copropriété bâtie (loi du 10 juillet 1965), modernisée par la personnalité morale du syndicat des copropriétaires. Le lot de chaque copropriétaire comprend une part de copropriété indivise, «les parties communes», et une part de «propriété exclusive» sur son appartement (...). Mais la doctrine a oublié l'experience du passé et se divise sur l'étendue des pouvoirs du copropriétaire, qu'elle analyse par réference à l'exclusivisme, ce qui rend bien difficile la cohérence des solutions*".

Así pues, "*dans le courant du XIXe siècle, en plein épanouissement doctrinal de l'exclusivisme, la jurisprudence a construit sucessivement deux mecanismes, d'esprit différent, permettant les propriétés simultanées sur le même immeuble. Il est vrai que ces deux mécanismes ne seront guère utilisés au XIXe siècle, mais ils existent, ils sont prêts à offrir leurs techniques à l'evolution législative de la propriété foncière qui commence dans le début du XXe siécle*"[766].

Respecto a la propiedad horizontal, señala PATAULT, la historia demuestra que nos encontramos con una técnica autónoma, que tiene su coherencia propia y ha desarrollado empíricamente sus propias reglas de funcionamiento[767]. La diferencia con la propiedad exclusiva reside, fundamentalmente, en la libertad de disposición entendida aquí como libertad de gestión y utilización de su cosa[768]. La experiencia demuestra que el respeto del difícil equilibrio entre los señoríos concurrentes es la esencia misma del mecanismo. El margen de libertad de los copropietarios encuentra allí su límite.

---

[766]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, nn. 214 y 216.

[767]En el S. XVI, los autores situaban la propiedad horizontal entre las servidumbres (servidumbre de indivisión forzosa). Esta presentación −puntualiza PATAULT− es expresión de la normalización continua del *droit coutumier* del inmueble bajo la influencia del derecho romano, más poderoso que nunca. Las leyes modernas sobre esta figura están, ellas también, insertadas en el *Code civil* en el título de las servidumbres, como lo estaba el art. 664. La referencia al exclusivismo para calificar un tipo de apropiación cuyas raíces son *coutumières* y extrañas al mismo, y que tiene su propia lógica, parece aquí anacrónicamente metafísica. Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 216.

Podríamos encontrar también el reflejo de las *propriétés coutumières* en alguna forma de la moderna *propriété saisonnière*. (Esta idea de PATAULT resulta significativa, pues el tratamiento de la figura en Francia está orientado a configurar el derecho de disfrute como crédito)[769].

En todas estas realidades de concurrencia se muestra la imbricación de límites de atribución y obligaciones, en una conexión un poco distinta de la que existía en derecho medieval entre derecho real y dependencia o relación personal, pero que puede tener, en otra dirección, más intensos matices: la situación de la persona, no sólo sobre su cosa, sobre el objeto de su derecho, sino integrada en una colectividad organizada, que en Francia recibe el reconocimiento de personalidad jurídica, y, entre nosotros, casi (aunque la ley, orientada en el sentido de la independencia de las propiedades, diga otra cosa). De manera que la situación de la persona no es simple, de poder, derecho real, sino más compleja, en una relación especial con los titulares concurrentes[770]. En este ámbito "*la summa divisio*

---

[768]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 220.

[769]"*Les sénateurs ont proposé d'en faire un droit réel et de récourir à la technique de l'indivision (Le Monde, 19 octobre 1985), proposition rejetée par les deputés (séance du 28 novembre 1985). Les auteurs du texte ignoraient sans doute qu'ils retrouvaient ainsi une technique multiséculaire de jouissence saisonnière, permettant la multiplication des usagers de l'immeuble, sur la base de l'indivision du fonds et des jouissances privatives annalisées en propriétés. Le terme «multipropriété» a été contesté par les notaires, parce que source de confusion pour le profane; les deputés ont refusé de l'interdire. Le mot propriété a connu tant de sens aun cours des siècles, il a designé tant de situations qui n'ont que peu à voir avec la propriété des choses corporelles (...) qu'il semble sage de ne pas tenter d'enfermer le terme dans un domaine qu'il a toujours débordé*". Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 220. También *vid*. ATIAS, "*Destins...*", *Droits*, I, *cit.*, pp. 5-15.

[770]Las reflexiones contemporáneas sobre la propiedad, llega a afirmar PATAULT, nos reconducen a los conceptos *coutumiers*. Cuando TERRE habla de la propiedad como "*l'homme et la chose en situation*" (TERRE, F., "*Variation de sociologie juridique sur les biens*", *ADP*, 1979, pp. 17-29) tal definición puede aplicarse al análisis *coutumier* que inmerge el derecho sobre el inmueble en relaciones societarias, o en que el bien es mueble o inmueble *suivant les parties concernées et l'événement en cause*, en que el mismo individuo, para la propiedad de la misma tierra, es vasallo de uno y señor del otro...

Y, en su particular punto de vista, concluye esta autora: "situada en la perspectiva histórica, la evolución reciente de la propiedad fundiaria, de la que a menudo se piensa que cuestiona de nuevo los fundamentos mismos de nuestra sociedad, aparece más simplemente como el episodio más reciente, después de tantos otros, del enfrentamiento casi milenario de nuestras dos culturas

droit réel / droit de créance, systématisée autour de la propriété corporelle, risque de redevenir à nouveau, comme dans le passé coutumier, una construction doctrinale étrangère à la realité des propriétés-jouissances"[771].

He aquí, por lo tanto, de nuevo, el asunto de los vínculos obligacionales conectados a la atribución fundiaria. GHESTIN y GOUBEAUX han puesto de relieve la importancia de este punto, que la doctrina clásica, explican, se preocupó de minimizar. Es lógico que, con el paso del tiempo, cuando encontramos una evolución consolidada de estas formas de atribución (propiedad horizontal, superficie, urbanización, multipropiedad...) se reconozca de nuevo esa presencia[772].

(...) de las relaciones del hombre y de la tierra. La visión *coutumière*, tras un eclipse de un siglo y medio, recobra vigor, especialmente en la gestión de las técnicas más avanzadas de atribución del espacio". *Vid.* PATAULT, *op. cit.*, nn. 228, 230.

[771]Esto lo aplica PATAULT más bien a la supervivencia de propiedades simultáneas en la construcción jurisprudencial del siglo XIX. *Vid.* PATAULT, A. M., "*La propriété non exclusive au XIX siêcle, histoire de la dissociation juridique de l'immeuble*", *RDH*, 1983, pp. 217-237. Mas, con las debidas atenuaciones, derivadas de la construcción jurídica orientada a la independencia de propiedades y derechos, hay que verlo en la propiedad horizontal y, como veremos, en los complejos inmobiliarios a base de derecho de superficie. También, indudablemente, en la multipropiedad.

[772]Es sabido −explica PATAULT− que el derecho real *coutumier* está asociado a vínculos de obligación que el moderno derecho exclusivista ha querido precisamente condenar. *Vid.* PATAULT, *op. cit.*, nn. 228-230. GHESTIN, J., y GOUBEAUX, G., *Traité de droit civil, I, Introduction générale*, 2ª ed., Paris, 1983, p. 180; ATIAS, *Les biens, I, cit.*, p. 178; HANSENNE, J., "*De l'obligation réelle accesoire à l'obligation réelle principale*", *Etudes WEILL*, 1983, p. 325 y ss.

Ciertamente, la inmersión de la atribución inmobiliaria en relaciones societarias o de colectividad, y la dependencia, vinculación, relación obligacional personal (descrita por PATAULT, *op. cit.*, n. 120, en general) tiene un sentido en el *Ancien Régime* que ha sido eliminado para el derecho moderno.

Actualmente, la integración en la colectividad, o la sujeción a reglas, tiene sentido y se justifica en la posibilidad y mejor viabilidad de la propia atribución, en la construcción de la propia estructura que posibilita la utilización óptima de los bienes y la atribución individual, cuanto más provechosa y libre, mejor.

Por tanto, igual que hablamos de obligación, no sólo accesoria, sino subsidiaria, en general la atribución exclusiva e independiente será siempre el aspecto principal, y los vínculos societarios y obligacionales, tendrán siempre un lugar subsidiario, accesorio. Esta jerarquía, que

La presencia de las obligaciones reales no sólo corresponde a la *copropriété* (en que existe un fondo de indivisión también jurídicamente) sino a situaciones que se han pretendido construir eliminando todo lo posible la idea de concurrencia, como el derecho de superficie. Todo ello, sin olvidar que, más allá de la propiedad horizontal, encontramos reconocida la obligación real en los *lotissements*, en el *cahier de charges*[773], lo que supone una ampliación de su ámbito muy interesante que −en definitiva− acaba conduciendo a la aceptación de la obligación real como categoría general, en su terreno propio, que ha de terminar saliendo de la estrecha referencia a la accesoriedad respeto de la servidumbre (donde textualmente aparece en el *Code civil).* Aunque, especialmente en el ámbito del *lotissement*, sigamos contemplando la prevalencia de la servidumbre, cuyo concepto ha recibido también adaptaciones *ad hoc*, para encuadrar reglas de modulación de la atribución en concurrencia. Esto resulta significativo: se utiliza la idea de servidumbre, pero la doctrina realiza una impresionante tarea de adaptación de este concepto, porque va a convertirse en cauce para la normativa jurídico privada de las situaciones de concurrencia. La propia importancia de este esfuerzo resulta indicio de una realidad distinta. Cabe plantear hasta qué punto nos encontramos frente a un gravamen de un fundo para incremento del vecino[774].

Resulta particularmente interesante cómo, precisamente en el derecho de superficie, en la disociación jurídica del inmueble construida con la idea de propiedades independientes, la doctrina ha de reconocer el juego de la obligación real[775]. En relación con esta construcción jurídica, explica PATAULT: "En la complejidad de la organización actual del

---

PATAULT no recalca acaso demasiado, explica que, en la ley, lo que siempre quedará claro, lo ineludible, es el primer aspecto. El segundo resulta de la ley, pero también, muchas veces, únicamente de la contemplación e interpretación de la realidad.

Después, evidentemente, vamos a encontrar toda una gradación desde situaciones en que el segundo aspecto es completamente subsidiario (propiedad plena, vecindad) a otras en que la atribución individual que se hace posible con el esquema establecido, exige y depende ineludiblemente de la organización colectiva y el sistema de gestión (multipropiedad).

[773]Sobre el *cahier des charges du lotissement*, *vid.* BERGEL, *op. cit.*, nn. 119 y ss.

[774]Estas cuestiones serán objeto de análisis más adelante.

[775]Cfr. HEBRAUD, P., "*Préface*" a MARTY, *La dissociation..., cit.*, especialmente pp. XXVII-XXVIII. Las obligaciones reales "*sont l'expression de la prise en considération, pour chaque propriétaires, de la realité de l'ensemble immobiliar*". Cfr. MARTY, *La dissociation..., cit.*, nn. 343-344.

inmueble, resultante de las técnicas modernas de *maîtrise de l'espace*, se ven reaparecer los mecanismos *coutumiers* de las propiedades concurrentes"[776]. Aquí, una vez más GOUBEAUX, ha puesto de relieve las relaciones personales que complican hoy en día el poder directo del sujeto del derecho sobre el objeto[777].

No es posible quedarse en la obligación accesoria de la servidumbre. Cuando confrontamos la disociación jurídica del inmueble con hipótesis comparables, encontramos un terreno donde la accesoriedad de la obligación real tiene un sentido con horizontes más amplios. Es aquí donde hay que recordar las construcciones doctrinales de DE JUGLART o ABERKANE, o la más reciente de GOUBEAUX. En realidad, el problema que se planteaba en la propiedad horizontal y en las urbanizaciones, dice MARTY, hubo de tener una solución legal, con la consagración, por ejemplo, del *cahier des charges*. Algo parecido habrá que terminar por hacer en el conjunto inmobiliario construido en base a derechos de superficie, el inmueble disociado[778].

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

[776]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 219.

[777] Vid. GOUBEAUX, "*Abstraction et réalisme...*", *cit.*, pp. 279-294.

[778]Cfr. MARTY, *La dissociation...*, *cit.*, nn. 345-357.

LA DOCTRINA SUIZA

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

Introducción

Han sido civilistas de esta nacionalidad, afirmaba DE LOS MOZOS en 1977, quienes "han elaborado, en los últimos veinte años, un verdadero concepto técnico de la obligación real"[779]. La presentación de esta doctrina exige un análisis de problemas que se han planteado en el derecho de aquel país. Interesan para comprender mejor el sentido que ha tenido esta preocupación por la noción, y por tanto a ellos aludiremos, pero en ocasiones ni corresponden a cuestiones paralelas en nuestro ordenamiento ni al enfoque que aquí se adopta para el estudio de la obligación real.

Es cierto que esta doctrina resulta significativa para observar cómo se introduce una categoría en «el sistema». Y que en ella encontramos los elementos básicos de la categoría y su función. Pero también posiciones divergentes en distintas cuestiones, lo que indica que no todos los planteamientos son igualmente aprovechables[780]. La introducción de la

---

[779]Cfr. DE LOS MOZOS, "La obligación real...", *cit.*, p. 341. Un esquema de esta elaboración doctrinal en CARONI, P., "El derecho de superficie en el derecho suizo", *RDP*, 1974. p. 273 y ss.

[780]En muchos casos, las más interesantes posiciones son las que coinciden con los puntos de vista de los representantes más acertados de la doctrina francesa, aunque a ésta última le falte un grupo compacto de civilistas que se hayan ocupado –en un arco cronológico bien definido– de la cuestión, y hayan presentado una visión coherente y ordenada, lo característico de la doctrina suiza y que llamó la atención de DE LOS MOZOS, cuando se fija en el concepto al estudiar el

categoría responde y viene luego lastrado por los problemas que genera un modo de razonar excesivamente dogmático. Más que brotar de una preocupación por las conexiones entre señorío y obligación en el derecho de bienes, el planteamiento de LIVER y quienes le siguen se limita a constatar la presencia de una peculiar relación, cuyos trazos se dibujan *a priori*, y postular su aplicación en una serie de supuestos legales, aunque el legislador no lo hubiera dicho expresamente.

Buena parte del interés de los autores suizos por este concepto se centra en los derechos personales anotados en el Registro[781], con la problemática planteada por ciertos derechos potestativos que reciben −en su consideración de personales− tratamiento distinto del que tienen en nuestro derecho. O se plantean los efectos del arrendamiento anotado. O se aplica en otras situaciones en que también puede verse un matiz de derecho potestativo o de adquisición, cada una por una razón distinta y con peculiar funcionamiento: las servidumbres forzosas, la construcción en suelo ajeno, el derecho a la hipoteca del constructor... Cuestiones, todas ellas, que pueden pertenecer al campo de las relaciones entre las obligaciones y las cosas, al de la obligación *propter rem* o incluso al de la obligación real, pero que, para nosotros, se revelan un punto marginales. De todos modos, a raíz de estas preocupaciones surge un cuerpo de doctrina relativo a la obligación *propter rem*, e interesantes aplicaciones de la noción en el terreno propio de la obligación real[782].

---

derecho de superficie. Cfr. DE LOS MOZOS, J. L., *El derecho real de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Madrid, 1974, pp. 157 y ss., 301 y ss.

[781]*Vid.*, por todos. SCACCHI, D., *L'obligation propter rem et les droits personnels annotés au registre foncier*, Locarno-Genève, 1970, p. 57 y ss.

[782]Sin ánimo exhaustivo, *vid.*, LIVER, P., *Kommentar zum ZGB, Das Sachenrecht, Dientsberkeiten und Grundlasten*, I, Zurich, 1951, *Einleitung*, nn. 148-163; "*Die Realobligation...*", *cit.*; JOST, A., *Die Realobligation als Rechtinstitut, mit besonderer Berücksichtigun des schweizerischen Sachenrechts*, Bern, 1956; MEIER-HAYOZ, A., *Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht*, IV, *Sachenrecht*, I: *Das Eigentum*, 1. *Lieferung*, Bern (3ª *Aufl*. 1958, 4ª *Aufl*. 1966), *Systematischer Teil*, nn. 150-177; DESCHENAUX, H., "*Obligations propter rem*", *Festgabe für Max Gutzwiller*, Basel, 1959, pp. 711 y ss.; "*Les obligations dites réelles et leurs rapports avec le registre foncier*", *RSNRF*, n. 43, 1962, p. 282 y ss.; NEUENSCHWANDER, U., *Die Leistungspflichten der Grundeigentümer im französischen Code civil und im schweizerischen ZGB unter besonderer Berüchsichtigung des Nachbarrechts*, Zurich, 1966; SCACCHI, *op., cit.*

La noción de obligación real. Su sentido como categoría en el sistema y su «descubrimiento moderno»

El concepto, tal como lo presenta SCACCHI, no tiene nada de particular. "La obligación real es una relación de derecho personal, en que el deudor está determinado por el derecho que tiene sobre una cosa"[783]. El término «real» se refiere a este peculiar modo de determinar al obligado, por lo que parece adecuada la expresión alemana «*realobligation*» en que figura como un adjetivo, mientras en la terminología francesa «*obligation réelle*» resulta más ambiguo, y a SCACCHI le parece más correcto hablar de «*obligation propter rem*»: "indica más claramente... que es la cosa, en razón de un derecho real que sobre ella se tiene, la que determina el deudor de la relación personal"[784]. Pero también entre los autores de lengua latina se viene utilizando la expresión «obligación real», interesante porque indica también esa cierta ambigüedad de la noción, que «es» obligación y «forma parte» de la teoría de los derechos reales. Aunque, indudablemente, la obligación real no es más que una obligación *propter rem*[785].

"Hay «también» obligaciones reales". Este es, por decirlo de algún modo, el descubrimiento de LIVER[786]. Constatación de una realidad que existe en la legislación, implica un descubrimiento en el sistema, porque supone contar con un modelo de relación que no encaja en la dicotomía tradicional: se trata de una obligación, pero tiene una eficacia, por su ambulatoriedad, que parece emparentarla con los derechos reales[787]. Sin

---

[783]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 9

[784]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, pp. 34-35.

[785]Sobre la cuestión terminológica, *vid.* DE LOS MOZOS, "La obligación real...", *cit.*, p. 342; NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, p. 91; DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 712; JOST, *op. cit.*, p. 61.

[786]Quien, indica DESCHENAUX, ha introducido éstas con autoridad como noción independiente. Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 711; LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 263. "No es un instituto jurídico del que se cuestione si debe introducirse o no. Se encuentra en todo ordenamiento jurídico. Es necesario simplemente reconocer su naturaleza jurídica, su función y su posición en el sistema". Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 279.

[787]Cfr. HAAB, R., *Zürcher Kommentar zum ZGB, IV, Das Sachenrecht, I. Einleitung*, Zürich, 1929, n. 54.

embargo, no es, o, mejor, en la reflexión de LIVER, no puede ser un derecho real[788]. El «descubrimiento» consiste, por lo tanto, en reconocer un lugar para una categoría conocida en el derecho común[789] pero que la propia doctrina había olvidado al construir la dogmática de los derechos patrimoniales.

Con ello resulta posible acudir luego la ley e interpretarla y aplicarla utilizando el instrumento al que se da carta de naturaleza en el sistema. Es la doctrina, por tanto, la que ha jugado una mala pasada al legislador cuando la Pandectística pasa como de puntillas sobre la obligación real. Después, la propia doctrina elabora la dogmática de la obligación real, con lo que ofrece una nueva «hipótesis de trabajo» (en expresión de DESCHENAUX[790]) que permite interpretar y aplicar modelos legales de acuerdo, no con los principios característicos de los derechos reales, o de las obligaciones, sino encuadrándolos en este nuevo ámbito, lo que el legislador no habría sido capaz de hacer (aunque sea en la legislación donde aparecen una serie de supuestos inequívocos, que han facilitado a la doctrina encontrar apoyos para la «introducción» de la categoría) o a lo que no se habría podido llegar por no contarse con una teoría que permitiera cobijar adecuadamente los pocos ejemplos que, a través de la Pandectística, vinieron a alojarse en el Código[791].

---

[788]Por suponer una pretensión dirigida a una prestación positiva. Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 261 y ss.

[789]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 257 y ss.

[790]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 712.

[791]Hay que reconocer sin embargo que, en algunos supuestos, acudir en ayuda del legislador o, mejor, de la jurisprudencia, con esta noción puede ser problemático, o innecesario. Ciertamente es posible que el legislador, que presenta unos pocos ejemplos de obligación real, no fuera muy consciente de su encaje en tal categoría, aún sin elaborar, o no lo haya manifestado claramente. La teoría permite entonces encuadrar y aplicar adecuadamente esos preceptos evitando que se desfigure su sentido por prejuicios dogmáticos. Un ejemplo se presentó, en 1924, en la sentencia del caso *Gebhardt* (*ATF* 50 II 232). Se trataba de una servidumbre de paso cuyo constituyente había asumido los gastos de mantenimiento. Más adelante sus herederos abandonaron la propiedad para liberarse de la obligación. El TF entendió que tal abandono era lícito pero no suprimía la obligación. El desconocimiento, por el TF, de la obligación real, hace necesario que la doctrina acuda en apoyo del legislador (*Vid.*, criticando la sentencia, LIVER, *Kommentar zum ZGB...*, *cit.*, n. 164; JOST, *op. cit.*, p. 105 y ss.; MEIER-HAYOZ, *op. cit.*, n. 173).

De acuerdo con estos planteamientos, señala LIVER, en sus conclusiones, aunque no termine de decir toda la verdad, "la doctrina de la obligación real suprime un prejuicio dogmático, que ha impedido a la legislación y a la interpretación de la ley dar a las relaciones jurídicas que entran en consideración al respecto la configuración jurídica en la que se podía realizar su sentido y finalidad, la *ratio legis*". Para cuya realización "se justifica la supresión, por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, de límites ante los que el legislador creía deber detenerse por consideraciones meramente dogmáticas[792]". Con la obligación *propter rem* la doctrina ofrece al legislador un modelo que antes le había ocultado.

Puede ocurrir, también, que el legislador considere conveniente cierto efecto −se deducirá de los intereses en juego, las manifestaciones legales y sus causas (trabajos preparatorios, Exposición de Motivos...)− pero no haya sabido expresarlo. Si el legislador −explica LIVER− hubiera tenido ante sus ojos la figura de la obligación *propter rem*, habría podido dibujar la solución clara y pertinente. Con la elaboración de la teoría la jurisprudencia podrá sacar de la ley el partido que parecía pretenderse. Sin embargo, puede quedar la duda de si el legislador realmente quería obtener esos efectos. O si no son otras las vías, más acordes al tenor literal de los preceptos, para la protección de los intereses en juego. O, en fin, si el legislador y la jurisprudencia han rehusado definir o aceptar aquellos efectos sólo detenidos por los impedimentos dogmáticos, o por otras razones.

Por otra parte, si la doctrina de la obligación real toma juego a partir de la distinción entre derecho real y de crédito, este sólo es el inicio de un camino por el que es preciso discurrir con enfoques nuevos, puliendo otras aristas dogmáticas. Si se discurre así resulta innecesario después insistir, por ejemplo, en que la anotación de derechos personales transforma un derecho personal en una obligación real, para justificar consecuencias derivadas del refuerzo de oponibilidad que aporta la anotación. La interpretación de la ley resulta, en ocasiones, más sencilla como la realizaron los primeros comentaristas del CCS, y sólo prejuicios dogmáticos han determinado y siguen justificando un recurso innecesario a la obligación real.

De todas formas, hay que reconocer que el concepto de LIVER (obligación positiva vinculada a un derecho real que se adquiere) permite explicar multitud de efectos simplemente señalando: "la anotación (por ejemplo) produce, también, una obligación *propter rem*..." Pero se trata de obligación *propter rem* en su acepción más elemental. Entonces, si son obligaciones, como se trata de una anomalía o −si se quiere suavizar el término− una obligación legal, cabe cuestionarse −así lo hace DESCHENAUX− hasta qué punto es posible hacerla surgir de la interpretación de la ley.

[792]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 279.

Precedentes

Como indica DESCHENAUX, aunque el término *realobligation* sea nuevo y a partir de él, de 1950 en adelante, se elabore la teoría, la cuestión sin embargo no lo es[793]. La noción de *Zustandobligation*, obligación ligada a un estado de cosas[794], que resulta ser la clave, no sólo de la figura sino del hallazgo de su ámbito propio, hasta discernir la esfera característica de la obligación real, era conocida por la doctrina de Pandectas[795], probablemente por el influjo de SAVIGNY.

El sistema de los derechos reales en Huber y sus referencias a la obligación real

BIBLIOTECA VIRTUAL

Tiene interés hacer una referencia a los planteamientos de HUBER en su trabajo de 1914[796], poco tiempo después de la promulgación del ZGB, en cuya elaboración este jurista tuvo decisiva intervención. Porque LIVER va a partir después de una crítica a estos enfoques, aunque soslayando aportaciones de HUBER que resultan esclarecedoras.

Para esta materia concreta, la interpretación de los textos de HUBER no es fácil. Y su comentario exigiría profundizar en cuestiones que se tocarán en ulteriores capítulos. Trasluce el influjo de KANT y los pandectistas en su enfoque de la relación jurídica, aunque denota una resistencia a abandonar la perspectiva clásica del derecho real. Asimismo, se mueve entre la ortodoxia de la libertad del dominio y el peso de la tradición germánica de las cargas reales.

"Hablamos de derechos reales y personales, y llamamos también instituciones de derecho personales y reales a las que se establecen bajo su ordenación respectiva"[797]. Sin abandonar la perspectiva de la relación jurídica, es preciso, al oponerlos, hacerlo "teniendo

---

[793]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 711.

[794]Sobre este concepto, *vid.* JOST, *op. cit.*, p. 112; MEIER-HAYOZ, *op. cit.*, p. 82.

[795]Cfr. JOST, *op. cit.*, p. 64, con referencias a IHERING, *Dogmatisches Jahrbuch, Passive Wirkungen der Rechte*, t. 10, p. 444, y WINDSCHEID, B., y KIPP, T., *Lehrbuch des Pandectenrechts*, 9 Auflage, Franfort, 1906 I, § 50, II, § 291.

[796]Cfr. HUBER, E. "Los derechos reales en el derecho privado suizo", trad. de E.R. RAMOS, en *Estudios sobre la publicidad en el derecho privado*, I, Madrid, 1919, pp. 7 a 59.

[797]Cfr. HUBER, *op. cit.*, p. 7.

inmediatamente en cuenta el objeto de la relación jurídica, lo que no acontece al distinguir los derechos relativos y los absolutos".

Se está hoy de acuerdo, dice HUBER, en que una relación sólo puede existir entre sujetos de derecho. Su objeto aparece inmediatamente como la prestación del deudor (por tanto, cuando HUBER habla de obligaciones y de obligaciones reales, muchas veces se refiere simplemente a la posición pasiva en la relación jurídica).

Sin embargo, "no se debe pasar por alto que el objeto de la relación jurídica puede estar en muy distintas situaciones con el sujeto obligado". Y aquí recoge la doctrina del objeto como materia a que se refiere la relación, abandona la perspectiva de la relación teniendo en cuenta el objeto del derecho subjetivo. "Deben ser cuidadosamente puestas de relieve las relaciones con una cosa, que son tan intensas que pueden en muchos aspectos ir más allá de la relación obligacional del sujeto deudor. (...)De este modo, es objeto de la propiedad la cosa en su significación para el orden jurídico, y la obligación de los demás no se muestra ya como lo primario, sino solamente como lo secundario"[798].

HUBER refleja la idea de atribución, pero no abandona la perspectiva originalmente adoptada: "Sobre esta base puede decirse además que la cosa es el objeto de la relación jurídica de propiedad. Pero donde una relación de derecho entre dos personas tienda con su objeto a producir la propiedad, se podrá por lo menos designar la cosa como objeto mediato de la relación".

"La relación con una cosa se nos presenta en dos formas completamente distintas: en unos casos descansa sobre una relación jurídica creada entre personas determinadas con una causa especial de derecho, que sólo produce efectos entre las partes; en otros casos, por el contrario, tenemos una relación con la cosa que, sin referencia a una causa especial puede, en cuanto se dé ocasión, exteriorizarse frente a cualquiera según las reglas del derecho objetivo"[799]. Es un texto esclarecedor. Y, sigue, "es, por consiguiente, condición del derecho real en su relación con la cosa, que se ejercite frente a otros sujetos de derecho sin que precise una fundamentación que descanse en una causa especial de derecho"[800]. Los derechos reales muestran, por consiguiente, dos cualidades: se refieren a una cosa, y producen para el titular sus efectos en la relación jurídica "sin una causa de derecho que

---

[798]Cfr. HUBER, *op. cit.*, p. 9 nota 2.

[799]Cfr. HUBER, *op. cit.*, pp. 9-10.

[800]Cfr. HUBER, *op. cit.*, p. 10.

afecte especialmente al sujeto pasivo". Pues "en último término pertenecen (...) a la categoría más extensa de los derechos absolutos"[801].

Pero HUBER pone el acento, sobre todo, en la eficacia de la relación más allá del contratante originario. El enfoque adoptado lleva a tratar como derechos reales, en el sentido que iremos viendo, todos los relativos a una cosa (directa o indirectamente) en que pueda haber eficacia, exigibilidad, frente a terceros distintos del contratante originario. Presenta, pues, una serie de relaciones unificadas por el adjetivo «real»: "Donde se quiera conceder a una relación con una cosa sólo efectos frente a la otra parte constituyente, se tratará de un derecho personal: donde, por el contrario, y para un fin cualquiera, se quiera reconocer una eficacia frente a todo el mundo sin una causa especial, (...) se da a la relación el carácter real"[802].

Así, en el terreno de los derechos personales reforzados con un efecto de oponibilidad que ya no es la suya. La relación con la cosa sigue dependiendo de una causa especial, una relación contractual, y esto diferencia de los verdaderos derechos de atribución estas situaciones personales reforzadas. Pero hay un efecto real de oponibilidad que, en sí mismo, se da sin una causa especial de derecho, frente a terceros. HUBER habla entonces de «efecto real», pero también, sin más, de «carácter real»: "El efecto real puede ser dado en distinta extensión, pudiendo afectar a toda una institución o sólo a una determinada manifestación jurídica. Cuando por consiguiente, se habla de una facultad real en el sentido descrito, no se quiere decir que siempre toda la relación de que se trate, toda la institución jurídica, sea real. (...) Lo importante prácticamente es que siempre que (...) se atribuya a un

---

[801]Después, HUBER hace la obligada referencia a la relación que puede estar en el origen de la adquisición (de la que antes hicimos un apunte) porque la atribución es del ordenamiento y, por consiguiente, exige una *causa iuris*: "Con esto, sin embargo, no queda expuesta con suficiente claridad la relación jurídica real. La relación con la cosa como objeto de derecho deberá ser deducida de una causa de derecho especial; sin ésta no puede aquella existir". Pero la *causa iuris* no se exterioriza sólo frente a quien en la relación jurídica que sobre ella se funda (quizá sería mejor decir «sobre la que se funda») aparece como sujeto obligado. "Así puede hacerse valer el derecho de propiedad frente a cualquiera apoyándose en su adquisición".

[802]Cfr. HUBER, *op. cit.*, *ibidem.*

derecho el carácter real puede ser hecho valer frente a otras personas distintas de las partes de la relación jurídica constituida"[803].

Los derechos reales y los personales con efecto real quedan enmarcados en este ámbito definido por HUBER. Y la obligación real es la que les corresponde: "Nos proponemos investigar esencialmente qué relaciones con la cosa (...) pueden hacerse valer sin una causa especial de derecho frente a personas distintas de quien fue parte en el acto constitutivo del derecho. Dondequiera se dé este poder en un derecho o una obligación, deberemos designar como real la obligación, aunque con ello aumentemos de modo considerable el número de relaciones o instituciones jurídicas reales respecto a las de la doctrina corriente"[804].

Veamos cómo se concreta esto en el arrendamiento. Nos encontramos ante una relación personal, no afectaría a sujeto distinto del arrendador el contrato celebrado. "Sin embargo, es posible una modificación: (...) puede ser hecho eficaz frente a cualquier propietario si se le reviste de fuerza real. Pero sería ir más allá del efecto real, previsto en la ley, pensar que toda la relación jurídica de arrendamiento así anotado encierra un carácter real. Más bien continúa siendo una relación de derecho de obligaciones, y se hace real sólo en cuanto el arrendatario puede hacer valer los derechos constituidos mediante un contrato

---

[803]Cfr. HUBER, *op. cit.*, p. 14. Con lo que, insisto, parece que también para el derecho real, en general, HUBER no da importancia a la diferencia entre la relación de adquisición y la relación real, y pone el acento en la oponibilidad.

[804]Aquí hace una referencia a la tradición de las cargas reales, porque "fue y es una característica del desarrollo jurídico alemán el que las relaciones reales con las cosas hayan conseguido un reconocimiento mucho más extenso que el que se encuentra en la sistemática jurídica corriente". Cargas que se conciben como verdaderos derechos reales, atribución.

"La legislación moderna debe conservar en este punto una libertad completa. Donde se quiera conceder a una relación con una cosa sólo efectos frente a la otra parte constituyente, se tratará de un derecho personal. Donde, por el contrario, y para un fin cualquiera, se quiera reconocer una eficacia frente a todo el mundo sin una causa especial, entonces se da a la relación el carácter real". "Corresponde a la legislación determinar en qué medida se permite a las partes el constituir como reales derechos u obligaciones que directa o indirectamente se refieren a una cosa".

Y, en lo que ahora nos interesa, en cuanto a la diferencia entre derechos reales y derechos personales con efecto real: "Así como hay más libertad para establecer servidumbres (art. 781) se establecen límites muy estrechos con relación a la **conversión en reales de los derechos personales sobre inmuebles (art. 959)**" Cfr. HUBER, *op. cit.*, pp. 12 y 13.

contra cualquier adquirente posterior de derechos reales en la cosa, quedando aquél igualmente obligado frente a éste en los efectos del contrato"[805].

El derecho sigue dependiendo de una *causa iuris* de derecho personal, pero funciona frente a terceros como un derecho real. Aunque, al tratarse de una relación personal, puede decirse que el arrendatario hace valer su derecho «obligando». No es que las obligaciones «se conviertan» en obligaciones reales (de LIVER) y por eso el derecho quede reforzado; es que con el refuerzo, como es un efecto de oponibilidad real, resultan obligaciones para terceros. Pero el derecho sigue dependiendo del contrato con el arrendador primitivo, relación contractual en la que, de algún modo, se introducen los terceros. Por un lado, como si se tratara de un derecho real (sin una causa de derecho especial), por otro, la institución sigue siendo derecho personal: el tercero se verá implicado en las relaciones obligatorias del arrendamiento.

"Hay por consiguiente sólo una pequeña parte de realidad" (esta «realidad» no es un adjetivo que cualifique a la relación personal, es un efecto para los terceros, sin causa especial: realidad en cuanto contrapartida de un efecto real). "El nuevo propietario está ligado al contrato de su predecesor en la propiedad, pero los efectos de la relación contractual permanecen sin variación, y ésta es la consecuencia más importante de esta delimitación del efecto real. El propietario anterior no se libera sin más de las consecuencias de la relación de derecho. La ley prevé sólo que el tercero que haya adquirido desde la anotación un derecho real en la cosa objeto del contrato está obligado por él como el primer arrendador. (...) Esto afecta en primer término al adquirente (entra por sí mismo en la relación contractual y tiene que consentirla) pero también a los titulares de los derechos reales de uso y aprovechamiento y al acreedor hipotecario posterior a la anotación". Por ello "la relación no es de ningún modo la misma del censo, que era en absoluto una relación jurídica real, lo mismo que el usufructo". Y "De igual modo puede concebirse el efecto real de las acciones derivadas de los derechos personales de tanteo y retracto. *Se da carácter real a acciones personales*"[806].

Existe, después, un tercer campo: "La relación con una cosa produce en otros casos efectos más amplios aún. De ella puede deducirse el derecho o el deber frente a un sujeto determinado o frente a cualquiera". No interesa aquí la cosa en cuanto un derecho la tiene (mediata o inmediatamente) por objeto, sino en cuanto sirve para determinar al titular o al

---

[805]Cfr. HUBER, *op. cit.*, p. 19.

[806]Cfr. HUBER, *op. cit.*, pp. 20-21.

obligado. "La relación con las otras personas no es en estos casos real, o por lo menos no lo es necesariamente sino posiblemente, no esencialmente, y puede darse sólo la consecuencia de que allí se deduzca después el derecho real limitativo que faculte u obligue al propietario de una cosa[807]. Por el contrario, el propietario de una cosa está siempre en una relación real con la parte contraria (cualquiera que ésta sea...) y no sólo como consecuencia de la relación real (creadora de su derecho, con la otra parte contratante) por ejemplo, el deudor de la carga inmobiliaria o el acreedor del derecho real[808]. Se habla de derechos o deberes subjetivamente reales en aquellas relaciones en que no hay ningún respecto real con el otro sujeto[809], pero en que se determina por el vínculo real con la cosa la persona del titular o del obligado. Para nuestro estudio no será necesario traer a colación de nuevo estos actos (*sic*) reales subjetivos. No nos ofrecen ningún interés especial desde el momento en que nos proponemos investigar qué relaciones *con la cosa* se caracterizan según el ZGB porque pueden hacerse valer sin una causa de derecho especial frente a personas distintas de la que fue parte en el acto constitutivo del derecho"[810].

He aquí, pues, tres elementos de estudio. Los que interesan a HUBER: −derechos reales (siempre, relación real con la parte contraria); derechos personales reforzados

---

[807]Cfr. HUBER, *op. cit.*, p. 11. También la relación de titularidad puede suponer un nuevo derecho real que faculte (en cuanto título para exigir su constitución, o, ya constituido, como «derecho real subjetivamente real», accesorio) u obligue al propietario (cuando se ha constituido la servidumbre sobre su finca): Pero aquí también se vuelven a mezclar la esfera de las obligaciones reales y la de los derechos reales, pues esta relación subjetivamente real que obliga puede encuadrarse en una carga real. La relación subjetivamente real de deuda tiene entonces carácter real, y de «obligación real» −en cuanto sujeción al gravamen−. La obligación de limpiar la acera, explica HUBER, que puede corresponder al propietario de un edificio, puede p. ej. ser una carga real; pero en todo caso engendra, aún cuando no esté constituida realmente, una obligación frente a un gran número de interesados (p. 11 nota 1).

[808]El propietario, pues −y aquí HUBER se fija en la naturaleza de la relación real, desligándola de la oponibilidad de un contrato− desde el momento en que existe atribución, está en relación real con los no propietarios, cualquiera que sean, con independencia de que nuevas relaciones reales le conviertan en deudor de una carga real o en beneficiario de un nuevo derecho real. Ahora bien, en la medida en que una nueva relación cree un derecho real, la relación real del propietario se imbrica en la relación real del otro titular.

[809]Por tanto, las cargas reales, p. ej., han dejado de ser simples derechos subjetivamente reales, porque existe una relación real recíproca.

[810]Cfr. HUBER, *op. cit.*, p. 12.

(relación contractual pero después, también, relación real con terceros)[811]− por tratarse de relaciones con las cosas[812] con carácter real. Y los otros derechos subjetivos que pueden no ser una relación real.

Sin embargo, parece que termina por englobar todas estas situaciones, desde el punto de vista del efecto en que más se fija: la oponibilidad a terceros que no intervinieron en el acto constitutivo del derecho: "Lo importante prácticamente es que siempre que de un lado se atribuya al derecho el carácter real puede ser hecho valer frente a otras personas distintas de las partes de la relación jurídica constituida, y en que por otro lado una relación conjunta o un derecho subjetivamente real *puede ser llamado real en cuanto le corresponda aquel efecto*. En este sentido se trata en lo que sigue de derechos y obligaciones reales"[813].

La obligación real, que sólo era la contrapartida de un derecho real −o de un «efecto real»−, puede terminar siendo toda relación en que una prestación relativa (o no tanto) a una cosa se dirige contra el eventual propietario, etc. porque éste es el aspecto decisivo del «carácter real». En realidad parecería que HUBER establece como frontera que la relación se refiera a una cosa, pero −no lo olvidemos− existe en Suiza un elemento, las cargas reales, que puede contribuir a la confusión. Y, además, cuando el punto de vista decisivo termina siendo la oponibilidad, resulta que «pueden ser llamadas reales» (en el mismo sentido del derecho real) otras relaciones, «porque les corresponde aquel efecto».

Se muestra luego un cuarto campo: el de las «pretensiones reales», peculiares derechos que parece −para HUBER− no son simples relaciones subjetivamente reales (acaso porque el derecho se refiere a una cosa) pero que suponen, sin más, una pretensión dirigida a la obtención de un derecho real. Aquí "no se reconoce sólo una mera acción personal para el cumplimiento de la forma y la constitución del derecho real de ella dependiente, sino que *la acción se dirige contra cualquier propietario de la cosa afectada por el derecho real que debe constituirse a favor del demandante*... No hay, pues, sólo una mera acción contra un sujeto obligado con un título especial, como, por ejemplo, contra el comprador, sino un derecho ejercitable contra todo el que, por su situación respecto a la cosa, está en

---

[811]Esta diferencia resalta especialmente cuando HUBER estudia la distinción, en la correlación del efecto obligacional originario y el posterior efecto real, entre compraventa y arrendamiento. (Cfr. HUBER, *op. cit.*, pp. 15-16, 18 y 19).

[812]"Sólo puede haber un derecho real cuando el objeto de la relación jurídica consiste en un poder (sea cualquiera su origen) sobre una cosa". Cfr. HUBER, *op. cit.*, p. 14.

[813]Cfr. HUBER, *op. cit.*, p. 14.

condiciones de satisfacer aquélla, en general contra el propietario de la cosa que debe ser gravada con el derecho real del demandante. *No vacilaremos en llamar reales a estas acciones, puesto que tienen la principal de sus características.* Sirven en ciertas relaciones de derecho para diferenciar acciones opuestas y para aclarar el alcance de los derechos de que se trate"[814]. Ahí se encuadra la pretensión real del retracto legal, la dirigida a gravar una finca con una servidumbre forzosa y correspondiente al constructor para la obtención de la hipoteca legal[815].

No se trata de un derecho real[816]. También se distinguen de los derechos personales con carácter real[817]. Sin embargo, HUBER las incluye en su estudio porque ve en ellas una relación especial con la cosa[818]. Y, sobre todo, porque tienen «la principal de sus características» (del derecho real), la oponibilidad. Da la impresión, entonces, que se

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

---

[814]Cfr. HUBER, *op. cit.*, pp. 40-41.

[815]*Vid*. HUBER, *op. cit.*, pp. 42 y ss.

[816]Porque el derecho real nace luego, por ejemplo, la hipoteca. Cfr. HUBER, *op. cit.*, p. 41 nota 1. "Se distinguen también de los derechos reales, que ya alcanzan al inmueble antes de la inscripción, necesitando de ésta solamente para dar lugar a los efectos completos que nacen del Registro".

[817]"Distínguense estas acciones de las personales con carácter real, en que el fundamento de las primeras no es una acción personal como en las segundas, sino que hay una acción dada por la ley y revestida de efecto real; por eso su efecto no se constituye mediante la inscripción del art. 959 CCS". Cfr. HUBER, *Ibidem*.

[818]En efecto, nos encontramos ante un peculiar grupo de derechos –o facultades– potestativos, caracterizados por dirigirse a una adquisición porque el ordenamiento reconoce la especial posición o relación del beneficiario con la cosa, «antes» de que se constituya el típico derecho real. Por ello, la pretensión va acompañada por otras connotaciones, básicamente porque, desde un principio, cuando se dan las condiciones de hecho –y de derecho– previstas por la ley, el beneficiario, antes de la efectiva constitución del derecho real cuenta con una especial protección, y no le va a afectar la actividad negocial del propietario con terceros, o, en el caso de la hipoteca del constructor, con la posibilidad de obtener un cierre parcial del Registro y una contribución de terceros para completar su garantía...

Tal es así, que algunas de estas relaciones, en nuestro sistema aparecen como verdaderos derechos reales (o facultades de este tipo): los retractos legales, basados en la posición –prevista por la ley– que ocupa de entrada el titular respecto a la cosa. Otras se manifiestan como una especial posibilidad de obligar en virtud de la ley, al propietario, pero no tanto por la relación con él trabada, cuanto con la finca misma. Parecen ejemplos de un cierto *ius ad rem*.

plantea una «naturaleza real» de la que participan (total o parcialmente, pero, en la parte que corresponda, con igual intensidad) los derechos reales, los derechos personales con carácter real, las pretensiones aludidas.... Todo esto es «real», aunque *a priori* parezca que una pretensión real sólo puede existir como reflejo de un derecho real «previo», pero el caso es que no hay «otra» naturaleza real...

Al lado de estas figuras, podrían estar, de acuerdo con algunas manifestaciones de HUBER reseñadas, los derechos subjetivamente reales. También "pueden llamarse reales en cuanto les corresponda aquel efecto". Pero aquí subyace una distinción: lo que tiene «carácter real» y lo que «se podría también llamar real», en relación con derechos obligacionales subjetivamente reales, e incluyendo las «pretensiones reales» antes vistas.

Guhl, y el derecho personal reforzado

Después, tiene importancia el trabajo de Théo GUHL[819], utilizado por la doctrina posterior para argumentar en uno u otro sentido. Parte de la distinción radical entre derechos reales y de crédito. Y concluye que es necesario introducir una atenuación en tal bipolaridad[820], a la que accede contemplando el refuerzo de ciertos derechos personales, que siempre va a manifestarse en supuestos de conexión entre una obligación o, mejor, un derecho personal y una cosa.

Cuando el contrato se dirige a la trasferencia de la propiedad, ya contaría el comprador con una posición reforzada, por ciertos recursos que el ordenamiento pone a su disposición para obtener el derecho real sin tener que depender del ulterior acto traslativo previsto en el proceso de adquisición por el derecho suizo, por influencia del BGB. Se trata de refuerzos relativos al negocio causal: cuando el contrato se ordena a la transmisión, ciertos instrumentos aseguran la efectiva adquisición. Por ello este «primer grado» de refuerzo, es mínimo[821]. Sin embargo, esto nos sitúa en la pista del planteamiento de GUHL: el refuerzo

---

[819]Cfr. GUHL, T., "*Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung*", *Festgabe der juristichen Fakültät Bern für das schweizerische Bundesgericht*, Bern, 1924, p. 93 y ss.

[820]Cfr. GUHL, *op. cit.*, p. 178.

[821]"*Le renforcement concernant l'acte générateur d'obligations en vue du transfert de la propriété se borne à donner à l'acquéreur les moyens qui lui permettent de faire valoir plus aisément son droit. Le cercle des personnes touchées par l'effet renforcé se borne aux parties obligées par le rapport juridique: il ne s'étend à aucune tierce personne. Nous ne pouvons pas parler ici d'effet «réel»*". Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 77.

significa vías de enlace del derecho, aún personal, con la cosa misma. El efecto real mira a la «conversión», en mayor o menor medida, del derecho personal en real, al añadido de verdaderos «componentes reales».

Existen otros grados de refuerzo en que el derecho despliega eficacia respecto a terceras personas ajenas al negocio del que surgió. Se trata de una ampliación del círculo de personas afectadas por un derecho que −conforme a la relatividad dibujada por GUHL− sólo comprendería a quien se ha obligado. Centrada la atención en los derechos de crédito cuyo objeto mediato es una cosa, aquí va a aparecer la diferencia entre el simple derecho personal −el acreedor sólo puede «esperar» del obligado− y el reforzado, en que a través de diversos expedientes técnicos y por distintas razones, aquél ve sustancialmente enlazado su derecho con la cosa misma resultando protegido en su expectativa más allá de los límites marcados por la vinculación del deudor. Este es el punto de vista de GUHL. Mientras, en la obligación real no se puede hablar propiamente de refuerzo, pues nos encontramos en la esfera del equilibrio de derechos, partiendo del derecho real[822]. La obligación real, efectivamente, en cuanto crédito, parece «reforzado», pero no es esto lo más importante.

Estas últimas consideraciones no preocupan después a LIVER: porque se centra en el aspecto técnico de que la obligación real, considerada en si misma, tiene una sustantividad y funcionamiento propio. Este es el punto donde coincide la reflexión de GUHL y la doctrina posterior de la *realobligation*: considerada aisladamente, su peculiaridad radica en lo que aquél estudia como uno de los modelos, o consecuencias, del refuerzo de derecho personal: el «*rattachement réel*» (*Verdinglichung*). Por eso le parece después a SCACCHI que, si la noción de obligación real se ignora en el trabajo de GUHL habiéndose desarrollado más tarde, los principios jurídicos que permiten acceder a ella están presentes en su obra[823].

El «segundo grado» de refuerzo resulta especialmente interesante para quienes después se ocuparon de la obligación real. La vinculación con una cosa se utiliza por el ordenamiento −explica GUHL− para determinar la relación de obligación o derecho, tal como es necesario en el momento de ejercicio de éste o ejecución de aquella, según una

---

[822]No estamos −dirá GUHL− ante una simple acción tendente a salvaguardar un derecho (*Sicherstellungsanspruch*). Corresponde a un beneficio nuevo, otorgado por la ley. Cfr. GUHL, *op. cit.*, p. 146.

[823]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 76.

relación subjetiva[824]. Estamos en presencia de derechos de naturaleza obligacional "cuyos efectos, sin embargo, vienen reforzados de manera que su ejercicio se dirige contra el propietario de un inmueble determinado, sin que esta facultad pueda impedirse"[825].

El refuerzo del derecho personal, al menos en este «segundo grado», es algo yuxtapuesto, que no deriva de su naturaleza sino más bien de la ley. Este mecanismo técnico *puede ser*, es cierto, una forma de reforzar un derecho personal o una consecuencia de tal refuerzo: que la obligación correlativa (u otra, establecida por la ley) funcione como ambulatoria. Y aquí GUHL se fija en los retractos legales. Y en el derecho a exigir la hipoteca en garantía del crédito refaccionario: constituiría verdaderamente un «derecho obligacional subjetivamente real» y, a la vez, un derecho personal reforzado −es lo que preocupa a nuestro autor[826].

En los supuestos que acabamos de señalar, la pretensión acompaña legalmente a otro derecho principal (condición de comunero, crédito del *entrepreneur*) y la obligación permanece «dormida» hasta que el beneficiado ejercita su derecho. Dirigidas a la obtención futura de un derecho real, su cualidad de pretensión dirigida «de acuerdo con la cosa» facilita, en cualquier momento, la atribución prevista. En otros casos, la ley establece el *rattachement réel* de obligaciones contractuales, y determina la trasferencia de la condición de «parte» en el contrato.

Lo cierto es que diversos supuestos que GUHL trae a colación −en los que hay *rattachement réel* sólo desde el punto de vista del titular activo[827]− interesan en la peculiar óptica de este autor, pero no para la doctrina de la obligación real, de la que además prescinde. También por esto, en ocasiones no resulta claro si la determinación «real» del destinatario de la pretensión implica una obligación ambulatoria, o la sujeción a un poder real derivado de la posición reforzada del acreedor. Estos interrogantes se plantearán sobre todo en relación con el «tercer grado» de refuerzo. Es el producido por la anotación, en el Registro, de derechos personales. Especialmente aquí[828] un derecho principal, en la relación

---

[824]Cfr. GUHL, *op. cit.*, p. 120 y ss.

[825]Cfr. GUHL, *op. cit.*, p. 155.

[826]*Vid.* GUHL, *op. cit.*, p. 146 y ss.

[827]Por ejemplo, los títulos valores, o los derechos personales de adquisición preferente cuando se vinculan a la propiedad. (Cfr. GUHL, *op cit.*, p. 123)

[828]Y en algunos supuestos legales, como el arrendamiento, cuando la ley impone la cesión «*ex lege*» del contrato. Aunque, incluso aquí, la idea de «derecho personal reforzado», como se

completa, institución de carácter personal aunque relativa a una cosa, recibe un refuerzo que termina por enlazar a su titular con la cosa misma. Entra en juego una operación registral, relativa al estatuto jurídico del bien[829], y esto esclarece el engarce entre derecho personal, refuerzo y cosa. Este «tercer grado» comprende, dice GUHL (y supera) los dos grados anteriores. Vincula el derecho con la cosa misma.

Supone un refuerzo −lo que la doctrina posterior cataloga efecto real− relativo a la acción de ejecución real −se manifestará especialmente, indica GUHL, en el retracto anotado− que supera el «primer grado». Y además, liga la obligación al inmueble. Por ello, en el arrendamiento anotado, el nuevo propietario no sólo debe tolerar, sino que queda obligado por la relación contractual, también a la ejecución de reparaciones, etc.[830] Y los derechos de opción y retracto anotados subsisten después de sucesivas ventas, porque el propietario actual viene a situarse en la misma posición que el contratante originario. Un nuevo propietario "*entre en rapport juridique avec l'ayant droit, sans qu'il y ait besoin d'une reprise de dette*"[831].

Sea como fuere, parece claro que, al menos para determinados supuestos, este autor presenta como uno de los modelos de refuerzo del derecho personal (o como consecuencia de tal refuerzo, lo que nos alejaría de nuestro tema, y GUHL, de hecho, se mueve en otra perspectiva) la vinculación de una obligación con la titularidad real. En esto es en lo que se ha fijado la doctrina posterior, sobre todo, en materia de anotación en el Registro de derechos personales, llegando incluso a explicar en clave de obligación real efectos que, de acuerdo con los planteamientos de GUHL, no se producen por esta vía. Por ejemplo, aunque GUHL ya pusiera de relieve el «doble efecto de la anotación», lo utilizaba, en materia de *droit d'emption* o de *préemption* −derechos personales− para prolongar su existencia más allá de la primera venta −como funciona, por ejemplo, el retracto legal− pero no para explicar el efecto del retracto ejercitado frente al comprador, como ha hecho la doctrina posterior.

GUHL, explica DESCHENAUX, hizo alusión a las *actiones in rem scriptae* del derecho romano y derecho común, pero rechazó esta noción como medio de explicación de

---

verá, corresponde más a las consecuencias de la anotación que a la tácita reconducción o a la trasferencia legal, establecida, sin duda, para proteger al arrendatario.

[829]Cfr. DESCHENAUX, "*Les obligations...*", *cit*, p. 287 y ss.

[830]Cfr. GUHL, *op. cit.*, p. 176.

[831]Cfr. GUHL, *op. cit.*, p. 176.

las instituciones que analizaba[832] (por el prejuicio de que "nuestro derecho no conoce ya estos grados intermedios entre derechos personales y derechos reales")[833]. Sin embargo "la *actio in rem scripta* que se daba para hacer respetar la *servitus oneris ferendi* corresponde verdaderamente a la noción de «*subjektiv-dingliches Recht*»"[834]. Cuando esta noción se identifica como obligación real, muchos ejemplos que constituían el centro de interés de GUHL, siempre desde la perspectiva del refuerzo de derecho personal, tienden a catalogarse como obligaciones reales.

El concepto en Liver, y sus aplicaciones en la interpretación de la ley

El esquema del «*rattachement réel*» presentado por HUBER y GUHL corresponde al concepto de obligación real, de LIVER[835]. El planteamiento es muy sencillo. Lo decisivo es distinguir las obligaciones reales de los derechos reales, afirmando también su autonomía respecto de las obligaciones ordinarias, para contar con una noción independiente. Después, con el esquema en la mano, interesa aplicarlo en la interpretación de ciertos supuestos legales. Lo que ocurre es que, precisamente en esos casos, DESCHENAUX ha negado la posibilidad de tratarlos como obligationes *propter rem*. Ante estas críticas, a LIVER no parece importarle cuál es el terreno propio de la obligación *propter rem*, sino que, una vez acuñado un modelo de relación, importa aplicarlo en todos los supuestos legales en que, a los ojos del intérprete, pueda contribuir a superar las barreras dependientes de la distinción radical entre el modelo del derecho real y de crédito, y simplificar la aplicación del derecho[836]. La investigación se reduce a mostrar un tipo de relación −que resulta del razonamiento jurídico y en la ley− e ir enumerando los supuestos en que se presenta. Aunque, como la ley no dice que se trate de una obligación *propter rem* («se interpreta» en este sentido) queda siempre la duda de si el legislador estaba pensando en ese modelo de relación (que elabora más tarde la doctrina) o en otro distinto.

---

[832]Cfr. GUHL, *op. cit.*, pp. 95-96.

[833]Cfr. GUHL, *op. cit.*, pp. 163-164.

[834]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, pp. 711-712.

[835]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 263.

[836]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 270.

De todas formas, la aportación de LIVER, ha ido teniendo buena acogida[837]: presentar un modelo de relación en el sistema, para echar mano de él al aplicar supuestos legales complicados (por diversas razones −por tratarse de derechos potestativos, por aparecer en el sistema como derechos personales y, sin embargo, tener «efectos reales»...− relacionadas con la contraposición derecho real-crédito y el encaje, en ese sistema, de ciertas figuras, a veces dificultoso o no muy logrado, o de ciertos efectos queridos por el legislador). Todo puede solventarse con más facilidad si se acepta −es la idea de LIVER− que, aquí o allá, hay «también» (además de otros efectos) una obligación real.

Luego, como veremos, resulta que estos supuestos, respondiendo, quizá, a ese modelo de obligación *propter rem*, pudieran estar situados en un campo tangencial al de la obligación real. Independientemente de las críticas de DESCHENAUX parece que, si bien el legislador puede unir una obligación a una cosa para variados fines, o pueden interpretarse así ciertos efectos legales, estamos fuera del campo propio de la obligación real[838].

La figura, comienza LIVER, conocida en el derecho común, resulta evidente si separamos correctamente los campos −mostrados por HUBER− del derecho real en sentido amplio y en sentido estricto. Es necesario aclarar que los «derechos subjetivamente reales» no tienen por qué ser derechos reales.

Pero no sólo conviene, para que se abra paso el concepto, aclarar tal equívoca denominación, sino que es preciso −continúa LIVER[839]− liberarse de un falso concepto del

---

[837]"Es perfectamente natural que la teoría moderna, después de la introducción en la doctrina suiza de la noción de obligación real, haya encuadrado en ella los efectos de la anotación en el registro de las relaciones de derecho personales". Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 85.

Cuando la obligación real toma carta de naturaleza, resulta el medio más simple, respaldado por la autoridad de los estudiosos que presentan la noción −con raíces en el *ius commune*− para evitar las consecuencias de la visión estrecha del efecto real de la anotación, propia de DESCHENAUX o JAEGGI.

La jurisprudencia ha aceptado esta vía, también, más recientemente, en la hipoteca del *entrepreneur*. Y, resulta significativo que STEINAUER, un autor habitualmente alineado con DESCHENAUX, acepte las obligaciones *propter rem* de LIVER, muchas veces en flagrante contradicción con otros de sus propios planteamientos, como se aprecia en el tratamiento de la anotación, o en la hipoteca del constructor.

[838]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 721.

[839]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 262.

derecho real que conduce a equiparar, por un lado, derecho absoluto y derecho real, y, por otro, eficacia de un derecho frente a todo adquirente de la cosa y derecho absoluto. Así, todo derecho eficaz −por las razones que sean− frente a terceros, sería un derecho real. "El derecho absoluto, y en cuanto tal también el derecho real, opera frente a cualquiera. La pretensión de que el vecino, por medio de su hacer o actuar, preste algo, opera justamente no contra cualquiera, sino solamente contra la persona que como propietario de una determinada finca es vecino. La diferencia es fundamental".

"La eficacia *erga omnes* del derecho real es sólo la consecuencia de la señoría inmediata sobre la cosa, lo cual constituye la esencia del derecho real. Inmediata es la señoría real cuando puede ejercerse sin la mediación de otra persona, es decir, por actuación directa sobre la cosa misma". Entonces "todo el mundo tiene que abstenerse de estorbar esta actuación sobre la cosa". Y continúa el argumento de un modo que suscribiría DE CASTRO, aunque, acaso, con algún punto de exageración: "Solamente el perturbador, quienquiera que sea, entra en conflicto con el titular real de la cosa. Es una idea completamente fantástica que el derecho real deba observarse como una relación jurídica con todos los seres humanos, con todos los cientos de millones de seres humanos que viven sobre esta tierra. Sin embargo, tal idea vuelve una y otra vez a teorizarse y defenderse". Y concluye con una observación que suscribo plenamente: "Que la esencia del derecho real se encuentre en la inmediatividad de la señoría real era generalmente reconocido por la dogmática del derecho común y pertenecía al patrimonio más firme de los civilistas del siglo XIX. Este patrimonio ha sido sin embargo por algunos de ellos frívolamente despilfarrado. Si se piensa de nuevo en el concepto correcto de derecho real y se le toma, en especial, como fundamento de la división entre derechos subjetivos y derechos de señoría, se sitúa uno inevitablemente ante el concepto de la obligación real".

Y es inevitable, porque "ningún derecho real puede ser la pretensión a un hacer o actuar, tampoco si compete al eventual propietario de una cosa y se dirige contra el eventual propietario de una cosa. Sólo una persona, no una cosa, puede prestar algo. La pretensión a una prestación positiva puede ser ejercida solamente en virtud de la exigencia a una persona. Por eso es necesariamente un derecho personal relativo, obligacional". Con esto se aprecia la importancia que el carácter positivo de la prestación tiene para LIVER, lo que se

manifiesta también en otros autores. Constituye la frontera a partir de la cual termina la «señoría», no puede tratarse de un derecho real[840].

Por lo tanto, "cuando el propietario eventual de una cosa está obligado frente al propietario de otra cosa o frente a otra persona a una prestación positiva... hay una obligación real". Legales o negociales, vienen vinculadas a la propiedad, a un derecho real limitado o a la posesión, y su contenido consiste en un hacer, ya se trate de la entrega de una cantidad de dinero, de una prestación de trabajo o de una declaración de voluntad jurídico-negocial. Su característica peculiar está en que por ellas se encuentra obligado el eventual propietario o titular del derecho real, de modo que la obligación, como se expresa en art. 730 ap. 2 CCS está unida al derecho sobre la cosa. "La persona contra la que se dirige la pretensión es determinada en virtud de la titularidad real de una cosa determinada. La pretensión se dirige así de acuerdo con la cosa. En el Derecho Romano se denominaba a tal pretensión una *actio in rem scripta* o *concepta*, es decir, determinada de acuerdo con la cosa. En el derecho común, fue llamada también *obligatio propter rem* u *obligatio ob rem*"[841].

Sobre esta base, señala que se ha impuesto, en la doctrina, la catalogación como obligaciones reales de diversos deberes de prestación legales que aparecen en derecho de vecindad, en la copropiedad, en el usufructo, o la obligación contractual del art. 730. 2 CCS, en materia de servidumbres. Pero, al menos en el trabajo de 1962, centran su atención los otros casos, a que antes me refería, precisamente por la controversia en torno a ellos. "Contra la inclusión de los más importantes de estos derechos dentro de las obligaciones reales –dice, refiriéndose a DESCHENAUX– se han levantado dudas"[842]. La duda, pienso, está justificada, al menos en el terreno de la obligación real, porque se habla de «inclusión de estos derechos», cuando la característica de la obligación real es no aparecer como un derecho autónomo, sino como relación accesoria.

Sin embargo, para LIVER "tiene(...) la mayor importancia práctica el reconocimiento del carácter de obligación real de otros dos fenómenos jurídicos: las pretensiones y vinculaciones en virtud de los límites legales de la propiedad mediatos y los derechos

---

[840]En consecuencia, "el intento de construir la prestación de una finca, personificándola, es una manifestación del misticismo jurídico de origen germánico".

[841]Hasta aquí, se ha seguido el razonamiento de LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, pp. 261-263.

[842]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 264.

personales fortalecidos por la anotación preventiva. Desearía mostrar lo que su tratamiento como obligaciones reales puede aportar desde el punto de vista de la claridad, sencillez y adecuación a su función"[843].

El retracto anotado en el registro

La doctrina de la obligación real, en primer término, permitiría dar todo su valor al *droit de préemption* anotado y simplificar su ejercicio[844].

En el sistema suizo, este derecho tiene carácter personal, y su modelo es el *droit d'emption*[845]. En la *préemption*, la obligación de transmitir a favor del titular, surge para quien celebró una compraventa con un tercero[846]. Conforme a la doctrina que LIVER considera dominante, todavía después de una transmisión, si el derecho estuviera anotado, el adquirente se situaría en idéntica posición que el primer contratante, y el derecho podría ejercitarse para cualquier compraventa sucesiva mientras dure el efecto de la anotación. Si había una obligación, y con la anotación se convierte en real, es lógico este efecto, que confiere especial valor al derecho anotado: funciona, durante un tiempo, como lo haría un retracto legal[847].

---

[843]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 264.

[844]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 265.

[845]La problemática del *droit de préemption* anotado y la implicación de la noción de obligación *propter rem* en esta materia, deriva de su catalogación y ubicación sistemática como derecho personal. La doctrina suiza quiere ver en los derechos de *préemption* y *rémere* casos particulares del *droit d'emption* (derecho de opción, de carácter personal). Por todos, *Vid.* STEINAUER, P. H., *Les droits réels, II, cit.*, 1ª ed., Berne, 1990, n. 1694 y ss.

[846]Un *droit de préemption* personal ordinario produce una peculiar concurrencia de obligaciones: el vendedor tiene las de la compraventa, y las de *préemption*. Se ha proyectado una situación en que un interés legítimo quedará frustrado, porque el derecho de *préemption* se construye como una compraventa sujeta a dos condiciones: la venta a un tercero, y la declaración del beneficiario. Uno de los dos acreedores, comprador o retrayente, tendrá que conformarse con una indemnización. Para ROSSEL y MENTHA el retrayente sólo puede reclamar al vendedor daños y perjuicios, aunque el tercero sólo sea acreedor, porque no tiene preferencia. (Así solucionan la concurrencia de obligaciones). Cfr. ROSSEL, V,. y MENTHA, F. H., *Manuel de droit civil suisse*, II, 2ª ed., Lausanne-Genève, 1931, n. 1278.)

[847]Han defendido este valor del *droit de préemption* anotado, entre otros muchos, JOST, *op. cit.*, p. 160; SCACCHI, *op. cit.*, p. 106; HAAB, *op. cit.*, *ad* art. 689, nn. 8 y 19; PIOTET, P.,

Esta subsistencia del derecho debida a la anotación (que despliega aquí el «doble efecto» de GUHL[848]) "es independiente −señala LIVER, y esto es curioso, pues verdaderamente habría que buscarla aquí− de si hay o no una obligación real, tiene su fundamento en que es más conforme a la naturaleza del derecho y parece corresponder a la valoración legal de los intereses"[849]. Pero, si se trata de un derecho personal y la obligación se ha convertido en real, este sería el único esquema a tener en cuenta, conectando aquella valoración legal de los intereses con la vinculación real de la obligación[850], a no ser que lo configuremos como un derecho real[851].

"*Des effets de l'annotation au registre foncier de rapports de droit personnels*", *RDS*, 1960, p. 403 y ss. Y se ha plasmado en la Jurisprudencia a partir del *arrêt «Chiesa»* (*ATF* 92/1966, II, 147). *Vid.* DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 733; SCACCHI, *op. cit.*, p. 104 y ss.; STEINAUER, P. H., *Les droits réels, I*, 2ª ed., Berne, 1990, n. 816. También la obligación derivada de un pacto de opción quedaría así unida al inmueble, con lo que tales derechos, en la práctica, se convierten en una restricción de la propiedad.

[848]Cfr. GUHL, *op. cit.*, pp. 270-272.

[849]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 265.

[850]Este valor del *droit de préemption* anotado fue puesto en tela de juicio por DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 734; "*Les obligations...*", *cit.*, p. 294; "*Encore des effets de l'annotation de droits personnels au registre foncier*", *RDS*, 1964, p. 319 y ss. Es conveniente, dice, una interpretación restrictiva, por tratarse de limitaciones a la libre circulación de los bienes. Y no está claro que el legislador haya querido igualar con el *droit de préemption* legal −facultad conectada con otra situación principal− el convencional anotado. La eficacia frente a terceros tendría sentido para la primera posibilidad de ejercicio del derecho, pero no se extiende más allá del primer plazo. Esta interpretación −que no tendría por qué suponer una depreciación del *droit de préemption*− es también la de SUNGURBEY, I., "*L'effet de l'annotation des droits personnels au registre foncier*", *RDS*, 1966, pp. 113 y ss, p. 143. Por su parte, OSTERTAG, F., *Berner Kommentar, Besitz und Grundbuch*, Bern, 1917, *ad*. art. 959, n. 33, parece admitir el ejercicio ulterior, pero sólo para la siguiente venta.

[851]Todo esto parece encajar mejor con el esquema del *droit d'emption* −una obligación de transmitir, sin más, podría ser ambulatoria si el legislador lo prevé− que con el *droit de préemption*, cuyo presupuesto es una compraventa con un tercero, libre, por otra parte, para el vinculado por el derecho. Para la mayoría de la doctrina suiza, sin embargo, el esquema de la obligación de *emption* basta para explicar los efectos que despliega el *droit de préemption*. Aunque también el *droit d'emption* anotado tiene efectos reales que van más allá de la trasferencia de una obligación: afecta a la constitución de cualesquiera derechos reales, limita, en fin, el poder de disposición. En nuestro sistema, está claro: puede constituirse como derecho

De todas formas, el efecto sirve a LIVER como prueba de la existencia, en este caso, de obligaciones vinculadas a la propiedad. Y "si esta idea es correcta, la concepción de que en virtud del *droit de préemption* está obligado únicamente el primer transmitente, que ha asumido esta obligación contractualmente, resulta imposible. Pues quien ha enajenado el fundo sin que se ejerza el derecho, queda libre de toda obligación frente al retrayente (para LIVER, es un criterio decisivo, aunque luego, no se mantenga muy fiel al mismo[852]). Sólo el último transmitente, o su adquirente, puede estar obligado a la transmisión de la propiedad al retrayente, si éste ha presentado su declaración de ejercerlo"[853].

Esta explicación justificaría, entonces, cómo afecta el tanteo cuando, convertido en retracto, se ejercita frente al adquirente si se inscribió la finca a su favor[854]. Para LIVER, con la anotación, a través de la obligación real, el retrayente se relaciona directamente con el adquirente, le exige la transmisión y le pagará el precio de la venta[855].

Efectos, todos ellos, que en nuestro derecho derivan del carácter real del derecho de tanteo, que implica un retracto. Esto no se reconoce en Suiza. En vez de distinguir un derecho de opción o tanteo personal o real, se opta por catalogarlo siempre como personal. Puede tener su ventaja, al explicar adecuadamente la cooperación necesaria para la trasferencia[856]. Pero toda elección de este tipo tiene sus inconvenientes. Y más si, en

---

real. También podría establecerse como una obligación, que, si fuera ambulatoria, supondría, para cualquier adquirente, el deber de transmitir ante el requerimiento del beneficiario, o indemnizar. *Vid.* STEINAUER, *Les droits réels, II, cit.*, n. 1757. *ATF* 114/1988, III, 18.

[852]En materia de obligaciones vencidas de contribución a gastos de comunidad y medianería, como veremos.

[853]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 265.

[854]Pero resulta extraño decir que quien fue vendedor ha transmitido su obligación al comprador, porque cabe contemplar un supuesto en que no hubo *déclaration d'emption* hasta un momento en que el primer contratante no es ya propietario. Si la sucesión obligacional existiera, tendría que esperar el retrayente hasta la siguiente compraventa. En realidad, hay que reconocer que se ha transferido la propiedad gravada por una carga. En todo caso, la situación no es simple: no se transfiere, sin más, una obligación, la situación del comprador no equivale a la que tenía el vendedor. Se trata de un conjunto de efectos derivados de un especial refuerzo de oponibilidad.

[855]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, pp. 265-267.

[856]La trasferencia exige −por influencia del sistema alemán−, entendiendo ya *celebrada la compraventa* en virtud de la declaración de *emption*, un acuerdo traslativo (requisición de

presencia del refuerzo obtenido con la anotación, que cubre el ámbito de lo que en nuestro derecho resulta de la configuración derecho real, se sigue dependiendo de la distinción entre derecho real y personal: el «efecto real» no podría influir en la obligación misma, y sólo puede suponer pasividad. La obligación sigue correspondiendo al personalmente vinculado. Esta es la opinión de DESCHENAUX, y por ello se complica y dificulta la utilización del derecho anotado. Y al contrario: si sólo sigue habiendo un derecho personal, aunque reforzado, todo lo que ocurre ha de explicarse a través de una trasferencia de obligaciones, lo que resultará insuficiente[857]. No se admite un carácter real del *droit de préemption*[858], y LIVER se deja llevar por la tendencia a excluir, si hay obligación real, el derecho real, cuando precisamente pueden ir conectados. En el *droit de préemption* no habría señoría real −la habrá después− ni derecho *erga omnes*. Sólo puede tratarse, entonces, de obligaciones. Y si un derecho relativo a una cosa no es real, absoluto, pero sí eficaz frente a terceros, sólo puede tratarse de una obligación real.

Porque en la opción de DESCHENAUX, para quien, mientras no se demuestre lo contrario −y no es posible con los textos del CCS en la mano, ni resulta de los trabajos preparatorios− la anotación sólo produce una restricción de la facultad de enajenar, como el *droit de préemption* es personal, la transmisión del bien al retrayente se produce por cumplimiento de la obligación del transmitente −aunque haya inscrito la finca a favor de un tercero− por lo que a él se demanda y se paga el precio. Para hacer posible la ejecución de la obligación, se puede, luego, −es el efecto de la anotación− demandar al titular inscrito por una acción de rectificación del Registro[859].

---

inscripción), y la operación registral consiguiente. El beneficiario del *droit de préemption* no podría solicitar unilateralmente la inscripción, necesita la cooperación negocial del propietario. Así, estamos ante una pretensión de cooperación, lo que supone una obligación real. *Vid.* STEINAUER, *Les droits réels, II, cit.*, nn. 1710 y ss.

[857]La flexibilidad en la aplicación del derecho, en la versión de LIVER, se concentra en construir una categoría y utilizarla. Pero no interviene en la interpretación misma.

[858]Una vez admitido, siguiendo a DESCHENAUX, habría que despojarlo de la rigidez dogmática con que DESCHENAUX lo mira, para hacerlo compatible con la prestación obligatoria.

[859]La teoría de la doble acción (que proyecta en el procedimiento la distinción entre obligado −acción del art. 665 CCS− y tercer adquirente −acción del art. 975 CCS, que envuelve una reivindicatoria−) se defiende por los primeros comentaristas del CCS, y luego, por GUHL, *op.*

Con ello, explica LIVER se complica el ejercicio del derecho, y la ley habría tendido una trampa al adquirente. Para evitarlo, no hay otro remedio que vincular, por la anotación, al adquirente con la obligación de transmitir al retrayente (obligación real), aunque resulta claro que la posición como obligado del adquirente no equivale a la que ocupaba el transmitente.

Lo que no puede obtenerse por tratarse de un derecho personal, ni tampoco, de acuerdo con cierta rigidez dogmática, como consecuencia del «efecto real», vendría solucionado por la anotación a través de la obligación real. Se resuelve así el problema dogmático del efecto de aquella (con mínima incidencia en la naturaleza jurídica personal del derecho) y problemas sobre todo prácticos[860].

Ciertamente, la teoría de la restricción no basta, tal como la elabora DESCHENAUX, que contribuye, por su deseo de separar refuerzo (efecto real) y obligación (efecto propio del *droit de préemption*) a la complicación que denuncia LIVER y a la defensa por PIOTET de la obligación *propter rem* acompañando al otro efecto real, pues éste resulta insuficiente[861]. Pero es posible plantearla de otra manera: la anotación está resolviendo un problema de oponibilidad de un derecho, cuando la obligación real es una cuestión de estabilidad de una relación. No es ineludible, por tanto, afirmar que el efecto típico del *droit de préemption* se produzca por asunción de una obligación real. En este caso, la

---

cit., pp. 168-169; DESCHENAUX, *"Les obligations..."*, *cit.*, pp. 287-289, 292-293 y JAEGGI, P., *Ueber das vertragliche Vorkaufsrecht*, *ZBGR*, 39, 1958, p. 71 y ss.

[860]Los defensores de la obligación *propter rem* obtienen como resultado, y propugnan una sola acción, del art. 665 CCS, dirigida contra el adquirente. Cfr. MEIER-HAYOZ, *op. cit.*, n. 158; *ad* art. 681, nn. 53, 112; *ad* art. 683, n. 35; LIVER, *"Die Realobligation..."*, *cit.* p. 265 y ss.; SCACCHI, *op. cit.*, p. 101 y ss. *Vid.* STEINAUER, *Les droits réels, II, cit.*, n. 1717.

[861]Las anotaciones producen un característico efecto real, una restricción de la facultad de enajenar, que afecta al estatuto del propietario, del bien, y que se manifiesta también en los derechos personales anotados. El propio PIOTET, no tiene reparo en considerar tal efecto como un verdadero «derecho real accesorio», pero se fija sólo en la oponibilidad del *droit de préemption* anotado frente a cualquier derecho posterior que pudiera afectarle, considerando al nuevo adquirente, sin embargo, obligado *propter rem*. PIOTET, *"Les effets typiques des annotations au regiestre foncier"*, *RSNRF*, 1969, p. 34 y ss., pp. 43-44.

oponibilidad que hace posible el efecto típico del *droit de préemption*, resulta la propia de un derecho real[862].

Para DESCHENAUX, ejercitada la acción del art. 665 CCS contra el transmitente (único obligado), el retrayente, habiendo obtenido la atribución judicialmente puede, gracias a la anotación, oponer su propiedad al adquirente inscrito[863]. Acaso, sin embargo, lo

---

[862]No todas las anotaciones producen los mismos efectos. Esto, que es reconocido incluso por PIOTET, hay que afirmarlo también de la anotación de derechos personales. Producen sus efectos de oponibilidad (en un sentido genérico) respondiendo a distinto fundamento y de diversas maneras, de acuerdo con el sentido que tenga la necesidad del refuerzo.

PIOTET y SCACCHI han defendido la identidad de los efectos de toda anotación de derechos personales, fijándose especialmente en que siempre «produciría» una obligación *propter rem*. PIOTET argumenta *a priori* y SCACCHI, acogiendo la advertencia de DESCHENAUX, examina caso por caso, pero llega a la misma conclusión. Sin embargo, ambos han de reconocer que algunas se diferencian de las demás, y, precisamente en contra de la regla general, sólo establecen el «*rattachèment réel*» de una obligación. (Cfr. PIOTET, "*Des efetts...*", *cit.*, pp. 407 y 410).

La anotación no es más que un instrumento registral, indica (y sirve para ello) que cierta relación afecta al inmueble, pero no parece posible uniformar *a priori* el sentido de sus efectos. Que pueda ser el cauce necesario para la vinculación de una obligación real al reparto −como ocurre en los casos que llama STEINAUER «anotaciones atípicas»− no significa que todas establezcan obligaciones reales o hayan de producir igual efecto. Es más, es una confirmación de lo contrario, aunque pueda oscurecer toda la cuestión. *Vid*. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, pp. 736-737. Precisamente, en aquellos casos, la anotación no refuerza un derecho personal.

[863]Expone STEINAUER (*Les droits réels, II, cit.*, n. 1549 y ss.) las consecuencias de la inejecución de la obligación de compraventa. Si la cosa pasó a un tercero, pero existe en el Registro una anotación de restricción de la facultad de enajenar, del art. 960. 1 CCS, el comprador debe intentar la acción en ejecución del art. 665 1 CCS contra el enajenante, y, después, la de rectificación del registro del art. 975. 1 CCS contra la persona inscrita indebidamente. Este sería el procedimiento también en materia de opción y *droit de préemption*, con la diferencia entre ellos, según DESCHENAUX ("*Les obligations...*", *cit.*, pp. 293-294) de que la seguridad frente a terceros de la ejecución, duraría en el *droit de préemption*, sólo durante el plazo de caducidad relativo a la primera venta.

Pero, incluso en relación con la restricción para la compraventa del art. 960. 1 CCS, frente a la doctrina tradicional, algunos proponían dirigir la acción, directamente, frente al adquirente (LEEMANN, H., *Berner Kommentar zum ZGB*, IV, 2ª A., Bern, 1920, n.7 *ad* art. 665; GLOOR,

que se opone no es la propiedad sino el *droit de préemption*, y la anotación es lo que permite tal oponibilidad. Cuando, después, dice que el art. 681 CCS reglamenta un problema de derechos reales[864] (y no establece una obligación real) esto es cierto, pero, en realidad, los derechos reales en juego no pueden ser otros que la propiedad de la cosa (en tránsito del comprador al vendedor) y el derecho de retracto, que permite al titular subrogarse en la posición del comprador, pudiendo ejercitar frente a él la oportuna pretensión, más que como propietario, como retrayente.

Siendo el *droit de préemption* un derecho potestativo, su encaje en la dicotomía derecho personal-real, puede ser problemático. Aunque lleve consigo la pretensión a prestaciones positivas −información, entrega de la cosa− en ocasiones presenta una inherencia a la cosa que es extraña al crédito y que su calificación como derecho personal oscurece[865]. La anotación, entonces, sirve para solventar el problema de su encuadre en los derechos personales, ofreciendo efectos de carácter real, no en cuanto derecho personal, sino por el juego de un elemento extraño. El derecho, a partir de cierto momento, funciona como real, y permite proyectar pretensiones derivadas de tal carácter[866].

A., *Der aussergrundbuchliche Eigentumserwerb nach schweizerisches Recht*, Zurich, 1929, p. 29). *Vid.* STEINAUER, *Les droits réels, II, cit.*, n. 1552a.

[864]Cfr. DESCHENAUX, "*Les obligations...*", *cit.*, pp. 287 y 292.

[865]Resulta esclarecedor, respecto a esta cuestión, una comparación entre, p. ej., el tratamiento de PEÑA, *Derechos reales...*, *cit.*, p. 338 y ss. y el de STEINAUER, *Les droits réels, II, cit.*, ns. 1732 y ss., y 1763 y ss. La anotación, tanto si se refiere al *droit d'emption* como de *préemption*, produce un haz de efectos, que sólo encuentran coherencia como entramado de derecho real. Todo el poder dispositivo del propietario queda afectado, cualquiera que adquiera derechos sobre la cosa puede sufrir consecuencias de la opción o el *droit de préemption*.

[866]Así como la opción, o el tanteo, pueden presentarse como derechos personales, cuando entra en juego el retracto, es preciso reconocer que estamos ante un derecho real. El *droit de préemption* anotado se califica sin ambages de derecho real por ROSSEL y MENTHA, *op. cit.*, n. 1276, 1278, 1279 y 1280. Permite una acción contra el tercer adquirente. Sin embargo, según estos autores −lo que no comparto− el precio se pagaría siempre al transmitente.

WIELAND dedica un epígrafe al «*droit réel de préemption*», aunque luego indica que, en él, la anotación atribuye efectos reales a un derecho que por su naturaleza es personal. Como consecuencia de estos efectos, el tercer adquirente se configura como una especie de intermediario, contra quien *directamente* se dirige la acción del retrayente. Cfr. WIELAND, *Les droits réels...*, *cit.*, I, *ad* art. 681, p. 308 y ss., ns. 1, 2, 5 y 78.

Sólo ha sido necesario utilizar el recurso a la noción de obligación real cuando el efecto real se contempla en la óptica de DESCHENAUX, bajo el influjo de la distinción radical entre derecho real y personal, sin aceptar que un «efecto real» puede llevar consigo pretensiones de cooperación para el adquirente. Pero con la anotación, más que una obligación de transmitir la propiedad, en tránsito al comprador, existe un derecho de subrogarse, una preferencia, que afecta a la cosa y, desde aquel momento, más al que deseaba adquirirla que al vendedor[867]. Tal efecto podría, sin necesidad de acudir a la

---

[867]El objetivo del instituto se centra en el interés del titular en adquirir, antes que cualquier otro, cuando el propietario decida desprenderse de la cosa a cambio de un precio (venta, dación en pago) Cfr. STEINAUER, *Les droits réels, II, cit.*, nn. 1720 y 1726).

A veces, tal derecho no termina de independizarse de otra relación básica, como en los retractos legales, y también en el voluntario −igual que el derecho de opción− y, por ello, en principio, no es transmisible (*vid.* art. 216b CCS tras la reforma de 1991): las relaciones contractuales entre propietario y retrayente lo han determinado como un elemento más (*Vid.* PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, pp. 339, 341-342). Aquí tiene sentido un derecho de adquisición de carácter personal. Incluso terminada la vigencia de la anotación, el derecho no deja de producir efectos entre las partes y sus sucesores (*ATF* 97, 53; *JT* 1972, 52).

La candidatura del retrayente a la propiedad depende no sólo del ejercicio de su derecho, también de la voluntad del vendedor de cumplir su obligación, frente a la que le liga con el «otro» comprador. La preferencia queda bastante difuminada (*vid.* ROSSEL y MENTHA, *op. cit.*, nn. 1276 y 1278). La naturaleza personal del derecho se manifiesta especialmente, dicen estos autores, en el deber de avisar al retrayente cuando hubo venta, para que rápidamente pueda evitar problemas ejercitando su acción.

Sin embargo, cuando el derecho es real, "la preferencia que supone sujeta a la cosa misma" (Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 339). Con la anotación, el derecho "*devient réel, et affecte l'immeuble lui-même*" (ROSSEL y MENTHA, *op. cit.*, n. 1276) como ocurre, sin necesidad de anotación, cuando se trata de un copropietario.

Este mecanismo de preferencia hay que verlo conectado con la naturaleza jurídica del *droit de préemption* (distintas teorías en SCACCHI, *op. cit.*, pp. 61 y ss.) la idea de subrogación y la de condición resolutoria. Considero útil la idea de subrogación, que utiliza nuestro propio Código en el art. 1521, conectada con la de preferencia.

ROSSEL y MENTHA (*op. cit.*, n. 1279) y WIELAND (*Les droits réels..., cit.*, n. 1 *ad* art. 681) hablan de un derecho a *prendre place* en un contrato de compraventa celebrado por el propietario con un tercero (doctrina criticada por SCACCHI, *op. cit.*, p. 65). En el retracto de comuneros, cada uno de ellos tiene "derecho de sustituirse al tercer adquirente de cuota".

obligación *propter rem*, justificar una acción del retrayente contra el adquirente[868]. No era fácil discernir si se trata de la acción del art. 665 CCS, la del 775, o una acción propia del *droit de préemption* anotado, de carácter real, aunque también esto último podría aceptarse tras la reforma de 1991[869]. El adquirente «vencido» podría exigir lo que él ya hubiera

---

Lo decisivo es la posibilidad, ahora segura, que tiene el titular de situarse como destinatario de la voluntad de enajenar −sin necesidad de que a él se refiera el designio traslativo− y, en definitiva, de la propiedad. En este sentido sí resulta adecuado y fructífero explicar el supuesto como una sustitución del comprador por el retrayente.

Esto enlaza también con la resolución de la primera compraventa. Aunque ¿hay una única compraventa, o dos?

Pienso que la ley está contemplando una única enajenación: un desplazamiento de la propiedad del vendedor a otro titular. Pero, durante un breve tiempo, existen dos candidaturas de adquisición. No se puede hablar tanto de una compraventa seguida por otra, sino de una adquisición definitiva, la que contempla la ley cuando han terminado las modificaciones jurídicas en que incide el retracto. El retrayente puede imponerse como comprador, con las condiciones previstas en el negocio de *droit de préemption*, aunque la voluntad originaria de enajenar determinara condiciones distintas para la posible adquisición definitiva del tercer comprador.

Ciertamente, por tanto, no hay que tomar la subrogación de uno por otro en un sentido estricto (*vid.* PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 353) porque el retrayente no sustituye al comprador en todas sus relaciones con el vendedor, pero sí en cuanto le sustituye como destinatario de la decisión de venta.

Y tampoco hay, propiamente, una primera compraventa sujeta a condición resolutoria: es la posición del comprador como candidato la que no ha terminado de consolidarse, hay una situación de pendencia hasta que, pasado el período de caducidad del *droit de préemption*, se determine «quién adquirió». La especial situación preferente del retrayente que adquiere, se manifestaría también, como observa PEÑA, en que no requeriría una tradición distinta a la verificada para su derecho real, que ahora se expande y «concreta». Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 344, y RRDGRN de 7 de diciembre de 1978 y 7 de septiembre 1982.

[868]Por ello, el antiguo art. 681 CCS hablaría de «demandado», aunque no sea «obligado». Y el actual 682.1, que recoge el *droit de préemption* legal de comuneros, lo establece “contra todo tercer adquirente de una parte del inmueble indiviso”.

[869]OSTERTAG propuso dirigir, solo y exclusivamente contra el tercero, una acción de rectificación del registro (art. 975 CCS). *Vid. Kommentar zum ZGB*, n. 10 *ad* art. 959. Permitiría al juez examinar el fondo del asunto, el cumplimiento de las condiciones del derecho y garantizar los pagos por el retrayente. Incluso hubiera podido plantearse utilizar el procedimiento del art. 976 CCS, previsto para inscripciones que pierden su valor, por ejemplo,

pagado, del retrayente, entendiendo que no es posible para éste situarse en la posición de comprador, sin reembolsar el precio que un tercero ha pagado por él[870]. Esto resulta claro en

---

por el transcurso de un plazo que afecta al derecho inscrito. *Vid.* STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, nn. 946 y ss. 951, 955a, 956 y ss.

Otra posición doctrinal con reflejo jurisprudencial trata de solucionar la cuestión a través de la doble acción sólo contra el adquirente. (Cfr. HOMBERGER, n. 38 *ad* art. 959; STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, n. 1215). En el fondo, el *Arrêt CHIESA* (*ATF* 92/ 1966, II, 147-155) pretende solucionar la cuestión de la naturaleza real del derecho anotado, utilizando el material disponible −la doctrina de la obligación real− y simplificar su ejercicio, evitando las consecuencias de la concepción de DESCHENAUX, que aún emergen en alguna jurisprudencia reciente (*ATF* 111/ 1987; JT 1987, 319, que reconoce la existencia de un «derecho real accesorio», ordena que se pague el precio al vendedor). La acción del art. 665 CCS dirigida contra el adquirente, puede llevar a pensar, sin embargo, que éste cumple obligaciones como vendedor. Habría dos compraventas sucesivas, y ya no tendría sentido ejercitar también una acción de rectificación registral.

Se hace preciso admitir la conveniencia de reconocer una acción única, ejercitada contra el comprador, como consecuencia de un derecho real, más que de una «nueva» compraventa obligatoria. La pretensión englobaría toda la colaboración necesaria para hacer efectiva la preferencia del titular, la entrega de la cosa, que se exige al comprador, como intermediario, porque se ocupó su lugar, en la compraventa, y la rectificación registral correspondiente. Parece conveniente estimar que se trata de una acción dirigida a obtener una sentencia condenatoria, más que atributiva. Ello permitiría al juez asegurar la consignación del precio por el retrayente, y ordenar al registrador la rectificación registral. Así lo establece la interesante sentencia *ATF* 85 474; *JT* 1960, 265. *Vid.* SCYBOZ, G. y GILLIERON, P. R. *Code civil et Code des obligationes annotés*, 5ª ed., Payot, Lausanne, 1993, p. 358. *Vid.* STEINAUER, *Les droits réels, II, cit.*, n. 1555a.

La jurisprudencia viene declarando la legitimación pasiva del adquirente frente a la pretensión del retrayente. *Vid.* SCYBOZ-GILLIERON, *op. cit.*, p. 356 y ss. Tras la reforma (LF de 4 octubre 1991, RO 1993 1404; FF 1991 III 1537: En vigor desde el 1 de enero 1994) el CCS recoge la regulación del *droit de préemption* legal de comuneros (nuevo art. 681) quedando los *droits de préemptions* voluntarios en el CO. Su naturaleza personal se manifiesta en los deberes de informar, etc. Respecto a la anotación, el art. 216e CO establece claramente que el derecho se ejercerá frente al vendedor o, si está anotado, frente al propietario. Se trata de una pretensión posible gracias a un derecho real accesorio, en lo que había vuelto a insistir la Jurisprudencia, (*ATF* 114, III, 18; *JT* 1990, II, 60).

[870]En este sentido, claramente, WIELAND, *Les droits réels..., cit.*, n. 7 ad art. 681. "*Le prix de vente doit être payé au tiers acquéreur, pour autant que ce dernier a rempli ses obligations*

nuestro derecho, con la necesidad de consignación del precio, y las garantías establecidas para el comprador afectado, y no veo inconveniente para plantearlo en derecho suizo. En esta línea se han manifestado, además, autores como SUNGURBEY[871], que no han encontrado aceptación entre la doctrina todavía dependiente de prejuicios dogmáticos.

---

d'acheteur à l'égard du débiteur du droit de préemption. Si le titulaire de ce droit sait que le tiers acquéreur doit encore le prix d'achat au débiteur, c'est à ce dernier qu'il doit payer".

Manifiesta muy bien el sentido del instituto. La preferencia se refiere a un único fenómeno de desplazamiento de propiedad. Con la anotación, a través de un verdadero «derecho real accesorio» −dependiente de una relación más amplia− sujeta a la cosa misma. La voluntad de vender del propietario originario va a ser aprovechada por el retrayente, sustituyendo al tercer «aspirante» a la propiedad. Pero este aspirante ha tenido una intervención decisiva, la voluntad de vender se ha formado en relación con él, con él ha cumplido su obligación de entrega el vendedor, y, como intermediario, ha cumplido obligaciones de pago que, con el ejercicio del *droit de préemption*, corresponden en realidad al retrayente. Por ello, éste *no puede* sustituir al comprador si no le paga lo que aquél pagó, o, al menos, el precio estipulado en el contrato de *préemption*.

El derecho ha cumplido su función de preferencia. Después, cuando todo ha terminado, el nuevo propietario echa la mirada atrás y es consciente de que, si ha podido adquirir, se debe a que contaba con un derecho real.

[871]Sostiene la "teoría del efecto real de la pretensión resultante del derecho personal anotado". En definitiva, se dota al derecho de la oponibilidad propia del derecho real. La relación obligatoria con el propietario es sólo la base de todo el entramado, y despliega algunas manifestaciones, pero, respecto a terceros, en relación con la cosa, el derecho, con la anotación, comienza a comportarse como real.

"La relación de obligación que liga a los contratantes continúa existiendo entre ellos (...) pero por el hecho de la anotación, la pretensión surgida del derecho personal produce un efecto real". No es necesario −continúa este autor− recurrir a la noción de obligación *propter rem*. Basta con distinguir entre el derecho −de crédito− y la pretensión que resulta con la anotación, oponible a terceros como ocurre en los derechos reales. Por ello, el tercero, sin ser deudor, ha de sufrir que el titular del derecho anotado obtenga su objetivo, aunque se le haya transferido la propiedad del inmueble. La anotación produce una restricción del derecho de enajenar.

Pero ese «sufrir» del tercero supone que "el titular puede dirigir directamente contra el tercer adquirente su acción en atribución de la propiedad". Cfr. SUNGURBEY, *op. cit.*, pp. 131 y ss., espec. p. 133 y 141.

Quizás el lenguaje no sea muy preciso, o el procedimiento haya de ser un poco distinto, pero la idea, en general, es correcta. Esto, sin embargo, le parece a SCACCHI, dependiente de

En conclusión: la noción de obligación *propter rem* ha contribuido a solventar los inconvenientes y obstáculos derivados de ciertas rigideces dogmáticas. Pero, sin esas trabas, que van suavizándose en la doctrina y legislación más moderna, quizás no hubiera resultado tan necesaria. Eso sí, con esta nueva perspectiva, si es posible reconocer el derecho anotado como real, en su interior no hay problema en encuadrar pretensiones obligacionales.

El arrendamiento anotado

Otro supuesto en que le parece importante a LIVER su explicación como una obligación *propter rem*[872], y en lo que vuelve a discrepar con DESCHENAUX, es el arrendamiento anotado. Tiene interés porque, verdaderamente, se trata de un problema de derecho personal reforzado, sin que entre en juego ninguna otra consideración[873].

Según DESCHENAUX, así como en los arrendamientos protegidos en supuestos especiales (inmuebles agrícolas) se da una subrogación del adquirente en la posición de arrendador, en el arrendamiento anotado únicamente queda en suspenso el principio venta quita renta[874] lo que implica, sin más, una «sujeción» del adquirente (también el usufructuario) a soportar las consecuencias de un arrendamiento que le es oponible (a través de la restricción de la facultad de enajenar, propia de la anotación) pero nunca una obligación

---

los prejuicios dogmáticos que venimos encontrando −y que sólo se solucionan parcialmente con la noción de obligación real− una contradicción (Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 100).

Aunque pueda parecer una paradoja, comprendiendo el derecho como real, sin que sea necesario explicarlo como una obligación *propter rem*, los comportamientos obligacionales a que está sujeto el tercero pueden encuadrarse como obligaciones reales.

[872]*Vid.* LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.* p. 267 y ss.

[873]La discusión doctrinal de los primeros comentaristas del CCS sobre este punto se recogió por OSER, H. y SCHOENENBERGER, W., *Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht*, 2, 2ª ed., Zürich, 1936, *ad* art. 260 CCS, y en sentido más moderno presenta un resumen SCACCHI, *op. cit.*, p. 111 y ss. (Recogiendo la nueva regulación, *vid.* ENGEL, P., *Contrats de droit suisse*, Berne, 1992, p. 123 y ss., especialmente p. 163 y ss. (cambio de propietario en el arrendamiento normal) y pp. 233-234 (obligación *propter rem* en la enajenación en *bail à ferme*).

[874]Asentado en el derecho suizo −"que en esto ha conservado la pureza del sistema mejor que el BGB−", dice LIVER. Como veremos, en buena medida, esto ha cambiado.

como arrendador (que seguiría siendo el transmitente, quien continuará recibiendo la renta)[875].

Para LIVER, sin embargo, la intención del legislador resultaba clara, y se cumplía aplicando aquí el mecanismo de la obligación *propter rem*, aunque con una característica que no admite en absoluto el propio LIVER y otros autores alineados con él: entienden que el carácter real de la obligación ha de liberar al antiguo obligado de toda responsabilidad salvo incumplimiento dañoso anterior a la trasferencia. Pero en este caso, para la protección del arrendatario −y para acallar las críticas que reciben de que con su doctrina el arrendatario puede incluso resultar perjudicado[876]− entienden que el nuevo arrendador es el adquirente (obligación real) pero el transmitente sigue obligado por el arrendamiento, y responde subsidiariamente[877].

Se puede defender, igual en nuestro ordenamiento, que el arrendamiento inscrito y el protegido por la legislación especial son casos distintos, también en este aspecto. Sin embargo, esto no tiene por qué suponer admitir las consecuencias a que llega DESCHENAUX. Argumenta que la trasferencia de las obligaciones al adquirente no podría producirse sin consentimiento del arrendatario. Por ello, aquél soporta, pero no viene obligado y no recibirá nada a cambio. Independientemente de tal consentimiento, entiendo, la ley ha previsto una determinada forma de oponibilidad y, si no resulta aceptada por el

---

[875]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.* p. 724; "*Les obligations...*", *cit.*, p. 291, nota 22. *Vid. ATF* 79/1953, II, 382; *ATF* 82/1956, II, 525. La opinión tradicional se encuentra en WIELAND y OSTERTAG, y es modernizada por DESCHENAUX.

[876]*Vid.* OSER y SCHOENENBERGER, *op. cit., ad* art. 260, y otras referencias en SCACCHI, *op. cit.*, pp. 112 y 113.

[877]*Vid.* SCACCHI, *op. cit.*, p. 115. Reconocido en el *Arrêt* Cavallini/Bruni, *JT* 1957, p. 239 y ss. La subrogación de § 571 BGB, viene acompañada de una responsabilidad subsidiaria del arrendador, pero que no está llamada a prolongarse: "si el adquirente no cumple las obligaciones, el arrendador responde de los perjuicios a indemnizar por dicho adquirente como un fiador...", pero "cuando el arrendatario obtiene conocimiento de la cesión de la propiedad por notificación del arrendador, éste queda libre de la responsabilidad si el arrendatario no denuncia la relación arrendaticia al llegar al primer término para el cual es admisible la denuncia".

arrendatario ¿hasta qué punto podrá subsistir el arrendamiento, e, incluso, podrá pedir aquél una indemnización al vendedor[878]?

A mi modo de ver, nos encontramos ante una cuestión de oponibilidad, distinta de la obligación real, o del derecho real[879]. De acuerdo con el sistema legal vigente cuando polemizan LIVER y DESCHENAUX, ello supone que, para el arrendatario, la nueva situación no puede ser perjudicial: no ha cambiado. Todo se produce como si continuara relacionado con un único arrendador (aunque no le resulte indiferente la relación personal con un nuevo propietario), pero que recoge en sí a ese nuevo propietario[880]. Ahora bien, con la oponibilidad −esto no lo admite DESCHENAUX− la renta ha de percibirse por quien, en

---

[878]Porque, si el arrendatario no consiente la presencia de un nuevo obligado, con la venta, que es posible en todo caso, el arrendamiento desaparecería, y sólo podría plantearse solicitar del arrendador, que ya no puede cumplir, la correspondiente compensación.

[879]Esta afirmación vale tanto para el caso de la anotación preventiva que vincule al adquirente sin liberar al arrendador, como, incluso, para el de una subrogación o cesión *ex lege* del contrato. Este último sistema, como hemos visto, es el del § 571 BGB, porque la responsabilidad subsidiaria no significa que el arrendador primitivo siga teniendo algo que ver −al final− con la relación arrendaticia, sólo un período transitorio en que el adquirente no ha terminado de sustituir al transmitente. Mas, también en este caso el régimen es el de un arrendamiento oponible, que puede continuarse si el arrendatario lo desea −hasta ese momento, aunque el adquirente asuma sus obligaciones, sigue vinculado el transmitente−. El sistema de sustitución de un arrendador por otro es diferente a la sucesión en la obligación real.

[880]Esta oponibilidad se dibujó por HUBER (*op. cit.*, p. 18 y ss.) El arrendamiento sigue dependiendo del contrato, pero, cara a los terceros, se le reviste de fuerza real. Continúa siendo una relación de derecho de obligaciones, y se hace real "sólo en cuanto el arrendatario puede hacer valer los derechos constituidos mediante un contrato contra cualquier adquirente posterior de derechos reales en la cosa, quedando aquél «igualmente obligado» frente a éste en los efectos del contrato". "El nuevo propietario está ligado al contrato de su predecesor en la propiedad, pero los efectos de la relación contractual permanecen sin variación, y esta es la consecuencia más importante de esta delimitación exacta del efecto real. El propietario anterior no se libera sin más de las consecuencias de la relación de derecho. La ley prevé sólo... que el tercero... está obligado por el contrato como el primer arrendador". "Esto afecta en primer término al nuevo adquirente, que, según ello, entra por sí mismo en la relación contractual y tiene que consentirla: afecta además a los titulares de los aprovechamientos y usos...".

Esto mismo, en el fondo, quizá quieren defender LIVER y quienes le siguen, con la asunción de obligaciones por el adquirente y responsabilidad del transmitente. Sin embargo, de entrada, marcan distancias con tal visión, hablando de subrogación o cesión *ex lege*.

virtud de aquella, ha asumido, y está cumpliendo, de hecho, la principal obligación del contrato: el nuevo propietario, que obtiene la renta como un fruto más del bien en propiedad.

Otra cosa es que pueda interpretarse el efecto del arrendamiento reforzado, para el adquirente, como asunción de algunas obligaciones con la cosa (no de todo el contrato, como ocurriría en los arrendamientos especiales). Pero el que nos ocupa es un problema de refuerzo. Después, puede hablarse de soportar, de asunción, obligación que *ambulat*, obligación *propter rem*... pero en todo caso, como un efecto legal y fuera del ámbito en que opera y cabe estudiar, con pretensiones de doctrina general, la obligación real[881].

Con la consideración del supuesto del arrendamiento anotado como obligación real, es posible, para LIVER, acceder a la verdadera voluntad del legislador. "Si la redacción (de la

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

[881]La cuestión radica en que LIVER, para evitar la solución de DESCHENAUX, pone como efecto de la anotación la vinculación de la relación obligatoria a la propiedad, para el adquirente. Así éste habrá de cumplir aquello que, de hecho, ya no corresponde o resultaría difícil al primitivo arrendador, y recibirá la renta. Con independencia de la responsabilidad del arrendador, a la que no se da mayor importancia teórica, hay una obligación real. En el esquema de LIVER y SCACCHI, encaja perfectamente. Y les permite postular la sustitución de un obligado por otro.

Esta misma idea la ha defendido PIOTET ("*Des effets...*", *cit.*, p. 426), pero sugiere que no se debería hablar aquí de obligación *propter rem*: simplemente de «asunción *propter rem* de la cualidad de parte en el contrato». Aunque si PIOTET, en general, señala que toda anotación de derechos personales produce la vinculación de la relación obligacional con la propiedad, será siempre, para SCACCHI, un ejemplo evidente de obligación real.

Sin embargo, tanto el arrendamiento anotado entendido en la forma de HUBER como con la idea de sustitución (y más en Suiza, donde, como veremos, ni antes ni ahora el primitivo arrendador termina por desaparecer de escena) no son más que manifestación de un derecho personal reforzado, de una especial oponibilidad, que, aunque suponga recibir unas obligaciones o un contrato entero y asumir sus consecuencias, esto puede ser una relación recibida *propter rem* para el adquirente, pero no se trata de una obligación real.

Con ello comprobamos que el planteamiento metodológico adoptado inicialmente (obligación *propter rem*, excepcional - obligación real) no es sólo un punto de vista para enfocar de distintos modos la misma relación, sino que se concreta en el discernimiento de relaciones, unas de obligación real, otras, en todo caso, sólo *propter rem*.

OR)[882] no ha comprendido plenamente tales efectos, ello se debe seguramente a impedimentos dogmáticos (*dogmatische Hemmungen*). Existía la opinión de que no es conciliable con la esencia de la obligación, la cual no se quería debilitar y mucho menos abandonar, el que los derechos y obligaciones nacidos con el contrato de arrendamiento queden vinculados a la propiedad de la cosa arrendada y con ello pasen al eventual adquirente de la misma"[883]. Sin embargo, "si el legislador hubiera tenido ante sus ojos la figura de la obligación real, habría acertado con la solución clara y simple, que consiste (...) en la subrogación del adquirente en los derechos y deberes derivados del contrato de arrendamiento en virtud de la anotación preventiva en el Registro"[884].

Esta es la utilización de la categoría de obligación real, en LIVER. Si ha tomado un lugar en el sistema, puede tranquilamente utilizarse para interpretar la ley (obteniéndose efectos que, sin derivar claramente de la ley, se han caracterizado como propios de la obligación real, cuando parezca oportuno). Así, concluye, "de acuerdo con la concepción expuesta en la introducción de la posición de la ciencia y de la jurisprudencia respecto de la Ley, puede defenderse tranquila y decididamente sobre la base de los argumentos invocados aquí, que el adquirente de la finca arrendada, se subroga en la posición de parte del contrato de arrendamiento cuando éste ha sido anotado en el registro[885].

---

[882]"La anotación preventiva tiene el efecto de que todo nuevo propietario debe permitir al arrendatario el uso de la finca de acuerdo con lo establecido en el contrato de arrendamiento" (art. 260 OR).

[883]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 269.

[884]Aunque, como hemos dicho, la anotación ofrece una oponibilidad que trasciende la noción de obligación real, y no se identifica tampoco con la subrogación característica de los arrendamientos especiales. Para que la posición del adquirente sea incluible en la esfera de las obligaciones reales, la obligación del arrendador tendría que ser, desde un principio, una obligación real, y no lo es. Después, por el efecto legal de oponibilidad, resulta, para el adquirente, un conjunto de comportamientos propios de arrendador, y tendrá también ciertos derechos, lo que separa nuestra postura de la concepción del «efecto real» criticada por LIVER, que es la de DESCHENAUX.

[885]"Justamente –continúa LIVER– son las relaciones jurídicas a las que se les ha denegado el carácter de obligación real invocando el tenor de la ley, por una actitud escéptica ante esta figura, las que más urgentemente exigen, en interés de la claridad y del sentido práctico, su tratamiento como obligaciones reales.

De lo que he expuesto hasta el momento se habrá podido sacar la impresión de lo sencillo y práctico que resulta construir una relación jurídica, cuando se la enmarca en una categoría

El arrendamiento y los efectos de la anotación. Anotación registral y oponibilidad del derecho personal.[886]

Refiriéndose a la anotación, dice SCACCHI que su fin es asegurar la protección del locatario en caso de adquisición del inmueble por un tercero. No puede tratarse sino de un refuerzo de oponibilidad ajeno al derecho personal. Si no, no tendría sentido plantearse esa «protección».

Hay que plantearse, pues, la cuestión, antes del momento en que LIVER, y SCACCHI la analizan. Lo demás, no es tan difícil: se trata de ver por qué vía se asegura esa protección. Esto permite, dice SCACCHI, resolver si por la anotación se crea o no una obligación *propter rem*. El argumento se dirige contra DESCHENAUX, aunque a nosotros tal planteamiento no nos interesa. Se nos presentan dos soluciones: obligación de tolerar (DESCHENAUX) o trasferencia de la relación de arrendamiento con la propiedad (SCACCHI, LIVER, PIOTET).

Estos últimos sólo se están fijando en el nuevo propietario y en su asunción de obligaciones o la cualidad de parte en el contrato: no hay porqué negar que esto ocurre. Pero acaso no es reconducible ni a un pasivo tolerar[887], ni a una verdadera sucesión, o sustitución en el contrato[888] (esto resulta con claridad en la visión del arrendamiento anotado propia de HUBER, pero también en los casos de cesión del contrato según la interpretación

---

correspondiente a instituciones jurídicas semejantes, quedando sujeta a los principios propios de dicha categoría".

Queda aquí perfectamente reflejado, por eso coloco la cita completa, el interés que para este autor presenta la introducción de la figura en el sistema, para luego utilizarla con libertad en la interpretación de la ley. Libertad que es cuestionada por DESCHENAUX, precisamente por el carácter anómalo de la obligación *propter rem*, cuya presencia exige, entonces –y más si la solución puede venir, de modo coherente, por otras vías– manifestaciones inequívocas por parte del legislador, o la determinación de un ámbito «propio» en que la obligación *propter rem* pueda aparecer con cierta libertad, que es de lo que no se preocupa LIVER.

[886]Sobre la anotación y sus efectos, *vid.* DESCHENAUX, H., *Traité de droit privé suisse*, V-II-2, *Le registre foncier*, Fribourg, 1983, pp. 276 y ss., 518 y ss.; STEINAUER, *Les droits réels, I*, n. 765 y ss.

[887]Como entiende DESCHENAUX, a la vista de los antiguos arts. 259 y 260 CO.

[888]Lo más parecido a esto aparece en el BGB, a pesar de que LIVER lo utiliza para otra solución.

del efecto de la anotación propia de LIVER, o en la cesión *ex lege* de los arrendamientos especiales, o la que se ordena hoy, tras las recientes reformas).

Aunque defensores del mismo efecto, LIVER y SCACCHI lo catalogan obligación real, pero PIOTET considera inadecuado hablar a este respecto de obligación *propter rem*: porque, acaso, se da cuenta de que éstas, en su terreno propio, y la obligación real, aparecen como una relación simple, con un débito concreto, que acompaña a una institución jurídica, a una relación compleja, en la esfera del equilibrio entre dos derechos. Mientras que aquí, existe asunción de un conjunto de derechos y obligaciones que directamente corresponden al interés básico del acreedor. Por ello, este autor admite la «asunción *propter rem* de la cualidad de parte en un contrato», sin que se trate de una obligación real. Por otro lado, ni siquiera observando la relación en su conjunto, hay una sustitución total. La relación del arrendador y la del adquirente con el arrendatario son distintas. Aunque la sustitución, todo lo peculiar que se quiera, es lo que consideran LIVER y SCACCHI que resulta de la visión del supuesto como *rapport propter rem*: la relación compleja que une al arrendatario con el nuevo propietario[889].

Estamos ante un derecho personal autónomo. Nace como consecuencia de un contrato, y de él continúa dependiendo. Y viene luego reforzado, de distintas maneras, por la ley, directamente, o a través de la anotación. Se produce un fenómeno de acumulación[890]: las consecuencias de un contrato, como el derecho personal viene reforzado, se proyectan sobre el nuevo propietario. La relación obligacional se vincula a la propiedad para los nuevos adquirentes. La obligación del contratante originario era personal. Con el refuerzo, el adquirente va a asumir algunas consecuencias del contrato, como si él fuera el primer arrendador, o entra como un obligado más en aquél contrato único, como si tuviera algo que ver con el contrato originario.

---

[889]Existe una obligación real, de acuerdo con SCACCHI, porque el adquirente recibe con la cosa la cualidad de parte. Lo que se puede aplicar a la simple asunción de algunas obligaciones. No importa que se trate de un contenido obligatorio real, sino sólo que se reciba con la cosa cierta carga obligatoria.

[890]En el derecho real limitado, se trata de las consecuencias ordinarias de una adquisición. En el arrendamiento reforzado nos encontramos ante las consecuencias de un contrato, por una especial fuerza legal.

Se podría hacer el siguiente esquema[891]:

El derecho real, en cuanto atribución y derecho *erga omnes* viene provisto de una oponibilidad natural frente a todos los terceros que conecten con tal atribución. La oponibilidad del derecho subjetivo −en general− tiene esa coloración que supone una relación, siempre igual, con cualquier tercero, aunque, como se verá, tiene algo en parte igual y en parte diferente, en la relación real concreta de exclusión. El derecho de crédito también es oponible. Pero tiene la oponibilidad de los derechos relativos.

La relatividad del derecho de crédito (relación con un obligado) tiene una significación especial en las obligaciones reales: el obligado puede ser distinto en cada momento, porque esta posición se transfiere. El nuevo obligado no recibe la obligación como un «tercero» sino como verdadero deudor (aunque es el «tercero» de la relación real). Estamos fuera de la esfera de la oponibilidad del derecho de crédito, porque nos encontramos en el terreno de su eficacia directa, que, cuando *ambulat*, RAGEL −y, en general, la doctrina− lo considera excepcional. Precisamente, nosotros tratamos de reflexionar sobre aquellas relaciones en que esta eficacia no se presenta tan excepcional.

La oponibilidad del derecho de crédito se manifiesta en relación con terceros y se refiere a la eficacia indirecta del crédito (no a la eficacia directa, como −se suele entender− sucede en el derecho real). Se trata de reacciones frente a quienes inciden en la conducta del deudor, atacando el interés del acreedor. Fuera de este ámbito el derecho es, en principio, inoponible. Su oponibilidad, pues, no impide las consecuencias frustrantes para el interés del acreedor, de −por ejemplo− la venta[892], porque para el tercero aquí el contrato y el derecho surgido de él resulta inoponible[893].

---

[891]Aprovechando reflexiones suscitadas por algún planteamiento reciente, que presenta una visión nueva de la oponibilidad-inoponibilidad, fijándose en aportaciones −sobre todo− de la doctrina francesa. No se entra aquí, sin embargo, en el núcleo de una propuesta que, si tiene algunos apoyos en nuestra doctrina, no ha venido siendo utilizada así por la mayoría de nuestros tratadistas. Nos sirve para reflejar, de nuevo, la distinción entre relatividad e inoponibilidad. *Vid.* RAGEL SANCHEZ, L. F., *Manual de Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Cáceres, 1997, pp. 21-22, y 195 y ss.

[892]Igual a como la oponibilidad del derecho real no puede impedir las consecuencias frustrantes, para el interés del titular, del deterioro o avería de la cosa.

[893]Los actos de que resulta la adquisición del derecho real son en principio oponibles (salvo excepciones derivadas de otros principios, relacionados con el conflicto de adquisiciones y la publicidad) pues, por la especial eficacia del derecho real, siempre los terceros han de tener en

¿Qué ocurre con el refuerzo de derecho personal-arrendamiento? Que recibe un derecho personal, en la relación con terceros, aspectos de la oponibilidad característica de los derechos reales. Por eso, aunque todo derecho es oponible, se habla de derecho personal reforzado u oponible. Porque se «opone» −como un derecho real se opondría a los terceros− un derecho personal. Y, precisamente, al ser un derecho personal el que se opone, el tercero se convierte en un implicado en el contrato (GUHL y HUBER trataban de explicar precisamente esto). Como hay una relación jurídica en que el tercero asume obligaciones, cabe hablar de obligaciones *propter rem*. También se podría pensar en una relación jurídica sin asunción de obligaciones, si la oponibilidad o el refuerzo presentara otros aspectos.

El nuevo obligado sigue siendo un tercero (campo de la oponibilidad, no de la relatividad, esto nos separa de la obligación real; aquí, la relación personal es una excepción). Pero, como lo que se opone (como si de un derecho real se tratara) es un derecho personal, el adquirente queda implicado, obligado (relación directa).

Esto no prejuzga la vicisitud de la relación contractual. La oponibilidad puede suponer una «continuación» del arrendamiento, aunque siempre el primer arrendador y el primer contrato han de tenerse en cuenta. O puede tratarse (lo que se podría aplicar a la anotación, en Suiza, o para nuestro arrendamiento inscrito) de la asunción por el adquirente de la obligación principal, manteniendo la responsabilidad del arrendatario. Siempre estamos ante una obligación excepcional *propter rem*. De entrada, hay un derecho personal, relativo, y éste mismo se refuerza después, dando lugar a la asunción *propter rem* de obligaciones.

La obligación *propter rem* en su terreno propio, y la obligación real, se refieren al equilibrio de dos derechos «anteriores»: aspecto externo del derecho real (exclusión), o aspecto externo del crédito (oponibilidad indirecta) y ahí surge un complemento que es una verdadera relación de cooperación exigida al titular del derecho real. Funciona sin modificación de la oponibilidad propia del derecho principal al que complementa en la relación con el derecho del obligado.

---

cuenta su existencia, que va a afectarles. Sin embargo, tratándose de actos relativos a un derecho de crédito, la relación personal muchas veces no tiene por qué ser tenida en cuenta por el tercero, no le afecta.

Tras la reforma introducida en Suiza por la LF de 15 diciembre de 1989 −en vigor desde el 1 de julio de 1990−[894], parece que la «pureza del sistema» (en relación con el principio «venta quita renta») ha sido sustituida por criterios cercanos a los del BGB.

Se establece en el nuevo art. 261.1 CO que, si el arrendador enajena (...) el arrendamiento pasa al adquirente con la propiedad de la cosa. Precisamente lo que venían defendiendo LIVER y los que le siguieron, utilizando en su argumento la noción de obligación *propter rem*[895]. LIVER sostenía que el arrendamiento anotado tiene carácter de obligación real y no lo pierde aunque subsistiera una responsabilidad del transmitente por incumplimiento de las obligaciones del adquirente. La relación completa se vincula a la cosa para el adquirente, con un influjo sobre él que produce la asunción de obligaciones.

Pero el sentido, como se ha tratado de mostrar, de tal vinculación y asunción es distinto al de la obligación real. Esto se ve tanto en el esquema de la subrogación *ex lege* −ahora introducido como regla general− como en el arrendamiento anotado con asunción de obligaciones y responsabilidad del contratante originario, de HUBER, que hemos defendido para el arrendamiento anotado antes de estas reformas, y traspasable a nuestro arrendamiento inscrito. Pero se rechaza definitivamente la tesis del «efecto real» de DESCHENAUX. Todo lo que ocurre, sin embargo, es consecuencia de un efecto de oponibilidad especial, que ahora no viene por la anotación, ni para algunos arrendamientos especiales, sino directamente por la ley (art. 261 CO).

Se reconoce hoy, pues, como regla general, la trasferencia del arrendamiento de un primer arrendador a un nuevo propietario. Sin embargo, también resulta evidente que esto no es más que una forma de explicar y organizar una especial oponibilidad y eficacia de un contrato. El adquirente asume el arrendamiento. Pero su relación con el arrendatario no es la misma: porque luego puede *résilier le bail (à loyer et à ferme ordinaire)* cuando se den las causas recogidas en los arts. 261. 2.a y 290 CO (lo que no podría hacer el «verdadero» arrendador). En cuyo caso, si se produce el fin del arrendamiento antes del plazo previsto

---

[894]RO 1990/802 834; FF 1985, I, 1369. Da nueva redacción al título 8º de la segunda parte del CO, art. 253 y ss. *Vid.* STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, n. 816; ENGEL, *op. cit.*, p. 123 y ss.

[895]Como en otras muchas cosas (el tratamiento jurisprudencial de la hipoteca del constructor, los derechos de adquisición preferente) la influencia de LIVER ha llevado al triunfo de las soluciones que propugnaba como resultados de la aplicación a los distintos supuestos del concepto de obligación *propter rem*.

por causa de la enajenación, existe una responsabilidad por daños y perjuicios a cargo del «*bailleur précédent*» (art. 261. 3 CO).

Hay, pues, dos arrendatarios, el «*précédent*» y el adquirente. Pero si éste pudiera, por las causas previstas y que a él sólo se aplican, terminar la relación antes del final previsto en el contrato, es éste contrato el que se tiene en cuenta (sólo hay un contrato, un arrendamiento) y el arrendador originario quien responde por ello.

¿Qué ocurre entonces en caso de anotación, del art. 261b CCS −que no ha cambiado− en relación con el anterior art. 260 CO? Obliga al nuevo propietario a dejar al locatario el uso del inmueble *en conformidad con el contrato de arrendamiento.* Con STEINAUER, hay que reconocer que, hoy, la regla general es la continuación del arrendamiento por el adquirente, pero como oponibilidad, aunque sin responsabilidad subsidiaria general del arrendador originario (salvo en los casos referidos). La anotación, como mecanismo instrumental, cumple también una función, pero ya en este nuevo marco legal: impediría beneficiarse de las causas de *résiliation* y hacer valer las excepciones al *rattachement* legal del art. 14 LBFA, en el *bail à ferme agricole*.

En caso de anotación, ahora, el adquirente sustituye al arrendador, la oponibilidad es completa. No cabría plantear quizá una responsabilidad del anterior que la ley no establece. El mecanismo produce la subrogación en casos no previstos y la hace más perfecta. Si la anotación hiciera oponible el arrendamiento en casos en que este terminaría según las reglas generales, se podría plantear la oponibilidad de HUBER: asunción de obligaciones-responsabilidad subsidiaria. Con lo que, vemos, los efectos de la anotación son de oponibilidad, pero en cada caso y para cada regulación complementan la ley en sentido distinto, porque se trata de un instrumento sin valor sustantivo *a se*.

Las servidumbres forzosas

Una vez reconocida la categoría como pretensión a una prestación positiva, resulta lógico encajar allí las derivadas de restricciones legales indirectas a la propiedad fundiaria[896], concebidas como créditos que tienden al establecimiento de un derecho real[897].

---

[896] *Vid.* PIOTET, P., *Traité de droit privé suisse*, V-3, *Les droits réels limités, les servitudes et les charges foncières*, Fribourg, 1978, p. 33. Un tratamiento específico de cada supuesto, en STEINAUER, *Les droits réels, II, cit.*, nn. 1790 y ss.

La comprensión de estos supuestos como obligaciones reales permite a LIVER diferenciar las servidumbres forzosas de las otras limitaciones −inmediatas− de la propiedad fundiaria, y aclarar su tratamiento registral. En contra de HAAB −que no era capaz de distinguir ambos supuestos, negando por ello a estas servidumbres su carácter de derechos inscribibles[898]− "si se reconoce que la ley otorga al propietario de una finca simplemente la pretensión de exigir al vecino, bajo ciertos presupuestos, la concesión de estos derechos como servidumbres prediales, no puede caber ninguna duda de que esta concesión tendrá lugar en la forma de constitución de servidumbres"[899]. Entonces, la servidumbre de acueducto −no requiere la inscripción para su nacimiento− (art. 691. 3 CCS) constituiría, no la regla, sino la excepción[900].

---

[897]En esto están de acuerdo DESCHENAUX y LIVER. Cfr. DESCHENAUX, "*Les obligations...*", *cit.*, pp. 284-295; LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 270 y ss.

Se trata de las denominadas por HUBER «pretensiones reales»: los retractos legales, las servidumbres forzosas y la hipoteca legal del art. 837 CCS. WIELAND las cataloga como pretensiones legales dirigidas a la adquisición de un derecho real.

DESCHENAUX sitúa como obligación real legal, que nace al mismo tiempo que el derecho al que acompaña, la correspondiente al derecho de retracto de los copropietarios. Salvo el ulterior «efecto real» y su controversia con LIVER sobre este punto, resulta que, reconocido como derecho personal, también DESCHENAUX ha de concretar en la vinculación de la obligación a la cosa, obligación *propter rem*, la consecuencia del reconocimiento por el legislador de ese derecho como una de las facultades anejas al condominio. Todo retracto legal sería una obligación *propter rem*. Unicamente DESCHENAUX rechaza que tal ocurra, como quería GUHL, en los retractos anotados. Y no acepta que la doctrina de GUHL pueda luego utilizarse para construir el efecto del retracto frente al tercer adquirente como hace LIVER. Para el retracto de comuneros, *vid.*, STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, n. 1215.

Estas pretensiones acompañan siempre a un derecho principal, o resultan consecuencia de una especial relación entre el beneficiario y el inmueble que será gravado, reconocida por el legislador. En ocasiones, no es que constituyan un derecho personal reforzado, sino que conducen al refuerzo de un crédito (hipotecas legales indirectas) incluso aunque sólo pudieran dirigirse contra un determinado deudor.

[898]Cfr. HAAB, *op. cit.*, n. 2 *ad* art. 691/693.

[899]Cfr. LIVER, *ibidem*, p. 271.

[900]Sobre el «*droit de conduite nécessaire*» (acueducto, conducción eléctrica, gasoducto) *vid.* STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, nn. 1847 y ss. La cuestión de cómo se constituya este derecho ha producido controversias. PIOTET ha criticado el sistema que prescinde de

"Si se reconoce la regla, no cabe ya equivocación respecto de la cuestión de la constitución de las servidumbres legales cuyo nacimiento no esté expresamente regulado. Cuando se advierte la relación sistemático-dogmática de todos estos fenómenos, no es necesario ya circunscribirse al tenor literal de los singulares preceptos legales que los regulan, pueden ser tratados según los mismos principios unitarios, lo que contribuye en no escasa medida a la sencillez y claridad de la aplicación del derecho"[901]. Este argumento lo utilizará después en materia de hipotecas legales indirectas.

Igual que en el derecho legal de adquisición, para sucesivas compraventas, su titular puede obligar a inscribir a su favor, cooperación necesaria (tal derecho potestativo se cataloga en Suiza como personal) la facultad legal de obtener la servidumbre supone una obligación que el legislador vincula *propter rem*[902].

Pero hay diferencia entre ambos supuestos[903]. En la servidumbre forzosa, lo que cabe es obligar al vecino a celebrar el negocio constitutivo −en que tiene derecho a que sus legítimos intereses vengan también reflejados− contrato celebrado «en cumplimiento de una obligación»[904]. Sólo en caso de negativa o desacuerdo cabe acudir al juez para que atribuya la servidumbre, por lo que la sentencia suple el negocio −y la voluntad del deudor− y de paso atribuye la servidumbre (podría tratarse también de una sentencia condenatoria con ulterior ejecución con la inscripción constitutiva)[905]. Igualmente en

---

inscripción (cfr. *Traité... V-3, cit.* p. 48). El TF puso en duda la inoportunidad de la inscripción constitutiva (en general, el art. 676. 3 CCS sólo permite una servidumbre sin inscripción si es aparente, y la de *conduite* puede no serlo. Cfr. *ATF* 97/1971 II 371/380ss; *JT* 1973 I 56/60. Para una visión general de la controversia, *vid.* STEINAUER, *Les droits réels, II, cit.*, nn. 1667, 1796, 1796a, 1854, 1854a. En contra de HAAB y LIVER entiende que, aunque esta servidumbre no necesite inscripción, hace falta un negocio constitutivo por escrito, o su establecimiento en virtud de sentencia.

[901]Cfr. LIVER, *ibidem*, p. 272.

[902]Siguiendo la doctrina de WIELAND, DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.* p. 725, ve la hipoteca legal del art. 837 como "situación análoga a otros casos en que la ley funda títulos de adquisición de derechos reales y los vincula a un inmueble".

[903] Lo indica STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, nn. 706-706a.

[904] *Vid.* STEINAUER, *Les droits réels, II, cit.*, nn. 1853, 1866-1867.

[905] En una visión general de las servidumbres necesarias, señala STEINAUER que el vecino tiene una pretensión tendente a un contrato constitutivo. Si no hay acuerdo, obtendrá un *jugement atributif*. Cfr. STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, n. 706. *Vid.* también

materia de atribución del *empiètement* las partes vienen obligadas a entenderse, moviéndose en principio dentro de unos cauces legales, que el juez actuará en caso de contencioso[906].

Distinto es el derecho de adquisición (opción, retracto). Sólo resta, cuando se dan las condiciones para su ejercicio, solicitar la tradición. En derecho suizo, como la requisición para la inscripción implica un acto negocial (que revela el influjo, en el sistema, del acuerdo traslativo germánico)[907] tanto los derechos legales como la opción o retracto convencionales se contemplan como facultad o derecho obligacional. Sin embargo, la inherencia con el bien permite catalogar la opción o retracto como derechos reales (como vimos), lo que ocurre en España, donde, además, se infiere de todo ello, por ejemplo, que la escritura de opción basta para considerar la propiedad adquirida, sin especial tradición, cuando el derecho se ejercita[908]. Este enlace directo de la voluntad con el destino de la cosa, que afecta al poder de disposición, constituye aquí un derecho real. En las servidumbres forzosas, supuesto parecido pero no idéntico, la cuestión no pasa de implicar, en principio, una obligación legal.

Y, en tal relación, no hay más derecho real que las propiedades contiguas[909]. Pero esa obligación no resuelve por sí misma problemas del equilibrio de vecindad, está simplemente orientada a la nueva relación, estable, de servidumbre, derecho accesorio,

---

DESCHENAUX, *Traité de droit privé suisse..., cit.*, p. 239. Después apunta que sería más adecuado que, interpuesta la acción correspondiente, el juez revise si se cumplen las condiciones y produzca un *jugement condemnateur*, condenando a constituir la servidumbre (sustituye la declaración del propietario, por lo que autorizará el juez a solicitar unilateralmente la inscripción) y fijando la indemnización, con lo que se garantiza el pago del precio antes o simultáneamente a la constitución del derecho real (que no vendría determinada por la sentencia). También, sin embargo, es posible un *jugement atributif*, pero vigilando que no entre en vigor hasta que el precio se haya pagado (Cfr. STEINAUER, *Ibidem*, nn. 1555a, 1868, 1868a).

[906] *Vid.* STEINAUER, *Les droits réels, II, cit.*, n. 1651 y ss., espec. n. 1657 y ss.

[907] *Vid.* STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, nn. 132 y ss., 710 y ss., 1539 y ss.

[908] Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 344. RRDGRN 7 diciembre 1978, 7 septiembre 1982.

[909] Apareciendo, en la relación de vecindad real (de acuerdo con la distinción de GONZALEZ ALEGRE entre vecindad personal y real) una pretensión obligacional. Cfr. GONZALEZ ALEGRE BERNARDO, M., *Las relaciones de vecindad*, Barcelona, 1967, pp. 7 y ss.; 221 y ss.

surgido de la intervención de la ley. Con esta concepción se distingue adecuadamente la situación anterior −facultad potestativa derivada de la propiedad en vecindad por la voluntad legal, obligación *propter rem*− y posterior −equilibrio nuevo, no sólo de vecindad, sino en virtud de un nuevo derecho real, mas englobado, surgido, por la consideración legal de los intereses, en una vicisitud de la relación de vecindad.

Se aprecia también que estamos ante una obligación *propter rem* muy especial, subordinada y dirigida al establecimiento de un eventual nuevo derecho real querido por la ley (si interesa al futuro titular dominante y cumple las condiciones previstas). Supuesto complejo en que la obligación es sólo manifestación del carácter legal, no natural (supone un «plus» respecto de la comunidad de vecindad) pero tampoco voluntario, del nuevo reparto. La pretensión se basa en una relación del acreedor con el inmueble que tiene en cuenta la ley para establecer, *propter rem*, lo que en principio no podrían hacer los particulares[910]. La relación no deriva como accesorio natural de la comunidad de vecindad y por eso la obligación es, ante todo, legal. Con la peculiaridad de que aquí la ley cuando interviene no sólo tiene poder para poner a un titular frente a una obligación *propter rem*, además da entrada a tal obligación en la relación de reparto de vecindad convirtiéndola en una obligación real que se asienta en la comunidad de vecindad porque la ley le ha buscado un sitio, pero manteniendo sus peculiaridades[911].

La hipoteca legal en favor del constructor

Después LIVER trata de solucionar el problema de la hipoteca legal en favor del constructor[912], considerándolo supuesto análogo a las servidumbres forzosas, y, por tanto, obligación *propter rem*[913]. Se trata de un derecho para solicitar hipoteca que garantice el

---

[910]Nos encontramos como a medio camino entre el ámbito de las obligaciones *propter rem*, legales, y el terreno de la obligación real: es la ley la que aprecia y reconoce que la obligación tiene sentido como real, y por ello se establece *propter rem*.

[911]Cfr. HUBER, *op. cit.*, pp. 43-44; WIELAND, *Les droits réels..., cit.*, pp. 305-306.

[912]Esta hipoteca legal indirecta se establece a favor del *entrepreneur*, también del *artisan*, y del *sous-entrepreneur*. Es un supuesto cercano a nuestro crédito refaccionario. Para simplificar, nosotros hablaremos de constructor o contratista.

[913]Esta visión de LIVER ("*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 272 y ss.) corresponde, en el fondo, con distintos matices, a la idea de HUBER, *op. cit.*, p. 42 y ss. y GUHL, *op. cit.*, p. 156; También está de acuerdo DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 725, y, en general,

crédito derivado de la aportación de trabajo y materiales, siempre que tenga su origen en un contrato celebrado a tal efecto, aunque no fuera con el propietario −incluso, con un representante sin poder, siempre que se haya actuado de buena fe−[914].

---

la doctrina de la obligación real. Y ha terminado recogiéndose en la jurisprudencia, a partir de *ATF* 92/222, *JT* 1967, 264, aunque con vacilaciones. *Vid.* Jurisprudencia citada por SCYBOZ-GILLIERON, *op. cit.*, p. 444 y ss.

[914]El supuesto es diferente a las pretensiones previstas en materia de accesión. En este último ámbito, se trata de otro tipo de relación entre prestación de trabajo y materiales y propiedad del inmueble. La relación no deriva de un contrato sino de la actividad realizada sobre el inmueble, la construcción en un fundo con materiales de propiedad distinta, teniendo en cuenta la buena o mala fe. Puede dar lugar a una pretensión frente al propietario de la finca (indemnización del art. 672 CCS) que según DESCHENAUX es un crédito de obligación real, ejercitable durante un año contra cualquiera. La obligación *propter rem* se utiliza como cauce de protección especial y refuerzo de un crédito en relación con la cosa, sin establecer garantía real. Puede dar lugar también a la pretensión de atribución del *empiètement*. En este caso, la obligación *propter rem* deriva de un especial derecho de adquisición que −como en las servidumbres legales− desembocará en un derecho real. *Vid.* STEINAUER,. *Les droits réels, cit.*

En el supuesto que nos ocupa, resulta decisiva la intervención de un contrato. La actividad o prestación del constructor sólo le permite exigir la regular remuneración. Así como la actividad en materia de accesión puede llevar a pretender la atribución del *empiètement*, aquí se pretende una garantía del precio convenido o que corresponda a la prestación realizada.

Existe un territorio intermedio o mixto, en que resulta una curiosa trabazón entre la indemnización del art. 672 CCS y la hipoteca del 837 CCS: es posible que, cuando el contrato se concluyó por un representante sin poder y no ha sido ratificado, la hipoteca garantice la indemnización debida en virtud del art. 672 CCS (*ATF* 95 221 = *JT* 1970 143). En este caso el contratista tiene un crédito no garantizable contra quien le contrató. Pero como ha verificado en virtud de un contrato (no sólo es que hubiera actuado con buena fe, en el ámbito de la accesión) determinada aportación de trabajo o material sobre la finca, tiene el derecho a la indemnización del art. 672 prevista en materia de accesión, y el derecho a la hipoteca del art. 839.

La Jurisprudencia tiene declarado que el art. 672 CCS no se aplica cuando el empleo de los materiales deriva de un contrato celebrado directamente con el propietario del fundo. Pero sí cuando el contrato se ha celebrado con un *dominus operis* que no sea el propietario del fundo, o cuando el constructor que contrató con el propietario no es luego el propietario de los materiales (*ATF* 99 131 = *JT* 1974 130). Aunque, si se celebró un contrato con un *entrepreneur général* y se le ha pagado, es difícil sostener el enriquecimiento del propietario que está en la base de la indemnización (*ATF* 103 227 = *JT* 1978 322). En este caso, sólo cabe la hipoteca para garantía

La cuestión parece complicada. La regulación de esta materia en el CCS resulta escasa y confusa, y su tratamiento en la Ordenanza del Registro no proporcionó total claridad. Por ello, tras el entusiasmo inicial, después de la Sentencia de 1914[915], el mecanismo cae en desuso sustituido por otras formas de protección[916].

La doctrina, siguiendo los criterios de la Exposición de Motivos del CCS y HUBER, siempre ha destacado la conexión entre el contrato, el incremento de valor del inmueble y su afección. Con el desarrollo de su actividad el constructor no sólo hace surgir el crédito, sino un nuevo valor que debe quedar sujeto especialmente en garantía de aquél[917]. En el sistema diseñado por HUBER, tal conexión no implica la adquisición automática del derecho real conforme surge el aumento de valor, sino una pretensión para solicitar la constitución de la hipoteca. Pero no sólo existe la pretensión, sino otras precauciones que la enriquecen: puede ejercitarse también después de un embargo o declaración de concurso y, aunque la hipoteca sólo existe desde la inscripción, los acreedores hipotecarios anteriores no podrán beneficiarse de su ejecución sin proporcionar al constructor el valor garantizado. Privilegio que implica el reconocimiento por el legislador de un originario vínculo y facultad de adquisición jurídico-real consiguiente del constructor respecto al valor producido[918].

---

de lo que deba al subcontratista quien le contrató. Sobre todo esto, *vid.* STEINAUER, *Les droits réels, cit.* n. 1640; *Codes annotés, cit.* I, pp. 345 y ss. 445 y ss.

[915]Cfr. *ATF* 40/ 1914, II, 452; *JT* 1915, I, 296.

[916]*Vid.* ROSSEL y MENTHA, *op. cit.*, nn. 1553 y ss., 1557 y ss.

[917]Cfr. STEINAUER, P. H., *Les droits réels, III*, Berne, 1992, n. 2855 y ss.; HUBER, *op. cit.*, p. 45 y ss.; LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 272; GUHL, *op. cit.*, p. 156; ROSSEL y MENTHA, *op. cit.*, n. 1552; DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 725; *ATF* 103/ 33, *JT* 1977, 534. De todas formas, la garantía no depende del valor efectivo aportado, se ajusta al precio debido de acuerdo con el contrato y el trabajo realizado. Tienen tal derecho también los subcontratistas y artesanos –no sólo los que trabajan sobre el inmueble, también los que aportan materiales y trabajo, aunque no pongan ellos mismos su obra (Cfr. *ATF* 105/ 264, *JT* 1981, 120). Aunque el propietario puede considerar «defecto» recibir una obra gravada con hipoteca por un subcontratista (Cfr. *ATF* 104/ 348) y podrá deducirse del precio a pagar al contratista general. De todas formas, el derecho existe incluso cuando el propietario y *dominus operis* ha pagado ya su deuda al contratista general (Cfr. *ATF* 95/ 87, *JT* 1970, 158, *ATF* 106/ 123, *JT* 1981, 121).

[918]Cfr. STEINAUER, *Les droits réels, III, cit.*, nn. 22845a, 2860-2862, 2900 y ss., 2921 y ss.

Cabría pensar que se trata de un derecho real de adquisición: probado el crédito, es posible acceder al Registro y hacer valer un derecho potestativo, un peculiar poder de disposición sobre el inmueble ajeno, requiriendo la inscripción[919]. Esta posición, apuntada por algunos tratadistas[920] ha encontrado sólo un discreto eco en la doctrina, y, tal como acabo de formularla, la Ordenanza del Registro viene a hacerla inviable.

La inscripción, según el art. 839.3 CCS, "*n'aura lieu que si la créance est établie par la reconnaissance du proprietaire ou par le juge; elle ne peut être requise, si le propriétaire fournit des sûretés sufisantes au créancier*". Fuera de la relación con el propietario que sea a la vez deudor, no basta acudir al Registro presentando un crédito reconocido por otro deudor. Sería necesaria la intervención judicial. Por tanto, se interpreta,

---

[919]Los créditos enumerados en el art. 837 CCS, dicen ROSSEL y MENTHA, "dan al acreedor el derecho de requerir por sí mismo, con la sola prueba de que posee tal crédito, la inscripción de una hipoteca sobre el inmueble a razón del que ha nacido el crédito".

El art. 839. 3º CCS ofrecería, sin más, un modo de obtener, a través del reconocimiento por el propietario-deudor, la prueba del crédito. Hacen notar que cuando el art. 837 CCS dice que "pueden **requerir la inscripción** de una hipoteca legal...", en realidad trata de recoger el precepto concordante del BGB, "*Der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfaudrechtes besteht...*" ("El derecho de **requerir la constitución** de una hipoteca legal existe en favor de...") Cfr. ROSSEL y MENTHA, *op. cit.*, n. 1553 y 1557. Después no permanecen en ese punto de vista, y aceptan los argumentos del *arrêt* de 1914.

[920]Así, VON THUR, seguido en este punto por GUHL. Esta caracterización no encuentra en los textos del CCS más escollos que las otras. Y tiene algunos apoyos: "*Peuvent requérir l'inscription d'une hypothèque légale...*" (art. 837 CCS) "*L'inscription doit être requise...*" (art. 839. 2 en relación con el plazo). "*Elle ne peut être requise si le propietaire fournit des sûretés suffisantes au créancier*" (art. 839.3).

STEINAUER manifiesta aquí un peculiar eclecticismo. Señala, con DESCHENAUX, que la persona habilitada a requerir es el futuro titular de la hipoteca, provisto de una especie de poder de disposición sobre el inmueble ajeno. Unicamente ha de justificar su legitimación ante el Registrador, pero −señala después− como beneficiario del *crédito legal tendente a la constitución de la hipoteca.*

Para el triunfo de aquella idea sería preciso que la ley no hablara del reconocimiento del crédito por el propietario, sino por el deudor. Después de la OR, es más difícil sostenerla. Cfr. DESCHENAUX, *Traité de droit privé suisse..., cit.*, p. 239; STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, nn. 698a, 726, 735, 742.

la requisición de inscripción constitutiva precisa siempre la cooperación del propietario, manifestada implícitamente en su reconocimiento del crédito, o suplida por el juez[921].

El art. 22. 1º OR, dispone que los documentos justificativos para la inscripción de esta hipoteca legal consisten en los títulos que establecen los créditos: aquí va la prueba del crédito. Pero, según el párrafo 2º, "es **además** necesario para la inscripción (en el caso del art. 837. 3º CCS) que el montante del crédito garantizado sea reconocido por el propietario o por el juez, o que el propietario autorice la inscripción". Así se concreta la necesidad del reconocimiento del crédito por el propietario, del art. 839.3 CCS, pero no significa que éste haya de ser el deudor, ni supone, en realidad, un reconocimiento de deuda, sólo la constatación de que cierto crédito se relaciona con un aumento de valor de la cosa y la aceptación de la cuantía en que la finca va a quedar sujeta en garantía.

La construcción resulta acorde con la idea de que una inscripción constitutiva (como es el caso) sin consentimiento del propietario (propio o suplido por el juez) es un fenómeno "singular y, en sí, contradictorio"[922]. HUBER se refería a una «pretensión real» dirigida

---

[921]Pero no por la ley. *Vid.* STEINAUER, *Les droits réels, II, cit.*, n. 1555a.

[922]Es una idea propia del sistema suizo. Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 173. Es interesante la discusión sobre la naturaleza de la requisición. Para un amplio sector de la doctrina no es un acto unilateral, como pensaba, por ejemplo, HOMBERGER. Supone un contrato de disposición, acuerdo entre enajenante y adquirente, que se entiende perfecto cuando el registrador recibe la requisición. Por ello el TF, siguiendo la doctrina reciente, ha establecido que ésta no puede retirarse unilateralmente (*ATF* 115/1989 modificando la jurisprudencia anterior). *Vid.* STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, n. 712 y ss. La requisición implica un acuerdo tácito, (trasunto del negocio traslativo del derecho alemán) manifestado normalmente por el todavía propietario. Podría hacerlo −excepcionalmente− la otra parte: este sería el caso en la hipoteca del constructor. El consentimiento del propietario deriva del reconocimiento del crédito o se suple por el juez. (STEINAUER, sin embargo, en este caso concreto, entiende que se trata de un acto unilateral.)

En principio, se considera en la doctrina suiza como regla general (*vid*. STEINAUER, *Ibidem*, nn. 690 y ss., 744 y ss., 1539 y ss.) que, cuando el adquirente puede requerir por sí mismo la inscripción, es que ya adquirió antes el derecho real, y la inscripción sería declarativa. Como en este caso la inscripción es constitutiva, querría decir que es necesaria la manifestación de voluntad del propietario: esa sería su obligación *propter rem*. Puede haber, sin embargo, excepciones. En la adquisición de buena fe de un derecho real en virtud del art. 973 CCS no juega la voluntad del propietario. Para STEINAUER, otro supuesto excepcional en que la

contra el propietario del inmueble[923], situada entre las acciones reales −habla incluso de derecho real− dirigidas a la constitución de un derecho real. Por ello afirmará LIVER: "HUBER había pensado que se trataba de un derecho real". Sin embargo, las pretensiones reales a que se refiere HUBER no son otra cosa que las futuras obligaciones *propter rem* de LIVER[924]. Con ello, y con la equiparación de los tres supuestos (retracto legal, servidumbres forzosas, hipotecas legales indirectas) como ejemplos de un mismo esquema de relación, deja el camino preparado para −con la «introducción» de la categoría de la obligación real− la concepción de LIVER. Basta reconocer después que tal pretensión no puede ser propiamente «real» −de lo que se ocupó, con otros fines, la sentencia de 1914− para que el supuesto en examen entre ineludiblemente en la esfera de la obligación *propter rem* legal.

Parece preciso combinar −sin que ninguna de las dos quede excluida− las ideas de derecho potestativo de adquisición y obligación *propter rem*. El acreedor tiene una relación sobre la finca y su propietario −y otros titulares de derechos de garantía− y no tanto respecto a cierto deudor[925]. Desde el inicio de los trabajos, y aún antes (celebración del contrato) va consolidando una especial posición respecto al valor del inmueble en la medida

---

inscripción constitutiva produce una adquisición originaria, es precisamente la hipoteca legal del art. 837. (*ibidem*, n. 698a).

[923]"La acción, como dice la ley, se dirige contra el propietario(...) No necesita una motivación especial mediante una relación personal existente entre el acreedor y el propietario del inmueble como deudor, sino que (...) puede, cuando existe una deuda, ser utilizada contra quien aparezca actualmente como propietario del inmueble a gravar, aunque éste no esté de ningún modo obligado como deudor personal". Cfr. HUBER, *op. cit.*, p. 45 y ss.

[924]*Vid.* HUBER, *op. cit.*, pp. 40-42.

[925]La pretensión no es una reclamación personal en el sentido del art. 59 de la Constitución. (*ATF* 41/ I, 284, *JT* 1916, 25) Por ello, el foro aplicable es el lugar de situación del inmueble, etc. El derecho no es renunciable, y supone una restricción legal del poder de disponer (*ATF* 95/ 31, *JT* 1970, 153). La figura va a producir unos efectos antes de la inscripción en la medida en que comiencen a cumplirse los presupuestos de hecho marcados por la ley, que implican y consolidan la relación con el inmueble. Estos efectos suponen una conexión con el inmueble, no simplemente personal, que se manifiesta, eso sí, también en un haz de efectos personales, el más importante, la obligación *propter rem*. Aunque sólo correspondiera al primer propietario, ya se trataría de una obligación real, por cuanto iría vinculada a la condición de propietario, en correlación a la expectativa frente al valor del acreedor, más que a la condición de deudor: puede ir referida a créditos contra otros deudores, y exigirse al *dominus operis* que tuvo la iniciativa de los trabajos.

en que contribuye a aumentarlo, siempre en conexión con un contrato por el que tal actividad o materiales se han puesto a disposición de otra persona. Integradas en esta consideración aparecerán las diferentes facetas de la figura: exigibilidad al propietario de la autorización para la inscripción o del reconocimiento del montante del crédito[926]; posibilidad para el propietario de ofrecer otras garantías[927]; pretensión frente a otros acreedores hipotecarios de rango anterior para que completen la garantía −art. 841 CCS−[928], cierre parcial del Registro[929]... Todo esto revela que nos encontramos ante un especial derecho de adquisición, a la vez reconocimiento y la resultante de una posición especial frente al inmueble, derivada del contrato y consolidada con su cumplimiento.

En todo caso, la doctrina entiende que existen poderosas razones para que el constructor pueda requerir la constitución de la hipoteca hasta que se cumpla el plazo de tres meses desde el final de los trabajos, aunque el propietario del inmueble haya cambiado. "Se ha advertido en general en la práctica que la hipoteca a favor del constructor sólo puede cumplir su finalidad si su constitución no puede hacerse imposible por la enajenación de la finca, con el edificio concluido o no, o por la iniciación del concurso"[930].

ROSSEL y MENTHA denunciaron la contradicción entre los números 1 y 3 del art. 839 CCS: aunque en teoría se permite la inscripción desde el primer momento, luego se exige para la requisición el reconocimiento del crédito por el propietario. La OR (art. 22.2) matiza que la inscripción es posible "si el montante del crédito está reconocido por el propietario, o autoriza la inscripción". Sólo cuando la prestación está realizada podría

---

[926]Implica, más que un reconocimiento de deuda, reconocer hasta qué cuantía se acepta la conexión de la prestación contractual con el valor del inmueble, y hasta qué parte de ese valor alcanza la posición protegida del acreedor frente a la finca, que desembocará en el establecimiento de la garantía. *Vid. ATF*/ 111, III, 8, *JT* 1988, II, 10; *ATF* 105/ 149, *JT* 1980, 177; STEINAUER, *Les droits réels, III, cit.*, nn. 2885 y ss., y doctrina allí citada.

[927]Lo que confirma que una requisición unilateral sin previa colaboración del propietario para la inscripción, se encuentra excluida. Cfr. art. 839. 3 CCS, 22. 3 OR, STEINAUER, *Les droits réels, III, cit.*, n. 2878 y ss.

[928]Cfr. STEINAUER, *Les droits réels, III, cit.*, nn. 2862, 2900 y ss.

[929]Desde que se hace mención en el Registro del inicio de los trabajos, sólo podrán establecerse garantías sobre el inmueble en forma de hipoteca. Cfr. art. 841 CCS, STEINAUER, *Les droits réels, III, cit.*, nn. 2921 y ss.

[930]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 272. *Vid.* HUBER, *op. cit.*, pp. 48-49; STEINAUER, *Les droits réels, III, cit.*, n. 2855 y ss.

acudirse al propietario o al Juez para después ir al Registro, y, mientras tanto, únicamente cabría el establecimiento de una hipoteca voluntaria, por acto auténtico, pero sin que sea posible exigir esto al propietario[931].

Con arreglo a la Exposición de Motivos, "el que adquiere un edificio nuevo sabe que durante tres meses, desde el fin de los trabajos, puede esperarse todavía inscripciones de esta clase, y vigilará para no sufrir por ello perjuicio alguno". La intención del legislador es inequívoca respecto al alcance de la facultad del constructor[932], aunque también se afirme que "la hipoteca legal no está provista de efecto real más que si la formalidad de la inscripción viene a añadirse a la causa de que deriva esta garantía"[933].

Sin embargo, en esta cuestión había un problema de fondo de seguridad jurídica. Si resultaba necesario proteger al constructor, ello no podía hacerse a costa de imponer al

---

[931]Conforme al art. 839. 1º CCS, la hipoteca *puede inscribirse* a partir del día en que el contratista se ha obligado a ejecutar los trabajos. Pero esto ¿quiere decir que *puede exigirse* desde este momento? Porque se inscribe a favor del que "ha proporcionado materiales o trabajo" (art. 837. 3º CCS). Cfr. ROSSEL y MENTHA, *op. cit.*, n. 1562. Argumento recogido por STEINAUER, *Les droits réels, III, cit.*, n. 2881 y ss.

Puede solicitarse la inscripción si el propietario ha dado su consentimiento o ha determinado el montante de una garantía («*Pfandsumme*», no «*Schuldsumme*») hasta cuya concurrencia una hipoteca podrá ser inscrita. Todo lo cual no implica reconocimiento de una deuda por no haberse aún cumplido la prestación (*ATF* 105/ 1979 II 183, *JT* 1980 I, 221; *ATF* 111/1985 III, 8/11 ss., *JT* 1988 I, 10/13). Pero ¿puede obligársele a ello...? No parece que antes del comienzo de los trabajos pueda exigirse como colaboración obligada y resultará difícil −explica STEINAUER− obtener del Juez la autorización para la inscripción. Si se tratara, desde que se celebró el contrato, de una obligación *propter rem*, así podría hacerse. Pero estamos ante un derecho de adquisición que exige, eso sí, la colaboración del propietario, pero sólo obligada cuando se verificó un cumplimiento cuya contraprestación haya de garantizarse. Lo que sí admite el TF es que "el artesano o contratista puede exigir rendición de cuentas parcial proporcional al avance de los trabajos y hacer inscribir una hipoteca legal, desde el día en que se ha obligado a ejecutar el trabajo" (*ATF* 112/ 214, *JT* 1987, 310). *Vid.* STEINAUER, *Les droits réels, III, cit.*, n. 2885 y ss.

[932]*Exposición de Motivos* del CCS, p. 621. Cfr. HUBER, *op. cit.*, pp. 48-49; ROSSEL y MENTHA, *op. cit.*, n. 1561; DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 725.

[933]"Estas garantías fundadas en la ley −continúa el texto− no dan, en consecuencia, más que un derecho a hacer inscribir la garantía inmobiliaria y no se constituyen más que por la inscripción misma" (*Exposición de Motivos*, p. 619).

adquirente de la finca una carga oculta, sin trascendencia registral, sin una manifestación inequívoca de la ley ni la previsión de algún mecanismo registral que, desde un principio, pudiera evidenciar la situación del inmueble al respecto[934]. Resultaba necesario, en tema tan delicado, que al claro designio de la Exposición de Motivos correspondiera una nitidez en el articulado, y, me parece, algún apoyo registral, como pudiera haber sido una mención, pues la prevista en el art. 841 (comienzo de los trabajos) tiene otro sentido, y las menciones, en derecho suizo, requieren la concreción legal de sus efectos[935]. Por ello, dicen ROSSEL y MENTHA, "*nous reconnaissons volontiers que, pour protéger efficacement les artisans et entrepreneurs, il est nécessaire que leurs droits ne soient pas anéantis par une aliénation, mais on ne comprendrait pas que le droit de requérir une inscription d'hypothèque pût exister contre des tiers qui n'ont envers les créanciers aucune obligation contractuelle, el cela dans le silence de la loi*"[936].

Es lo que, sin duda, tuvo en cuenta el Tribunal Federal cuando en 1914 establece la doctrina que determinó la práctica jurisprudencial durante largo tiempo: el derecho de exigir la inscripción es puramente personal, y no puede ejercitarse contra el adquirente del inmueble ni contra los acreedores del *dominus operis* en caso de embargo o concurso[937]. El TF utiliza los argumentos que, en aquel momento, le pudieron parecer más eficaces. Destacó que, como la hipoteca nacía con la inscripción, no era posible antes de ella

---

[934]Es significativo que el traductor de HUBER al castellano, explique en nota: "nuestro derecho hipotecario no conoce esta «hipoteca tácita»(el subrayado es mío) del derecho suizo".

[935]*Vid.* ROSSEL y MENTHA, *op. cit.*, n. 1568; STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, nn. 819 y ss.

[936]Cfr. ROSSEL y MENTHA, *op. cit.*, n. 1561.

[937] *Vid. ATF* 40/ 1914, II, 452; *JT* 1915, I, 296. Para WIELAND, este sería el alcance del derecho legal, antes de su reflejo en el Registro. Sólo habría una pretensión contra el primer propietario. Ahora bien, desde el inicio de los trabajos tendría que ser posible una inscripción provisional. Con ella, el efecto real se extiende ya a los adquirentes y acreedores. Según ROSSEL y MENTHA, este sistema, que permite dar su valor a la primera regla del art. 831.1 CCS, habría sido el ideal. Cfr. ROSSEL y MENTHA, *op. cit.*, n. 1562; WIELAND, C., *Komentar zum ZGB, IV, Das Sachenrecht*, Zurich, 1909, *ad* art. 837 y 839. Por su parte GUHL, seguido luego por DESCHENAUX, defiende una opinión intermedia: existe una pretensión real, pero no tendría ningún efecto real anticipado, y, ni siquiera después de inscrita, podría prevalecer sobre los derechos inscritos (salvo la indemnización del art. 841 CCS) ni los derechos de ejecución de los acreedores en el concurso. Cfr. GUHL, *op. cit.*, p. 156; DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 725.

conjeturar la existencia de un derecho o pretensión real. Sólo podía tratarse de un derecho personal, caracterizado por la cooperación del deudor en el reconocimiento del crédito (esto estaba en la ley) y, en definitiva, para la inscripción (esto, no tanto, e, incluso, con manifestaciones legales en otro sentido). Que tal pretensión obligacional pudiera ejercitarse contra el tercer adquirente, resultaba una imposibilidad dogmática, por lo que quedaba zanjado el asunto[938].

Aunque el argumento basado en la naturaleza obligacional de la relación no encuentra un reflejo claro, para esta solución pueden encontrarse también en la ley (abstracción hecha de las manifestaciones de la Exposición de Motivos) algunos apoyos, en lo que omite y en lo que dice (da la impresión de que siempre se tiene a la vista relaciones del acreedor con un propietario-deudor)[939].

Para la solución adoptada adquiere sentido la insistencia del TF en que se trata de una relación de cooperación. Por lo que después LIVER, para defender la solución contraria, se sirve precisamente de tal argumentación. Porque, con la doctrina de las obligaciones reales, que puede tranquilamente aplicar tomando el hilo de la sentencia, quedan eliminados

---

[938]*Vid.* el comentario del *Arrêt* en ROSSEL y MENTHA, *op. cit.*, n. 1557 y 1561. Los que no tienen una relación contractual con el acreedor −concretan ROSSEL y MENTHA− los que nada le deben, no pueden ser condenados a ver inscritas después tales hipotecas. ROSSEL y MENTHA hablan de obligación del que está ligado contractualmente. El TF trata de ser más prudente, y se refiere al que encargó la obra. Porque quien era propietario cuando se inicia el proceso constructivo y se celebra el contrato con un *entrepreneur général*, puede no estar obligado frente a subcontratistas u obreros que, sin embargo, como resulta claramente de la ley, pueden exigir la constitución de la hipoteca. En este caso, ROSSEL y MENTHA, vacilan. Parecen entender, por un lado, que, en realidad, también aquí hay una relación contractual del propietario, o que basta tener en cuenta su relación con el primer constructor (lo demás sería consecuencia de ella). No es necesario, dicen, que el contrato se haya celebrado «directamente» con el propietario. Y afirman (aunque después se contradicen, y tampoco parece el sentido de la Jurisprudencia) que si el contratista principal ha comprendido en la suma por la que pide la hipoteca la cantidad que debe al subcontratista, éste no puede reclamar su hipoteca, porque ya está cubierto indirectamente.

[939]Pero es posible que, desde el primer momento, el propietario y el deudor no coincidieran, cuando el crédito es de un subcontratista, lo que la ley reconoce expresamente, lo que ineludiblemente habría de conducirnos al matiz real. (De todas formas, la única colaboración de que se habla en el CCS es el reconocimiento del crédito, no el consentimiento para la inscripción).

aquellos impedimentos dogmáticos en que el TF parecía basar su decisión, y "se posibilita una interpretación de la ley libre de trabas"[940].

La Sentencia de 1914 y las opiniones de ROSSEL y MENTHA que acogen y desarrollan su doctrina convierten el derecho del art. 837. 3 CCS, como hemos dicho, en posible pero inseguro y, por tanto, ineficaz. Cualquier intento de revitalización del instituto pasaba por prescindir de aquella solución y acercarse a los planteamientos de HUBER, aunque con otros conceptos. Es aquí donde, con más o menos oportunidad (puede ser opinable), se ha traído a colación el concepto de obligación *propter rem*, que ha jugado un papel decisivo, porque ofrece un cauce para obtener una solución ni mucho menos arbitraria, en cuanto puede apoyarse en los trabajos preparatorios del CCS, en las manifestaciones de la Exposición de Motivos, y encontrar confirmación en los textos legales, también teniendo en cuenta la Ordenanza del Registro, aunque, como reconoce LIVER, y en general toda la doctrina, hubiera sido deseable una mayor claridad. La Jurisprudencia lo acoge desde 1967, desarrollando después una rica doctrina sobre esta figura, paralela a su mayor utilización[941]. Sin embargo, sigue sin solucionarse la adecuada publicidad de la situación con que puede encontrarse un adquirente[942].

Parece que, en el propio sistema, si se interpreta con la flexibilidad que propugna el propio HUBER, cabe encontrar soluciones para este problema. Igual que es posible fijar, *ab initio*, un montante de garantía, podría utilizarse una inscripción provisional pendiente de la definitiva concreción del crédito. O la mención obligatoria en el Registro, igual que se

---

[940]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.* p. 274.

[941]El derecho de requerir, dice la importante sentencia que abre la nueva etapa (*ATF* 92/ 227; *JT* 1967, 264) es de naturaleza personal, pero el propietario viene obligado en virtud de una obligación real a sufrir la inscripción aunque no sea el deudor del crédito a garantizar. Se ejercitará contra el nuevo propietario en caso de enajenación del inmueble, o contra el propietario cuando la obra se encargó por un arrendatario (*ATF* 116/ 677). Puede ejercitarse después de la declaración de concurso (*ATF* 95/ 31; *JT* 1970 153). Vemos que la obligación *propter rem* no es más que un recurso conceptual o una manifestación concreta del especial derecho de adquisición, de perfiles más amplios, que venimos identificando, en la línea de la «pretensión real» de HUBER: "Esta restricción legal indirecta confiere una pretensión tendente a la creación de un derecho de garantía privilegiado" (Cfr. *ATF* 95/ 31, *JT* 1970 153; *ATF* 95 87, *JT* 1970 158).

[942]La eventualidad de que un adquirente de buena fe se vea afectado por la pretensión sigue provocando críticas. *Vid.* STEINAUER, *Les droits réels, III, cit.*, n. 2845.

utiliza para otros efectos[943]. Todo ello dirigido a un ejercicio del derecho previo a posibles trasferencias y cognoscible por el adquirente, aunque luego sea preciso completarlo y concretarlo[944].

La cuestión, sin embargo, es difícil. Parece que el legislador, doctrina y, ahora, jurisprudencia, consideran suficientemente protegida la seguridad jurídica con el breve plazo de caducidad del derecho adquisitivo[945]. En realidad, se está teniendo en cuenta una peculiaridad de estas relaciones contractuales: "*L'usage et la concurrence dans le domaine de la construction immobilière* −explica STEINAUER− *ne permettent pas aux artisans et aux entrepreneurs de demander des sûretés au moment de la procédure de soumission ou au moment de la conclusion du contrat*". No conviene, parece, plantear estas exigencias, porque una cierta confianza en el cliente debe manifestarse. Sólo después, cuando las cosas

BIBLIOTECA VIRTUAL

[943]Una mención de inicio de los trabajos es necesaria para que opere el cierre parcial del Registro previsto. *Vid.* art. 841. 3 CCS; STEINAUER, *Les droits réels, III, cit.*, n. 2924.

[944]Hubiera sido muy conveniente que el inicio de la actividad constructiva tuviera que reflejarse en el Registro para publicar el especial poder de adquisición que está naciendo. Por otro lado, si se tratara de una obligación exigible desde la fecha del contrato pudiendo pedir el contratista la autorización para inscribir y si no, al Juez, al menos, una inscripción provisional, parece suficientemente protegido. Podría subordinarse la posterior eficacia frente a terceros a tal asiento registral, como postulaba WIELAND. La obligación (aún real) correspondería sólo al primer propietario (autorizar la inscripción, fijar una cantidad de garantía) y con la inscripción provisional funcionaría ya como gravamen *erga omnes*.

Conforme al art. 22.4 OR, si hay desacuerdo entre las partes relativo a la existencia o montante del crédito, o respecto a las garantías alternativas que el propietario ofrece, el acreedor puede obtener del Juez inscripción provisional. *Vid.* STEINAUER, *Les droits réels, III, cit.*, nn. 2889 y ss. Con ello se protege del cumplimiento del plazo de caducidad, que corre inexorable también durante el litigio. Para obtenerla, resulta significativo que el art. 22. 4 ORF remita a la aplicación del art. 961 1º, 1 CCS, que se refiere al que alega un derecho real, lo que manifiesta que, aunque no haya hipoteca, el acreedor ha ido consolidando una especial relación con la finca. *Vid.* STEINAUER, *Ibidem*, n. 2889a, y allí referencias. Es necesario que el contratista u obrero presente justificación de la existencia y alcance del crédito (art. 961. 3º CCS), mas el TF señala que el juez no debe plantear exigencias demasiado severas a este respecto (*ATF* 86/ 1960 I, 265/270; *JT* 1961 I, 332/335). La inscripción provisional permite también atender la seguridad jurídica de los terceros, pueden conocer el estado de cargas de la finca después de los tres meses desde la terminación de los trabajos. *Vid.* sobre estos puntos el resumen jurisprudencial en SCYBOZ-GILLIERON, *op. cit.*, pp. 447 y ss; 746 y ss.

[945]Cfr. *ATF* 112/ 214; *JT* 1987, 310.

se tuercen, se plantea la necesidad de garantías para proteger al operador de la construcción inmobiliaria[946].

El descubrimiento de la obligación real y su juego en la interpretación de la ley. Conclusión

La obligación real (pretensión a una prestación positiva dirigida al eventual titular de un derecho real) se encuentra en el ordenamiento. "Es necesario simplemente reconocer su naturaleza jurídica, su función y su posición en el sistema" (LIVER).

Y, en primer término, esta doctrina suprime un prejuicio dogmático, lo que permite interpretar la ley dando "a las relaciones jurídicas que entran en consideración al respecto, la configuración jurídica en que se podía realizar su sentido y finalidad, la *ratio legis*". Porque "numerosos supuestos de hecho legales encuentran su lugar en el contexto de sentido y finalidad de la ley, donde se encuentran los principios de su consideración jurídica, sólo en virtud de su inclusión en la categoría de las obligaciones reales"[947].

De acuerdo con la mayoría de la doctrina, como veremos, la creación negocial de las obligaciones reales "es posible únicamente si la ley las ha previsto expresamente"[948]. Lo que se pretende, pues, en primer término, no es introducir lo que la ley no ha previsto, sino indagar los supuestos en que, aunque no utilice ni el término ni la doctrina de la obligación real −estaba sin elaborar− tenga previstas pretensiones que en realidad encajan en tal concepto.

Así pues, cuando DESCHENAUX muestra reticencias, en el sentido de que la vinculación de la obligación a una cosa debe resultar, por tratarse de una anomalía, inequívocamente de la manifestación legal, y no puede establecerse «interpretando» la ley (y más si la solución puede venir por otras vías), esta objeción se contesta diciendo que la complicación en la aplicación de la ley, que se constata en esas otras vías, es una prueba más en favor de la interpretación acorde con la obligación real. Las obligaciones *propter rem* están en la ley, pero el legislador no ha sabido decirlo claramente por no contar con la

---

[946]Cfr. STEINAUER, *Les droits réels, III, cit.*, n. 2855 y ss. Mucho antes, en parecidos términos, ROSSEL y MENTHA, *op. cit.*, n. 1557.

[947]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 279.

[948]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 277.

teoría elaborada. La obligación real no está presumiendo alegremente, porque, en realidad, el legislador la establece. Sólo se muestra que tal relación es posible, y, así, se sitúa la ley en su verdadero sentido.

La obligación real, instrumento para el legislador

Ahora conviene detenerse en un segundo aspecto: la doctrina presenta al legislador la categoría y le anima a utilizarla. Es interesante apreciar en qué campos esto se ha producido. Parece, además, que las aspiraciones de actualización de la normativa sobre derecho de superficie han tenido mucho que ver con la atención dedicada por la doctrina a la obligación real.

"No rara vez −dice LIVER− se presenta la necesidad urgente de establecer por ley la vinculación a la propiedad o a un derecho real limitado de determinados deberes positivos"[949]. "Un ejemplo actual de esto lo constituye la relación jurídica que se establece contractualmente entre el propietario de una finca y el superficiario". También "en la proposición de una nueva configuración de la comunidad de propietarios y de la propiedad horizontal se han construido los derechos y deberes recíprocos en el sentido de la obligación real"[950]. "Estos ejemplos muestran que la legislación, **en el desarrollo del régimen de los derechos reales**, utiliza ampliamente la figura jurídica de la obligación real, de manera que su importancia todavía aumentará".

Así pues −concluye este autor, en 1960− "la obligación real es también en el desarrollo legal de nuestro derecho un instrumento de construcción indispensable, de modo que el legislador debiera conocer sus posibilidades y sus límites"[951]. La ley utilizará la figura, en el desarrollo del régimen de los derechos reales. Y, por influencia de LIVER, que intervino decisivamente en la elaboración de los proyectos, esto ha ocurrido en materia de superficie y cotitularidades.

---

[949]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 277.

[950]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.* p. 278.

[951]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 279.

Obligaciones reales en el derecho de superficie

La reforma de 1965[952], que pretende una relación más equilibrada entre los intereses de propietario del terreno, superficiario y acreedor hipotecario de éste, intenta conceder la mayor importancia a los aspectos de carácter obligacional en la relación superficiaria[953]. Así, esta institución se convierte en la servidumbre más importante del Código[954].

"El derecho de superficie −señala CARONI− es una amplia relación que no resulta eficaz si es concebido solamente como derecho real. Al núcleo real se le añaden, en el marco de la relación superficiaria, numerosas convenciones obligatorias, que no alcanzan, sin embargo, su objetivo, más que si son válidas, no solamente para las partes contratantes, sino también para sus sucesores en el derecho, si de una manera u otra se han convertido en partes integrantes de la relación superficiaria. Para alcanzar ese fin, el legislador suizo se sirve de la figura jurídica de la obligación real"[955]. Se trata, por tanto, de añadir al contenido del derecho real, un contenido de la relación superficiaria, que, por ser pretensión a prestación positiva, es obligacional, pero que no puede vincular sólo a los contratantes

---

[952]Ley Federal de 12 de marzo de 1965, que introduce una completa regulación en el CCS.

[953]La reglamentación del CCS se había tornado insuficiente, sobre todo porque las garantías dadas al propietario no satisfacían por no encontrarse amparadas por el Código. Así ocurría en cuanto a la obligación de pago de la renta en caso de transmisión del derecho. En 1926 el TF declaró que ninguna obligación contratada en la relación superficiaria tenía eficacia real. Era necesario conformarse con el contenido legal estricto del derecho, de carácter real e inscrito en el Registro. Todo lo que, en la relación superficiaria, resultara un añadido, sólo podía ser una relación obligacional entre el primer propietario y el primer superficiario. Por ello, en la práctica, se había acudido a otros medios complementarios: venta con pacto de retro, hipoteca, multas convencionales, condiciones resolutorias...

Sobre todo los órganos del Estado desean utilizar este medio para repartir la utilidad de su propio suelo, pero se encuentran con una normativa insuficiente. Esto se agudiza tras la 2ª Guerra Mundial. En 1955 se encarga a LIVER un proyecto que, después de discusiones enconadas y sucesivas variaciones, va a desembocar en la nueva regulación. Cfr. CARONI, *op. cit.*, p. 275 y ss.

[954]Cfr. CARONI, *op. cit.*, p. 276. Manifestaciones de esta importancia práctica presenta CATTANEO, F., "*Il diritto di superficie in Svizzera e nel Ticino*", *Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, I, Madrid, 1985, p. 439 y ss., p. 442.

[955]Cfr. CARONI, *op. cit.*, p. 283.

originarios. Así, dice LIVER, se atiende al interés del propietario en que las obligaciones ordinarias de conservación del edificio y su entorno, y pago del canon, pasen al adquirente. Inversamente, el superficiario tiene interés en que la indemnización debida por la reversión de lo edificado quede prevista para el adquirente de la finca, y, en fin, corresponda al propietario al término de la relación[956].

Para ello se abren dos caminos, explica LIVER: una autorización legal general para establecer obligaciones reales en este sentido, o bien convertir en obligaciones reales legales las que normalmente se acuerdan, y merecen para el legislador ese lugar en la relación superficiaria. Por diversas razones[957], aparentemente se ha optado por la segunda solución, de acuerdo con la postura de LIVER en 1960: "parece más adecuado convertir en objeto de normas legales las obligaciones que pertenecen al contenido normal del derecho de superficie"[958].

Entre ellas se encuentran: el derecho de exigir hipoteca legal que asegure tres anualidades de renta (art. 779i CCS)[959]; el derecho de retorno anticipado (situación en que resultan obligaciones para ambas partes) del art. 779f CCS. La indemnización debida por el propietario al final de la relación (779d CCS)[960].

---

[956]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.* p. 277.

[957]Básicamente, argumentaba LIVER, porque la «obligación legal contractual» daría lugar a que, con el derecho de superficie "se vincularían deberes de hacer que no resultan ni de la ley ni del Registro". Por este motivo, critica la Ordenanza Alemana de 1919, que reconoce contenido del derecho de superficie (ahí, un punto de exageración) las obligaciones convenidas contractualmente por las partes, en el marco de la autorización legal general para unos contenidos determinados. Sin embargo, LIVER sigue preocupado por que la Ley establezca claramente qué deberes *concretos* pueden acceder al Registro. Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 278.

[958]Cfr. LIVER, *ibidem.*

[959]La ley introduce esta hipoteca legal indirecta −obligación real− como mecanismo dispositivo para la estabilidad de la renta. Como indica RUEDIN, la renta −cuya seguridad en caso de transmisión constituyó el motivo de la reforma− tras los avatares de la discusión, no figura en la ley como obligación real.

[960]Se trata de una obligación real característica de un tipo de relación: las que *ambulant*, más que nada, por estar previstas para el momento final de la relación, en aras del equilibrio en la liquidación.

En este último supuesto, se manifiesta la obligación real dispositiva: no sólo la prestación podrá exigirse o no −característica de la hipoteca legal indirecta, como derecho dispositivo− en una obligación determinada por la ley, sino que ésta permite variabilidad en cuanto a su propia existencia o no en la relación superficiaria, y su contenido, como convenga a los constituyentes[961]. Otro ejemplo es el del art. 682 CCS, relativo al *droit de préemption*.

En estos casos, la doctrina y el legislador se han preocupado de precisar un cauce propio para su acceso al Registro, que es la anotación. Parece que las mismas razones que pudieron pesar en la opción por la obligación real legal, que supone, para las dispositivas, la fijación de unos contenidos bien determinados en los que puede moverse el diseño de cada relación concreta, tienen que ver con esta previsión del cauce registral específico, para la oponibilidad como obligación real de aquellos contenidos variables.

La obligación real dispositiva enriquece el instituto con la flexibilidad y adaptación a cada derecho concreto. Otras obligaciones reales podrían resultar adecuadas para cada relación, y, sin embargo, si hubiera que detenerse aquí, no serían posibles −y así parece, con arreglo al esquema de contenidos definidos por la ley y previsión específica del cauce registral−. (Incluso, pensemos, en materia de indemnización por la reversión de lo edificado, podría preverse en el acto constitutivo un adelanto de este pago, o parte de él, para que pueda exigirse al propietario cuando la edificación esté concluida...)

En realidad, la posibilidad de delimitar contractualmente el contenido del derecho de superficie, también con obligaciones reales adecuadas, no está claro que se limite a todo esto. El art. 779b CCS señala: "Las disposiciones contractuales sobre los efectos y la extensión del derecho de superficie, especialmente sobre la situación, la estructura, el volumen y el destino de las construcciones, así como sobre la utilización de las superficies no construidas puestas a contribución para el ejercicio del derecho, son obligatorias para todo adquirente del derecho de superficie y del inmueble gravado".

En torno a este precepto han surgido dos interpretaciones: para unos, se trata de una manifestación más de la penetración en el sistema de la categoría de la obligación real. Con ello, además, en realidad, se produciría una autorización abierta para establecer

---

[961]"*Le montant de l'indemnité, la procédure à suivre pour le fixer, la suppression de l'indemnité et le rétablissement de l'état primitif du bien-fonds peuvent être l'objet d'autres dispositions passées en la forme prescrite pour la constitution du droit de superficie et pouvant être annotés au registre foncier*" (art. 779e CCS).

obligaciones reales «estructurales» que delimitan el contenido del derecho. En favor de tal interpretación está el propio texto de la ley, y el antecedente del influjo de LIVER en todo el proceso de elaboración, pues este autor, aunque en un momento dado parece plegarse a las exigencias de concisión legal y registral, como hemos visto, también reconoce posible establecer autorizaciones legales de carácter general como la presente, y así encauza las obligaciones reales en sus primeros proyectos[962].

La ampliación del campo más allá de los cauces de aquellas obligaciones legales anteriores podría encontrar un correlativo en la referencia a que el derecho de retorno anticipado se produce si el superficiario excede gravemente su derecho real o viola gravemente sus obligaciones contractuales[963]. Además, el derecho de retorno y sus disposiciones se aplica "a todo medio que el propietario se haya reservado para poner fin prematuramente al derecho de superficie o exigir la retrocesión en caso de violación de sus obligaciones por el superficiario", lo que manifiesta una variedad posible en cuanto al *droit de retour* y su conexión con obligaciones «del superficiario».

Para otros, sin embargo, el texto habría traicionado al legislador. Y estaríamos ante un contenido «real» contractual, propio del derecho, no de la relación de superficie. Si de la relación superficiaria derivan derechos reales, obligaciones reales y personales, este artículo se referiría al primer concepto[964]. Esta opinión tiende a ser la dominante. El principio de tipicidad, explica RUEDIN, se refiere también a la determinación del contenido posible dentro de cada tipo. Sin embargo, algunos tipos, como la servidumbre, permiten más variedad en los posibles contenidos de señorío real. La superficie, siendo una concreta servidumbre, puede sin embargo considerarse como un tipo general: si nada se dice, presenta los contornos legales, pero en los contratos constitutivos, con inscripción registral,

---

[962]La autorización legal general para el establecimiento de obligaciones reales contractuales, explica, ha sido el sistema utilizado en Alemania, pero con la criticable disposición de considerar tales determinaciones contenido real del derecho. En Suiza, la propuesta se corrige en el sentido de la obligación real contractual, pero suscita desde el principio serias dudas, dice LIVER, porque supondría permitir obligaciones que no resultan ni de la ley ni del registro. Y, al final, parece atender LIVER a estos inconvenientes. Sin embargo, el texto del art. 779b CCS podría dejar la puerta abierta a aquella obligación real contractual.

[963]Esto se interpreta por CARONI (*op. cit.*, p. 285) como violación de las obligaciones personales, contractuales. La interpretación resulta problemática si se admite una verdadera posibilidad de transmisión del derecho de superficie.

[964]Cfr. CARONI, *op. cit.*, p. 284.

las partes pueden, en cada caso, establecer distintas servidumbres de superficie. Se trata de contenido real, *erga omnes*, variable. Así lo explica RUEDIN, aportando varios argumentos[965].

En la copropiedad

Por fin, la obligación real aparece ampliamente en la nueva ordenación de la cotitularidad (copropiedad ordinaria y por pisos).

Antes de la reforma, ya indicaba DESCHENAUX[966] como obligaciones reales los deberes de gestión (antiguo art. 647 CCS), la participación en los gastos (antiguo 649 CCS), los derechos de retracto recíprocos, y las obligaciones resultantes de la medianería. El régimen legal puede ser modificado, en cuanto al reparto de los gastos, modalidades del derecho de retracto... Y, también, la permanencia en la indivisión puede ser un elemento estructural real (en medianería, propiedad horizontal) o una obligación real estructural de permanecer durante un tiempo ligado por los vínculos cuasi-sociales[967].

Respecto a la reforma, aún en proyecto, señala cómo las reglas convencionales de utilización, administración y goce van a ser oponibles a los causahabientes, por disposición legal, aunque se prevé una mención obligatoria en el Registro. Esta fórmula ha sido criticada[968], señala, pero se justifica por la estructura dada por la ley a la copropiedad, y, especialmente, a la propiedad horizontal:

La copropiedad clásica, indica, crea ya, por una especie de *choc en retour*, una comunidad de propietarios, que apela a una reglamentación interna referida al goce, la administración, la contribución a las cargas[969]. La tendencia de la reforma es acentuar el

---

[965]*Vid.* RUEDIN, R., *Le droit réel de superficie*, Neuchatel, 1969, p. 109 y ss. También FREIMULLER, U., *Die Stellung der Baurechtsdientsbarkeit im System der dinglichen Rechte*, Bern, 1967, p. 51.

[966]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.* p. 723.

[967]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 727.

[968]*Vid.* PIOTET, "*Des effets...*", *cit.*, pp. 413-414.

[969]Cfr. DESCHENAUX, "*Les obligations...*", *cit.*, p. 298. Para la situación anterior a la reforma, señala que "las modificaciones aportadas al régimen de la copropiedad −tanto para las obligaciones particulares como para los derechos especiales de uso y participación− deben, a fin de resultar oponibles a los adquirentes de partes, estipularse en acto auténtico y encontrar su expresión en la inscripción registral. Se trata, una vez más, de la alteración del contenido legal

elemento «social» de la copropiedad, aproximando las reglas de administración al régimen de la sociedad provista de personalidad. Así, se prevé la exclusión de un copropietario por justos motivos, como si se tratase de un asociado. Esta organización es más acusada aún en la copropiedad por pisos, con su asamblea general y administrador. Esto permite justificar que el estatuto convencional inicial o modificado se imponga a los adquirentes. Cuando se entra en una asociación, termina DESCHENAUX, de entrada se está ligado por las reglas estatutarias y reglamentarias, de las que es preciso informarse. En la propiedad por pisos, la mención obligatoria (no constitutiva del efecto *propter rem*) está ahí para informar al adquirente[970].

Respecto a la copropiedad ordinaria, comentando ya la regulación vigente, STEINAUER abunda en estos argumentos. "Entre los copropietarios se crea una especie de sociedad legal (llamada por la ley «comunidad» −art. 649b CCS−); de ello resulta, para cada copropietario, derechos y deberes ligados a la titularidad de la parte de copropiedad (*rattachement propter rem*). El derecho de la copropiedad viene así caracterizado por los dos elementos siguientes: la titularidad de una parte ideal de la cosa, y el conjunto de los derechos y deberes de miembro de la comunidad de los copropietarios"[971].

"El CCS hace repetidas veces referencia a la comunidad entre los copropietarios ordinarios: prevé la exclusión de la comunidad (art. 649b CCS), la oponibilidad del reglamento de utilización y administración a los causahabientes de los copropietarios (art. 649a) así como diversas reglas de mayoría (art. 647a a e); Son otros tantos elementos que subrayan los lazos de carácter corporativo que existen entre los copropietarios"[972].

---

de un derecho. Debe observarse la forma constitutiva de la copropiedad inmobiliaria. Nadie niega el interés práctico eminente de que el orden convencional pueda producir efecto para los causahabientes. A pesar de la ausencia de base legal directa, es posible atender a esta exigencia (...) por una redacción apropiada de la inscripción de copropiedad, sin recurrir al medio de la anotación que no sería admisible en razón del *numerus clausus* de los derechos personales anotables". Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 729. La controversia acerca de la conveniencia de la anotación, en este caso, en nota 74.

[970]Cfr. DESCHENAUX, "*Les obligations...*", *cit.*, p. 298.

[971]"La revisión (...) ha acentuado el «elemento social» de la copropiedad insistiendo sobre las consecuencias de la comunidad entre los copropietarios (*vid. ATF* 105/1979, Ia, 23/24; *JT* 1980, I 204/206 y *ATF* 94/1968, II 17/21, *JT* 1969 I 363/367)". Cfr. STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, n. 1118 y ss.

[972]Cfr. STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, n. 1289.

En el orden legal, en el ámbito de la conservación y administración, la actuación legítima de un comunero o las decisiones de las mayorías conforme a la ley, generan obligaciones para los copropietarios y sus causahabientes. Todos deben soportar, en proporción a sus cuotas o a lo especialmente establecido, los diversos gastos de conservación y administración (art. 649 CCS). Aquí, si un comunero, en su actuación conforme a derecho, ha producido un gasto para la comunidad, y ha pagado más de lo que correspondía según la distribución establecida, tiene recurso contra los demás (art., 649, 2ºCCS)[973]. Los arts. 647 y ss. CCS establecen las mayorías exigidas para realizar determinados actos de administración, (incluyendo «cambios de cultivo o de utilización» −art. 647b− por mayoría cualificada) y el ámbito de actuación individual del comunero.

Un reglamento de utilización y administración (art. 647, 1 y 649a) establecido por unanimidad en el contrato constitutivo o después, puede derogar las previsiones legales de los arts. 647 y ss. CCS relativas a administración y trabajos de construcción o reparación (salvo las normas imperativas del art. 647. 2) o modificar otras reglas legales de administración. También por unanimidad pueden regularse las condiciones para actos de disposición o cambio de destino, o la proporción de contribución a gastos. Para organizar convencionalmente de otro modo lo relativo a la administración corriente, basta el acuerdo de la mayoría prevista en art. 647a, 2º CCS.

El reglamento de utilización y administración y las medidas administrativas tomadas por los comuneros, así como las decisiones judiciales que les afecten, conforme al art. 649a CCS son también oponibles al causahabiente de un copropietario y al adquirente de un derecho real sobre una parte de copropiedad[974].

---

[973]Cfr. STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, nn 1299-1300. Se establece una obligación real en favor de quien ha pagado, en la relación externa, más de la cuenta, habiendo actuado dentro de los límites trazados por los arts. 647 a 647e CCS.

[974]La ley, explica STEINAUER, no precisa cómo debe organizarse la comunidad, debido también a la variedad que puede presentar en cuanto al objeto, la mayor o menor vocación de estabilidad, y al número de componentes. El CCS deja entonces a sus miembros la posibilidad de dar a su comunidad las estructuras apropiadas. Así, pueden establecerse reuniones periódicas de una asamblea de copropietarios, la designación de un administrador... Si no hay reglas convencionales, la doctrina se pronuncia en favor de la aplicación analógica de las que regulan la asociación cuando la copropiedad es de larga duración y con numerosos miembros. También se admite, aunque no es indiscutido, la facultad de cada miembro de exigir el nombramiento de administrador. (En realidad, esto último sólo es posible en la medida en que resulte necesario

Las obligaciones reales significan, por tanto, básicamente, que todos los comuneros son recíprocamente acreedores y deudores de las contribuciones previstas, y del cumplimiento y sujeción a los acuerdos, en la relación interna. Por otro lado, se proyectan en las relaciones externas, en cuanto, como consecuencia de la toma de decisiones comunitaria, de la actividad, por ejemplo, del administrador, el comunero queda vinculado, normalmente con carácter mancomunado, con terceros acreedores[975].

En la propiedad por pisos, modalidad de la copropiedad, el art. 712g declara aplicables las reglas de ésta sobre competencia para proceder a actos de administración y trabajos de construcción. Si estas reglas no se oponen (las normas imperativas), pueden ser reemplazadas por otras disposiciones previstas en el acto constitutivo o adoptadas después por unanimidad por todos los copropietarios. En lo restante "cada copropietario puede exigir que un reglamento de administración y utilización, válido desde que ha sido adoptado por la mayoría de los copropietarios representando más de la mitad del valor de las partes, sea establecido y mencionado en el registro fundiario; incluso si el reglamento figura en el acto constitutivo, puede ser modificado por decisión de esta doble mayoría" (art. 712g. 3 CCS)[976]. Es posible, además, adoptar un *règlement de maison* (art. 712s. 3º

---

para que cada copropietario pueda ejercer su derecho sobre la cosa). Cfr. STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, nn. 1290 y ss. y 1271c.

[975]Cfr. STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, nn. 1294 y ss. 1349.

[976]Por un lado estarían las cuestiones reguladas en los arts. 647a y ss. CCS (actos de administración y trabajos de construcción). En la copropiedad, su reglamentación convencional integra el reglamento de utilización y administración («*Nutzungs- und Verwaltungsordnung*»), del art. 647. 1 CCS, al que se referiría también el 712g. 2 CCS. Exige un acuerdo unánime (en esto, el art. 712g. 2 es más claro aún que el 647. 1). Cabría también, respecto de otras cuestiones relativas a la administración −aunque la ley nada dice en concreto− una regulación convencional, por unanimidad, integrando aquel reglamento. (Cfr. STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, nn. 1261 y ss.)

De todas formas, también en la copropiedad ordinaria, la competencia para los actos de administración corriente −que corresponde a cada comunero− puede regularse de otro modo por mayoría conforme al art. 647a CCS. En la propiedad horizontal corresponderá normalmente al administrador, nombrado de acuerdo con la ley y el reglamento de administración. (arts. 712q y ss. CCS). *Vid.* STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, nn. 1243 y ss., 1276 y ss., 1305 y 1315.

En la copropiedad por pisos, igualmente las reglas convencionales derogatorias de los arts. 647a y ss. exigirían su previsión en el acto constitutivo o un acuerdo unánime posterior (se trataría del «reglamento de utilización y administración» al que haría referencia el art. 712g. 2

CCS), cuya adopción y modificación puede dejarse por el reglamento principal a la decisión de una mayoría ordinaria de la asamblea[977].

La «comunidad» −señala STEINAUER− juega un papel más importante en la copropiedad por pisos que en la ordinaria[978]. Las relaciones jurídicas entre los propietarios de pisos y con terceros están dominadas por la realidad de una comunidad organizada. No es una persona jurídica que pueda considerarse propietaria, pero el CCS, a diferencia de lo que ocurre en la copropiedad ordinaria, le confiere cierta autonomía jurídica, determinada y subordinada a su específica función, permitir la gestión del inmueble en la medida en que afecta a la esfera común de los copropietarios[979]. Con sus órganos[980], se interpone y juega un

---

remitiéndose al art. 647 y conteniendo expresamente la exigencia de unanimidad). Pero las demás cuestiones podrían formar parte del «reglamento de administración y utilización» del art. 712g. 3 −«*Reglement über die Verwaltung und Benützung*»− (obsérvese la distinta denominación) que sólo requiere una doble mayoría. La diferencia, parece estar en que, en propiedad horizontal, un «nuevo» reglamento puede regular convencionalmente ciertas cuestiones, requiriendo sólo la decisión mayoritaria, y pudiendo cada titular exigir su establecimiento (mientras el reglamento de la copropiedad no puede reclamarse y, para toda cuestión, exige unanimidad).

Según STEINAUER, algunas cuestiones (la intervención del copropietario, y el *quorum* necesario para tomar ciertas decisiones, de los arts. 647a y ss. CCS) forman parte del reglamento legal de copropiedad, y su regulación convencional exige acuerdo unánime, aunque estemos en una copropiedad por pisos. Esta interpretación parece acorde con lo que dicen los arts. 647 y ss. y 712g (aunque la posibilidad de modificar el sistema legal ha sido discutida, *Vid.* referencia doctrinal en STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, n. 1262a)

De este modo, en un «reglamento» que pueda aparecer como un todo, en el acto constitutivo, y aceptado por los adquirentes, algunas reglas exigirían, para su modificación, el acuerdo unánime (aunque en el propio reglamento se previera otro tipo de *quorum*) y otras podrían luego establecerse o modificarse, a instancias de un copropietario, sólo por mayoría. Estas son las que integran el reglamento, para la propiedad horizontal, del art. 712g. 3 CCS. (*Vid. ATF* 103/ 1977 iB 76, *JT* 1977, I 339).

[977]Cfr. STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, nn 1273 y 1312.

[978]Cfr. STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, n. 1287.

[979]Cfr. STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, nn. 1301 y ss. En virtud de esta «personalidad de gestión» la comunidad puede ser titular de derechos y obligaciones, demandar y ser demandada, obtener o ser objeto de una ejecución forzosa. Estas aptitudes no existen sin embargo más que en relación con el fin de la comunidad, a saber la gestión del inmueble. No puede actuar en su propio nombre más que en cuanto puede tener activos resultantes de su

papel tanto en las relaciones internas como en las externas[981]. Las relaciones internas entre los copropietarios se hacen entonces por intermedio de la organización prevista. Administran el inmueble a través de su participación en la asamblea, y, normalmente, la ejecución de las decisiones corresponde al administrador, que también ejercita la vigilancia correspondientee a la comunidad respecto a la esfera propia de cada uno, velando por que, en el ejercicio de sus derechos, observen la ley, el reglamento y las ordenanzas. La comunidad, por tanto, es depositaria del poder de cada copropietario de exigir a los demás el cumplimiento de sus obligaciones. En cuanto a los gastos comunes, también aquella se interpone entre los propietarios, y conecta con terceros. Se convierte en acreedora de las contribuciones de los comuneros, y a ella se dirigirán los acreedores para cobrar sus créditos[982].

Así pues, el adquirente de un piso recibe o asume un haz de obligaciones reales, en este caso a través o en forma de ingreso en una determinada estructura organizativa, en que se unifican sus poderes en relación con la esfera común, y las conductas obligatorias que van a

---

gestión (contribuciones de los propietarios y disponibilidades que resultan de ello). Puede actuar en juicio para la defensa de los elementos comunes (reparación de defectos de construcción, etc.) y para obtener el cumplimiento de las obligaciones de los propietarios. Pero, limitada de entrada la extensión de su capacidad por la función que está llamada a cumplir, la comunidad de propietarios no es una persona moral (*vid.* el *Mensaje del Consejo Federal*, *FF* 1962 II 1474).

[980] Sólo tiene uno necesario, la asamblea, pero normalmente tendrá un administrador, lo que cualquiera de los copropietarios puede exigir en cualquier momento, igual que la elaboración del reglamento. Sobre ellos, *Vid.* STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, nn. 1305 a 1334.

[981]Cfr. STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, nn. 1335 y ss.

[982]En este sentido, se discute si el tercero acreedor puede dirigirse directamente contra cada uno de los copropietarios (según las reglas aplicables a la copropiedad ordinaria). No es irrazonable la opinión de quienes niegan esta posibilidad (MEIER-HAYOZ, LIVER, MUELLER, FREI). Al menos, la cuestión debe analizarse despacio, aunque pueda parecer clara la dependencia, en último término, de las reglas de la copropiedad ordinaria. Porque la ley ha establecido la organización prevista precisamente para facilitar las cosas. Si se prescinde de estos cauces, pueden producirse otras consecuencias inequitativas. Por otro lado, evidentemente el acreedor cuenta con las acciones y garantías que la propia comunidad ostenta frente a los copropietarios, y con la posibilidad de pagarse con lo recaudado en la siguiente mensualidad, o a través de una derrama extraordinaria. *Vid.* STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, n. 1361 y ss., y allí, referencias.

serle exigibles, en aras al respeto al derecho de los demás y adecuada administración y conservación de la cosa común.

Ciertamente, la presencia de obligaciones reales presenta en este caso un panorama peculiar, propio, un aspecto cuasisocietario. Pero no por ello dejamos de estar en la esfera de la obligación real: como ha explicado ABERKANE, con referencia al ejemplo francés, la propiedad horizontal es un ejemplo típico de conflicto de derechos reales que genera un conjunto de obligaciones *propter rem*. Pero la ley ha aportado un perfeccionamiento en cuanto al modo de creación y ejecución de estas obligaciones: el *syndicat*. La ley utiliza reglas admitidas en materia de sociedades como un medio cómodo, una técnica, susceptible de procurar la adaptación constante de las obligaciones reales a las relaciones que se establecen en un edificio en propiedad horizontal, y a las nuevas necesidades que van surgiendo. Pueden por ello modificarse las condiciones formales del nacimiento de las obligaciones reales, o el aspecto que presenta el contenido obligacional y su forma de cumplimiento. Pero, en cuanto al fondo, es innegable que nos encontramos ante un entramado de obligaciones reales[983]. Esta explicación es perfectamente aplicable al derecho suizo, donde se recoge y trata de llevar a su mayor perfección el esquema francés[984].

Aproximación a un campo propio de la obligación real

Es claro que la utilización por el legislador de la obligación real se ha desarrollado en la configuración de las cotitularidades y de la relación que configura la vida de un derecho real limitado. Ahí, es preciso ordenar el equilibrio de intereses de los que, situándose como ajenos uno al otro, participan de las utilidades de una cosa, y la obligación real es un instrumento para ello.

---

[983]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, p. 198 y ss.

[984]El deseo de corrección conceptual y técnica se manifiesta en los perfiles propios que la institución presenta en Suiza, donde permanece, con claridad, en la esfera de la copropiedad, aunque especial y organizada. Y, sin reconocer a la comunidad la personalidad moral, se le reconoce una cierta personalidad o capacidad de gestión, funcional. Por ello, dice DESCHENAUX que la figura toma la misma fisonomía que en derecho francés, en cuanto se reconoce la presencia de dos elementos (en análisis de CARBONNIER): un sistema de derechos reales, y un sindicato, que agrupa a los propietarios en vista a la gestión colectiva del inmueble como entidad económica. Cfr. DESCHENAUX, "*Les obligations...*", *cit.*, p. 298, nota 45.

De la constatación de una figura sencilla, la obligación positiva vinculada a un derecho real, se accede a una reflexión acerca del campo en que tal esquema encuentra su ámbito propio. Tal apunte lo encontramos en DESCHENAUX, también en otros autores.

A DESCHENAUX le es ajena la graduación obligación *propter rem*-obligación real, pero recoge −por influencia de la doctrina francesa− alguna observación relacionada con este punto. Recuerda que, en la obligación real, es decisivo que el *debitum* (no tanto el crédito) está unido al derecho real[985]. Pero, en su tipología de estas obligaciones, tanto para las legales como para las convencionales, distingue entre aquellas cuyo acreedor es titular también de un derecho real, y las que benefician a otro tipo de acreedor.

Ciertamente, refiriéndose a las del primer grupo, señala −es su modo de marcar la diferencia con el *pati* de la servidumbre, la nota de accesoriedad, para la obligación del art. 730. 2 CCS− que el deber de prestar del deudor no procede por esencia del derecho real que el acreedor tiene: la conexión con la propiedad sirviente viene creada artificialmente por la voluntad de las partes en los límites de una autorización legal.

Aunque para caracterizar la obligación real hay que fijarse en el lado pasivo[986], el acreedor se designa muchas veces también por su relación a una cosa. Esto, que no afecta al nudo del problema −dice DESCHENAUX− relativo a la eficacia propia de la obligación *propter rem*, y no revela en ella elemento real alguno, sí tiene importancia como *ratio* que determina su previsión, y por tanto, puede suponer la vía de entrada en la consideración del ámbito propio de aquellas[987]. Esto queda confirmado con lo que expone a continuación.

Dentro de las obligaciones reales legales, aquellas cuyo acreedor es también titular de un derecho real (sobre la misma cosa o una cosa vecina) constituyen "la categoría más importante". Aparecen, en cierto modo, "como en función del derecho real del acreedor". Resultan necesarias, o convenientes, para asegurar la existencia y eficacia de la servidumbre, copropiedad, etc. Y también ocurre esto en las relaciones de vecindad. Se

---

[985]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 715; "*Les obligations...*", *cit.*, p. 285.

[986]*Vid.* LIVER, *Kommentar zum ZGB...*, *cit.*, n. 148; MEIER-HAYOZ, *op. cit.*, n. 153; DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.* p. 715; BALBI, *Le obbligazioni...*, *cit.*, p. 117; DE JUGLART, *Obligation réelle...*, *cit.*, p. 194 y ss.

[987]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.* pp. 715 y 717.

puede decir que las obligaciones reales de esta categoría, si bien no encierran elementos reales, sí son "de origen real"[988]. La influencia de ABERKANE es indudable[989].

Igualmente, dice NEUENSWANDER: "Deberes de prestaciones legales del titular actual de un derecho real existen cuando varias personas tienen un señorío inmediato sobre la misma cosa o inmuebles vecinos. La concurrencia y colisión de varios derechos reales puede agravar o impedir el ejercicio del señorío si la ley no aporta un remedio constituyendo deberes de prestaciones recíprocas"[990]. Y SCACCHI, con una visión más general, para toda obligación *propter rem*: "La existencia de derechos personales ligados a una cosa corresponde a exigencias de la vida social y económica". Lo que se evidencia en distintas situaciones: El ejercicio de un derecho −explica− puede causar conflictos de intereses con otras personas. Es una consecuencia de la vida en común. Es preciso reglar ciertas situaciones en que los derechos reales pueden estorbarse: así nacen obligaciones de solidaridad social. Las relaciones de vecindad constituyen el ejemplo más llamativo de la necesidad de ordenar ciertas situaciones por una o varias obligaciones *propter rem*. También las relaciones entre personas que tienen derechos reales sobre la misma cosa. En otros casos −termina− el ejercicio de un derecho personal puede estar mejor asegurado si la obligación se liga a un derecho real[991]. Aunque SCACCHI no lo resalta, resulta evidente la diferencia entre los tres campos.

Precisamente las obligaciones *propter rem* convencionales más importantes aparecen en aquel campo[992]. Es aquí donde el legislador autoriza −explícita o implícitamente− a los

---

[988]Cfr. DESCHENAUX "*Obligations propter rem*", *cit.*, pp. 722-724.

[989]Reconoce DESCHENAUX que, en este punto, se inspira en la clasificación de ABERKANE, aunque se separaría de este autor, y, en general, de la doctrina francesa, en que ésta no reconoce más que este tipo de obligaciones *propter rem*. Esta influencia, que se manifiesta también en NEUENSCHWANDER y, quizá, en SCACCHI, lleva a plantear la cuestión en términos de «conflicto» entre derechos reales «antagonistas», que haría necesaria la obligación real.

[990]Cfr. NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, pp. 137-138.

[991]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 26.

[992]Puede despistar, sin embargo, que entre las obligaciones reales contractuales suelen situarse las producidas por la anotación de derechos personales. Mas, aparte de la discusión a este respecto, en estos casos, la ley se fija primero en un mecanismo registral, y permite utilizarlo a las partes en supuestos bien determinados. Y también se sitúa la carga real, que, sin embargo, es un derecho real.

particulares a modificar sus derechos y obligaciones recíprocas, al menos dentro de ciertos límites[993]. Y, en ocasiones, sin tomarse la molestia de prever un mecanismo registral *ad hoc*. "Las obligaciones reales voluntarias de esta categoría son todas de aquellas cuyo acreedor es también el titular de un derecho real.(...) Son función −pero en virtud de la voluntad de las partes− de un derecho real antagonista. En este sentido, son de origen real"[994]. "La ley permite a los particulares crear obligaciones reales dentro de límites estrechos y *siempre en función de una situación resultante de derechos reales preexistentes*"[995].

Por el contrario, el resto de las obligaciones *propter rem* −caracterizadas por DESCHENAUX por la presencia de acreedor no titular de un derecho real− "son variadas" y "no responden a una idea común", por más que "su contexto real es innegable"[996].

---

[993]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, pp. 722 y 727.

[994]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, pp. 727-728.

[995]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 733.

[996]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p 724; "*Les obligations...*", *cit.* p. 286.

Y aquí podrían aparecer obligaciones *propter rem* en su terreno propio de equilibrio de vecindad, cuando el acreedor es simple titular de un derecho de crédito o un interés protegido, y puede dirigirse contra el propietario, lo que parece situarnos en un terreno de obligación *propter rem* lindante o, aún más, incluido en el de la obligación real.

Igualmente, el legislador puede utilizar la obligación *propter rem* para resolver el conflicto entre un *habere* y un *facere*, en materia de accesión. También aquí nos encontramos cerca de la esfera de la obligación real. (*Vid.* LIVER, *Kommentar zum ZGB..., cit.* n. 160; MEIER-HAYOZ, *op. cit.*, n. 157; JOST, *op. cit.*, p. 76). Asimismo, la obligación a favor del poseedor en cuanto a las impensas necesarias y útiles se sitúa por DESCHENAUX entre las obligaciones *propter rem* pertenecientes a esta categoría (*vid*. también LIVER, *ibidem*, MEIER-HAYOZ, *ibidem*; JOST, *op. cit.*, pp. 75-76) en cuanto la posesión es una relación de hecho, y el acreedor no sería titular de derecho real alguno. También el derecho a la hipoteca del constructor entraría en este campo. Cfr. DESCHENAUX "*Obligations propter rem*", *cit.*, pp. 724-725.

En estos casos, la obligación *propter rem* compete al legislador, quien con ella reconoce y a la vez, instrumenta, indirectamente, una determinada relación del acreedor con la cosa, consecuencia de intervenciones previas que incrementaron su valor, o teniendo en cuenta, en su caso, la buena fe, pero no a consecuencia de una previa relación de derecho real.

Este orden de ideas se manifiesta también en determinadas obligaciones reales, formando parte del contenido, por ejemplo, de la relación de usufructo, o en el derecho de superficie. Un contenido obligacional de sentido semejante, puede, por tanto, integrar una obligación real, o

Estos criterios le parecen a SCACCHI muy exteriores y poco significativos[997]. Lo son en cuanto técnicamente, una obligación real no es más que una obligación *propter rem*. Pero resultan indicativos para una aproximación a su esfera «propia» desde donde −aunque luego haya que salir de ella, o matizar su extensión− es posible elaborar una teoría general.

Resulta interesante contemplar y confrontar las diferentes tipologías y clasificaciones de obligaciones *propter rem* que presentan los autores suizos[998]. Respecto a su distribución en legales o convencionales, para SCACCHI no es demasiado importante que la obligación real venga creada por la ley, directa o indirectamente, o por la voluntad de las partes[999]. La obligación tiene un sentido, un fundamento, que justifica precisamente la intervención de la ley, o la autorización para los particulares en crearla.

Intenta en este sentido buscar criterios racionales para agrupar las obligaciones *propter rem* semejantes. Por ejemplo, también cuando se han clasificado las obligaciones reales legales, a veces se agrupan unas creadas directamente por la ley con otras que no existen *ipso iure*, sino que aparecen por el ejercicio de un derecho que la ley confiere al futuro

---

establecerse por el legislador como obligación *propter rem*, autónoma y especial, cuando interviene protegiendo al poseedor, al constructor o al que construye en suelo ajeno...

Por último, ya más alejados del terreno de la obligación real estarían los derechos personales anotados, cuyo contexto real es innegable, pero por voluntad del legislador, en el refuerzo «artificial» de un derecho personal.(Aunque encontramos en DESCHENAUX otro valioso punto de vista: Si se trata de la anotación del *droit de profiter les cases libres* −art. 841. 3 CCS− (por el que un deudor ofrece a su acreedor hipotecario el compromiso de permitirle ocupar el lugar preferente vacío por la extinción de una garantía anterior) este compromiso afectará al adquirente, por la anotación. Pero aquí si hay una verdadera obligación real, porque este accesorio de la hipoteca viene a completar el derecho en la relación −igual que ocurre en la obligación accesoria a la servidumbre− en conexión con otras relaciones de concurrencia. Lo único peculiar es el cauce registral previsto. Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, pp. 735-736).

En definitiva, la obligación *propter rem*, aquí, es competencia del legislador. En terreno incluido ya en el de la obligación real, cercano o tangente a él (servidumbre forzosa, vecindad) o, progresivamente, en terrenos más alejados.

[997]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 49.

[998]Por ejemplo, LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 279 y ss.; JOST, *op. cit.*, pp. 66 y ss. Y el resumen de SCACCHI, *op. cit.*, p. 49 y ss.

[999]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 50.

acreedor... En fin, la clasificación de las obligaciones reales siempre será indicativa, una ayuda para comprender su sentido y su función, pero no puede encontrarse una clasificación definitiva. Y en las tipologías, en su terreno propio, hay dos órdenes de criterios que se entrecruzan: las distintas instituciones o relaciones en que se encuentra (que nos ha servido para detectar un campo propio) y las distintas finalidades que, en diversas instituciones, pueden cumplir las obligaciones *propter rem* tanto fuera −porque el legislador la encuentra justificada o echa mano de ella− como dentro del campo de la obligación real, legal o convencionalmente.

"El criterio más lógico de distinción (...) es, para nosotros, la relación jurídica o de hecho que existe entre acreedor y deudor y que está en la base de las obligaciones *propter rem*"[1000]. Es un punto de vista decisivo: la obligación real supone una relación «previa», fáctica o jurídica, en cuyo marco aparece y alcanza sentido[1001]. Y nos conduce a la consideración de las relaciones de vecindad (física, jurídica) y de reparto. En primer lugar, indica (sin decirlo) que se trata de una relación de contacto externo, **una relación en que no hay relación**: entre un derecho subjetivo y otro derecho personal, interés protegido o derecho subjetivo, que se encuentran uno al lado de otro, en principio (de hecho o de derecho) sin tener que ver uno con otro, paralelos, sin llegar a influirse: como la relación real es siempre de esta naturaleza, el campo propio de la obligación *propter rem*, en este orden de ideas, se concreta fundamentalmente en la obligación real. Porque, además, la estabilidad de las cosas, especialmente de los inmuebles, propicia la de diversas relaciones alrededor del derecho real. Por el contrario, en los derechos personales anotados, no encontramos esta relación previa, basilar, y tampoco, o con otro sentido, en diversas obligaciones *propter rem*.

"No queremos decir que esta relación ligue necesariamente al acreedor y deudor, sino que constituye en todo caso el motivo por el que se crea una obligación real". Por ejemplo, "entre dos vecinos no hay necesariamente una relación de derecho real −servidumbre o carga fundiaria− o personal que les una, pero el derecho de propiedad o, mejor aún, los dos derechos de propiedad que engendran relaciones jurídicas[1002], pueden dar lugar al nacimiento de una obligación *propter rem* en el cuadro del derecho de vecindad"[1003].

[1000]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 51.

[1001]Se trata, en el fondo, de una profundización en la idea de «*Zunstandobligation*».

[1002]Por influencia de DESCHENAUX, también SCACCHI concibe la vecindad como contacto entre dos propiedades fundiarias, que engendran cada una relaciones jurídicas. En

Después dedica una especial atención a las «obligaciones *propter rem* derivadas de una relación jurídica real». Ahí, distingue las derivadas «de la propiedad» (donde incluye el derecho de vecindad, copropiedad y propiedad horizontal) y «de los derechos reales limitados». Las obligaciones del propietario frente al titular del derecho real limitado se podría objetar que deben incluirse en el primer grupo. Pero "hemos querido, por el contrario, tomar en consideración la relación jurídica que, frente a la propiedad, tiene una naturaleza especial: en efecto, es más lógico concluir que las obligaciones del propietario frente al usufructuario nacen de la existencia de una relación especial tal como es el usufructo, que se superpone sobre la situación de propiedad"[1004].

La obligación real, obligación vinculada a un derecho real

La naturaleza jurídica de la obligación real se dibuja sobre la base de los dos elementos del concepto: el sustantivo «obligación» y el adjetivo «real»[1005].

---

realidad, lo decisivo es que exista un derecho de propiedad, o un derecho real, con el que se establece contacto de hecho, desde fuera, por la naturaleza de su objeto. Pero el contacto puede ser del titular de un crédito, considerado vecino, y cuyo derecho subjetivo también tiene una proyección externa en que puede no resultar indiferente aquella propiedad.

[1003]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 51. La vecindad es un primer campo de contacto entre un derecho real o posesión y otro derecho real o interés digno de protección. En esta relación estable (por la estabilidad de las cosas, aunque desde el punto de vista del no titular la relación puede ser fugaz) los derechos son ajenos uno a otro, pero entran en contacto en el que el propietario espera respeto por el vecino, y el vecino, ajeno a la propiedad, puede exigir al propietario en función de sus intereses. La obligación real siempre manifiesta una relación anterior, en este caso, oculta, en cierto modo (porque sólo se manifiesta en su proyección ulterior en la obligación real) en que un derecho real se opone y contacta (por la naturaleza de su objeto) con otro derecho protegido. Afectado por las relaciones con la cosa, y, por ende, con la propiedad, el titular de este segundo derecho viene provisto de pretensiones que modulan el equilibrio. La vecindad es un territorio muy amplio, que produce, aquí, una relación de obligación real. Primero es un hecho, y luego es derecho que se manifiesta en limitaciones y obligaciones reales (límites de vecindad), pero sobre la base de una relación de exclusión «anterior».

[1004]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, pp. 52-53.

[1005] Cfr. DE LOS MOZOS, "*La obligación real...*", *cit.*, p. 349 y ss.

En cuanto al sustantivo, las peculiaridades que presenta no revelarían la existencia de elementos reales, porque se trata, lisa y llanamente, de una obligación[1006]. Relación personal concreta con acreedor y deudor[1007]; pretensión a una prestación positiva, por lo que no puede tratarse de un derecho real[1008], y responsabilidad por incumplimiento característica de una relación obligatoria[1009]. Aquí radica la diferencia con el derecho real[1010].

El adjetivo se refiere al aspecto que hace de esta obligación una categoría autónoma, una noción independiente: la vinculación con el derecho real y consiguiente determinación real del deudor. A partir de aquí resulta su analogía con el derecho real. El *rattachement réel* hace aparecer a la obligación, a primera vista, como análoga o incluso idéntica a los derechos reales[1011].

Naturaleza del *rattachement réel*

La doctrina dominante parte de las consideraciones acerca del fundamento de este tipo de obligaciones. "La existencia de derechos personales ligados a una cosa corresponden a exigencias de la vida social y económica. Esta ha hecho aparecer la necesidad de poder establecer una relación estrecha entre una cosa y un derecho personal, en virtud de la cual el titular de un derecho real sobre esa cosa debe ser necesariamente al mismo tiempo deudor de una obligación"[1012]. La *Zunstandobligation* −obligación ligada a un estado de cosas− determina los elementos del *rattachement réel*: el deudor no puede ser más que el titular de un derecho real; debe haber una relación entre la cosa y el contenido de la obligación; por ello, la obligación debe seguir al derecho real. Todos los cambios de hecho o de derecho que conciernen a éste producen sus efectos sobre aquella[1013].

[1006]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.* p. 717; SCACCHI, *op. cit.*, p. 33.

[1007]Cfr. NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, pp. 107-108; JOST, *op. cit.*, pp. 95.

[1008]*Vid.*, por todos, LIVER, *Kommentar zum ZGB...*, *cit.*, n. 148.

[1009]Cfr. JOST, *op. cit.*, p. 96; NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, p. 239; SCACCHI, *op. cit.*, p. 16.

[1010]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 12 y ss.

[1011]Cfr. HAAB, *op. cit.*, n. 54.

[1012]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 26.

[1013]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 28.

La mayoría de la doctrina extrae consecuencias, en principio, radicales, de estos planteamientos. Realiza una delimitación general con arreglo a este esquema, perfilándolo como corresponde, a decir de NEUENSCHWANDER, a una «categoría bien definida». Esta generalidad y nitidez de perfiles no se compagina, sin embargo, muy bien, con la variedad de formas y funciones que puede presentar una obligación ligada o nacida (en lo que insiste DESCHENAUX) de un estado de cosas. No interesa tanto que la obligación surja en relación con el estado de cosas, sino su ligamen permanente al mismo. Esto enlaza con una visión simple y, a la vez, radical de la obligación real caracterizada por los siguientes puntos:

La analogía entre el *pati* de un derecho real limitado y la obligación real. Un nuevo propietario de fundo sirviente, automáticamente, empieza a padecer la servidumbre. La ambulatoriedad es aquí nítida porque se recibe el gravamen con la cosa. En realidad la obligación real participa de esta ambulatoriedad, en la medida en que tiene un sitio en la relación real. Pero la doctrina suiza se fija en una ambulatoriedad autónoma, que la diferencia de la obligación personal y viene a ser equivalente al *pati* de un derecho real limitado. La única diferencia será que la obligación no puede ser (aunque le gustaría) una relación real, porque impone una prestación positiva: así se convierte en una solución para integrar pretensiones a prestación positiva como si se tratara de un derecho real *in faciendo*, y aquí podrían recordarse las críticas de algún autor francés, en cuanto sería una categoría que disfraza aquél, o "una servidumbre que no osa decir su nombre". Pero es que no puede ser un derecho real ni una servidumbre[1014]. La prestación positiva tiene, pues, una importancia decisiva, ahí radica el origen del concepto. Sin esto, en realidad, no habría nada que diferencie la figura de un derecho real. Por ello, ciertos autores se inquietan cuando se descubren obligaciones reales negativas o mixtas.

En esta visión la doctrina se queda en la obligación *propter rem*. Lo importante es que el legislador puede utilizar este instrumento, y lo hace. Se mantiene la vinculación del concepto con la dicotomía derecho real-derecho de crédito, no se conecta adecuadamente con el derecho real: en la relación de que se trate por un lado está el derecho real y por otro la obligación real. Así se puede decir, por CARONI, después de la reforma del 65, que "el derecho de superficie ya no es sólo una servidumbre"[1015] o, al plantear la distinción entre

---

[1014]Por eso dice JOST que permite resolver el *impasse* debido a la imposibilidad dogmática de que sea un derecho real, y al carácter personal de la obligación. Cfr. JOST, *op. cit.*, p. 64.

[1015]Cfr. CARONI, *op. cit.*, p. 284.

servidumbre y obligación real se critica por SCACCHI la expresión "la servidumbre obliga"[1016].

La obligación real, pues, se contempla sola, y resalta entonces su excepcionalidad, mayor que la del propio derecho real, desde el punto de vista del contrato. En su estudio como noción independiente es decisiva, sin duda, su vinculación. Pero, por ella, la noción, una vez delimitada, no debería estudiarse «independiente». Si es una noción distinta, ni debe entenderse como «autónoma» ni su teoría lo es. Esto va a tener una importancia decisiva en relación con el tema de la tipicidad, que será más estricta en las obligaciones reales que en la propia determinación del contenido real.

De acuerdo con la doctrina dominante, la *Zunstandobligation* supone que "la obligación no concierne a la persona como tal, sino solo en su posición particular"[1017]. El crédito se dirige "contra el titular eventual de un derecho real". La consecuencia de esta ligazón es la ambulatoriedad total de la obligación. Sin embargo, DESCHENAUX ha puesto en duda que la aparición de una obligación en función de una relación real determine el traspaso de las deudas. Ubicado el contenido obligacional y fijado un deudor, se trataría, quizá, de ser más respetuosos con su naturaleza obligatoria[1018].

Las consecuencias del *rattachement réel*

La vinculación real, por tanto, determina los efectos más importantes en el régimen jurídico de la obligación real[1019]. Pero es en torno a estas consecuencias donde han surgido discrepancias importantes.

La idea de obligación real como un aspecto del ejercicio del propio derecho (sólo, por tanto, puede competer al titular) en función del interés ajeno (carácter obligatorio), se lleva, por la doctrina dominante, a sus últimas consecuencias. Se aceptan, como corolario lógico de la *Zunstandobligation*, y por razones de justicia[1020], determinados efectos en caso de trasferencia o renuncia al derecho real.

[1016]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 38.

[1017]Cfr. NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, p. 114.

[1018]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 712, 746-747.

[1019]Para todo lo demás, quedarían sometidas al régimen común de las obligaciones. Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 740.

[1020]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 23.

Conforme a un esquema dibujado con lógica simetría, en caso de trasferencia el adquirente ingresa en la relación obligatoria de modo que se convierte en deudor, automáticamente y sin asunción de deuda[1021]. Lo cual no depende de la voluntad de las partes ni de la información que el transmitente haya podido dar al adquirente. Esto último podrá influir en las relaciones internas entre ambos. Por ello la publicidad registral tiene una importancia particular[1022]. También, en caso de abandono, un posterior titular tomaría la cosa con todo el cargamento obligacional que pesó en su día sobre el renunciante[1023]. Desde este punto de vista, del eventual sucesor, no hay diferencia especial entre trasferencia y abandono, en que no se contempla un posible sentido o matiz solutorio sino sólo la consecuencia lógica en el esquema establecido[1024].

Tampoco hay diferencia en cuanto a la posición del titular precedente: "Tras la disolución del vínculo que unía al deudor con el inmueble sobre el que se encuentran las instalaciones, el deber de prestar que tenía su fundamento exclusivo en ese vínculo desaparece *ipso iure*"[1025]. Tanto si transmite como si abandona, el obligado deja de serlo, parece que no cabe ya plantear respecto de él problema de cumplimiento o incumplimiento: simplemente, no tiene posibilidad de cumplir, y es que, además, no debe hacerlo: sólo debía

---

[1021]Cfr. NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, p. 260; MEIER-HAYOZ, *op. cit.*, n. 173a.

[1022]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 29; NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, p. 280.

[1023]Cualquiera que adquiera tras el abandono asume la obligación y recibe las deudas, porque el crédito no se extingue, la relación obligatoria, con la determinación del deudor en suspenso por un tiempo, permanece inscrita en el vínculo entre la propiedad abandonada y el derecho real del acreedor. Si es el acreedor quien adquiere, la relación queda extinguida por confusión. (Cfr. NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, p. 210).

Este esquema, sin referencia a las «deudas», sino a la obligación en general, es admitido por DESCHENAUX, en cuanto, lógicamente, un abandono no vincula la obligación al abandonante (sería desconocer el sentido de la vinculación real) ni la hace desaparecer. Permanece, en principio, como un elemento de la relación de servidumbre. Cfr. DESCHENAUX, "*Les obligations...*", *cit.*, p. 303.

[1024]"Esta doctrina −dice SCACCHI− corresponde mejor a la noción de obligación *propter rem*: en una obligación ligada a un estado de cosas, es lógico que el adquirente se convierta en responsable de la situación existente en el momento de la adquisición del derecho real o de la posesión". Es perfectamente lógico, señala, que las prestaciones debidas en consideración a una cosa sigan su destino. La causa de la obligación −objetivamente, y subjetivamente, para el adquirente− radica en la situación.

[1025]Cfr. JOST, *op. cit.*, p. 109.

"en cuanto titular del derecho real". Ahora, el obligado es, en parte el mismo (el abstracto en la obligación real, el titular del derecho real «antagonista») y en parte distinto (otra persona ocupa esta posición)[1026].

Esta es la doctrina de LIVER. Esto es especialmente claro, dice, cuando la obligación es de hacer, porque el transmitente no tiene ya el señorío real necesario para cumplir la obligación[1027]. También para JOST es indiferente que la obligación, en el momento de la trasferencia o abandono, esté vencida o no[1028].

Para DESCHENAUX, sin embargo, no conviene ir tan deprisa. Por supuesto, el abandono liberatorio es característico de la obligación *propter rem*[1029]. Y, en caso de trasferencia, la obligación se extingue para el transmitente y «renace» para el adquirente[1030]. En principio hay que admitir que "el enajenante no está generalmente en condiciones, no teniendo ya el señorío sobre la cosa, de cumplir los actos que puede exigir el beneficiario"[1031]. Pero convendría, según este autor, dedicar a este régimen particular (examinando de cerca la situación del antiguo y nuevo titular) "sobre todo en su aplicación a las diversas categorías de obligaciones *propter rem*, un estudio más detenido"[1032].

[1026]La obligación real se ha separado con esto, claramente, de la obligación personal. Según SCACCHI, de acuerdo con la idea de *Zunstandobligation*, la vinculación de la **cualidad de deudor** a un derecho real perdería su razón de ser si, después del vencimiento, la obligación *propter rem* se trasformara en personal. (Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 22. También NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, p. 245 y ss.)

En cuanto al abandono (acto unilateral y abstracto, que, en materia de inmuebles, implica una declaración por escrito destinada a la cancelación de la inscripción), supone una causa absoluta de desaparición del derecho de propiedad, y la extinción de los deberes de prestación ligados a ella (Cfr. NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, p. 209).

[1027]Cfr. LIVER, *Kommentar zum ZGB..., cit.*, nn. 163-164.

[1028]Cfr. JOST, *op. cit.*, p. 103.

[1029]En cuanto la distingue de la obligación que en un contrato puede ir unida a la creación o modificación de derechos reales, pero manteniéndose como vínculo personal. Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, pp. 718 y 744.

[1030]Consecuencias, efectivamente, del *rattachement réel*. Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, pp. 718-719 y 741.

[1031]Cfr. DESCHENAUX, *ibidem*, p. 742.

[1032]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 747.

"*Très souvent, l'obligation réelle vise un certain rapport juridique d'où naissent, au fur et à mesure que le temps s'écoule ou au gré de certaines circonstances, une série d'obligations*". Por la enajenación, finaliza la relación entre el titular del derecho real y el acreedor; ninguna deuda nueva puede desde entonces proceder de esa relación a cargo del enajenante. "*Il est exact que l'obligation isolée comme le rapport juridique d'où elle procède existe propter rem et que, le rattachement réel prenant fin, ladite obligation doit en principe s'éteindre pour l'ancien titulaire. Mais seulement pour l'avenir, et non rétroactivement. L'obligation déjà née en la personne du titulaire du droit réel, et qui a engagé sa responsabilité personelle, ne disparaît pas*"[1033]. La obligación, parece decir DESCHENAUX, está en el derecho real, pero recae también sobre una cierta persona: cuando, en función de la relación real establecida, resulta una prestación concreta debida por un concreto deudor, en principio hay que pensar que la relación está suficientemente fijada: el acreedor tiene a quién exigir el comportamiento, y el deudor ha de cumplir lo que le ha correspondido[1034].

"Lo que cuenta no es tanto el vencimiento de la deuda como su existencia al momento de la transmisión del derecho real. Así, los gastos de mantenimiento del muro medianero referentes a trabajos ejecutados (o incluso solamente emprendidos) antes de la enajenación de uno de los inmuebles, permanecen debidos (al menos en parte) por el enajenante; la causa de esta obligación reside en la propiedad de la que ha efectivamente gozado en aquel momento; ¿por qué habría de extinguirse la deuda?[1035]".

La prestación consiste, en muchos casos, en una suma de dinero, o es convertible en ella. Esto puede ser perfectamente exigible al titular anterior, no hay por qué admitir −al menos, antes de un estudio detenido− que tal deuda personal, por derivar de una obligación real, desaparezca para quien debe cumplirla, imponiéndose al adquirente una prestación que debió cumplir otro. La doctrina dominante tiende a situar la deuda concreta en el mismo plano que la relación obligatoria global: si los deberes de prestación vencidos corresponden a la noción de obligación real −dice NEUENSCHWANDER− no hay duda de que el

---

[1033]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, pp. 742-743.

[1034]DESCHENAUX parece tener presente la idea de «*cuasicontrat de jouissance*», de MICHON. Las deudas son asumidas como correspectivo del goce del derecho real (de modo parecido a cómo un arrendatario debe ir pagando la renta). Cada sucesivo titular queda deudor de las prestaciones que «han correspondido» al tiempo de su titularidad.

[1035]Cfr. DESCHENAUX, *ibidem*, p. 743.

deudor puede liberarse por el abandono. La vinculación de la cualidad de deudor a un derecho real perdería su razón de ser si, tras el vencimiento, la obligación *propter rem* se trasformara en personal[1036]. Sin embargo, de acuerdo con DESCHENAUX, la obligación real no deja de ser también personal. No conviene, de entrada, postular para su funcionamiento desviaciones respecto a las obligaciones ordinarias que no resulten ineludiblemente de su vinculación y origen real.

Veamos cómo lo explica[1037]: "Cuando la obligación *propter rem* consiste en el pago de una suma de dinero, como es el caso respecto de los gastos de mantenimiento debidos por un vecino, un copropietario o el titular de una servidumbre (...) subsiste como tal contra el obligado por el tiempo en que ha estado beneficiándose del derecho real. La obligación real no se resuelve en daños y perjuicios más que si la ejecución efectiva no es ya posible por parte del enajenante, como cuando ha cumplido mal los deberes de gestión que le incumbían como propietario de una cuota". En cuanto al adquirente "no vemos qué permitiría considerarle como deudor, *al lado del enajenante*, de las obligaciones nacidas con anterioridad a la trasferencia en la persona de este último, como parece ser la solución del derecho francés; esto no se concibe más que en el sistema de una asunción legal de deuda, salvo reglamento interno; *pero este no es el sentido de la obligación real*". Respecto al abandono "el efecto liberatorio no se produce para el pasado. Las obligaciones vencidas o −digamos− existentes en el momento de la *derelictio* subsisten a cargo del anterior propietario o titular del derecho real, que continúa respondiendo de ellas personalmente con todos sus bienes. La solución debe ser la misma que en caso de transmisión[1038]. La

---

[1036]Cfr. NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, pp. 223, 245 y ss.; SCACCHI, *op. cit.*, p. 22.

[1037]Cfr. DESCHENAUX, *ibidem*, pp. 743 a 746.

[1038]También DESCHENAUX (pero en sentido contrario a la doctrina anterior) ve una equivalencia entre transmisión y renuncia, por cuanto se contemplan desde el punto de vista del final de la vinculación del obligado con su derecho real.

En relación con la responsabilidad patrimonial universal, propia también de la obligación real, el abandono liberatorio no tiene nada que ver, pues se presenta, simplemente, como una particularidad de este tipo de obligaciones. El obligado responde personalmente. Unicamente, para unos, si abandona, desaparece su deber y, con él, su responsabilidad. Para DESCHENAUX, la posibilidad de venir obligado a nuevas prestaciones. No se puede exigir, entonces, para que el efecto liberatorio se produzca, que abandone el inmueble entero, y no sólo la parte en la que se encuentran las instalaciones (sin perjuicio del posible abuso de derecho). Cfr. DESCHENAUX, *ibidem*, p. 745; JOST, *op. cit.*, pp. 108-109.

obligación una vez nacida permanece vinculada a la persona del deudor, poco importa que haya sido designado por su relación con una cosa. Si esta relación finaliza no asumirá nuevas obligaciones, pero no resultará liberado por el pasado. ¿Cómo admitir que un copropietario pueda simplemente liberarse de un *arrière* de contribuciones de mantenimiento abandonando su parte, cuando ha gozado durante el período correspondiente de las ventajas de la copropiedad?[1039]".

La solución a estas cuestiones no es fácil. El propio DESCHENAUX admite excepciones a su propuesta: en derecho de vecindad, en consonancia con la relación existente entre obligaciones y la concreción de los límites ordinarios del dominio, "*l'excès dans l'usage de la propriété (art. 679 CCS) peut résulter de la violation d'une éventuelle obligation de faire, par ex. de l'obligation de clore un fonds (...) Le propriétaire actuel du fonds peut être tenu responsable de l'état de choses créé par l'omision du précédent*

Pero este abandono, para DESCHENAUX, no libera de las prestaciones vencidas, mientras, no conviene olvidarlo, para el resto de la doctrina parece que sí, lo que puede llevarnos a enfocar la cuestión de otra manera, en la que entran en juego nuevas consideraciones.

Parece que, en la doctrina dominante, el abandono plenamente liberatorio no presenta problema, porque vendrá un nuevo deudor que asumirá todo (por eso él también podrá después liberarse, lo que se recibe con la cosa se deja con ella, corresponde a un principio de equidad, cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 23) y así el acreedor, convertido en deudor, ve extinguirse su crédito por confusión.

Pero podría plantearse que este abandono sólo produjera tal liberación *en algunos casos*. Porque, en efecto, la ley se refiere al mismo, en términos que permiten postular la liberación absoluta, sólo en algunos supuestos, lo que, si atendemos a DESCHENAUX, no tiene por qué ser, *a priori*, una regla general. A partir de estos ejemplos, la doctrina dominante considera regla general el abandono liberatorio absoluto (Cfr. DESCHENAUX, *ibidem*, p. 744-745 y notas 122 y 128). Pero acaso debiera aplicarse sólo como regla en esos supuestos y otros que, analizados despacio, resultaran semejantes, atendiendo a criterios de obligación real, entre los cuales podría entrar en juego un valor solutorio del abandono, como posibilidad de «cumplimiento alternativo» para el deudor. Esto vendría a complicar la cuestión de la responsabilidad personal del obligado y su posición, la del acreedor y la del titular de otro derecho real limitado o un adquirente posterior, en relación con la cosa.

[1039] Vuelve a aparecer la idea de *cuasicontrat de jouissance*.

propriétaire (...) L'ancien propriétaire demeure d'ailleurs obligé et pourra être recherché par une action récupératorie du propriétaire actuel"[1040].

También hace referencia a las soluciones intermedias de la jurisprudencia francesa[1041] (no liberación del enajenante, pero asunción de la deuda también por el adquirente). No las considera aceptables, aunque, en concreto, en el caso del pago del precio de la medianería, lo admite y no lo ve como una excepción, porque "el adquirente habrá asumido la pretensión de su causante y deberá la indemnización como nuevo propietario del fundo contiguo"[1042]. Además, en cuanto a gastos de comunidad (en concreto, en el muro medianero) indica la dificultad de la cuestión cuando afirma que los gastos referentes a un trabajo terminado o emprendido deben pagarse **al menos en parte** por el anterior propietario. Por último, nos muestra cómo, en la obligación real del art. 850 CCS., está prevista la responsabilidad del adquirente por deudas nacidas con anterioridad[1043]: en este caso, la intervención de la ley impone claramente un sistema distinto al de DESCHENAUX.

Algunos representantes de la doctrina dominante han presentado, además, argumentos que hay que tener muy en cuenta. La obligación real –explica NEUENSCHWANDER– "encuentra su razón jurídica en que, o bien sólo el titular de un derecho real está en condiciones de efectuar la prestación debida, o bien el acreedor tiene un interés digno de protección en dirigirse contra el titular actual de un derecho real, o el deudor tiene un interés digno de protección en venir obligado sólo en su cualidad de titular de un derecho real"[1044]. No hay que descartar que, en muchos casos, la valoración de los intereses en juego aconseje o determine una pretensión posible siempre frente al actual titular, independientemente del momento de nacimiento o vencimiento de la obligación y de la relación interna

---

[1040]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 744. En este caso, la continuación en la obligación del titular precedente, parece desarrollarse en la relación interna, DESCHENAUX no se molesta en aclarar si el titular anterior permanece obligado, con carácter real, de modo que el acreedor pudiera dirigirse sólo a él, o demandando a los dos titulares sucesivos. Lo que resulta claro es que la acción podrá dirigirse contra el titular actual.

[1041]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, p. 142 y ss.

[1042]Cfr. DESCHENAUX, *ibidem*, p. 744, nota 118.

[1043]Cfr. DESCHENAUX, *ibidem*. p. 743, nota 116 *bis*, y p. 744 nota 118 *bis*. El transmitente permanece obligado.

[1044]Cfr. NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, p. 245

entre adquirente y transmitente. Porque además, hace notar este autor, la obligación real raramente tiene por objeto una única prestación. Normalmente, en virtud de la situación real, la prestación deriva de una relación jurídica de larga duración: y, aquí, resulta difícil determinar un momento concreto de «vencimiento» a partir del cual la relación se radica en cierto deudor. "Es difícil establecer cuando una obligación real «*vient à l'échéance*» y en que momento se trasforma en obligación personal"[1045]. En muchas relaciones el acreedor tiene derecho a exigir una prestación o resultado respecto del cual es complicado establecer lo que correspondería cumplir sólo al titular anterior, o exigir al actual. Cualquiera que sea la solución, pienso, no va a determinar que la obligación deje de ser real.

Tampoco en la doctrina «dominante» hay una plena seguridad. De entrada, se reconoce que la obligación deja huellas en el titular transmitente o abandonante. El deber de cumplir, el tener que haber cumplido algo, aún exigible por el acreedor −no definitivamente incumplido− aunque pueda exigirse al adquirente, al menos influirá en las condiciones de la transmisión o producirá una acción recuperatoria del titular actual. Y, tanto si el incumplimiento es definitivo (en cuyo caso, esto es lo único que queda) como si no, el transmitente o abandonante permanece responsable de los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento o cumplimiento defectuoso durante el tiempo de su titularidad[1046].

[1045]Cfr. NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, pp. 232, 245 y ss.; SCACCHI, *op. cit.*, pp. 19, 22.

[1046]Cfr. DESCHENAUX, *ibidem*, p. 742.; SCACCHI, *op. cit.*, p. 24. "...El enajenante queda responsable únicamente de la prestación de daños y perjuicios a que había sido condenado como propietario, poseedor o titular de un derecho real limitado" (LIVER, *Kommentar zum ZGB...*, n. 163). "Queda responsable, para el futuro, sólo de los daños por inejecución o ejecución defectuosa en la época de su señorío sobre la cosa". En caso de abandono, "el vínculo estrecho del deber de hacer(...) con el derecho real del deudor (...) excluye que las obligaciones futuras (*sic*) queden a cargo de ese titular" (JOST., *op. cit.*, pp. 103 y 108).

Parece que sólo hay una responsabilidad por cumplimiento tardío (en lo que corresponda al período del titular anterior) o por otros daños derivados de la falta de cumplimiento (sólo en sustitución de él si ya no fuera posible).

Las expresiones no son del todo claras. Quizás se contempla al anterior deudor como responsable al lado del nuevo, en sentido parecido a cierta doctrina francesa. Esto parece deducirse también de las ideas de NEUENSCHWANDER y SCACCHI.

Cuando el titular resulta deudor de una prestación concreta, a consecuencia de una obligación real, esto deja huellas para él. Para DESCHENAUX, esto constituye un argumento en favor de su teoría: "Si se admite, en el caso del art. 730. 2º CCS, que el enajenante responde todavía del incumplimiento de los actos que le incumbían antes, es que, si bien no puede ya

Más curiosa es la construcción de NEUENSCHWANDER. La vinculación de una obligación a un derecho real tiene su razón de ser, para este autor, en que siempre se le pueda exigir al titular actual[1047]. Pero la trasferencia y liberación automática de la deuda puede conducir a consecuencias inequitativas para el acreedor. Entonces, señala que no ejecutando su prestación y liberándose de ella por la *derelictio* o la transmisión del derecho real, el deudor comete un acto ilícito. "Entra en consideración un nuevo elemento en la relación jurídica entre las dos partes: el daño del acreedor causado por el obligado. El daño debe ser reparado; paralelamente, o en lugar del deber de prestación originario interviene una deuda en daños y perjuicios. Esta obligación tiene algo de nuevo, tiene su fuente jurídica en la falta del obligado, de la que es personalmente responsable"[1048]. Más fácil habría sido decir que la obligación real es también una obligación personal, a medida que se deben prestaciones concretas[1049].

En esta construcción, para el deudor originario haber tenido que cumplir cierta prestación deja evidente huella, queda como responsable subsidiario en beneficio del acreedor, aunque el cumplimiento conforme al esquema de la obligación real se le exija al adquirente[1050]. Lo que resulta especialmente chocante en relación con el supuesto de la

---

cumplirlos actualmente, no por ello deja de permanecer obligado personalmente. ¿Si no, por qué habría de deber los daños y perjuicios?".

[1047]No se trata de estudiar cuándo, cómo y con qué sentido aparecen obligaciones vinculadas a la cosa, si de dibujar el esquema en que la «vinculación» (operación artificial) de «la cualidad de deudor» a un derecho real, sirve para ofrecer al acreedor siempre un «adecuado» deudor.

[1048]Cfr. NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, pp. 247-248.

[1049]SCACCHI manifiesta claramente que el incumplimiento no es un «acto ilícito». (Cfr. *op. cit.*, p. 19). En la dinámica de los derechos reales, transmitir o abandonar tampoco lo son.

[1050]La cuestión se plantea por este autor en atención al interés del acreedor, a quien puede perjudicar el esquema «lógico» de la obligación real. No se tiene en cuenta el del nuevo titular a no venir obligado a cumplir algo que correspondía al anterior, porque aquel esquema lógico impone la prestación siempre al titular actual.

Salvo para los daños de mora, u otros derivados del incumplimiento pero distintos, si la concepción de NEUENSCHWANDER se extendiera al daño que lleva consigo el incumplimiento como tal, no se comprende muy bien cómo la sustitución de un deudor por otro puede determinar consecuencias inequitativas para el acreedor. Porque, en la teoría de la obligación real, que el propio NEUENSCHWANDER acoge, la responsabilidad patrimonial universal hay que combinarla con la particularidad de que el acreedor no tiene derecho a esperar el cumplimiento garantizado por un patrimonio concreto, sino de quien en cada momento sea

titular. Aunque se insista en la responsabilidad patrimonial, ciertamente, la obligación real (y más en las consideraciones de la doctrina dominante) tiene un carácter «impersonal» que la distingue.

Tratamos aquí de comprender y combinar esta construcción de NEUENSCHWANDER con la posición dominante de la ambulatoriedad absoluta («obligado el titular eventual») que él mismo suscribe. Parece que más que situar el abandono liberatorio como un elemento adecuado a los intereses en juego, se deja llevar por una visión de la liberación por abandono como una consecuencia fatalmente ineludible, por cierta imposibilidad de que el abandonante cumpla, pero que puede resultar dañosa.

El acreedor, en esta visión de ambulatoriedad total, si la fundamentamos en su armonía con el propio concepto y función de la obligación real, no podría, por definición, resultar perjudicado, porque tiene siempre alguien a quien poder exigir el cumplimiento. ¿Y si el nuevo titular resulta insolvente? No hay problema, porque, o bien el inmueble será embargado, dando como resultado −en el esquema dominante− la aparición de un nuevo deudor, o bien se liberará abandonando, lo que produce el mismo efecto o la posibilidad del acreedor de adquirir la cosa, tras este o sucesivos abandonos.

La concepción de NEUENSCHWANDER puede resultar especialmente chocante en relación con el abandono: por un lado, libera al deudor, pero, por otro, sigue responsable de los daños que tal abandono sin cumplimiento pueda producir: si el abandono es una característica del juego de la obligación real, y, más aún, su criterio propio, aunque suponga para el acreedor la molestia de la prestación incumplida, no podría considerarse, en abstracto, un acto ilícito, o dañoso.

Además, si abandona un primer obligado, sin cumplir, adquiere otro y ante el requerimiento para que cumpla, a su vez abandona ¿también este vendrá responsable de los daños y perjuicios, como titular que abandonó «sin cumplir»? Porque, por un lado, el abandono se dibuja, en teoría, como un modo de desligarse de lo que sólo se debe «por la cosa» (idea que se cumple para el segundo, pero también aplicada para el primer obligado) de modo que, quien abandona sin cumplir, no tiene por qué estar cometiendo un acto ilícito, sólo debía cumplir en tanto no abandonase; por otro, algo nos dice que la posición del primer obligado abandonante, y este segundo, serían distintas. Parece que el abandono tiene que verse como un modo de liberarse sin cometer por ello un acto ilícito, salvo las responsabilidades por mora, abandono extemporáneo... Además, tras un abandono que convierta al acreedor en adquirente, también éste puede denunciar daños por encontrarse la prestación incumplida.

En el fondo, se manifiesta en NEUENSCHWANDER una reticencia a admitir la despersonalización de la obligación real propia del esquema dominante, y una tendencia al mantenimiento del vínculo del deudor originario, incluso después del abandono, que no borraría las huellas de la obligación en el abandonante, y del que no se distingue un abandono cualificado, solutorio (sin posibilidad de considerar «daños» para el acreedor). Si quien

derelictio. En el fondo, está también cercano a ciertas posiciones intermedias, aparecidas en la doctrina francesa e italiana, que consideran obligado al deudor transmitente, y también al adquirente, lo que puede construirse de diversas maneras.

Por fin, el propio LIVER, en materia de comunidad y propiedad horizontal, viene reconociendo que la renuncia no libera al titular deudor de las prestaciones vencidas, por lo que, de acuerdo con la simetría de los planteamientos, tampoco puede anudarse este efecto a la transmisión de cuota o del local[1051].

De todos modos, cuando se trata −en palabras de DESCHENAUX− de "una obligación única que se resuelve en una sola prestación" parecen todos estar de acuerdo en que el deber real no concierne al transmitente, y debe cumplir el adquirente[1052]. Se trae a colación aquí la pretensión relativa al establecimiento de una servidumbre forzosa, o la hipoteca del constructor[1053]. Esto nos pone otra vez en la pista de ciertas obligaciones reales en que parece adecuado, por su función y su posición en la relación real, el mecanismo de la ambulatoriedad absoluta.

Para otras obligaciones reales, esto nos lleva a algunas consideraciones acerca de la causa de la obligación que pueden ser el contrapunto a la concepción de DESCHENAUX, afín al *cuasicontrat de jouissance*, en cuanto "la causa de la obligación −para el deudor ya

---

transmite o abandona sin cumplir comete un acto ilícito, lo más lógico será tratar de evitar esto: que no pueda transferir o abandonar sin haber cumplido, que no quede liberado de la prestación o su equivalente... Además, ¿por qué tendrá que soportar el adquirente las consecuencias de ese ilícito?

[1051]Cfr. LIVER, P., *Schweizerisches Privatrecht*, V-1, *Das Eigentum*, Bâle, 1977, p. 63; "*Der Verzicht und auf den Miteigentumsanteil*", *Festschrif Walter Hug*, Bern, 1968, p. 353 y ss. En la medianería, *vid.*, DROUX, J., *Le mur mitoyen à l'exemple du droit fribuogeois*, Fribourg, 1984, p. 194 y ss.

[1052]Cfr. NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, p. 232; DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 742.

[1053]"Cuando un propietario solicita el paso necesario a su vecino, y éste viene a vender su inmueble, la acción no podrá ya dirigirse contra el anterior propietario: está liberado. La situación respectiva de los fundos no da jamás nacimiento más que a una obligación tendente a la constitución de la servidumbre. La obligación −hasta entonces latente− se actualiza en la persona del propietario requerido; se extingue cuando el inmueble cambia de manos, para renacer en la persona del adquirente. No ha podido dejar ninguna huella en el patrimonio del enajenante (a reserva de los gastos de proceso)" Cfr. DESCHENAUX, *ibidem*.

no titular− está en la propiedad de la que efectivamente gozaba en el momento de nacimiento o vencimiento de la obligación[1054]“. Porque la causa, en general, y esto se manifiesta también subjetivamente en muchos casos, está en la situación planteada, y parece que no depende tanto de quién fuera titular en un momento dado, cuando la prestación debió empezar a cumplirse o pudiera empezar a exigirse, cuanto en la posibilidad, para el acreedor, de exigir una colaboración concreta al titular concurrente actual. Esto encuentra su campo propio, da la impresión, en situaciones en que está en juego el *status* de las fincas o los límites de la propiedad, pero también puede ser aplicable para otras obligaciones reales y conecta también con las relaciones donde, más que una obligación −a partir de un momento dado− la ley da al titular real concurrente, la posibilidad −como una especie de derecho potestativo− de obligar. Así, una finca común puede durante largo tiempo sufrir un estado de deterioro, hasta que un comunero decide obligar a los demás a colaborar con él en los gastos de conservación. Desde este punto de vista, la causa de la obligación gravita tanto sobre el titular anterior, como sobre el actual: porque la cooperación exigida no conecta tanto con el tiempo en que el anterior gozó de las ventajas de la copropiedad, y en el que se verificó la decisión o realización de las obras, cuanto con la exigencia de que un desembolso que permite la conservación adecuada del inmueble sea un desembolso “del propietario” (o sea, no sólo de un comunero, sino de todos los que, aquí y ahora, participan de la propiedad).

No hay duda, sin embargo, de que hay un momento a partir del cual ciertas deudas no pueden estar a cargo más que de quien se beneficiaba en una determinada época de las ventajas de la copropiedad, o del derecho real en cuestión[1055]. Ciertas obligaciones aparecen con más claridad como un correspectivo del goce[1056]. En otras, simplemente, es suficiente que asuma la deuda quien en cierto momento era titular, porque se construyen en cierta

---

[1054]Cfr. Lugares citados en notas anteriores.

[1055]Cfr. DESCHENAUX, *ibidem*, p. 746. Incluso BALBI, −representante de la doctrina de la ambulatoriedad absoluta, en Italia− lo admite para ciertos supuestos, como veremos en su momento.

[1056]Porque su cumplimiento se presenta como una consecuencia ordinaria del disfrute del derecho real, en el sentido de MICHON y BRETON.

manera como accesorios pasivos de tal goce, aunque materialmente el titular no vaya a disfrutar (o no sólo él) de las ventajas derivadas del gasto[1057].

Hagamos referencia, por último, a una cuestión que puede constituir como el marco general del problema:

Para las obligaciones reales legales, ha apuntado JOST[1058] que el cambio del obligado no significa una trasferencia de la obligación, ni asunción legal de deuda. Más bien, con la adquisición, la obligación, ligada *ex lege* a la propiedad, nace de nuevo. YUNG piensa que cada sucesivo titular "es un deudor a título originario, no a título derivativo"[1059].

[1057]Parece deseable que, a medida que son exigibles las deudas, sean cumplidas por quien en ese momento ostente la titularidad (aunque, como hemos visto, hay deudas que «están surgiendo» durante un tiempo, porque la causa de la que resultan sigue activada). La ley, en intervenciones relativas a instituciones en que la obligación real ocupa un puesto eminente (propiedad horizontal, multipropiedad) se preocupa de ordenar con claridad estas cuestiones. Independientemente de la posible afección real del «objeto», trata de imponer a cada titular sucesivo el pago de todas las contribuciones exigibles por la comunidad en relación con cierto momento, (tal y como resulte de la organización legal o convencional) correspondiente a la época de su titularidad. Pero a veces, también, implicando a transmitente y adquirente en relación con una época intermedia. En la multipropiedad resulta evidente en los proyectos, porque aquí, además, elemento intrínseco a la institución será la frecuente transmisión de la titularidad (no sólo del disfrute) y la continua sustitución de unos titulares por otros en el goce de la cosa. No se trata, entonces, de asegurar siempre el traspaso, de unos a otros, de todas las deudas, sino más bien de determinar lo que debe cada uno y arbitrar mecanismos para que cumpla. Aquí, el título constitutivo tiene también mucho que decir, para organizar la contribución a reparaciones o conservación a través de pagos periódicos, o con otro sistema que garantice un funcionamiento claro, puesto que lo más importante es que las partes sepan a qué atenerse. La regla parece ser, en muchos casos, que, si se pudiera determinar el deudor y el momento de vencimiento de la obligación con claridad, no quepa ya el traspaso de la deuda.

[1058]Cfr. JOST., *op. cit.*, p. 100.

[1059]"Erróneamente, a mi parecer, se cree en la doctrina que las obligaciones legales *propter rem* están sujetas a transmisión, y con razón se definen (...) como vinculadas a la propiedad de una cosa (o a un derecho real o a la posesión) y no como obligaciones que se transmiten por medio de la transmisión de la propiedad (del derecho real o de la posesión). Cfr. YUNG, W., "*Devoirs généraux et obligations*", *Festgabe für Wilhelm Schönenberger*, Freiburg, 1968, pp. 163 y ss., p. 179.

Así, como hemos dicho, si después de un abandono la obligación desaparece para el abandonante, mientras la relación de hecho o de derecho permanezca −porque permanece el

NEUENSCHWANDER percibe el posible peligro que esta idea puede tener para su concepción, y critica a JOST, porque, si se le sigue, ello puede suponer admitir la existencia de una novación legal (la deuda que nace en la persona del adquirente no sería propiamente la antigua deuda). Y, en la doctrina de la ambulatoriedad plena, propia de LIVER, NEUENSCHWANDER, SCACCHI, etc., el adquirente recoge la obligación tal como la deja el transmitente. Por tanto, para NEUENSWANDER, la relación de deuda permanece tal cual, es objeto de una verdadera sucesión jurídica. Sin embargo, en otro lugar, este mismo autor reconoce que se extingue en la persona del enajenante para renacer en la del adquirente[1060]

SCACCHI, ya como criterio general, concluye: "Es falso hablar de trasferencia de las obligaciones reales: aquella concierne únicamente al derecho real. La obligación cambia de deudor en virtud del hecho de que está vinculada al derecho real. El adquirente del derecho real (o de la posesión) viene a ser deudor de la obligación *propter rem* a título originario, en virtud de la vinculación, y no de una trasferencia de la obligación"[1061]. Esto puede aplicarse a todas las obligaciones reales, no sólo a las legales, también las que han podido establecer los particulares «sustituyendo» al legislador.

En realidad (aunque pueda parecer chocante) podría decirse que, en la medida en que todo derecho real supone una atribución, el reconocimiento de un poder sobre la cosa, implica siempre, en cierto modo, una adquisición originaria. Pero el que adquiere, entra también en una relación, en un haz de relaciones. Especialmente en la que sigue configurando su derecho. Ahí, se asumen las obligaciones que acompañan al derecho por determinación legal o convencional. Tampoco la obligación convencional se transmite en cuanto tal, acompaña al derecho real del que hay que predicar especialmente la sucesión. En esa medida, se transfiere, en cuanto delimita el propio derecho y corresponde al interés protegido del otro titular, en la relación.

La obligación que se asume, pues, está, por un lado, en la relación real, y en ella permanece (y se transmite, en cuanto un nuevo sujeto entra en esa relación). Por otro lado,

---

derecho real limitado, o la propiedad del que resulta acreedor− quien después adquiera la propiedad abandonada entra en esa relación y asume la obligación, que permanece viva en la relación y para él nace como titular deudor. *Vid.* NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, p. 210.

[1060]Cfr. NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, p. 287. Es decir, se trata de una verdadera obligación, personal.

[1061]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 30. También DESCHENAUX se manifiesta en este sentido.

desaparece para un titular y renace en su sucesor. La obligación que renace es la misma desde el primer punto de vista, pero distinta desde el segundo.

La obligación que se asume no ha desaparecido, está en el derecho real, en la relación. Para unos, esto implica que el sucesor recoge todo aquello que, en un momento dado, la otra parte tenga derecho a exigir en virtud de la relación obligatoria. La obligación y las deudas vencidas, todas sus consecuencias, están adheridas al derecho real y recaen sobre el adquirente. Esto correspondería al interés del acreedor y al equilibrio de intereses que justifica su presencia. A partir de DESCHENAUX, sin embargo, no conviene ir tan deprisa. La obligación, en abstracto, elemento de la relación real, se personaliza para cada uno de los titulares sucesivos, y deja para él sus personales huellas. Desaparece después para él, dejándolas, e inicia una nueva vida en el siguiente titular. La dificultad está en determinar cuándo el matiz personal se impone, y cuando el aspecto real «tira» del contenido obligatorio conduciéndolo al adquirente.

Comparación de la obligación real con los derechos reales

La diferencia fundamental de la obligación real con los derechos reales radicada en su naturaleza de relación jurídica personal, y la peculiaridad de su vinculación real, determinan el marco de su comparación con los derechos reales[1062]. Se profundiza en la comparación con la servidumbre y la carga real, y en el discernimiento, para la obligación real, del juego de ciertos «elementos reales[1063]» o notas características de su régimen jurídico, como la idea de rango y la tipicidad.

[1062]*Vid.* SCACCHI, *op. cit.*, pp. 35 y ss. Algunos hablan de categoría intermedia entre derecho real y obligación (JOST, *op. cit.*, p. 60 y ss.) o de elementos reales (MEIER-HAYOZ, *op. cit.*, n. 153; JOST, *op. cit.*, pp. 97 y ss.) Esta idea de componentes reales se aplica más bien a los derechos personales anotados (*Vid.* OSTERTAG, F., *Kommentar zum ZGB, Sachenrecht*, III., Berne, 1921, *ad* art. 959, n. 3. También GUHL, *op. cit.*, p. 96-97).

[1063]"Expresión un poco ambigua, que debe ser profundizada" (SCACCHI, *op. cit.*, p. 35).

Obligación real y servidumbre

La vinculación real conduce a una analogía con el derecho real, especialmente con la servidumbre, dice DESCHENAUX, que ha de buscarse del lado de la carga, no de la titularidad del derecho: igual que el propietario del fundo sirviente debe tolerar o abstenerse, el propietario o titular del derecho real será, en virtud de la obligación real, el obligado, por ejemplo, a concurrir al deslinde (art. 669 CCS) o tomar las medidas para permitir el flujo de aguas provenientes del fundo superior (art. 689 CCS). Pero los deberes de tolerancia son el efecto reflejo, en la servidumbre, del poder que constituye el derecho real. No suponen un vínculo personal del que padece el derecho, sólo manifiestan, en su posición concreta, la atribución conferida al titular. En la obligación real, el deber de prestar no es el reverso del poder que el acreedor tiene sobre la cosa, no procede por naturaleza del derecho real que grava la cosa[1064].

También SCACCHI se ha preocupado especialmente de la analogía y diferencia entre estas dos figuras[1065]. La servidumbre implica un señorío limitado sobre la cosa[1066]. La obligación real se caracteriza por la determinación del deudor. La analogía consiste en la persona obligada a un cierto comportamiento, que es el propietario. Pero en la servidumbre ello deriva de un derecho real, y, en la obligación, de la determinación del deudor en el juego del equilibrio de los derechos reales o de la vecindad.

Vuelve a plantearse la importancia que un sector de la doctrina concede al carácter positivo de la prestación: la obligación real tiene sentido **precisamente** porque el derecho real no puede «*consistir*» en una prestación positiva[1067]. Para NEUENSCHWANDER, el contenido positivo se convierte en nota esencial, en cuanto, además, constituye el criterio de distinción entre obligación real y servidumbre o limitación del dominio[1068]. Los deberes

---

[1064]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.* pp. 716-717.

[1065]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 37 y ss.

[1066]En realidad, todos parten de las ideas de LIVER, (*Vid. Kommentar zum ZGB...*, *cit.*, n. 56).

[1067]En este sentido, LIVER, JOST... También DESCHENAUX, no lo olvidemos, recoge la idea de prestación positiva para la obligación real, lo que sin duda le facilita su distinción de la servidumbre. Ciertamente, en este parangón concreto (no con el derecho real en general, sino con la servidumbre) que la obligación real suponga normalmente prestaciones positivas puede ser la clave de la distinción (lo negativo sería servidumbre).

[1068]Cfr. NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, p. 134.

negativos, o conciernen al señorío real (servidumbre, limitación) o no pueden ser más que obligaciones personales[1069].

Sin embargo, según SCACCHI, si el deber de prestación pasiva no tiene su origen en el señorío inmediato que su beneficiario tiene sobre una cosa, y constituye el objeto de una relación jurídica personal, es posible que tal deber venga vinculado a la propiedad o a un derecho real limitado sin constituir propiamente el reflejo simétrico de un derecho real[1070]. No se puede excluir, al menos teóricamente, la existencia de obligaciones reales negativas, "en todo caso el contenido de la prestación no es el criterio que permite distinguirla de la servidumbre"[1071].

También la doctrina francesa admite obligaciones reales negativas. Y, en SUIZA, YUNG se ha mostrado partidario, presentando ejemplos que corroboran su opinión en cuanto a la existencia de deberes negativos que parecen configurar particulares vínculos obligatorios entre los interesados en una relación real, y, sobre todo, de que una buena parte de las obligaciones reales "son mixtas, y comportan a la vez deberes de acción y de abstención"[1072].

Para NEUENSCHWANDER, sin embargo, si se admite que pueda tener por objeto prestaciones negativas, la noción se diluiría, y se utilizaría como para tapar agujeros, lo que no es propio de una categoría bien definida[1073]. Pero es precisamente de lo que se trata, porque no es que sufra la diferenciación, sino que, simplemente, no es necesaria, porque,

---

[1069]Cfr. NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, pp. 229-230.

[1070]Aunque conviene ya decir que la obligación real, tal como la vamos diseñando, no deja de constituir el reflejo de un derecho real, no por esencia, sino en la relación. Así, por ejemplo, las limitaciones por razón de vecindad −las de sentido negativo, pero también en general, con todos sus posibles contenidos− no dejan de ser manifestación del poder que se reconoce sobre el fundo vecino por razón de vecindad, o más bien, de la proyección del poder sobre el propio fundo en una comunidad de interés con la propiedad del contiguo. Esta puede explicarse idealmente como participación en el señorío de la finca vecina −aunque los límites de exclusión nos reconducen al dominio propio− y manifestarse prácticamente en sus consecuencias (límites negativos, obligaciones positivas) de carácter ambivalente: reconducibles a los límites ordinarios del dominio, y al territorio de la obligación real.

[1071]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, pp. 40-41.

[1072]Cfr. YUNG, *op. cit.*, pp. 176 y ss. Seguido por SCACCHI, *op. cit.*, pp. 18-19.

[1073]Cfr. NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, p. 227.

con SCACCHI, es preciso recordar que nos hallamos ante dos figuras, no sólo «distintas» sino «incomparables».

En efecto, dice, aunque hiciéramos una comparación basada en el carácter positivo o negativo de la prestación, recaería sobre dos nociones diferentes, que se mueven en distinto plano, y, por consiguiente, no parangonables[1074]. La distinción se dibuja por SCACCHI, pues, como un punto de partida, y se confirma en la propia relación de servidumbre, en la que puede aparecer una obligación real vinculada al *pati* del derecho real. En este caso (cuando tenemos a la vista la obligación real en la servidumbre) el carácter positivo de la prestación se muestra como criterio decisivo, y también la accesoriedad, en cuanto tal prestación ha de ser colateral, secundaria, instrumental y de menor importancia jurídica y económica que el contenido principal[1075]. Pero, en otras relaciones reales, la prestación puede presentar mayor variedad y los modos de accesoriedad ser distintos.

Entonces, dice SCACCHI que no podemos hablar, en cuanto a la servidumbre, de obligaciones, ni designar al propietario del fundo sirviente como deudor. "El texto de la ley (art. 730 CCS) no es exacto cuando habla de carga que «obliga» al propietario del fundo sirviente. La servidumbre no puede imponerle ninguna obligación"[1076]. Son palabras certeras, pero que pueden llevar a engaño, pues en ellas, dice DE LOS MOZOS, se podría manifestar el mismo entusiasmo dogmático "hoy superado" que conduce a NEUENSCHWANDER a su afán delimitador: la distinción entre derecho y obligación real toma juego propiamente dentro del contenido del derecho real, en la relación concreta. Por ello, precisamente, se puede decir que la servidumbre en esa relación, obliga, impone obligaciones reales[1077].

La carga fundiaria

La distinción con el derecho real presenta especiales acentos en la consideración de la carga fundiaria. Porque, más que distinguirlas, diversos autores ponen el énfasis en la carga como ejemplo característico de obligación real. Ciertamente, implica una prestación, un

---

[1074]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 39.

[1075]Cfr. PIOTET, *Traité..., cit.*, p. 40 y ss.; STEINAUER, *Les droits réels, II, cit.*, n. 2219 y ss.

[1076]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 38.

[1077]Cfr. DE LOS MOZOS, "La obligación real...", *cit.*, pp. 344-345.

contenido obligacional, y puede ser un cauce, paralelo, para vincular obligaciones a un derecho real. Pero resulta interesante distinguirlas.

El art. 782. 1 CCS define la *grundlast* en términos de compromiso entre una visión «antigua» y «moderna»: "La carga fundiaria sujeta frente a un tercero al propietario actual de un fundo a ciertas prestaciones por las que no está vinculado más que sobre su inmueble". Conforme a un enfoque «moderno» supone una obligación de prestar, engendra una deuda a cargo del propietario actual del inmueble y, por tanto, sería un caso tipo, un ejemplo evidente de obligación *propter rem* [1078].

La obligación real desempeñaría aquí un importante papel, su presencia justifica la exigencia de prestaciones positivas que no sería posible en virtud de un derecho real[1079].

[1078]Cfr. por todos DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, pp. 711 y 714; MEIER-HAYOZ, *op. cit.*, n. 150; SCACCHI, *op. cit.*, p. 42; PIOTET, *Traité...*, *cit.*, p. 123. Sin embargo, "no es seguro si la pretensión a la prestación en virtud de la carga fundiaria es reconocida en general como derecho que deriva de una obligación real, pues esta concepción, defendida desde siempre, no ha obtenido un predominio indiscutido". Cfr. LIVER,"*Die Realobligation...*", *cit.*, pp. 263-264.

[1079]Aunque el art. 791 CCS establece que "la carga fundiaria no da ningún crédito personal contra el deudor, sino sólo el derecho a ser pagado sobre el precio del inmueble", según SCACCHI "la terminología no debe conducir a engaño: en realidad hay sin duda una relación de derecho personal entre el acreedor y el deudor, pues de otro modo no se entiende qué sería el derecho de exigir la prestación". La pretensión a prestación positiva sólo puede explicarse como "obligación que se le impone personalmente, aunque en atención a su cualidad de propietario". Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 44; DESCHENAUX, *ibidem*, p. 714.

Por otro lado, la carga mostraría que la limitación de la garantía −al valor del inmueble− no es incompatible con la noción de obligación real (DESCHENAUX, *ibidem*; SCACCHI, *op. cit.*, p. 46; en contra, JOST, *op. cit.*, p. 96). La responsabilidad patrimonial universal correspondería sólo «normalmente», no «necesariamente» a la noción. Es más, dice SCACCHI, si contemplamos la obligación real tal como se concibe en Francia e Italia (*sic*), donde la posibilidad de abandono resulta esencial, esta responsabilidad real y limitada se corresponde con esa noción. (Indirectamente pone de manifiesto que la idea de responsabilidad personal, característica destacada por la doctrina suiza para la delimitación del concepto, puede chocar un poco con un abandono liberatorio absoluto). Este encaja mejor en la peculiaridad de la carga, para el tiempo en que funciona como pura carga real: en este tiempo, el adquirente deviene deudor, automáticamente −prestaciones vencidas en los últimos tres años (art. 791-792 CCS)− lo que, para varios autores, encaja con su concepto de obligación real (aunque puede tratarse del efecto propio de la carga, no un criterio de obligación real), Y, curiosamente, a partir de entonces, la

Como es el inmueble el que está gravado (*sic*) −argumenta SCACCHI− la *obligación que corresponde al derecho* de que goza el titular de la carga incumbe al propietario actual del inmueble. Sin embargo, "no podemos olvidar que se trata de un derecho real"[1080].

Parece, pues, haber una contradicción. Para resolverla, se nos explica que, en realidad, la carga se compone de dos elementos: el derecho a una prestación, que es una obligación *propter rem*, y la sujeción del fundo en garantía, que es un derecho real[1081]. La obligación, señala SCACCHI, es el elemento más importante desde el punto de vista práctico, y concibe la idea de que la carga implica, si se cumple aquella, una relación de derecho personal, y si no un derecho real. Desde esta perspectiva "el elemento real de la carga no parece tener más que una función subsidiaria en relación al elemento personal"[1082].

Pero, en una teoría de la obligación real, al menos de momento, hay que dejar un poco en un segundo plano el interés práctico al que responde, y centrarse en el cauce previsto y su asiento teórico. Y tener muy en cuenta lo que dice después: "Desde el punto de vista teórico, por contra, el elemento real juega un papel también muy importante: se trata, en el fondo, del soporte que está en la base de las prestaciones debidas por el propietario obligado, que constituyen el contenido efectivo de la carga fundiaria. (...) Esta no puede contemplarse sin la sujeción del fundo y sin la responsabilidad real que de ella deriva: privándole de este «elemento»[1083], tendríamos relaciones puramente personales. El elemento real de la carga, al contrario, permite concebir de otra manera esas relaciones obligatorias"[1084].

---

deuda queda como personal (dejaría de ser obligación real, para la doctrina dominante, justamente en el momento en que aparece la responsabilidad personal del deudor).

[1080]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 42.

[1081]Por todos, WIELAND, *Les droits réels..., cit.*, n. 3 ad art. 782. "Las *reallasten* no son pura y simplemente derechos reales o derechos personales, sino que aparecen como una relación de obligación unida a un derecho real, y en que el deudor no responde más que sobre su inmueble".

[1082]"En efecto, la sujeción del fundo, su responsabilidad, no entra en juego más que si el propietario obligado no ha cumplido su obligación". Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 43.

[1083]El entrecomillado es mío.

[1084]Cfr. SCACCHI, *ibidem*.

Accedemos, en realidad, a otro punto de vista: el «aspecto real» no es un simple elemento en la carga, sino lo que le da sentido[1085], hay que referirlo a toda la institución. Estamos ante un derecho real, aunque, en su juego, pudiéramos discernir una obligación real, en una posición muy particular[1086]. Es preciso distinguirla de las obligaciones *propter rem*, como conceptos diferentes.

La doctrina suiza se limita a explorar las situaciones de «prestación positiva» y ponerlas todas, en el mismo plano. Por ello la carga fundiaria será sólo una obligación real con un elemento añadido, real. Mas −recordamos la primera parte del trabajo− no parece el camino adecuado para la comprensión de analogías y diferencias, aunque para acceder al enfoque correcto se haría preciso partir de una visión «antigua» de la carga, lo que la doctrina suiza, y el propio Código, trata de evitar. Mas resulta, al final, ineludible para la comprensión de la figura y su comparación. No se trata de que la carga sea una obligación real con un elemento más, representa un modo distinto de relación entre una persona y una cosa, entre una obligación y una cosa, y ello se trasluce en caracteres de su régimen jurídico.

La peculiar posición que en la carga tiene la obligación real viene a diferenciarla, además (si hubiera que introducirla en el mismo saco) de las otras. Porque la obligación real es una obligación vinculada a una cosa, mientras la carga implica una obligación de la cosa. Esta visión «antigua» tiene que ver con su origen, explica su utilización posterior en el campo del crédito y sirve para enfocar su régimen, aunque no impida ver en su finalidad y dentro de ella una obligación *propter rem*. La carga recibe perfiles propios de la circunstancia de tratarse de un derecho real, globalmente, mientras que la obligación real no pretende serlo.

La renta inmobiliaria adquiere singularidad como figura independiente, y a la vez, aparece o puede establecerse como un tipo de carga real, una carga real más. Por ello, en el estudio de la carga para nuestro derecho, pueden tomarse como referencia los censos, aunque en estos, entre otras diferencias, el carácter contractual ha dejado unas huellas que no se aprecian en la *grundlast*. En efecto, en Suiza, encuadrada en el terreno de los derechos

---

[1085] No quizás en la práctica (se trata de la recepción de prestaciones) pero sí en cuanto a la posibilidad de utilizar tal mecanismo, por lo que el «elemento real», aunque no como «elemento», sino en cuanto concepto, alcanza también decisiva importancia práctica: proporciona la base teórica para hacerla posible.

[1086] De acuerdo con la visión simple de éstas que caracteriza a la doctrina suiza.

a la realización de valor (art. 842 y ss. CCS) la *lettre de rente* se define en art. 847. 1 como "*une créance constituée en charge fonciére sur un inmeuble*". Supone una estilización de la *reallast*, se aleja del matiz de servidumbre (recepción de «servicios» de la cosa) y responde al último estadio de abstracción en la idea de recepción de parte de los frutos poniéndose al servicio de la operación de crédito. A la inversa, cuando, en la *grundlasten*, las prestaciones personales «del inmueble» sean de dinero, se aplican las normas de la *lettre de rente*[1087].

La atribución de un aspecto del valor productivo de la cosa facilita recibir periódicamente prestaciones. Pero se recibe «del fundo». Por ello, tras la codificación, en el intento de adecuar lo que formalmente se construye como atribución, de derecho privado, con la realidad material del poder sobre las cosas, "las prestaciones deben estar en correlación con la economía del fundo gravado, o vincularse a las necesidades de explotación del fundo dominante"[1088].

Estas, que podrían ser las condiciones de una obligación real o delimitación de su ámbito propio, son aquí requisitos para que una obligación pueda elevarse a la categoría de derecho real. No significa sólo que «al lado de la relación de derecho real» −subsidiaria− las partes vengan ligadas por un derecho personal, y por tanto, "hasta aquí nada diferencia esta obligación de las otras"[1089]. Existe, de entrada, una diferencia, porque la obligación se ubica como consecuencia directa del derecho real y constituye su contenido: podría después verse, incluso, como obligación real accesoria en o para el reparto: el derecho real se

---

[1087]La *lettre de rente*, explica PIOTET (Cfr. *Traité..., cit.*, p. 128) "es una carga fundiaria catalogada por el legislador entre las garantías inmobiliarias (...) Se somete en parte, como las otras cargas fundiarias, a los arts. 782-792 CCS, y a las disposiciones generales sobre la garantía inmobiliaria (art. 794-823 CCS) y en parte a reglas especiales (art. 847-874 CCS)". Cuando una carga fundiaria viene a garantizar un capital prestado y sus intereses, el art. 785 CCS la somete a las reglas relativas a la *lettre de rente* −aunque, para PIOTET, pueden las partes excluir la aplicación de este artículo−. (De todas formas, si el pago del capital garantizado no está en correlación con la economía del fundo gravado ni se vincula a las necesidades de explotación del fundo dominante, la aplicación de los arts. 782 y ss. CCS está ya excluida por el propio art. 782. 3º CCS, y el art. 785 CCS resulta inútil).

[1088]Sin que se aplique a la *lettre de rente* ni a las cargas fundiarias de derecho público, por los motivos que se deducen del texto (art. 782, 3 CCS). En la *lettre de rente*, de acuerdo con su sentido, sólo habrá que respetar el valor máximo aceptable de la carga (art. 848 CCS).

[1089]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, pp. 43-44.

desarrolla como obligación, y este desarrollo no agota su contenido. Una accesoriedad, pues distinta a la de la obligación real en la servidumbre.

La atribución, el poder real, que sitúa la obligación como real, fundamenta una responsabilidad no personal sino «real». Tanto la obligación como la garantía son relación con la cosa. Aquí radica la diferencia entre obligación real y carga real (se manifiesta, dice SCACCHI y toda la doctrina suiza, en la responsabilidad por incumplimiento, que en la carga se convierte en real). Ahora bien, esta doctrina insiste en que esta diferencia no suprime el carácter personal de la obligación del propietario gravado. Considerada en sí misma la relación de deuda es una obligación real. Pero precisamente lo que la distingue (como en todas las demás) es que no puede considerarse en sí misma, y, en su contexto, aparece la diferencia. Ocupa un puesto muy especial. Por un lado, en cierto modo, accesoria; por otro, elemento central. Y la responsabilidad, no es que *se convierta* en real: es responsabilidad del inmueble, porque la obligación se construye como del inmueble. Por eso, "la carga fundiaria no da ningún crédito personal contra el deudor (y no existe antes, tampoco) sino sólo el derecho de ser pagado sobre el precio del inmueble" (art. 791. 1 CCS).

Desde estos planteamientos −con las salvedades que se harán− hay que matizar a SCACCHI cuando afirma: "Las prestaciones positivas escapan a la noción de derecho real; sin embargo, por el *truchement de l'assujetissement* del inmueble, la ley ha conseguido introducir un derecho real al que está estrechamente ligada una prestación positiva"[1090]. Por mucho que hoy nos pueda parecer una anomalía, no se trata de que al derecho real esté «ligada» una prestación positiva, sino que ésta forma parte esencial del derecho real: su contenido es la prestación positiva, y su concepto, el derecho real; como es un derecho real, responde sólo el inmueble (incluso instrumentar esto con el modelo de la garantía hipotecaria, no sería imprescindible).

Para la doctrina suiza, de acuerdo con una visión moderna, hay que expurgar del sistema el derecho real positivo, por lo que el deber en la carga no puede ser más que una obligación real. No aceptan que la carga pueda ser una reminiscencia de otro esquema. Está muy bien explicarla con categorías modernas, y utilizando las ideas de obligación *propter rem* y garantía real, así como buscarle un sitio entre los derechos sobre el valor, a un valor o de realización de valor. Pero sin olvidar su origen para comprenderla y diferenciarla de la obligación real. Con la visión de la carga como verdadero derecho real, es lógico

[1090]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 45.

comprender que esto influya también en la prestación positiva, en su contenido y configuración que es, cuando menos, por «estar» en un derecho real, una relación personal peculiar. Entonces, mejor no decir que "hasta aquí (prestación) nada diferencia a esta obligación de las otras obligaciones" porque para empezar, reconocer esto como una relación de derecho personal es algo «moderno», y la carga-derecho real se corresponde con una visión «antigua».

Porque es un derecho real, hay una limitación de la responsabilidad. La carga no da crédito personal (art.791 CCS) en principio, contra el «obligado», sólo el derecho a pagarse con el inmueble. Esta visión es «corregida» por SCACCHI, como hemos visto ("*la terminologie ne doit tromper*...")[1091]. Por eso, también, pasa la deuda al siguiente: porque, en realidad, no corresponde a la persona, sino al inmueble. Este efecto de ambulatoriedad absoluta no deriva de que pueda tratarse de una obligación real (que no tendría por qué tener tal efecto, *a priori*) sino de la peculiaridad de la carga real. Lo que no impide que, después de un estudio detenido se pueda concluir que es característico de todas o algunas de esas obligaciones tal efecto.

No es ligar estrechamente −¡Y tanto!− una obligación a un derecho real[1092]. La ambulatoriedad total viene porque se ha convertido en un derecho real. No es superfluo, entonces, como piensa SCACCHI[1093], el inciso del art. 792 CCS según el cual "*lorsque l'immeuble change de propriétaire, l'acquéreur est de plein droit débiteur des prestations qui font objet de la charge foncière*": estos efectos están ahí por tratarse de un derecho real, no por el carácter de obligación, ni siquiera de obligación *propter rem*, que en la carga ocupa una posición especialísima.

Podemos explicar el fenómeno, pues, en coordenadas de derecho real, del siguiente modo: durante los tres primeros años después de la exigibilidad de cada prestación, ésta permanece «unida al inmueble», como el fruto maduro en el árbol, y su prestación es «*pati*» del propio inmueble. Por ello, la obligación de entregar este fruto a quien «pertenece», sólo puede corresponder al titular actual. Esta obligación «de origen real» es también la que existe después: aunque sea ya personal, no deja de ser real (de origen real). Corresponde a quien era titular al cumplirse los tres años, como si, en ese momento, él se hubiera quedado con el fruto que se desprende del árbol, pero debe entregarlo al titular de la carga, mientras

---

[1091]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 45.

[1092]Como dice SCACCHI, *ibidem*.

[1093] Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 46.

la acción personal no prescriba. Por ello dice el art. 791 2º que "cada prestación deviene deuda personal tres años después de la época de su exigibilidad y cesa entonces de estar garantizada por el inmueble". Esto no significa que una obligación «real» deje de serlo, para «convertirse» en personal. Hay un derecho real que ha generado, con aspectos distintos, obligaciones reales.

De todas formas, aunque, como manifestación de que estamos ante un derecho real, la prestación se recibe «del inmueble», esto puede construirse, e históricamente así ha sido, de diversas formas, e incluso, sin garantía real, tal como la entendemos hoy. Sólo a través de una obligación real, plenamente ambulatoria o no. No por ello perdería la figura su peculiar consideración de carga real.

Ahora bien, para terminar, es característico del derecho suizo el mantenimiento de la carga real −aparte de las figuras en que se desarrolla al servicio de la renta inmobiliaria− para prestaciones de diverso tipo[1094]: en este sentido, ciertamente, estamos ante un cauce «nuevo», «distinto», para fijar obligaciones reales, vincularlas a la propiedad, no como propias obligaciones reales (del titular) sino como obligaciones del inmueble. Y un cauce que, según el tratamiento que algún autor le dispensa, puede ser más libre que el de la propia obligación real[1095] Igual que, en la vecindad, existen diversos cauces de relación: límitación-obligación real o servidumbre, en la vinculación de ciertas obligaciones a una cosa, en Suiza no sólo se cuenta con la obligación real, sino también con las cargas

---

[1094] Por ello, frente a la *lettre de rente*, la carga tiene un tratamiento propio, y no se sitúa sistemáticamente en el *gage immobilier*, sino conectada con las servidumbres (el usufructo, no lo olvidemos, también es una de ellas), lo que por algunos ha sido criticado (*Vid.* PIOTET, *Traité...*, *cit.*, p. 124 y ss.)

[1095] *Vid.* en general, sobre estos temas, PIOTET, *Traité...*, *cit.*, pp. 123 y ss.

Dentro de los límites del art. 782. 3º CCS, permite cierta variedad, e incluso la obligación establecida no tiene por qué aparecer como «accesoria», pues, a diferencia de la obligación real en la servidumbre, la carga puede suponer el contenido de valor económico primordial. Cuando, para ciertos derechos reales, p. ej. el derecho de superficie, parece que ha de venir determinado legalmente el contenido de las obligaciones reales posibles, la utilización de la carga real permite mayor libertad.

Sin embargo, como reconoce PIOTET, en abstracto parece que la obligación real, desde otro punto de vista, admite mayor flexibilidad y variedad de contenidos que la carga real, pues, p. ej. la obligación accesoria de la servidumbre no tiene por qué cumplir las condiciones del art. 782. 3º CCS. *Vid.* PIOTET, *ibidem*, pp. 127 y 129 y ss.

reales[1096]. Son, materialmente obligaciones de cooperación (en este sentido, tiene razón SCACCHI) pero se construyen como mecanismo de derecho real.

Así pues, es lógico que, como decía LIVER, no haya obtenido predominio indiscutido ver la carga real como "derecho que deriva de una obligación real"[1097]. Y es que, en realidad, no deriva de una obligación real, vincula una obligación a una cosa, pero de tal forma que las pretensiones derivan de un derecho real. Se utiliza **como derecho real** y **para construir un derecho real** especial, el concepto de que en el derecho real limitado hay una relación. La pretensión deriva entonces, se hace derivar, de un derecho real, que se construye como atribución, como previo o independiente a la relación, pero en realidad se está aprovechando que el derecho real vive en una relación. Lo que en el derecho real limitado ordinario es la relación subsiguiente a la atribución, con el propietario, se utiliza o se confunde con la propia atribución, que no tiene ya entidad alguna sin la relación, puesto que el propietario «presta».

Las cargas, incluso después de la codificación[1098], son de diverso tipo, y buena parte de sus variados contenidos sólo caben ya en la mayoría de las legislaciones como obligaciones reales. Por ello, en este ámbito, se cuenta con un cauce análogo a las obligaciones reales para unir una obligación a una cosa. En los demás sitios, se conservan sólo propiamente las cargas de censo, por la importancia que en un momento dado adquirieron para el crédito.

Elementos de la teoría del derecho real en la obligación real

La doctrina se plantea, por último, en la comparación, la incidencia que en materia de obligación real puedan tener ciertos aspectos característicos de los derechos reales, como pueden ser el rango y la tipicidad.

[1096] Para obtener determinaciones obligacionales en el derecho de superficie, o conectadas con otro derecho real limitado (por ejemplo, en materia de obras necesarias para el ejercicio de la servidumbre, del art. 741 CCS, que es de derecho dispositivo) las partes pueden igualmente utilizar la carga real. (Cfr. PIOTET, *Traité...*, *cit.*, p. 40; RUEDIN, *op. cit.*, p...

[1097] Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 263.

[1098] Aunque reconoce PIOTET que las *Grundlasten*, en Suiza, son escasas en la práctica. (Cfr. *Traité...*, *cit.*, p. 127).

La idea de rango y la obligación real[1099]

La obligación real se va a distinguir también porque no se le aplica la idea de rango, característica del régimen de los derechos reales, que no tendría sentido en la hipotética confrontación o concurrencia de aquella con otra obligación real o con un derecho real[1100]. Sin embargo, algunos autores han traído a colación el juego del rango también para la obligación real[1101].

Cuando se dice que ocuparían un rango, aunque no sean de naturaleza real, explica DESCHENAUX, hay un malentendido. "El problema(...) no se plantea más que en relación a varios actos de disposición sobre la misma cosa o el mismo derecho. Se trata de saber si los derechos creados (propiedad, servidumbres, derechos de garantía) pueden coexistir y, en su caso, en qué orden, pues nadie puede disponer por segunda vez de lo que no tiene. En cambio, entre varias obligaciones contratadas por la misma persona, no hay en principio rango (salvo las reglas de concurrencia de créditos, que derivan de otro orden de ideas); pueden coexistir en número indefinido. (...) Hablar de rango entre obligaciones reales y cargas reales, es *a priori* un sinsentido"[1102].

Si la distinción entre obligación real y derecho real deriva de aquella entre cooperación y señorío, la inaplicabilidad de la idea de rango ha de ser un elemento distintivo de aquellas. Su presencia en algunos supuestos será un indicio de que no nos encontramos, sin más, ante una obligación real, convirtiéndose en un indicador de que podemos estar fuera de su campo propio. Así, los derechos personales anotados, con su refuerzo, entran en concurrencia con los derechos reales, y entran, entre sí y frente a éstos, en el juego del rango o la prioridad[1103]. Precisamente, los autores que hablan de rango en esta materia (para

---

[1099]Sobre el rango en general, *vid.* por todos STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, n. 140 y ss.; II, n. 2145 y ss.; PIOTET, *Traité..., cit.*, p. 11 y ss.

[1100]*Vid.* DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 719 y ss.; NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, p. 135 y ss.; SCACCHI, *Traité..., cit.*, p. 36.

[1101]Así parece en JOST, *op. cit.*, p. 100; MEIER-HAYOZ, *op. cit.*, n. 167 y ss.

[1102]Cfr. DESCHENAUX, *ibidem*, p. 719

[1103]En la anotación, es precisamente el elemento real que refuerza un derecho personal, su oponibilidad especial, el que trae consigo la aplicación de criterios de prioridad: pueden ejercerse frente a todo adquirente ulterior y no está afectados por las cargas nuevas constituidas sobre el inmueble. Porque estas nuevas cargas *podrían afectar directamente* a los derechos personales anotados si no entraran en juego los criterios de la prioridad. Pero, si aún hubiera que

alguna obligación real, al menos) señalan como ejemplo clave los derechos personales anotados (que consideran obligación *propter rem*[1104]). Para NEUENSCHWANDER, aunque, en general, no es concebible un conflicto entre obligaciones reales legales y derechos reales sobre la cosa perteneciente al deudor actual, los derechos personales tienen un «rango» por la limitación de propiedad causada por la anotación, aunque "los deberes de prestación no participan de la noción de rango"[1105]. Y SCACCHI, para quien, de entrada, la idea de rango está fuera de lugar[1106], como entra en juego la anotación de derechos personales, donde ve un ejemplo característico de obligación real, tiene que admitir que en ciertos casos podría hablarse, a lo más, de prioridad: "es preciso considerar todos los casos separadamente, y no es posible establecer una regla general en la materia"[1107].

También la idea de rango se trae a colación en relación con las restricciones legales de la propiedad por razón de vecindad, que "prevalecen sobre los derechos reales inscritos"[1108]. Las reglas de vecindad suponen una relación, prevista por el legislador, de entrada para el propietario inmobiliario. Nos encontramos en un terreno de mixtificación entre obligaciones reales (de vecindad) y límites concretos relativos a la propiedad inmobiliaria. Estas obligaciones reales no se ven afectadas −el acreedor no se ve afectado− por la constitución de derechos reales sobre la propiedad vecina. Quizá fuera un argumento más

---

admitir un crédito *propter rem* (obligación *propter rem*) no es el crédito mismo el que ocupa un rango, sino el refuerzo de que goza, el efecto real vinculado a la anotación, como una especie de accesorio o, mejor, un privilegio. Todo lo que ocurre −aunque DESCHENAUX entienda esto de un modo restrictivo− es la consecuencia de la restricción del derecho de enajenar producido por la anotación. (Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 721).

[1104]El rango de las obligaciones reales que derivan de los derechos personales anotados, dice MEIER-HAYOZ, se rige por el principio de la prioridad. Cfr. *op. cit.*, n. 167 y ss.

[1105]Cfr. NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, pp. 135-137.

[1106]"No creemos que se pueda hablar de rango. La función de la obligación real requiere que pueda ejercitarse en ciertas condiciones, incluso a pesar de la existencia de derechos reales sobre una cosa: pero no se trata de la noción de rango tal como existe entre diferentes derechos reales sobre la misma cosa". Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 36.

[1107]"Podemos decir que el ejercicio de una acción derivada de una obligación *propter rem* puede estar sometido, en ciertos casos, a reglas análogas a las que rigen la institución del rango entre derechos reales, sin que se pueda hablar de efecto real". *Ibidem*, p. 36.

[1108]Y en cuanto a las servidumbres forzosas, que gozarían de la prioridad, pero sólo contra indemnización a los titulares de derechos reales lesionados. Cfr. MEIER-HAYOZ, *op. cit.*, n. 167 y ss.

para distinguir, en la vecindad, limitaciones (*pati* o *non facere*) que tienen, por así decir, de entrada, un rango preferente porque limitan el señorío y el poder de disposición del *dominus ab initio*, y obligaciones positivas, que a él corresponden y no pueden entrar, simplemente, en conflicto con derechos reales inscritos[1109]. Así, ha dicho DESCHENAUX que las limitaciones legales de vecindad son manifestación del poder que se reconoce al propietario colindante, *ratio vicinitatis*, sobre el fundo.

Y, después, en materia de rango, señala: "Las restricciones legales de la propiedad prevalecen sobre todos los derechos reales inscritos; las reglas de vecindad dibujan *hic et nunc* los contornos de la propiedad sobre un inmueble dado, y los derechos reales creados sobre este inmueble le afectan tal cual es, con sus cargas legales. Es así como un titular de un derecho de superficie debe respetar, si quiere construir, las distancias legales del derecho privado cantonal, igual que el propietario. Pero ¿qué sentido tiene decir que las obligaciones reales que brotan de las restricciones legales tienen *le pas* sobre los derechos reales inscritos? El propietario que, por ejemplo, debe soportar los gastos de cerramiento de su fundo, ejecutará o no esta obligación; ¿en qué puede esto cambiar en algo la situación de los beneficiarios de servidumbres o de los titulares de los derechos de garantía sobre el inmueble? Estos estarán en condiciones de ejercer su señorío parcial sobre el objeto de su derecho, independientemente de las obligaciones que pesan sobre el propietario, aunque sea legalmente y *propter rem*. ¿Cómo vendrían a limitar un derecho real, deudas personales del propietario?". Las restricciones afectarían a todo titular de derecho real; las obligaciones reales corresponden al propietario, y los titulares de derechos reales pueden ejercitar su señorío con independencia de ellas"[1110].

[1109]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 717; LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 279-280.

[1110]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem,*", *cit.*, pp. 719-720. También "*Les restrictions légales de la propriété foncière et le registre foncier*", *ZBGR*, 38, 1957, p. 321 y ss., p. 324; MEIER-HAYOZ, *op. cit.*, n. 193 y ss. Entiendo que DESCHENAUX, en buena medida, trata de presentar argumentos parecidos a los desarrollados en el texto. Pero, hay que reconocerlo, se fija en la obligación real como prestación positiva, personal, como es característico de la doctrina suiza: la prestación es y seguirá siendo tarea del propietario. Más complicado es el problema si incluimos limitaciones de sentido negativo, que DESCHENAUX y LIVER extraen del ámbito de la obligación real, como deberes reales subjetivamente reales, derivados del dominio propio en su proyección sobre la propiedad ajena. Pero la argumentación

Sin embargo, también las restricciones producen obligaciones reales, según creo, para los titulares de derechos reales limitados.

La cuestión ha de plantearse de modo general para el derecho de vecindad, que afecta a «la propiedad» antes de cualquier desmembración, y sitúa, o puede situar, también, al titular de derechos reales limitados, en la consideración de vecino, con las restricciones propias del dominio de que se beneficia, que también a él pueden obligarle.

Las reglas de vecindad, al dibujar los contornos de este derecho, ordinarios, en la relación de vecindad, establecen obligaciones que no pueden entrar en conflicto, por naturaleza, con otros derechos reales, porque el poder de disposición del propietario ha de moverse en el ámbito de esos contornos ordinarios. La relación de vecindad prevista legalmente precede, en esos contornos legales, a cualquier otra de derecho real con sus correspondientes obligaciones reales. Esta relación, estable, permite al vecino exigir frente a la propiedad vecina (independientemente de cómo se haya organizado esa propiedad, en desmembraciones posteriores) determinadas pretensiones, cuya satisfacción corresponde en principio al propietario. En este sentido se puede decir que la restricción de vecindad es una especial manifestación de la oponibilidad de los derechos del vecino frente a la «propiedad» (entendida en toda su dimensión) vecina.

En general, por naturaleza, no es concebible un conflicto entre las obligaciones ordinarias de vecindad y posibles derechos sobre la cosa del propietario vecino. Ahora bien, la vecindad real, referida a los fundos, no afecta sólo al propietario, sino a cualquier titular que manifieste la posesión de aquél a través de un poder limitado sobre la cosa. Por consiguiente, las obligaciones de vecindad afectan, obligan, al propietario, pero también pueden ir afectando, −lo que habrá que discernir caso por caso− a titulares que le sustituyen por un *ius ir re aliena* en la posesión y goce de la cosa. Estos pueden quedar obligados por razón de vecindad, porque su derecho real les convierte en vecinos, y en cuanto participan del señorío en la cosa pueden también deber. Normalmente, su obligación no hace desaparecer, se añade a la del propietario. Otras obligaciones de vecindad permanecen referidas a quien ostenta el dominio. La obligación real se transfiere *propter rem* al adquirente, pero también se participa por el adquirente de un derecho real limitado, sobre todo cuando implica un señorío extendido: usufructuario, enfiteuta, superficiario. Esto puede significar, simplemente, que esos titulares «soportan» una limitación de vecindad a

---

que realizamos aquí, vale también para estas restricciones, incluidas en el terreno amplio de la obligación real de vecindad.

modo de derecho real de rango preferente, o bien que entran en la obligación (la restricción también les hace entrar en el juego de las obligaciones positivas). Y esto, por la mixtura de limitación y cooperación que caracteriza la relación de vecindad.

El rango hace referencia más bien a los distintos derechos reales sobre una misma cosa. Pero, antes de que se plantee cualquier desmembración, otro u otros titulares vecinos contemplados en abstracto por la ley, limitan y obligan la propiedad, no tanto por *ius in re aliena*, sino en virtud de la propia expansión de su dominio, en una relación lógica y cronológicamente anterior al conflicto de derechos reales sobre la misma cosa que demande la solución del rango o prioridad.

En la relación de vecindad, la obligación real general se refiere a la sustitución de límites abstractos por concretos (y, en éstos, el exceso en la propiedad puede llegar antes de llenar todas las posibilidades abstractas del dominio, o la facultad de excluir terminarse antes de la invasión o molestia tolerable). Se trata, pues, de una materia en que la idea de obligación y la de límite convergen y se superponen, en el entramado de las limitaciones de vecindad. De esta manera, la obligación real general se concretará en límites de abstención o tolerancia, o las limitaciones impondrán comportamientos positivos.

La relación de vecindad se muestra pues como dato previo a los problemas de rango. En ella, el propietario resulta obligado, y esta obligación no puede entrar en conflicto, «por definición», con los derechos reales limitados que pueda establecer. Por un lado, porque siguen siendo obligaciones del propietario, que puede y debe cumplir a pesar de la existencia de una desmembración del dominio. Además, en la materia de la relación de vecindad, el propietario no puede disponer nunca de tal manera que el titular beneficiado se considere «en conflicto» con los poderes del titular contiguo, *ratio vicinitatis*, sobre el fundo, con las pretensiones que sigue pudiendo dirigir al *dominus*. Por otro lado, la obligación real supone un problema de sucesión, más que de rango: un nuevo propietario asumirá las obligaciones y limitaciones de vecindad, fuera de toda consideración (salvo en las servidumbres derogatorias) de los actos de disposición del propietario anterior (como ocurre cuando se plantea el rango de un derecho real limitado anterior en el tiempo al nuevo dominio). Entra en la vecindad y recibe tales obligaciones. Pero, además, en cuanto la vecindad supone el *status* ordinario del inmueble, quien recibe un derecho real limitado de amplia dominación (superficie, usufructo) se ha convertido también en vecino[1111], ha

[1111]El titular entra en dos relaciones, desde un primer momento: aquella de la que depende su derecho (plasmada en el título constitutivo) que lo relaciona con el propietario. Y la de vecindad,

entrado en la relación real constitutiva de su derecho, pero también le estaba esperando la de vecindad, en función de los legítimos intereses del titular vecino. Igual que su posesión manifiesta la del *dominus*, acompañará en muchos aspectos al propietario ingresando como obligado, y a él se le podrá exigir, directamente, el comportamiento concreto determinado por la ley como de buena vecindad.

En definitiva, la obligación real forma parte, aunque de modo accesorio, de la relación real, en este caso, en la vecindad. Y lo que la ley prevé para el propietario puede obligar también (abstención, tolerancia, pero también *facere*) a aquel titular que se convierte en vecino, en su relación real.

Lo que sí parece claro es que los deberes de abstención, tolerancia... son la manifestación del influjo protegido del propietario vecino sobre la finca[1112]: porque la finca vecina se hace, en estos aspectos (o era ya, y aquí ello se manifiesta) «común». Más bien, son manifestación de la propiedad del acreedor, según la extensión que la ley le permite, porque, en vecindad, se superpone o solapa con la otra propiedad. En este sentido, los deberes positivos del vecino implican (como es característico de la obligación real) una actuación del propietario vecino, teóricamente en la esfera del propio interés, pero determinada en función también del interés del propietario, «cotitular», vecino. Actuaciones, en sentido amplio (también abstenciones) que, en abstracto, verificaría quien fuera propietario único de las dos fincas si quisiera mantener el mejor *status* para cada una. Al vecino, en la expansión de su propiedad, le convendría en abstracto adquirir la finca vecina: esto permitiría ordenar y disfrutar sin trabas de su propiedad. En la vecindad se sustituye la atribución de la finca vecina (que sería un modo radical de acabar con el problema) por extensiones concretas de la propiedad, y pretensiones dirigidas al otro titular como si de un comunero se tratara (la propiedad propia es también un derecho sobre la finca vecina, pero la comunidad no añade nada como derecho real −es la propiedad propia− y sí en sus proyecciones obligacionales)[1113].

---

por cuanto, con la atribución limitada sobre el inmueble, se convierte también en vecino. En ambas, resultarán para ese titular obligaciones reales, que se han previsto para él en la primera relación, y que recibe como participante en la segunda.

[1112]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 717.

[1113]El poder sobre el fundo vecino no es más que el poder sobre el propio en los límites que marca la ley. Esta superposición abstracta se concreta en determinadas limitaciones y se completa con obligaciones positivas.

En las relaciones de vecindad, por tanto, es decisivo el derecho del acreedor. En función de él, aunque en equilibrio con el derecho «rival», aparecen las limitaciones obligación de soportar la propiedad vecina, actuar en función de ella (no de la propia)[1114].

Una particular proyección de la propiedad en el fundo vecino se produce en el caso de las servidumbres forzosas. Su exigibilidad supone pretensión a una prestación del propietario actual. Pues bien, la servidumbre constituida goza, de entrada, de la prioridad frente a otros posibles gravámenes anteriores a su constitución. Esto se explica atendiendo a las consideraciones que acabamos de hacer, la pretensión a una servidumbre forma parte de los derechos de vecindad del futuro titular, y no puede venir frustrada, porque no le afecta, por la disposición parcial anterior del fundo. Ocurre, dice DESCHENAUX, como si la servidumbre pesara ya, de entrada, en estado latente o virtual sobre el fundo sirviente[1115]. La restricción de vecindad sigue implicando una obligación legal del propietario actual, dirigida al efectivo establecimiento de la servidumbre, y a él se pagará la indemnización[1116]. No es que la pretensión goce de un rango (lo tendrá el derecho real después de su constitución). Estos efectos se deben a su carácter particular[1117].

Cabe plantearse, entonces, hasta qué punto nos encontramos ante una simple obligación −aunque sea real− del propietario, y, en efecto esta duda nos puede llevar a la consideración de aquel peculiar tipo de derechos potestativos, a que se refiere WIELAND[1118], dirigidos a una adquisición. Como había explicado HUBER, presuponen el reconocimiento, por la ley, de una posición previa del beneficiario de la pretensión, en relación con la cosa. En el retracto de comuneros, su cuota significa en realidad un derecho de propiedad sobre toda la finca, limitado de acuerdo con la doctrina de la propiedad plúrima total. Ahí, se inserta una verdadera facultad real de adquisición. Este derecho puede concederse por otras razones. En la hipoteca del constructor, la relación del acreedor con el nuevo valor del inmueble obliga a la constitución de la hipoteca, pero afecta a los terceros,

---

[1114]No se trata del *pati* de un derecho real sobre la propia cosa, sino de la limitación en la relación con la otra propiedad. Por ello, la relación es previa a cualquier problema de conflicto de derechos reales sobre la finca del obligado.

[1115]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 720.

[1116]Si es necesario −lo que puede ser dudoso− establecer, p. ej., la servidumbre de paso precisamente por ese fundo.

[1117]Cfr. DESCHENAUX, *ibidem*, p. 720.

[1118]Cfr. WIELAND, *Les droits réels...*, *cit.*, p. 309.

con el cierre del registro y la posibilidad de que otros acreedores hipotecarios, con una indemnización, completen la garantía. En cuanto a las servidumbres forzosas, la vecindad implica ya, *ab initio*, en supuestos que la ley considera razonables, una posible expansión sobre el fundo vecino. Esto es lo que «obliga» al propietario, siempre que se cumplan las condiciones exigidas (lo que no deja de tener trascendencia) y, el cumplimiento de tal obligación se considera fuera de conflicto con hipotéticos titulares de derechos reales limitados [1119]. La obligación corresponde a una relación −de vecindad− en que el fundo vecino resulta, de entrada, privilegiado, respecto a titulares de posteriores derechos reales. Y su cumplimiento simplemente *no puede* quedar afectado por ellos[1120].

En principio, pues, la idea de rango, tal como está concebida, para el conflicto de derechos reales, parece extraña a la obligación real −aunque la cuestión no resulta tan sencilla como puede parecer a primera vista−. También porque ciertas obligaciones funcionan como las que corresponderían a un «contrato normativo[1121]», son no tanto del

---

[1119]Según la doctrina dominante, la servidumbre goza, de entrada, de la prioridad (cfr. GUHL, *op. cit.*, p. 165, 173 y ss.). El propietario debe conceder la servidumbre y, entiendo, recibirá la indemnización. Su obligación no puede entrar en conflicto con titulares de derechos reales, porque la ley ha zanjado el asunto.

Otros autores, como LIVER, entienden que el rango preferente «se debe» a la servidumbre forzosa, pero el beneficiario debe hacerlo valer también contra los titulares de derechos reales. Esta opinión, dice DESCHENAUX, se armoniza mejor con un sistema de pretensión-acción para la atribución del derecho real, que debe dirigirse no sólo contra el propietario, sino contra otros titulares, que recibirán parte de la indemnización. (Cfr. *ibidem*, p. 720, nota 32).

Me parece, sin embargo, que, en este caso, puede, en efecto, hacerse participar a los otros titulares de la obligación que podría afectarles, en especial para que recibieran la eventual compensación. Pero también reservar una obligación sólo para el propietario, derivada del derecho de adquisición, que no podría considerarse nunca en conflicto con las disposiciones y los derechos que haya ido constituyendo para terceros.

[1120]Sobre la pretensión a la servidumbre forzosa como un *plus* en la comunidad de vecindad, que la ley concede otorgando entrada a la pretensión en el equilibrio «ordinario», cuando se dan las condiciones previstas, como obligación real, *vid.* WIELAND, *Les droits réels...*, I, *cit.*, ad art. 680, n. 3, p. 306.

[1121]Mucho más cuando las establece la propia ley. Por ello, como ésta marca el contorno «ordinario» de vecindad, sus modificaciones han de revestir la forma de servidumbre derogatoria. Y, en este caso, no puede tener prioridad de rango respecto a otros derechos reales, aunque siempre vinculará al propietario.

propietario cuanto propias de cierta relación, la vecindad, la comunidad o propiedad por pisos..., y afectan a sucesivos propietarios, pero también a quienes adquieren un derecho real en la finca, en lo que les atañe la relación normada con el contenido estatutario (entran también en la vecindad, o en la utilización de la cosa en relaciones de cotitularidad-vecindad, como la propiedad por pisos[1122]).

La idea de rango puede ser un elemento distintivo de la obligación real respecto del derecho real y de otras situaciones semejantes. Aquella tiene un sitio en el entramado de la relación real, de tal forma que no pueden, por definición, surgir problemas de incompatibilidad, en principio, que justifiquen la utilización del rango. La cuestión, en la obligación real, por otro lado, es de sucesión. Se entiende que los titulares de nuevos derechos reales pueden ejercer su señorío con independencia y sin chocar con las obligaciones reales correspondientes al propietario. Cuando se trata de obligaciones reales legales, previstas en una relación previa a cualquier disposición sobre la cosa, o no les afectan, o necesariamente, su derecho real no puede chocar con ellas (en este sentido podría hablarse de prioridad). O bien, estos titulares, al entrar en aquella relación, asumen también la obligación. *La obligación real accede a una relación real acerca de la cual los problemas de rango se han solucionado antes*[1123].

Si un propietario tiene una obligación real, la trasferencia de su derecho supone una sucesión en aquella, sin que quepa decir, con propiedad, que tal obligación tiene un rango preferente respecto a la propiedad. Esta idea la utiliza STEINAUER para la relación entre el nuevo propietario y el titular anterior de un derecho real limitado. Pero, si cierto derecho real limitado no pudiera subsistir por un problema de conflicto que se solventa relegándolo, las obligaciones reales vinculadas al mismo no podrían subsistir.

Las obligaciones reales, por tanto, quedan influidas, indirectamente, por las reglas relativas al conflicto de derechos reales: imaginemos casos de doble venta. Si la propiedad de uno de los compradores ha de prevalecer sobre la del otro, conforme a las reglas de la prioridad, las obligaciones reales que hubiera podido establecer el comprador «vencido», accesorias, p. ej., de derechos reales que haya establecido, no tendrían sentido. Las obligaciones reales en cada momento son siempre las que corresponden a las relaciones

---

[1122]Establece el CCS (art. 649a) en la regulación de la copropiedad, que las disposiciones del reglamento y las decisiones de los copropietarios, o judiciales, serán oponibles no sólo a los propietarios sucesivos, sino a quienes adquieran derechos reales sobre la parte del copropietario.

[1123]*Vid.*, WIELAND, *Les droits réels..., cit.*, pp. 304-305.

reales triunfantes. Y aquí, DESCHENAUX realiza un estudio interesante acerca del juego que, por analogía con los derechos reales, puede tener la protección registral para situaciones que se consolidan respecto del tercero protegido aunque deriven de un titular aparente[1124].

Por tanto, en cuanto la obligación real es un elemento accesorio del derecho real en cierta relación, la idea de rango no le es ajena, por jugar en el conflicto de derechos reales. No se aplica a la obligación real, pero sí al derecho real al que acompañaría.

Por último recordar que, si el rango ordena el conflicto de derechos reales, la concurrencia de obligaciones tiene sus propias reglas de ordenación. Sin embargo, cabe plantearse qué influencia podrá tener la prioridad del derecho real también en la suerte del cumplimiento de aquellas, en caso de insolvencia. El hecho, p. ej., de que un propietario constituya dos derechos de servidumbre, sucesivamente, ambos con obligaciones de mantenimiento a su cargo, podría tener relevancia cuando, después, exista un incumplimiento respecto a los dos titulares. Por otro lado, si el abandono libera y satisface la obligación, también la prioridad en la constitución del derecho real podría tener importancia. Cabe plantearse, en una situación de insolvencia, si la integración del abandono posible, en cierto modo solutorio, como un elemento de la relación de obligación real, supone que el derecho real del obligado ocupe una especial posición en la masa concursal frente a los acreedores de aquella, y, en cuanto a estos, con cierto orden de preferencia. En este orden de ideas, cabría preguntarse hasta qué punto abandona liberándose quien, por ej., previamente gravó el inmueble con una hipoteca.

El principio de *numerus clausus*. Obligaciones reales y Registro inmobiliario

El principio de *numerus clausus*, relacionado con la defensa de la libertad del dominio, y traducido en su relación con el Registro de la Propiedad, también afecta a las obligaciones reales[1125]. Lo explica LIVER: "Nuestro derecho está construido sobre la base del principio

---

[1124]*Vid.* DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 730.

[1125]En general, sobre este punto, en lo que viene a coincidir toda la doctrina, *vid.* LIVER, *Kommentar zum ZGB...*, *cit.*, n. 150; MEIER-HAYOZ, *op. cit.*, nn. 165-166; JOST, *op. cit.*, p. 97 y ss.; SCACCHI, *op. cit.*, pp. 36-37; DESCHENAUX "*Obligations propter rem*", *cit.*, pp. 717-718; PIOTET, *Traité...*, *cit.*, p. 39.

del derecho romano en cuya virtud el contenido de la propiedad no puede ser modificado o vaciado por cualesquiera vínculos contractuales del propietario, sino que únicamente puede ser limitado contractualmente con la constitución de derechos reales limitados comprendidos en unas pocas categorías, establecidas por la ley, y comprensibles para todos en cuanto a sus efectos. Este es el principio del *numerus clausus* o de la tipicidad de los derechos reales limitados.

En el derecho de cosas construido sobre la base del Registro inmobiliario, la vigencia de este principio resulta fortalecida. (...)Aunque los deberes que constituyen el objeto de las obligaciones reales no minoren el contenido de la propiedad, limitan sin embargo al propietario en la libertad de ejercicio del derecho. La vinculación con la propiedad o un derecho real limitado opera de un modo análogo a como lo hace una carga real. También las obligaciones reales se encuentran por eso sometidas al principio del *numerus clausus*, su creación negocial es posible únicamente si la ley las previsto expresamente"[1126].

La diferencia, pero analogía con los derechos reales, y la mayor peculiaridad del efecto para terceros sin tratarse de un derecho real, se señalan por DESCHENAUX: "La regla de la limitación de los tipos no es propia sólo de los derechos reales (...) El motivo que la legitima para aquellos −a saber, su efecto absoluto y la necesidad de publicarlo− no vale para las obligaciones reales, que permanecen como derechos relativos. A decir verdad, el *numerus clausus* se justifica por razones análogas. Si bien no son oponibles a todos (no serían entonces ya obligaciones) lo son al menos a todo adquirente de la cosa o derecho sobre ella, en el sentido de que el adquirente resulta deudor. Importa, pues, que no venga expuesto a asumir no importa qué obligaciones de hacer ligadas a su derecho, sino sólo aquellas que tienen su razón de ser dentro del régimen de la propiedad y de los derechos reales, de lo cual *le legislateur entend se faire juge*. La oponibilidad al adquirente exige también la publicidad de esta obligaciones, y esta publicidad requiere la limitación de los tipos, como en materia de derechos reales.

La obligación *propter rem* consagra, además, una situación excepcional: una deuda que sigue a una cosa, como una especie de accesorio pasivo de la propiedad o del derecho real, o incluso de la posesión. Si bien esta carga no es real, sino que «grava personalmente» al titular, no es menos cierto que corresponde a su naturaleza disminuir la posición del propiedad o del adquirente del derecho real, hasta el punto en ocasiones de vaciarla de su interés económico. Resulta, entonces, claro que la ley no podía reconocer la libertad de

---

[1126]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 278.

crear obligaciones reales"[1127]. Todo ello, aunque la analogía de motivos que justifican el *numerus clausus* no implica que la obligación corresponda o suponga un poder sobre la cosa[1128].

Esta cuestión del *numerus clausus*, como hemos visto, está ligada también al papel del Registro inmobiliario en general, y concretamente, en materia de obligaciones reales. Como para producir sus efectos han de gozar de una cierta publicidad, consecuentemente es necesario limitar su número.

Como dice DESCHENAUX, en materia de derechos reales el legislador se hace juez. Determina cuándo, cómo, con qué contenidos son posibles. Esto, explica LIVER, viene, en SUIZA, relacionado y reforzado por un sistema basado en el Registro inmobiliario[1129]. Con el principio de inscripción constitutiva[1130], el acontecimiento externo que determina la aparición de un derecho real inmobiliario tiene un fuerte componente formal, que proyecta el derecho como realidad legal. Aunque, como sabemos, la inscripción puede ser también declarativa cuando el derecho real ha nacido fuera del Registro por acaecimientos que le otorgan una publicidad semejante.

En materia de obligación *propter rem*, en primer lugar, la excepcionalidad de una obligación que pesa sobre sucesivos propietarios (considerada aisladamente) exige que la ley la establezca expresamente. Para las imperativas, dice LIVER, "no se plantea en absoluto la cuestión de su tratamiento registral, pues la inscripción no es necesaria, y ni siquiera admisible"[1131]. Con su previsión legal basta para conferirle la publicidad necesaria a su efecto propio, y que confiere un papel decisivo al Registro[1132].

[1127]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 718.

[1128]*Vid.* también SCACCHI, *op. cit.*, p. 37.

[1129]Se puede decir que, en SUIZA, no se basa el Registro en los derechos reales, sino al revés.

[1130]*Vid.* STEINAUER, *Les droits réels, cit.*, I, n. 689 y ss., II, n. 1539 y ss.

[1131]Cfr. LIVER "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 275. También DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, pp. 725-726; "*Les obligations...*", *cit.*, pp. 294-295.

[1132]Entra aquí en juego su analogía con el derecho real: "Si la obligación real debe ser hecha oponible a los sucesores a título particular del deudor, debe ser estipulada en una forma determinada y ser objeto de una operación apropiada en el Registro. Esto se explica porque, en sus efectos prácticos (...) afecta al derecho real de que forma accesorio pasivo, aunque no

Así pues, la inscripción en el Registro se fundamenta y determina, para los derechos reales, en la previsión del legislador que admite su nacimiento como poder sobre la cosa. Esto no puede aplicarse a las obligaciones reales, no «necesitan» por esto el Registro. Pero la doctrina entiende que su efecto de oponibilidad requiere la publicidad registral, que parece verse como constitutiva de tal eficacia.

Los derechos reales tienen un tratamiento registral previsto y definido *para ellos*. En cuanto a los derechos personales, no tienen acceso al Registro salvo en los casos taxativamente previstos para su anotación: La carga real tiene prevista la inscripción, pero porque se trata de un derecho real. La obligación real, sin embargo, no presenta un tratamiento registral autónomo y específico previsto para ella. Y es que, si es "deseable, e incluso imprescindible"[1133] su acceso al Registro, no lo hará como figura autónoma, paralela al derecho real, sino que es una dependencia de aquel. El Registro, por tanto, más que constitutivo de obligación real, autónomamente, tiene importancia en cuanto revela la vinculación de la obligación con el derecho real, de cuyos efectos de oponibilidad «participa».

"Tampoco la mayoría de las obligaciones reales de origen negocial causan dificultades al Registrador −explica LIVER−. La inscripción de la carga fundiaria está regulada, la anotación de los derechos personales también, conforme al art. 959 CCS"[1134]. En realidad, la carga se inscribe como derecho real que es, no presenta interés su consideración como obligación real negocial a los efectos del registro. En cuanto a la anotación de los derechos personales, su consideración como obligación real convencional oscurece un poco la cuestión. Estamos en el campo de la obligación *propter rem* excepcional: surgen, o porque el legislador lo prevé especialmente para ciertos fines, o porque ciertos derechos personales tienen acceso al registro y así son oponibles, con arreglo a una naturaleza propia que trasciende la calificación de derecho personal. Pero sólo en los casos en que la ley lo prevé, utilizando el mecanismo registral previsto, y con efectos determinados, que tampoco tienen por qué encajar en el molde de la obligación real.

Nos interesa la obligación real: se caracteriza, conforme a su terreno propio, por que aparece como en función de un derecho real antagonista, o en las relaciones de vecindad.

---

confiera al acreedor poder sobre la cosa. Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 728.

[1133]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 275.

[1134]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 275.

Son obligaciones de origen real. Si el derecho personal no tiene acceso al Registro, y la anotación de derechos personales es una excepción a esta regla[1135], la obligación real no aparece como un derecho personal que accede al Registro excepcionalmente, sino como una dependencia del derecho real, una relación accesoria[1136]. Por un lado, pues, se diferencia del derecho real; por otro, tiene un efecto frente a terceros que, por analogía con el derecho real, parece que exige la publicidad registral; y, por último, no está separada, sino vinculada al derecho real. Con estas premisas conviene contemplar el juego registral de la obligación real.

Como hemos visto, las obligaciones reales legales no requieren una publicidad registral propia. Dependen de la inscripción del derecho real al que legalmente se vinculan[1137]. Pero −es importante− aunque sean legales, estamos considerando aquí la obligación *propter rem* en su terreno propio de equilibrio de derechos, y en este sentido, la obligación real. Una de sus fuentes es la ley. Y es aquí (despejada la cuestión de los derechos personales anotados) donde la ley *permite* el juego de las obligaciones reales convencionales. Aparece, entonces, la obligación del art. 730. 2º CCS, en la servidumbre: posibilidad de que una prestación de hacer quede ligada a la propiedad del fundo sirviente.

Resulta muy significativo que para esta obligación real convencional (cuya posibilidad, se dice, debe estar prevista en la ley) el legislador no se preocupe específicamente de su tratamiento registral, e incluso LIVER habla de ser «deseable» que figure en el Registro, lo que parece una atenuación a las exigencias establecidas para la obligación real.

DESCHENAUX y PIOTET[1138], entre otros, han señalado que esta obligación no puede producir su efecto específico sin venir publicada en el registro. Ahora bien "*Comme droit personnel, elle ne peut cependant faire l'objet d'une inscription propremet dite. Elle ne peut non plus être annotée, ne faisant partie des doits légalmente annotables. Une mention, qui n'a qu'un effet déclaratif, n'est pas propre à rendre l'obligation opposable aux tiers acquéreurs de l'immeuble. Et cependant il est inconcevable qu'un tel tiers puisse être tenu p. ex. d'entretenir une installation de captage sans que le registre foncier lui ait révelé cette charge; et admettre qu'il n'en serait tenu qu'à condition qu'il ait repris la dette ou du*

[1135]Tienen acceso al Registro *en atención a sí mismos*, cuando la ley lo prevé especialmente, por el cauce marcado.

[1136]Cfr. DESCHENAUX, *ibidem*, p. 729.

[1137]Cfr. DESCHENAUX, "*Les obligations...*", *cit.*, pp. 294-295.

[1138]Cfr. PIOTET, *Traité...*, *cit.*, p. 40.

moins qu'il en ait eu connaisance reviendrait à enlever à l'art. 730 al. 2 CC son sens et sa portée. Aussi faut- il admettre que l'inscription même de la servitude puisse et doive révéler l'existence et l'objet de l'obligation accesoire de faire (dans la description du droit ou par un renvoi spécial aux pièces justificatives)"[1139].

Todo esto es remarcable: el juego registral de la obligación real depende de su consideración como un accesorio del derecho real, es parte de su contenido, en la relación jurídica. Aunque el registro sea de cosas, de derechos reales, es preciso aquí una atenuación a la construcción dogmática, y, aunque no quiera reconocerse, se introduce la idea de la relación. En realidad, la presencia de aquella en el Registro tiene el sentido de **revelar su vinculación en la relación real**. Para estos autores, revelar la vinculación y constituir su oponibilidad es inescindible. Pero el primer aspecto es lo que puede terminar colocando al Registro en un segundo plano. La obligación «accesoria» tiene un campo más o menos amplio de desarrollo, pero la ley no determina su contenido de modo específico, ni, quizá, deba hacerlo −ineludiblemente− el registro[1140].

Hay un dato significativo: cuando DESCHENAUX estudia las «obligaciones voluntarias que modifican el régimen legal de la propiedad y los derechos reales» −en su trabajo anterior a la reforma del derecho de superficie− señala que la ley no presenta expresamente más que una: la obligación de hacer que puede ir vinculada accesoriamente a una servidumbre fundiaria (art. 730. 2 CCS). Pues bien, precisamente en este caso paradigmático, teniendo en cuenta que los derechos personales con eficacia de obligación real exigirían tratamiento registral, y que, además, los derechos personales que no estén previstos no pueden venir anotados, sin embargo la ley no precisa este importante aspecto. Sin embargo, insiste DESCHENAUX, "en la medida en que el carácter accesorio esté salvaguardado, la obligación de hacer pesa sobre todo propietario del fundo gravado, a condición de que el Registro la revele"[1141]: la doctrina se muestra sensible a la necesidad de

---

[1139]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 728.

[1140]Mientras el derecho real tiene su característico modo de acceder al Registro, y también los derechos personales anotados, la obligación real se caracteriza, propiamente, por no mostrarse, propiamente, como un «derecho personal anotado» sino como un aspecto de la relación real. Por ello, los cauces de presencia de la obligación real en el Registro son diversos. E incluso podría no estar presente allí.

[1141]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 727.

publicidad registral. Pero el cauce, estaría cerrado (si ésta obligación fuera un «derecho personal»), o no determinado.

Como vimos hace un momento, esto ha preocupado a LIVER: "En ningún lugar se encuentra prevista, en cambio, la inscripción, o modo de figurar en el Registro, de la obligación del art. 730. 2. Que figure en el Registro es sin embargo **deseable** o incluso imprescindible. Aunque tenga un carácter meramente obligatorio, se encuentra sin embargo tan vinculada (*sic*) a la servidumbre, que ésta se encuentra determinada por ella económicamente de manera decisiva". Lo que resulta extraño desde el punto de vista del derecho personal (el acceso al Registro) y hace hablar de «deseable», puede encauzarse por la vinculación de la obligación con el contenido de la servidumbre. Y, si es «imprescindible», aunque la doctrina tienda a verlo así por su eficacia hacia terceros adquirentes, esta «conveniencia» desplaza un poco su sentido: no es una necesidad autónoma, sino porque se refiere al contenido de un derecho real.

Por ello, el cauce registral va a ser, precisamente, la inscripción, pero no propia de la obligación real, sino la del derecho real. Aquella no tiene un acceso «propio» al Registro, forma parte de la relación real. Sin embargo, no han dejado de surgir dudas y temores, relacionados con la preocupación por la determinación del contenido del derecho real y la concisión del Registro.

Sólo es posible −explica RUEDIN[1142]− constituir los derechos reales previstos y reglamentados en el CCS. Pero "para tener un sentido el principio (*numerus clausus*) debe también aplicarse al contenido de los derechos. Las partes están fuertemente limitadas en su determinación". El poder sobre la cosa ha de plasmarse en alguno de los modelos previstos. Aunque algunos tipos permiten mayor variedad de contenidos, como ocurre en las servidumbres. También las *grundlasten*. Y, en el derecho de superficie, las partes pueden contractualmente determinar, concretar, la extensión del derecho real. Esto (como vimos) se interpreta por la doctrina como una fijación del contenido real. En todo caso, tal concreción ha de manifestarse en la inscripción...

Las obligaciones reales, sin embargo, no son «contenido real», y por ello resulta más costoso a la doctrina admitir una variedad contractual en ellas. "Su creación negocial −llega a afirmar LIVER− es posible únicamente si la ley las ha previsto expresamente"[1143].

[1142]Cfr. RUEDIN, *op. cit.*, p. 106.

[1143]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 277.

En el caso del art. 730, a LIVER le preocupa la falta de datos concretos y específicos relativos a esta obligación.

Su vinculación con el derecho real "justifica que se manifieste en el Registro con la denominación de la misma servidumbre, añadiendo las palabras «con obligación de mantenimiento» (...) Si esta vinculación con la carga de la servidumbre de deberes de prestación accesorios debiera generalizarse, y no sólo se convinieran, como casi exclusivamente hasta ahora, obligaciones pactadas para la conservación de las obras necesarias a la servidumbre, sino muchos otros deberes obligatorios, el Registrador podría encontrarse ante una tarea nada fácil. Podría no bastar la posible indicación como añadido a la palabra clave. Habría que remitirse al título, p. ej., con la fórmula «con deberes obligatorios de acuerdo con el contrato por el que se establece la servidumbre». Tal inscripción resultaría sin embargo muy insatisfactoria. No seguiría el principio de que aquellas deben designar el contenido del derecho o de la carga del modo más preciso, aunque con la mayor concisión. Tampoco se conciliaría fácilmente con el principio de que los derechos personales sólo pueden ser anotados en el Registro en los casos expresamente mencionados en la ley. Sino que aquí nos encontraríamos con inscripciones, aunque meramente accesorias, que podrían tener por objeto los más variados derechos y deberes obligatorios"[1144].

Estas preocupaciones −como hemos apuntado− se reflejan en relación con la reforma del derecho de superficie: para conseguir que ciertas obligaciones positivas, sobre todo del superficiario, se vinculen *propter rem*, LIVER encuentra dos caminos, convertir las más

---

[1144]El propio LIVER, sin embargo, apunta la solución: "objeto de la inscripción sólo podrían ser sin embargo obligaciones que, en relación con la servidumbre, tienen un valor accesorio y se encuentran vinculados a la misma en cuanto que posibilitan su ejercicio y alivian o disminuyen sus efectos perjudiciales".

La exigencia de determinación del contenido posible de un derecho real, y, aún más, la eventualidad de deberes positivos que, sin determinación expresa de la ley para su anotación, puedan acceder al Registro como un conjunto amorfo, general, simplemente «acompañando» a un derecho real, preocupa a LIVER. "Que se cumplan estos presupuestos tendría que examinarlo propiamente el Registrador. Si se exige este examen, no puede ciertamente extenderse a toda una serie de variadas obligaciones a las que ha habido una simple remisión en la inscripción en virtud de una fórmula general. Se recomienda por eso frente a la petición de inscripción de servidumbre con todo un anejo de deberes de prestación obligatorios una decidida reserva". Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 275-276.

importantes y utilizadas en la practica en obligaciones reales legales[1145], o establecer una autorización legal general para el establecimiento de obligaciones reales con ese contenido determinado[1146]. Parece que los dos caminos son válidos (esto no conviene olvidarlo) pero a LIVER le parece mejor el primero. Esto resulta de una falta de claridad acerca de la relación de estas obligaciones con el Registro: como no está claro que puedan acceder −son derechos personales− lo mejor es eludir el problema, porque las prevé la ley[1147].

La autorización legal general es el camino seguido en Alemania, aunque, dice LIVER, con la criticable disposición de que las obligaciones señaladas allí pertenecen al contenido del derecho si han sido convenidas contractualmente por las partes. Esta idea sin embargo es interesante en cuanto la obligación real recibe su fuerza precisamente de que forma parte de la relación determinando en ella el contenido del derecho. Si se aleja la obligación real del contenido del derecho real aparece «desconectada» y sólo posible por la previsión legal, o cuando el legislador prevea expresamente que un derecho personal puede ser anotado.

Pues bien, la propuesta, dice LIVER, se corrige en Suiza en el sentido de la *obligación realtual* (no contenido del derecho real, sino conjunto de elementos colaterales). Pero si se separa inadecuadamente obligación contractual y contenido del derecho real, surgen problemas, porque no habría sitio para ese contrato en el Registro: no es contenido del derecho real. Y, entonces, "deberes de hacer vinculados al derecho real no resultarían ni de la ley ni del Registro". Con ello se llega a la interpretación del art. 779b CCS como *contenido real contractual*. Y las obligaciones reales no pueden ser «contractuales» sino

---

[1145]Es decir, en principio, según el sentido del discurso, obligaciones reales imperativas. O, a lo más, aunque esto parece también muy dudoso, de carácter dispositivo en cuanto serán efectivas salvo pacto en contrario. (Obligaciones dispositivas del tipo más estrecho).

[1146]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 278. En realidad, parece que en ambos casos, el contenido obligacional real posible estaría bien determinado.

[1147]En todo caso, si hay una autorización legal general (y se admitiera incluso con un carácter más amplio que el que parece presentar LIVER), el Registrador tendría un trabajo que parece no competerle, y las inscripciones registrales se complican. El influjo del sistema y del orden dogmático se deja sentir en las soluciones. En el fondo, está la idea de que el Registro no tiene por qué ocuparse de las obligaciones reales y, por tanto, tampoco las partes podrían establecerlas (porque si son contractuales sólo son oponibles, cabalmente, por el Registro) de modo que es la ley la que soluciona esto.

legales: sin necesidad del Registro, o, como veremos, en ciertos casos porque se prevé específicamente su anotación[1148].

Sin embargo, la ley, como volvemos a reiterar, en el art. 730. 2 CCS presenta un ejemplo que a los ojos de LIVER aparece «inquietante»: es una obligación real en su terreno propio, no está determinado su contenido específicamente, no está previsto el cauce para que este «derecho personal» acceda al Registro.

La contemplación de la obligación real como figura paralela o análoga, pero independiente del derecho real, conduce −«más aún», si cabe− al *numerus clausus* y, en la preocupación por su «acceso propio» al Registro, a plantear como únicas posibilidades «seguras» la obligación real legal, y los derechos personales anotados (muchas veces en el campo de la obligación *propter rem*, pero particular, y con un acceso determinado al Registro) que en el fondo puede ser otro modo de obligación *propter rem* prevista taxativamente en la ley, aunque con opción convencional de utilizar o no esta posibilidad.

En realidad, la obligación real es una figura *integrada* en la relación de derecho real, es una figura paralela o análoga, pero conectada, vinculada. En este sentido, en su terreno propio de obligación real, básicamente *participa* del criterio de *numerus clausus* porque *forma parte* de la construcción de los derechos reales en la relación.

Siempre queda, sin embargo, en la óptica de la doctrina suiza, la mayor excepcionalidad de las obligaciones reales, lo que impide su utilización flexible: puede dar la impresión de que precisamente son ciertos tipos de derecho real los que en su contenido admiten cierta variedad, pero en cuanto al elemento real (por las diversas utilidades de la cosa que pueden atribuirse a modo de servidumbre). Y cuando, en el derecho de superficie se habla de un contenido contractual, esto también haría referencia a la mayor o menor extensión que puede alcanzar el contenido real, contenido legal abierto a concreciones pero siempre en lo relativo al poder y al tolerar o padecer.

Ciertamente, la exclusión de la libertad contractual para la constitución de obligaciones reales está en relación con el numero limitado de los derechos reales[1149]. “Si las partes pudieran ligar según su voluntad deberes de prestación a derechos reales, la razón de ser del

---

[1148]Cfr. LIVER, “*Die Realobligation...*”, *cit.*, p. 278. En realidad, en estos casos, el legislador ha permitido el juego de la libre determinación del contenido de la obligación real dentro de ciertos márgenes.

[1149]Cfr. JOST, *op. cit.*, p. 130.

numerus clausus de los derechos reales vendría a caer, y una delimitación entre derechos reales y derechos personales sería imposible". El *numerus clausus* −dice SCACCHI− es una característica de los derechos reales, no tanto un elemento propio de las obligaciones *propter rem*, pero las obligaciones reales existen en número limitado por el hecho de su vinculación a un derecho real.

Todo esto resulta coherente: si está alineada con los derechos reales, si corresponde a su terreno propio, si forma parte de ellos −y sin ser poder sobre la cosa− habrá de aplicarles el criterio que rige en los derechos reales[1150]. Sin embargo, paradójicamente, es este el camino por el que la obligación real puede adquirir cierta libertad. Aunque es aquí, también, donde la doctrina suiza encuentra una *dificultad*: la conciencia de que sólo el legislador es juez en esta materia[1151], y la desconfianza hacia situaciones en que la ley deje «cabos sin atar» pesan mucho. En materia de derechos reales los tipos −algunos− permiten variedad, sin embargo "los límites externos son estrictos"[1152]. En cuanto a las obligaciones reales, no agrada −resulta extraño al sistema− la perspectiva de una determinación genérica, dejando a las partes que las establezcan y al registrador que juzgue si encajan adecuadamente. Todo ha de quedar aclarado en la ley, y acceder de modo conciso al Registro.

Sin embargo, es aquí donde después, analizando la ley y la doctrina, cabe constatar elementos que pueden abrir campos al juego de la obligación real.

Posibilidades de utilización y cauces de acceso al Registro

En este marco general, conviene descender a los supuestos:

En el artículo 730. 2 CCS la ley hace una simple referencia a una «obligación positiva» sin concretar su contenido. Pero sólo puede acompañar al derecho real accesoriamente. Esto no sólo significa vinculación *ad extra*, ni sólo importa en cuanto al abandono liberatorio. Determina los posibles contenidos de esta obligación, que el legislador deja sin concretar.

[1150]Por ello, es preciso plantearse hasta qué punto las flexibilizaciones que en estos sistemas se detectan penetran también en la esfera de la obligación real.

[1151]Además, la libertad de acción de las instancias «judiciales» es mayor en el sistema de fuentes suizo, por lo que, de otro modo, el control de las situaciones reales se haría difícil, con el consiguiente peligro para la seguridad jurídica y el tráfico de los bienes.

[1152]Cfr. RUEDIN, *op. cit.*, 109 y ss.

Por otra parte, es lógico: si la servidumbre, en su contenido real, puede presentar variedad de formas, las obligaciones reales que lo acompañan no pueden especificarse *a priori*. Hay una correlación entre la amplitud de determinación del tipo real y la genericidad en la previsión de las obligaciones reales accesorias.

Así pues, cuando LIVER dice que sólo pueden establecerse obligaciones reales que tengan determinado contenido respecto a la servidumbre, está señalando la tipicidad exigida a aquellas. No podrían ser un simple cauce para unir cualquier obligación a un derecho real y darle estabilidad[1153], en la obligación real lo fundamental ha de ser el derecho real, y sólo cabe aquella por su adecuación con el esquema de reparto establecido. Lo explica PIOTET siguiendo a LIVER[1154]. "El carácter accesorio, secundario, de la obligación *propter rem* (...) debe resultar de su contenido y de su extensión. Por su contenido, debe hacer posible o facilitar el ejercicio de la servidumbre o incluso impedir que este ejercicio dañe a terceros (...) Por su extensión, no debe constituir económicamente una carga más gravosa que la servidumbre (apreciando el juez libremente cada caso)". Después, "la obligación accesoria no nace como *propter rem* más que por la escritura que la concierne en el Registro. Cuando las condiciones del art. 730.2 CCS no se cumplen, la inscripción debe rechazarse; y esta inscripción no crea la obligación *propter rem* si tiene lugar"[1155].

La obligación real precisa por tanto ciertos controles: la intervención del Registrador; la posibilidad posterior de acudir al Juez (por un nuevo titular afectado)[1156]. En todo caso, su

---

[1153]Este es el campo de los derechos personales anotados, o para esto se utiliza, como veremos, la carga real.

[1154]Cfr. PIOTET, *Traité..., V-3, cit.*, pp. 40-41.

[1155]En este caso, explica PIOTET, puede darse la nulidad del contrato de servidumbre si la nulidad de la cláusula sobre la «obligación accesoria» entraña la suya según la voluntad hipotética de las partes (si la nulidad afecta a la servidumbre la inscripción ha tenido lugar sin causa válida y aquella no ha nacido). Interpretando el título puede determinarse si hay nulidad de la servidumbre, mantenimiento sin la obligación real (que puede permanecer como obligación personal: la obligación pretendidamente accesoria se convertirá en ordinaria)... *Vid.* PIOTET, *Traité..., V-3, cit.*, p. 40 y ss.; STEINAUER, *Les droits réels, II, cit.*, n. 2218 y ss.

[1156]Al igual que la obligación real se adapta, en principio, al derecho real concreto, es necesario (para que sea una figura utilizable) establecer mecanismos de mutabilidad. Si no −aunque, como dice RUEDIN, "el mecanismo es juicioso"− habría que aceptar el aviso de este autor, de tratarse de un instrumento con escasa facilidad de adaptación a las circunstancias: Acceso al juez cuando las nuevas circunstancias agraven la situación del deudor −en tal sentido

vinculación y la función liberatoria del abandono tienen relación con el nexo que debe haber entre los contenidos obligatorios y el reparto de las utilidades de la cosa de que resulta instrumento la atribución (de lo contrario, no estaríamos ante un derecho real, sino ante un contrato, vinculado al establecimiento de derechos reales, pero con su vida propia[1157]).

Pues bien, parece que el lugar propio de acceso al Registro de esta obligación es la inscripción, no una propia, sino la de la servidumbre. Manifiesta la vinculación de la obligación, y su publicidad la constituye *propter rem* sobre todo porque manifiesta aquella. No debe ser difícil en la inscripción realizar una referencia concisa y adecuada a las obligaciones que se constituyen como accesorias y su carácter. Después puede bastar, para la comprensión del contenido concreto, una remisión al título constitutivo. Esto, que duda LIVER, es sin embargo aceptado por DESCHENAUX[1158] y PIOTET[1159].

En el derecho de superficie también se presentan estos problemas, como hemos visto. Ciertamente, la ley ha optado por la obligación real legal (dejando además, paradójicamente, fuera de tal ámbito la renta superficiaria, cuya seguridad fue uno de los motivos de la reforma; entre otras razones, pienso, porque es innegable que el convenio puede jugar con tal aspecto obligatorio). Pero, al lado de las obligaciones reales imperativas, hay otras que pueden establecerse o no −lo que viene previsto por la ley. Y, en materia de indemnización y derechos del *dominus* relativos al control de las obligaciones del superficiario, se deja un importante ámbito de libertad[1160]. Además, el art. 779b se refiere, en general, a las disposiciones contractuales sobre los efectos y extensión del derecho de superficie, que "son obligatorias para todo adquirente del derecho de superficie y del inmueble gravado".

---

se cuenta también con el abandono−, utilidad de la revisión por cambio de circunstancias, excesiva onerosidad sobrevenida... Si para la propia servidumbre, ATIAS ha explicado su mutabilidad, hay que tener también en cuenta la posible invocación del ejercicio *civiliter* del derecho, como fuerza que permite exigir el cambio y adaptación. Cfr. PIOTET, *Traité..., cit.*, p. 39.

[1157]Esta mezcla, como hemos señalado, es característica de la enfiteusis y el mundo de los censos.

[1158]Cfr. DESCHENAUX, "*Les obligations...*", *cit.*, p. 297.

[1159]Cfr. PIOTET, *Traité..., cit.*, p. 40.

[1160]*Vid.* arts. 779e y 779h CCS, a los que ya hemos hecho referencia *supra*.

Ya hemos visto que, ante el tenor literal de este artículo, buena parte de la doctrina entiende que se refiere al contenido «real»[1161]. La libertad contractual no alcanzaría al establecimiento de obligaciones reales. Podemos, sin embargo, volviendo a los argumentos anteriores, apuntar que, cuando menos, si algunas de las disposiciones contractuales pueden dibujar una estructura real concreta, en relación con ella cabe plantear la conexión de obligaciones adecuadas a la configuración establecida. Este artículo supone otro punto de apertura del *numerus clausus* en materia de obligaciones reales. Y aquí también el cauce registral para su oponibilidad puede ser la inscripción. Porque, además, la superficie no deja de ser en Suiza una servidumbre más, a la que se podría aplicar el art. 730. 2º CCS.

Y hay otro argumento interesante: las delimitaciones de prestación positiva podrían establecerse para el derecho de superficie −con absoluto respeto del sistema establecido−, dicen PIOTET y RUEDIN, a través de una carga real[1162]. Supone una forma de vincular una obligación a un inmueble, como «obligación del inmueble». Y, en derecho suizo, se trata de un tipo abierto a la variedad, con tal que se cumplan las condiciones previstas. Aquí, también en el Registro puede expresarse sucintamente el contenido de la carga, con una remisión al título constitutivo[1163]. Esto sí que es una figura «excepcional» (aunque esté «en el sistema»). Sin embargo, una vez más, puede parecer que en Suiza lo «real» (dentro del *numerus clausus*) permite más libertad que la obligación real. No parecería lógico que, después de desarrollada toda una doctrina de la obligación real, su juego no alcance siquiera las posibilidades de las cargas reales[1164].

[1161]Así como la servidumbre, en general, admite variedad de formas, el derecho de superficie, aún siendo una servidumbre concreta, permitiría variedad de configuraciones en el derecho real concreto.

[1162]Cfr. PIOTET, *Traité..., cit.*, p. 40, nota 34. *Vid.* también STEINAUER, *Les droits réels, III, cit.*, n. 2597 y ss.

[1163]Cfr. STEINAUER, *Les droits réels, III, cit.*, n. 2596a. Lo que constituye otro argumento que matiza las dudas de LIVER.

[1164]El propio PIOTET reconoce que, en cierta dirección, la libertad en las obligaciones reales accesorias, en realidad es más amplia que en la carga (sirve para deberes negativos, es utilizable en servidumbres personales, no tiene las limitaciones en conexión a la economía del fundo gravado...). Si bien, la carga puede ser perpetua, y presenta la libertad de poder constituir económicamente la carga principal. *Vid*. PIOTET, *Traité..., cit.*, pp. 39-41, y 127-128.

Existe, en fin, todo un terreno de lo que DESCHENAUX llama "obligaciones reales modificativas del régimen legal de la propiedad y los derechos reales"[1165]. Las obligaciones de esta categoría, dice, son todas de aquellas en que el acreedor es también titular de un derecho real. Se establecen en función del derecho real antagonista y son, en este sentido, de origen real[1166]. Aparecen en función de la relación entre propiedad y derecho real limitado, o entre dos derechos reales, o entre un derecho real y otra esfera jurídica protegida en el campo de la vecindad[1167]. En este «terreno propio», como vimos, aparecen obligaciones reales legales y se desarrolla el juego de la obligación real voluntaria.

De éstas últimas, decía DESCHENAUX, la ley sólo se refiere expresamente a una, la del art. 730.2º CCS. "En la medida en que el carácter accesorio esté salvaguardado, la obligación (...) pesa *propter rem* (...) a condición de que el Registro la revele"[1168]. "Pero el CCS *autoriza expresa o implícitamente* a las partes, en materia de vecindad y coexistencia de derechos reales sobre la misma cosa, a modificar sus derechos y obligaciones recíprocas, al menos dentro de ciertos límites(...) Estas obligaciones son susceptibles de establecerse como *propter rem*, observando las formalidades apropiadas".

Y aquí entra en consideración la posibilidad que el legislador ofrece de establecer o no ciertas obligaciones, modificar las previstas o darles distintas formas, por tratarse de derecho dispositivo. La obligación convencional, que puede suponer, pues, su previsión legal salvo pacto para la supresión o modificación, la previsión legal de que ciertas cuestiones pueden regularse por obligaciones reales con distintos contenidos, o la previsión general de «obligaciones accesorias».

La doctrina se refiere al carácter dispositivo de normas de vecindad (las partes pueden modificar convencionalmente las relativas al *écoulement des eaux* −arts. 689, 690; 680 2º CCS[1169]− y servidumbres (ordenación del art. 741 CCS[1170]) También las reglas relativas a las

---

[1165]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 727 y ss.; "*Les obligations...*", *cit.*, p 295.

[1166]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 724, 727-728.

[1167]Cfr. *Ibidem*, p. 723.

[1168]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 727.

[1169]Cfr. DESCHENAUX, *ibidem*, notas 64 y 65.

[1170]"Estas relaciones de obligación son de derecho dispositivo: y las partes pueden, por una convención sometida a la forma del contrato de servidumbre, poner el mantenimiento por entero a cargo del propietario gravado, o repartirlo en diversas proporciones, o ponerlo a cargo del

obligaciones y reparto de cargas en el usufructo, y la organización de la copropiedad y propiedad horizontal, como hemos visto, admite ampliamente la obligación real convencional. Por aquí se flexibiliza el *numerus clausus*: la posibilidad debe estar prevista en la ley, pero hay campos de derecho dispositivo en que la ley admite «implícitamente» diversas obligaciones reales.

Respecto de todas ellas parece aplicable lo que DESCHENAUX formula para el caso del art. 730. 2: la constitución requiere unas condiciones de fondo[1171], relativas a la existencia de derecho real, carácter dispositivo de las normas, accesoriedad, porque se trata de una dependencia del derecho real. Y unas condiciones de forma, que derivan del carácter oponible de la obligación, y se refieren a la forma auténtica y Registro.

En cuanto a la forma, es significativo que DESCHENAUX, en su trabajo de 1959 se preocupe antes de las formalidades constitutivas que de las «condiciones de fondo»[1172]. Porque lo llamativo de la obligación real es su oponibilidad. Contemplada en paralelo con el derecho real, si éste como derecho absoluto es oponible, pero necesita la publicidad, la obligación real, análoga, la exige para constituirse como tal[1173]. Además, si el Registro la revela, parece que la obligación real puede acompañar el derecho real sin problema, conforme a la idea de ambulatoriedad absoluta[1174], cuando en realidad la obligación real es función o de origen real, pero podría acompañar más o menos, en sus consecuencias concretas, al primero[1175].

---

titular de la servidumbre. Estas modificaciones del sistema legal no crean obligaciones *propter rem* más que si resultan de la inscripción" (Cfr. PIOTET, *Traité..., cit.*, p. 40).

[1171]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 729.

[1172]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, pp. 728-730.

[1173]"Si la obligación debe quedar oponible a los sucesores a título particular del deudor, debe ser estipulada en una forma determinada y ser objeto de una operación apropiada en el registro fundiario. Esto se explica porque, en sus efectos prácticos, la obligación *propter rem* así creada afecta al derecho real de que forma accesorio pasivo, aunque no confiera al acreedor poder alguno sobre la cosa, sino una pretensión contra quien ejerce momentáneamente sobre ella cierto señorío". Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 728. Un texto, entre muchos, que evidencia la conexión oponibilidad-Registro en paralelo con el derecho real.

[1174]La publicidad registral, se dice, tiene por ello una función que cumplir.

[1175]En nuestro derecho, conforme a un distinto sistema registral, los planteamientos podrían ser distintos, aunque no hay que olvidar que a la obligación real le falta una trascendencia posesoria que el derecho real tiene.

Así pues, el estudio del aspecto registral de la obligación real (de lo que se preocupa especialmente DESCHENAUX en su trabajo de 1962) se tiende a enfocar tomándola como figura autónoma (en cuanto ha logrado mostrarse como noción independiente, lo que, sin embargo, es cosa distinta): necesita el Registro, ¿cómo accede a él...? y la publicidad registral será constitutiva de su existencia, como pasa con el derecho real, de su oponibilidad.

Sin embargo, después vamos viendo que la obligación vinculada, accesoria, más que una oponibilidad propia, requiere una conexión con el derecho real, su oponibilidad es un aspecto del derecho al que acompaña. Por ello, muchas veces, su presencia en el Registro no es propia, accede con el derecho real. Y terminamos dándonos cuenta de que, en realidad, no se trata tanto de reforzar un derecho personal a través del Registro, sino de revelar un aspecto más de la relación real. Este enfoque, en la doctrina suiza, explícitamente no se da. En la práctica, al hilo de ciertas referencias legales, sí.

Pues bien, la constancia registral de estas obligaciones reales convencionales no tiene un único cauce, y esto es altamente significativo[1176]:

La inscripción es de suyo inapropiada, porque sirve para la constatación (constitución) de los derechos reales.

Sin embargo, hay un caso de obligación real convencional que queda así establecida: cuando se trata de modificar, en cuanto a una obligación de hacer, una restricción legal derivante del derecho de vecindad, no se puede hacer sino creando una servidumbre derogatoria en el sentido del art. 680. 2 CCS, con acto auténtico e inscripción. La obligación de hacer creada o modificada se impone entonces a los causahabientes del propietario del fundo sirviente[1177]. Se trata de un apunte interesante para profundizar en los vínculos entre vecindad, obligación real, limitación y servidumbre.

Modalidad de la inscripción. Esta es la solución adecuada para las obligaciones reales accesorias a la servidumbre, y las relativas a convenciones derogatorias del art. 741 CCS, o en materia de usufructo[1178]. También en la copropiedad inmobiliaria, dice DESCHENAUX,

---

[1176]Seguimos en lo básico la presentación de DESCHENAUX, a partir de ahora, en "*Les obligations...*", *cit.*, pp. 296 y ss.

[1177]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.* p. 729; "*Les obligations...*", *cit.*, p. 296.

[1178]"Como derecho personal, el crédito no puede ser el objeto de la servidumbre. No puede tampoco ser anotado, no formando parte de los derechos legalmente anotables. Una mención,

las modificaciones del régimen legal en cuanto a derechos y obligaciones de los condóminos deben ser estipuladas en el acto auténtico de constitución y encontrar expresión en el Registro[1179].

La anotación. La consideración de la obligación real como derecho personal, sin más, determina que se piense en la anotación como medio para su acceso al Registro. Se trataría del medio *adecuado* para la oponibilidad del derecho personal[1180].

La anotación, sin embargo, se refiere al derecho personal autónomo que, por sí mismo, en atención a determinadas finalidades, queda reforzado y aparece como un sucedáneo del derecho real. Los efectos de la anotación no cabe explicarlos como obligación *propter rem* o, al menos, trascienden esta simple eficacia. Además, como el refuerzo implica que un derecho personal tiene una eficacia que no le correspondería de por sí, la anotación enlaza con la obligación *propter rem* como excepcional, más que con la obligación real con su «normalidad» en la vinculación accesoria al derecho real. Por ello, los derechos personales anotables se determinan *ex lege*, ahora sí, en riguroso *numerus clausus*: "Fuera de los casos previstos por la ley, no se puede recurrir a este procedimiento para constituir una obligación

---

que no tiene sino un efecto declarativo, no es adecuada para vincular a los terceros adquirentes". Así pues, "se admite que la inscripción misma de la servidumbre pueda y deba revelar la existencia y objeto de la obligación de hacer, o en el usufructo". Cfr. DESCHENAUX, *ibidem*, p. 297.

[1179]Esto está escrito por DESCHENAUX antes de la fundamental reforma de la copropiedad y propiedad por pisos. Sin embargo, parece claro que en el título constitutivo, tanto en uno como en otro caso, pueden establecerse obligaciones reales de las que precisan unanimidad para su aprobación, en cuanto determinan estructuralmente el contenido del derecho real (arts. 648 y 712g CCS tras la reforma).

"Se trata de nuevo como en el caso del usufructo, de alteración efectiva del contenido legal de un derecho real. Nadie niega el interés práctico eminente de que el orden convencional aceptado pueda producir efecto para los causahabientes. A pesar de la ausencia de base legal directa, pensamos posible atender a esta exigencia por una redacción apropiada de la inscripción de la copropiedad sin recurrir a la anotación" (no sería admisible por su *numerus clausus*). Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.* p. 729; "*Les obligations...*", *cit.*, p. 297.

[1180]Cfr. DESCHENAUX, "*Les obligations...*", *cit.*, p. 298-299. "*C'est le moyen auquel on songe généralement pour créer le rattachement réel parce qu'on est habitué à lui reconnaître cet effet (en sus de l'effet réel proprement dit) pour les droits annotés de l'art. 959 CCS*".

propter rem"[1181]. Porque no está prevista la anotación, en general, como *recurso* para establecer una obligación real.

Sin embargo, lo interesante ahora es que, en algunos casos, la anotación aparece verdaderamente como el cauce para establecer una obligación real: no produce más efecto que el llamado «atípico» por STEINAUER[1182], la vinculación de una obligación a una cosa, y, además, como forma de modalizar un derecho real existente: recoge una obligación que se muestra materialmente real y le proporciona el efecto *propter rem*. Así ocurre, como ha visto muy bien DESCHENAUX, en la anotación del *droit de profiter les cases libres* (art. 814 3º CCS)[1183] y en el *sociétariat* en las sociedades cooperativas del art. 850 CCS[1184]. DESCHENAUX, luego seguido por STEINAUER, es el único que ha recogido este importante matiz, exigiendo, para la obligación real, la ubicación y contenido material en función del juego de los derechos reales, y, luego, el medio de la anotación para «constituirse» como tal. "Entre los derechos personales anotados, sólo dos responden a la noción de obligación *propter rem*". Esta afirmación, es cierto, tiene un sentido en el seno de la polémica relativa a la anotación, puesto que DESCHENAUX ni siquiera reconoce que en los demás casos de anotación pueda en algún sentido verse la vinculación de un contenido obligacional a un derecho real, pero, aunque hubiera que admitir esto, no se produce en el sentido de la obligación real. Sólo hay obligación *propter rem*, para la anotación, sin dudas de ningún género, en estos dos casos −uno de ellos, al menos, seguro− de obligación real. Es un mecanismo registral que materialmente (y «efectualmente») puede tener distintos sentidos. Se refiere al refuerzo del derecho personal, y también, como la obligación real no deja de ser una relación de derecho personal, puede ser cauce de obligación *propter rem*, y, sin duda (art. 814. 2 CCS) de obligación real.

La anotación, pues, puede ser un cauce de acceso al Registro para la obligación real. Lo que ocurre, después, es que el legislador ha seguido utilizando el mecanismo de la anotación, como si la clarificación de que la obligación es verdaderamente real −lo que tendría que terminar haciendo la propia ley− necesitara la confirmación del cauce registral de la anotación. Sin embargo, no parece imprescindible.

[1181]Cfr. DESCHENAUX, *ibidem*.

[1182]*Vid.* el tratamiento de los efectos de la anotación por STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, n. 795 y ss.

[1183]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 735 y ss.

[1184]Cfr. DESCHENAUX, *Ibidem*, pp. 737-738.

Así, al plantear como accederán al Registro las obligaciones reales de la copropiedad (antes de la reforma) mientras DESCHENAUX[1185] se inclina por la inscripción, LIVER no lo ve necesario, y defiende utilizar la mención (lo cual, como veremos, es interesante). PIOTET tercia en la discusión[1186] y preconiza la anotación como constitutiva del vínculo entre la copropiedad y las relaciones de derecho personales[1187] Esto último, la importancia «propia» de la vinculación con el derecho real, no ha tenido reflejo en la doctrina suiza en el tratamiento registral, por la caracterización del Registro como constitutivo de la oponibilidad (del derecho real, de la obligación real). Pero, sin un desarrollo doctrinal, la fuerza de las cosas la ha destacado con sorprendente vigor rompiendo moldes, en materia de copropiedad (y antes, estuvo a punto de ocurrir, en derecho de superficie).

La mención. Insiste DESCHENAUX (de acuerdo con el punto de vista de la doctrina unánime) que una mención, que no tiene −en principio− más que alcance declarativo, no podría ser constitutiva del efecto *propter rem*.

Sin embargo, en el primer anteproyecto de reforma del derecho de superficie, el propio LIVER había previsto la posibilidad de relaciones obligatorias *propter rem*, sólo con una mención en el Registro de las condiciones establecidas (art. 779 *bis*. 2º). Esta solución fue criticada[1188], y, para DESCHENAUX, justamente[1189], porque el simple carácter declarativo de la mención no podría producir el efecto *propter rem*. El modelo fue abandonado.

[1185]Cfr. DESCHENAUX, "*Les obligations...*", *cit.*, pp. 297-298.

[1186]Cfr. PIOTET, "*Des effets...*", *cit.*, pp. 413-414.

[1187]La anotación aparece como mecanismo constitutivo de obligación real en otros distintos supuestos:

En el derecho de superficie, aparte de las obligaciones reales legales, las que se prevén como convencionales requieren precisamente la anotación (convenciones modificando las consecuencias legales de la extinción de la relación, indemnización y procedimiento para fijarla y modificarla, art. 779e CCS).

En general (derecho de superficie, copropiedad) las modificaciones relativas al establecimiento de derechos de retracto (art. 682. 3º CCS). Aquí, manifiestamente, la anotación se concibe como medio de ligar a los causahabientes por las modificaciones convenidas (Cfr. DESCHENAUX, "*Les obligations...*", *cit.*, p. 299).

[1188]*Vid.* por todos, PIOTET, "*Des effets...*", *cit.*, p. 413 y ss.

[1189]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 728; "*Les obligations...*", *cit.*, p. 297 nota 40.

Pero en el proyecto para la reforma de la copropiedad se establecía que las decisiones de los copropietarios y las reglas de administración y goce convencionales vinculan al causahabiente de un copropietario, debiendo ser objeto de una mención obligatoria en el Registro (art. 647*bis*). También esta fórmula fue criticada[1190]. Sin embargo, parece que, en el fondo de esta concepción (fracasada para el derecho de superficie, y ya veremos lo que ocurrió en materia de copropiedad) puede estar una visión en la que lo importante es, por un lado, el carácter obligacional de la figura[1191], y por otro, su vinculación a la relación en que se mueve el derecho real. Basta, o es conveniente, que el Registro manifieste tal vinculación, pero puede hacerse por un medio simplemente declarativo, como la mención. La vinculación resulta de la coherencia de la obligación, según el marco fijado en la ley, con el derecho real, y de su presencia en el título constitutivo o contrato anejo por escrito. La necesidad de que el Registro la manifieste, entonces (así es en la práctica) admite distintas vías. En la inscripción, la obligación real manifiesta su vinculación porque acompaña en ella al derecho real que se constituye. También la anotación puede constituir y revelar la vinculación con el derecho real, a través de un medio adecuado para la oponibilidad de un derecho personal. Pero también es posible que, de acuerdo con las previsiones de la ley, baste una mención informativa: la obligación real está vinculada al derecho real porque corresponde a la previsión legal, aunque pueda tener acceso al Registro, por un cauce, también, adecuado. El Registro no le añade nada, pero por razones de seguridad jurídica podría ser obligada la información al tercero de las obligaciones reales de goce y administración, que la ley se ha encargado de revelarle, en general, que van a existir[1192].

[1190]*Vid.* lugar citado en notas precedentes.

[1191]No necesitaría, propiamente, del registro, porque nunca va a tener efecto *erga omnes*.

[1192]"Las decisiones de los copropietarios y las reglas de administración y goce que hayan convenido vinculan al causahabiente del copropietario debiendo ser objeto de una mención en el registro fundiario". (Cfr. art. 649*bis* del Anteproyecto; DESCHENAUX, "*Les obligations...*", *cit.*, p. 298).

En la propiedad por pisos, dice DESCHENAUX, la mención obligatoria, no constitutiva del efecto *propter rem*, está ahí para informar al adquirente.

Con este sistema, la inscripción constituye el derecho real, pero ciertas obligaciones que le acompañan, sin ser «derecho real», están virtualmente incluidas en la inscripción (por ella ha nacido el derecho real, las obligaciones reales no tienen un nacimiento «propio») y la información −obligatoria− sobre su existencia y contenido puede producirse por la mención.

Tras la reforma de 1963, el art. 649a CCS dispone la oponibilidad a los adquirentes del Reglamento de Utilización y Administración −lo que es aplicable también al Reglamento del art. 712g. 3− y de las medidas administrativas acordadas por los copropietarios. Todo un conjunto de obligaciones reales acompañará a la copropiedad, y accederá a Registro de diversas formas y con distintos alcances.

El título constitutivo, o una convención unánime posterior, en forma auténtica, puede ordenar en la copropiedad, de modo distinto, materias como el *quorum* decisorio para la realización de actos de disposición, la fijación y modificación del destino de la cosa, o un reparto peculiar de gastos y cargas... Cabría pensar que algunas de estas líneas estructurales tienen su lugar propio, en el Registro, en la inscripción[1193]. Parece, sin embargo, que forman parte del reglamento del art. 647. 1 CCS, e, incluso, respecto al reparto de cargas, en la propiedad por pisos, del previsto en 712g CCS[1194].

Otras reglas convencionales, como el pacto de mantener la indivisión o las posibilidades en materia de retracto e, incluso, derecho de oposición a la transmisión de cuota, obtienen acceso al Registro a través de la anotación[1195].

Puede parecer que, con una mención obligatoria, en realidad adquiere carácter constitutivo; en realidad, la diferencia puede ser sólo de matiz, pero importante, por cuanto se trataría de incidir en que el Registro no *constituye* más que el derecho real, y *revela* la vinculación de la obligación real.

[1193]Como reglas que trascienden las materias propias de tal reglamento, por referirse a la disposición y el destino de la cosa, aunque puedan modificarse en estos aspectos por unanimidad las previsiones legales.

[1194]Cfr. STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, nn. 1255, (art. 648 2ª CCS), 1260-1260a, 1297 (art. 649. 1 CCS) y 1347 (art. 712g. 3 CCS).

[1195]En cuanto al pacto de indivisión, *vid.* art. 650.2 CCS. Puede preverse por contrato (con frecuencia se trata de una cláusula del acto constitutivo). Si deriva de contrato *inter vivos* y la copropiedad recae sobre un inmueble, se requiere la forma auténtica (arts. 650. 2 y 680. 2 CCS). Puede ser anotada en el Registro (arts. 650. 2 *in fine* y 71a. 2 y 3 ORF), también aunque no tenga origen en una convención entre copropietarios, si bien esto es controvertido. Esta anotación la hace oponible a todo causahabiente de cuota. (Cfr. STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, nn. 1186 y ss.).

En la copropiedad por pisos, puede introducirse convencionalmente, suprimirse o modificarse el derecho de retracto. Mientras en la copropiedad ordinaria, la modificación o supresión del retracto legal exige la forma escrita, en la propiedad por pisos, a la introducción convencional de tal derecho basta la forma del acto constitutivo y, si deriva de convención

Sin embargo, las obligaciones reales incluidas en los reglamentos de los arts. 647 y 712g CCS, dice STEINAUER, reciben su eficacia propia de la general previsión legal, aunque puedan ser mencionados en el Registro, mención que no reviste carácter constitutivo, ni siquiera declarativo, sino simplemente informativo. La mención es facultativa para la comunidad, aunque el art. 712g prevé que deberá hacerse a petición de un copropietario[1196], revistiéndola en cierto modo de carácter obligatorio[1197]. En definitiva, para establecer la vinculación de las obligaciones al derecho real no es necesaria en este caso ninguna operación en el Registro inmobiliario, aunque la mención es útil porque informa al adquirente, facilitando las transacciones inmobiliarias, y otorga estabilidad al orden obligacional previsto, en cuanto nadie podrá prevalerse de su desconocimiento del contenido de una mención: la publicidad excluye los hipotéticos efectos de la buena fe del tercero[1198].

Por último, la ley otorga a los copropietarios una capacidad de adoptar decisiones en materias de administración, goce, obras... que vincularán a los adquirentes −como también el *règlement de maison*, en la propiedad por pisos, semejante a nuestras ordenanzas de régimen interior− sin que en ningún momento se prevean cauces de constancia registral.

---

ulterior, la escrita, también para las convenciones de modificación o supresión. La cláusula de reintroducción, en la propiedad por pisos, de este derecho puede ser anotada en el Registro (arts. 712c. 1 y 71a ORF), y su efecto de oponibilidad no se limita a diez años, pudiendo extenderse por todo el tiempo que dure la copropiedad. (Cfr. STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, nn. 1218 y ss.).

Y, en virtud del art. 712c. 2, con la misma forma y anotada en el Registro, reviste eficacia la cláusula por la que, en las condiciones y con los requisitos previstos por la ley, la comunidad de propietarios puede oponerse a la transmisión del piso a cierta persona (*Vid.* STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, nn. 1222 y ss).

[1196]Sin estar claro que esta misma obligatoriedad de la mención, a petición del copropietario, se aplique a la comunidad ordinaria. (Comparar arts. 647 y 712g CCS y 79. 4 y 5 ORF).

[1197]*Vid.* STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, nn. 1269 y 1272.

[1198]*Vid.* STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, nn. 590 y ss.; 819 y ss. (especialmente nn. 839 y 839a); DESCHENAUX, *Traité de droit privé suisse..., cit.*, p. 336 y ss. (espec. p. 617 y 646). Según estos autores, la mención no tiene tampoco carácter o eficacia declarativos, en el sentido de la inscripción declarativa (que, si bien no constituye el derecho real, reviste importantes efectos, *vid.* STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, nn. 609 y 901 y ss.) La mención no se beneficia propiamente de la fe pública, pero tiene una función de publicidad, *ibidem*, n. 935.

Quien ingresa en la copropiedad resulta vinculado por las determinaciones que, en un momento dado, diversos acuerdos mayoritarios impongan a la vida de esa relación.

Las soluciones propuestas, señalan DESCHENAUX y STEINAUER, se justifican por el carácter cuasisocietario dado por la reforma a estas relaciones de atribución en cotitularidad. De alguna manera, la obligación real legal de sujetarse al régimen comunitario, es la verdadera obligación, prevista y publicada en la ley, y manifestada suficientemente por la previsibilidad, para quien ingresa en una relación de este tipo, de un conjunto de reglas, concreción de la obligación legal, que no precisan acceso al registro.

Así pues, el «triunfo» de cierta obligación real (las reformas que le ofrecen amplio espacio, en las construcciones de titularidad) va precisamente acompañado de una reticencia a considerarla como tal, por la alineación que se le daba con los derechos reales. Coincide con un mutismo acerca de este carácter para todo un importante contenido obligacional en que la idea se sustituye por la de «vínculos cuasisociales», o por la insistencia en el carácter «comunitario» de la situación y de las obligaciones reales. Cuando, en realidad, todo el que adquiere una cuota o un piso, en primer término lo hace con intención de obtener *atribución* y *utilidades*, características del derecho real, e incluso en la multipropiedad, por más que todo ello venga acompañado del sometimiento a relaciones «societarias», obligatorias, o sea posible sólo a través del beneficio derivado del entramado societario y obligacional. Pero esa persona no se «asocia» con otras (poniendo en común dinero, bienes o industria) para obtener un fin común. Adquiere un bien propio, en una determinada estructura. Por otro lado, precisamente las obligaciones *propter rem* son *propter communitatem*.

En fin, en la copropiedad encontramos un último estadio de flexibilización y cierta libertad de creación de obligaciones reales voluntarias, dentro de los propios cauces legales. La ley presenta autorizaciones amplias −extrañas al derecho suizo hasta este momento−. Y encontramos también la manifestación final de la variedad de formas de apoyo registral de la vinculación de una obligación a un derecho real, más significativa aún en un sistema como el suizo, en que el derecho real no se concibe fuera del Registro[1199]. “Las

[1199]Lo que llega al Registro, por inscripción, es atribución (necesita la inscripción). En paralelo, la obligación real también requeriría su constitución registral. Pero la diversidad de cauces estudiada muestra plásticamente que tal paralelismo está matizado porque la obligación real no es atribución, no es paralela, sino vinculada, al derecho real. Mientras que, en un sistema jurídico real basado en el Registro inmobiliario, el derecho real busca en el Registro existencia,

constataciones precedentes tienden a mostrar que la creación convencional del efecto *propter rem*, en los límites mismos en que la ley lo autoriza, no se hace según reglas uniformes”[1200].

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

constitución, la obligación real, quizás, busque la existencia en el derecho real, para lo que el Registro le ofrece constitución (como relación vinculada) o tal vez sólo información.

[1200]Cfr. DESCHENAUX, “*Les obligations...*”, *cit.*, p. 300.

BIBLIOTECA VIRTUAL
MIGUEL DE CERVANTES

PRESUPUESTOS PARA LA NOCIÓN DE OBLIGACIÓN REAL. CONCEPTO

PARTE I

Hemos encuadrado el estudio de la noción de obligación real en la Teoría del derecho real. Conviene ahora hacer algunas reflexiones relativas a este concepto que puedan servir para encajar adecuadamente aquella categoría. A este respecto, es común en los manuales tradicionales[1201] hacer un recorrido que, tras una referencia a la formación del concepto en los Glosadores, inspirado en el derecho romano[1202], presenta sucesivamente la doctrina clásica −relación directa e inmediata con la cosa− con su posterior defensa por RIGAUD en su teoría «institucional»[1203]; después, la teoría obligacionista, que aproxima y llega a unificar derechos reales y de crédito, desprecia la relación del titular con la cosa y explica el contenido del derecho real a través de la relación con el conjunto de los no titulares y la

---

[1201]Por todos, *vid.* CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, II,-1, 12ª ed., *cit.*, p. 28 y ss.; ROCA SASTRE, R.M.-ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, I, 8ª ed, Barcelona, 1995, p. 237 y ss.

[1202]Sobre este punto, *vid.* PUGLIESE, G., voz "*Diritti reali*", *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milano, 1964, p. 756 y ss., y doctrina allí citada. También SARGENTI, voz "*Diritti reali*", *Novissimo Digesto Italiano*, 5, Torino 1960, p. 745 y ss. Acerca de la doctrina que fundamenta la atribución a los Glosadores de la categoría del «*ius in re*», DE LOS MOZOS, "Los derechos reales...", *cit.*, pp. 491-492, notas 5 y 6, con referencias a la opinión discordante de VILLEY. Más bibliografía en COMPORTI, M. *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, p. 5 y ss.

[1203]Trata de revitalizar la doctrina clásica, un poco modificada, tras el impacto de la concepción obligacionista. Pone el acento en el carácter absoluto del derecho y en la ausencia de intermediario «personalmente obligado». *Vid.* RIGAUD, *Le droit réel..., cit.*

posibilidad de exigirles una conducta de abstención («obligación pasiva universal»)[1204]; por fin la doctrina intermedia, que sería la dominante hasta tiempos recientes[1205] y distinguiría el

---

[1204]Su origen, en Francia está en ORTOLAN, M., (*Généralisation Du Droit Romain*, 11ª ed., Paris, 1880, p. 550 −aunque sus textos se han utilizado tanto para defender la doctrina clásica como la personalista−) y ROGUIN, E., *La Règle de Droit. Étude de science juridique pure*, I, Lausanne 1889, pp. 54 y 77 y ss. Pero alcanza su difusión con PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil*, I, 1ª ed., París 1899, n. 2158 y ss. ROGUIN y PLANIOL se limitan a plantear una definición que estiman más científica que la de los clásicos. Pero DEMOGUE, M., (*Notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 408 y ss.) llevando hasta sus últimas consecuencias la nueva concepción, niega toda oposición entre el derecho real y el de crédito. La relación directa entre el hombre y la cosa sólo es de hecho. En todo derecho, la relación jurídica tendrá una estructura idéntica que es analizada minuciosamente por ROGUIN, *La Régle..., cit.*, cap. I al VI. Otros trabajos significativos en esta línea son los de MICHAS, H., *Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle*, París 1900 y QUERU, R., *Synthèse du droit réel et du droit personnel*, Caen, 1905.

En Holanda es reseñable la obra de VAN BEMMELEM, P., *Les Notions fondamentales du droit civil*, Amsterdam, 1892, contra quien se dirigen muchas de las críticas de RIGAUD, que analiza las doctrinas personalistas en p. 166 y ss. de su obra. Otro buen análisis y crítica de estas doctrinas en DERRUPPE, *La nature..., cit.*, pp. 189 y ss.

Pero el origen de la doctrina obligacionista hay que buscarlo más bien en Alemania, a partir de la influencia de KANT, que se manifiesta, entre otros en AHRENS, H., *Cours du Droit Naturel*, 2ª ed., Bruxelles, 1844 (*Vid. Curso completo de derecho natural*, trad. española de la 5ª ed., por M. Flamant, 2ª ed.,

1864, p. 159; DERNBURG, H., *Pandekten*, 8ª ed., Berlín, 1910; WINDSCHEID, *Lerhrbuch des Pandektenrechts*, 9ª ed., revisada por T. KIPP, Franfort, 1906. La construcción del derecho subjetivo desde el planteamiento formal que sólo valora el aspecto externo alcanza su máxima expresión en THON, *op. cit.*. Su influjo se refleja en DEMOGUE, o, más tarde, en la construcción de ALLARA.

La línea alemana a través de WINDSCHEID influye en Francia, mientras AHRENS va a influir en nuestro país a través de GINER y AZCARATE. Un panorama de toda esta problemática lo encontramos en el breve trabajo de GONZALEZ, J., "Evolución y alcance de la división de los derechos en reales y personales", *Estudios..., cit.*, III, p. 173 y ss.

[1205]DORAL indica que "esta posición, desde la importante obra de RIGAUD, ha adquirido un común asentimiento". Cfr. DORAL, J. A., *La fase de seguridad en la hipoteca*, Pamplona 1966, p. 167; certeramente, coloca a RIGAUD en las posiciones eclécticas, e incluso DE LOS MOZOS lo ha situado en el ámbito de influencia de la corriente obligacionista. (Cfr. "Los derechos reales...", *cit.*, p. 492). Sobre la teoría intermedia, *vid.* COMPORTI, *Diritti reali..., cit.*,

lado interno −contenido de poder sobre la cosa− y el externo −protección *erga omnes*− del derecho real. Al lado de estas tendencias surgen intentos aislados −y por lo general poco exitosos− de nueva clasificación de los derechos patrimoniales[1206].

Pero no vamos a fijarnos en ellos. Sólo nos interesa destacar que sigue siendo la doctrina clásica la más adecuada para explicar el derecho real y encuadrar en su contenido las obligaciones reales, mientras la vía obligacionista ha dado lugar a desviaciones y construcciones falsas del concepto. No es preciso hacer una crítica exhaustiva de esta última, sólo algunas observaciones con vistas al encuadre de la obligación real; para ello hay que referirse a las nociones de relación jurídica y derecho subjetivo. Sin la pretensión

---

p. 13 y ss. La considera dominante en España citando a ESPIN, PUIG BRUTAU, CASTAN, etc. También a FAIREN le parecía dominante (*Notas a OURLIAC-MALAFOSSE..., cit.*, pp. 109 y ss., 113 y ss.). Consideraba que ésta es «la hora de la doctrina clásica» pero para defenderla los autores han tratado de deformar, en vano, los criterios de Parte General que hoy no dan «viabilidad científica» a esa teoría clásica. Por ello, inevitablemente desembocaremos en la posición ecléctica, cuyo representante sería BARASSI, L., *Diritti reali e posseso, I, Diritti reali*, Milano, 1952, pp. 5 y ss., 15 y ss. que critica tanto la concepción clásica como la personalista, y, por otro lado, reconocía como prevalente en la doctrina, la posición clásica.

Dice FAIREN respecto de BARASSI (lo que le separaría de VON THUR): "¿Cuál es la relación entre el señorío directo y la defensa *erga omnes*? la respuesta depende de nuestra actitud: si adoptamos una postura fundamentalmente economicista y materialista primará el elemento interno; si nuestra postura es jurídica y formalista subrayaremos el elemento externo. BARASSI parece aceptar la segunda postura". Cfr. *Notas a OURLIAC-MALAFOSSE, cit.*, p. 116. Sin embargo, esto no está claro, y en trabajos posteriores parece que BARASSI subraya el elemento interno.

[1206]Por ejemplo GIORGIANNI, *Contributo alla teoria..., cit.* Voz "*Diriti reali*", *Novissimo Digesto Italiano*, V, 1960, p. 748 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, J., "Determinación de los derechos susceptibles de trascendencia registral", *RCDI*, 1961, pp. 163 y ss. Crítica de ambos en ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario, I, cit.*, p. 249 y ss.

Exposición muy documentada de las distintas doctrinas en FAIREN, M., "Derechos reales y de crédito: apuntes dogmáticos para el estudio de su distinción", *RDN*, 1ª parte: 1959, n. 23, p. 95-256; 2ª parte: 1959, n. 24, pp. 139-266 y 1959, n. 25-26, pp. 155-362; 3ª parte: 1961, n. 31, pp. 171-341. Se trata de una amplia monografía, resumida en "Notas a OURLIAC-MALAFOSSE", *op. cit.* Un resumen más liviano de distintas posiciones en CASTAN, *Derecho civil..., II-1, cit.*, p. 34 y ss.

de elaborar una sistemática completa en terrenos de especial dificultad[1207], pero en la conciencia de que los argumentos en torno al derecho real van siempre conectados con estas nociones[1208].

Observaciones acerca del concepto de relación jurídica

La relación −el accidente relación− es un concepto filosófico controvertido que tiene una realidad sutil en el ente relacionado[1209]. Por otro lado la ciencia del derecho ha visto en la relación jurídica un concepto propio de la dogmática jurídica[1210]. Acaso todo ello pueda

---

[1207]FAIREN ("Derechos reales...", *cit.*, pp. 166 y ss., espec. pp. 170-174) ha puesto de relieve la dificultad que entraña profundizar en estos conceptos de Parte General conectándolos a la vez con la teoría del derecho real. Manifiesta su prevención frente a las reelaboraciones de los conceptos de derecho subjetivo o relación jurídica lejos de sus «*sedes materiae*». "Pero el caso es que muchos autores han tratado de hacerlas".

Por lo mismo, se podría decir que una teoría pura del derecho, referida a aquellos conceptos, quizás no sea la mejor sede para dogmatizar luego sobre el derecho real y negar, por ejemplo, importancia a la relación persona-cosa. Por ello los defensores de una visión realista del derecho real han tenido que entrar en tales conceptos, aún a riesgo de hacer «teoría impura». Sobre este punto, cfr. FAIREN, "Derechos reales...", *cit.*, p. 112. Tampoco es conveniente hacer Parte General deformando el sentido común ni las nociones filosóficas elementales. *vid.* en este sentido DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Bruxelles, 1941, p. 171 y ss., y su comentario por FAIREN, "Derechos reales...", *cit.*, 2ª parte, n. 123 y ss. Y un planteamiento general, DE LOS MOZOS, J. L., "Metodología o epistemología jurídicas: reflexiones en la encrucijada", *RDP*, 1987, en *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, Madrid, 1988, p. 15 y ss., p. 23 y ss.

[1208]Un ejemplo entre muchos puede buscarse en el estudio citado de BARASSI. Una información detallada y más reciente sobre estos temas, en COMPORTI, *Contributo...*, *cit.*, pp. 1-75.

[1209]La realidad de la relación descansa en el ente relacionado. Por ello podemos ver una persona «relacionada» con cualquier realidad exterior, o a la inversa. La equipolencia necesaria para que entre dos términos haya una relación, argumento muy utilizado por los obligacionistas (Cfr. FAIREN, "Derechos reales...", *cit.*, pp. 96-97) hay que relativizarla.

[1210]Este punto lo explica REALE, *Introducción...*, *cit.*, p. 171 y ss. "Cuando una relación de hombre a hombre se subsume en el modelo normativo instaurado por el legislador, tal realidad concreta es reconocida como relación jurídica". Desde SAVIGNY, para perfilar la categoría se parte de la relación intersubjetiva. Se trata más de un punto de partida que de llegada. A partir de

producir una ruptura entre «relación» −en sentido filosófico y aún usual− y «relación jurídica» no exenta de peligros. Hay que tener en cuenta además que, como señala FAIREN[1211], es relativamente moderna la construcción dogmática de la relación jurídica, le falta el poso de los conceptos romanos, y se ha utilizado (ya lo hace SAVIGNY, pero se acentúa la tendencia en autores posteriores) para trasladar el centro de referencia del derecho privado, del derecho subjetivo −considerado como un producto del liberalismo y del derecho natural racionalista− a la relación jurídica, que vendría a apoyar una visión más moderna, solidarista, y −de nuevo− objetivista del derecho privado. Para tener una visión adecuada de este concepto parece conveniente desprenderse un poco de ciertos prejuicios (lo mismo que ocurre con el concepto de derecho subjetivo) y volver a SAVIGNY, intentando interpretarlo correctamente, lo que en nuestra doctrina ha realizado el profesor DE CASTRO, aunque su doctrina no esté exenta de algunas puntualizaciones[1212].

En este concepto «jurídico», se ha venido destacando mayoritariamente por la doctrina que sólo sería posible entre personas, lo que ha conducido, sobre todo en la doctrina italiana, a una idea sencilla de relación jurídica como conexión entre un sujeto activo y otro pasivo[1213], siendo, en sus formulaciones dogmáticas más acabadas −destaca la construcción de ALLARA[1214]− objeto de la relación el deber jurídico cuyo cumplimiento exige uno al otro[1215]. De aquí resulta que la relación jurídico-real sólo se distingue de la creditual en ser un «complejo» de número «indeterminado y no fijable» de relaciones jurídicas entre un sujeto activo y multitud de sujetos pasivos. Esto conduce a teñir de un peculiar colorido la consideración de la absolutividad del derecho real como elemento cualificante de la

---

las relaciones sociales, se desemboca en la relación jurídica como concepto de la Teoría General. El cientifismo del siglo XIX, en su búsqueda de configurar también el derecho como ciencia autónoma busca allí un concepto «específico» de la ciencia jurídica. Sobre esto FAIREN, *Notas a OURLIAC-MALAFOSSE..., cit.*, p. 111; "Derechos reales...", *op. cit.*, II, p. 170 y ss.

[1211]Cfr. FAIREN, "Derechos reales...", *cit.*, II, p. 170.

[1212]Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 552 y ss. Más información sobre el sentido del sistema de relaciones jurídicas en SAVIGNY, y la evolución en doctrina posterior, en COMPORTI, *Diritti reali..., cit.*, p. 17 y ss. y nota 35.

[1213]Sobre este punto, BIGLIAZZI-GERI, L., BRECCIA, U., BUSNELLI, F., NATOLI, U., *Il Sistema giuridico italiano*, I-1, *Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Torino 1986, p. 253 y ss.

[1214]Cfr. ALLARA, M., *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, I, 4ª ed., Torino, 1953. Así lo señala COMPORTI, "*Diritti reali..., cit.*, p. 10, nota 19, y p. 13, nota 27.

[1215]Cfr. ALLARA, *Le nozioni..., cit.*, p. 230 y ss.

categoría[1216], y a una extensión excesiva del ámbito de la obligación real, que utiliza ALLARA para tapar los agujeros a que conduce su construcción, pues, si la propiedad y el usufructo o la enfiteusis no se distinguen desde el punto de vista del «complejo con base subjetiva» (hay en todos una exigencia de actitud pasiva frente a los terceros) y tampoco se pueden distinguir por la vía del distinto poder concedido al titular sobre la cosa, resulta que la distinción entre algunos derechos reales viene dada por las obligaciones reales que el legislador utiliza en la construcción del tipo. Resulta pues, no del elemento «real» (que es igual para todos) sino del obligatorio[1217].

Esta visión de la relación jurídica que la acerca excesivamente a la relación crédito-deuda no es compartida sin embargo por toda la doctrina italiana[1218], y fuera de su ámbito

---

[1216]BURDESE, destaca recientemente este elemento. *Vid*. "*Considerazioni in tema di diritti reali*", *RDC*, 1977, II, p. 307 y ss.; "*Il problema del diritto reale nell'ultima dottrina*", *RDC*, 1980, II, p. 210 y ss.; "*Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali*", *RDC*, 1983, II, p. 226 y ss.

[1217]Por ello, el *salva rerum substantia* es obligación real, y así todo aquello que distingue el usufructo de la enfiteusis y la propiedad, lo que es muy discutible. Cfr. ALLARA, *Le nozioni...*, *cit.*, p. 387 y ss., y desarrollo en el estudio de diversos tipos en p. 671 y ss. Se minimiza el contenido de poder sobre la cosa como base para definir y determinar los distintos derechos reales, lo que ha sido justamente criticado. *vid.* por todos VON TUHR, *Derecho civil*, *cit.*, I-1, p., 168 y ss.; SANTORO-PASSARELLI, F. *Dottrine generali del diritto civile*, 4ª ed. Napoli, 1954 (hay trad. española de la 7ª ed. por Luna Serrano), pp. 63-64.

[1218]Se puede citar a este respecto entre otros a BARBERO, D., "*Il diritto soggettivo*" *Foro Italiano*, 1939-4, p. 1 y ss., recogido en *Studi di Teoria Generale del Diritto*, Milano, 1953, pp. 79-142. "La doctrina −señala− concibe la relación jurídica −casi unánimemente− como la síntesis de dos posiciones antitéticas −derecho y deber− en el que están dos sujetos del orden jurídico en relación entre sí. (...) Así construido y puesto en el centro de la dogmática jurídica, creo que la relación jurídica es el instrumento más imperfecto a través del cual no se puede considerar la realidad jurídica... sin que aparezca a la vista sustancialmente deformada". (*op. cit.*, *en Studi...*, p. 124). Si bien, BARBERO incurre en el unilateralismo de no admitir otra relación jurídica que la valorativa de la conducta a la norma, y en este punto está justificada su crítica (*vid.* AA.VV., *Il Sistema...*, *1*, *cit.*, pp. 255-256). La idea de una relación sujeto−norma también es susceptible de crítica cuando se habla, por ejemplo, de relación acreedor−norma y deudor−norma, pero se niega la relación acreedor−deudor o se la considera «de mero hecho».

Otras posturas que no aceptan la visión simplificadora, en CICALA, F.B., *Il rapporto giuridico*, 4ª ed., Milano, 1959; GARBAGNATI, E., "*Diritto soggettivo e potere giuridico*", *Ius*, oct-dic. 1941, p. 7 y ss.; TILOCCA, E., "*La distinzione tra diritti reali e diritti di credito*", *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1950, p. 3 y ss.

también ha sido objeto de crítica[1219], pero es una consecuencia casi inevitable de la premisa según la que sólo hay relaciones jurídicas «entre personas» al menos si esta afirmación no se entiende adecuadamente, o con la necesaria flexibilidad como intentaré exponer en las líneas que siguen.

El énfasis en tal afirmación, si bien no exclusivamente, se debe −así se suele considerar− a la influencia de la doctrina kantiana[1220], y se ha buscado en ella, con razón, el

---

Para una panorámica general de las diversas tendencias, en relación con la problemática del derecho real, *vid.* COMPORTI, *Diritti reali..., cit.*, p. 17 y ss.

[1219]"Su menor armazón teórica y el ampararse en el ejemplo típico y claro de la relación crediticia, ha contribuido al relativo auge de la dirección que caracteriza la relación jurídica de vínculo creador de correlativo poder y deber entre un sujeto activo y otro pasivo. Esta teoría, a pesar de su atractiva sencillez, no es aceptable, pues confunde de nuevo la relación jurídica con el derecho subjetivo, y hasta −en su formulación ordinaria− excluye a los derechos subjetivos absolutos. Con ella resulta inútil, por superfluo, el concepto de relación jurídica y se impide emplearla en las figuras jurídicas en que puede prestar mayores servicios (estado civil, relaciones familiares, relaciones de cooperación). Su punto de partida erróneo es el olvido de que una norma jurídica puede crear una comunidad de deberes o una conjunción de derechos, en la que las facultades o limitaciones resultantes no sean correlativas, sino derivadas directamente de la regla que los organice". Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 555-556. En la posición de ALLARA, además, se estaría confundiendo el objeto con el contenido de la relación jurídica. *vid. ibidem*, pp. 557 y 559. Otra visión en REALE, *Introducción..., cit.*, p. 177.

[1220]*Vid.* KANT, I., *Principios metafísicos del Derecho* (es una parte de la *metafísica de las costumbres*), trad. esp. por G. LIZARRAGA, Madrid 1873, Buenos Aires, 1974, p. 38 y ss. He utilizado también *Metafísica de las costumbres*, trad. y notas de A. CORTINA y J. CONILL, Madrid 1989. A consecuencia de la noción de derecho −en una intuición pura *a priori*− como la posibilidad de una obligación mutua, universal, conforme con la libertad de todos según leyes generales (p. 41), no hay más relación jurídica que la del hombre "con seres que tienen derechos y deberes" (p. 50). Por ello, al explicar el derecho real, KANT responde negativamente a la pregunta: "esta relación jurídica exterior de mi arbitrio ¿es en algún modo una relación directa a una cosa corporal?" (p. 71) No es posible porque ello supondría admitir en derecho una relación con algo no-libre, desprovisto de la capacidad de estar obligado o poder exigir, supondría que la cosa quede siempre «obligada», resistiéndose a cualquier otro que pretendiera poseerla, "aunque sea muy admisible hacer sensible una relación jurídica mediante esta imagen" (*ibidem*).

Continua KANT explicando: "El derecho a una cosa es el derecho del uso privado de una cosa, respecto de la cual estoy en comunidad de posesión (primitiva o subsiguiente) con los demás hombres. Esta posesión común es efectivamente la única condición para que yo pueda prohibir a cualquier otro poseedor el uso privado de la cosa (*ius contra quemlibet huius rei*

origen −o uno de los orígenes− de la doctrina obligacionista[1221]. Como explica FAIREN, el concepto de relación jurídica como relación entre personas tiene un fundamento profundo en el sistema filosófico kantiano, en cuanto no se admitiría la posibilidad de relaciones entre las personas y las cosas, en el plano nouménico. Y sí caben en este plano las relaciones entre dos voluntades libres[1222].

---

possessorem); si no se supone esta posesión, es imposible concebir cómo yo, no hallándome actualmente en posesión de la cosa, puedo ser perjudicado por los que la poseen y se sirven de ella. Mi arbitrio individual o unilateral no podía obligar a otro a privarse del uso de una cosa, si por otra parte no tuviera esta obligación. No puede, pues, ser obligado sino por arbitrios reunidos en una posesión común. Si así no fuera, habría necesidad de concebir un derecho en una cosa, como si ella tuviera una obligación respecto de mí, de la cuál en último análisis se derivaría el derecho contra todo poseedor de esta cosa; concepción verdaderamente absurda.

"Por la expresión: derecho real (*ius reale*), no ha de entenderse simplemente el derecho a una cosa (*ius in re*), sino también el conjunto de todas las leyes que se refieren a lo Mío y Tuyo real. Es claro, sin embargo, que un hombre que existiera completamente solo sobre la tierra no podría propiamente tener ni adquirir nada exterior como suyo, porque entre él como persona, y todas las otras cosas exteriores como cosas, no cabe la menor relación de obligación. No hay, pues, propiamente hablando, ningún derecho (directo) a una cosa; pero se llama así lo que corresponde a uno respecto de una persona que está en comunidad de posesión (en estado de sociedad) con todas las demás" (p. 72).

[1221]Por todos, DE LOS MOZOS, "Los derechos reales...", *cit.*, p. 492; FAIREN, "Derechos reales...", *cit.*, n. 57 y ss.; COMPORTI, *Contributo..., cit.*, p. 17 y ss.

[1222]*Vid.* las detalladas explicaciones de FAIREN, "Derechos reales...", *cit.*, 1ª parte, p. 206 y ss. Sin dos sujetos libres y voluntarios no cabe una relación de ningún tipo en el plano nouménico, y una pura relación fenoménica no puede ser jurídica, pues el derecho se coloca en el plano nouménico, junto a la moral, quedando sustraído al tiempo, espacio y causalidad (*ibidem*, p. 226).

En la filosofía kantiana encontramos los gérmenes que luego, desarrollados por juristas y pensadores, van a producir la consolidación del imperativismo y el formalismo jurídico. *Vid.* SOLARI, G., *op. cit*, p. 202 y ss.; NEGRI, A., *Alle origini del formalismo giuridico (studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi Kantiani tra il 1789 e il 1802)*, Padova 1962, p. 17 y ss., 95 y ss., 156 y ss. Resulta entonces que "la finalidad del derecho privado es trazar los límites a los dominios de la voluntad de los individuos convivientes", lo que se realiza "con la emanación de mandatos y de prohibiciones −normas jurídicas imperativas, prohibitivas", Cfr. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, cit.*, § 27, p. 80.

Sin embargo, habría que profundizar en la visión kantiana de la relación y del derecho para comprender el alcance de sus explicaciones. (Sobre esto, por todos, *vid.* FERRER ARELLANO,

J., *Filosofía de las relaciones jurídicas*, Madrid, 1963, pp. 75-76; sucintamente y crítica en DE CASTRO, *op. cit.*, p. 15). KANT se está planteando la fundamentación del derecho y de los derechos de las personas, que solo puede venir *a priori*, no como resultado de la experiencia. Desde este punto de vista la relación del hombre con las cosas es irrelevante. Todos respecto al «objeto» externo se encuentran en situación de igualdad, de modo que sólo un postulado de la razón práctica, conforme al cual si nunca una persona puede excluir a las demás respecto de lo externo estaríamos privándonos de un objeto de nuestro arbitrio, puede fundamentar la propiedad. El contrato social aparece entonces −no como un acontecimiento verificable, sino como un postulado abstracto− de forma que la «posesión jurídica» deriva siempre del intermedio de una relación, nouménica, entre las voluntades libres, aunque no deja de pertenecer a la esfera del «como si...».

Sin embargo ¿es lícito extraer, de todo esto, conclusiones acerca de la distinción entre derechos reales y derecho de crédito? (Teniendo en cuenta, además, que esta distinción recibe un impulso formidable a través de la propia filosofía kantiana, como ha mostrado GARDIES) ¿Es lícito negar que hay una relación −aunque sea fenoménica− de «carácter jurídico» con objetos exteriores, o, colocándonos en la perspectiva de KANT, que «debe haber» la posibilidad de tener algo como mío sin el intermedio de un obligado?). Precisamente, aquella «relación general y abstracta» trata de fundamentar esta relación directa.

Después, no tiene reparo KANT en hablar de «lo mío en derecho» como “aquello con lo que tengo relaciones tales que su uso por otro me perjudicaría”. Y, al fundamentar el derecho de propiedad, admite que, si bien la posesión jurídica se da en el estado de sociedad (arbitrios enlazados) puede admitirse un «tuyo-mío» jurídico antes de ese estado, con carácter provisional, que se fundamenta en las relaciones con las cosas y será luego «reconocido» por los demás, en virtud de aquel postulado de la razón practica.

“El estado social (dice KANT, *op. cit.*, pp. 75-76), aunque subjetivamente contingente en realidad, es sin embargo objetivamente necesario en sí, es decir, como deber. Hay, pues, respecto de él y de su institución, una verdadera ley natural de derecho, a la que esta sometida toda adquisición exterior.

“El *título físico de la adquisición* ha sido la toma de posesión física (*apprehensio physica*) fundada en la comunidad primitiva de la tierra, y como solamente una posesión *fenomenal* puede ser sometida a la posesión racional del derecho, a este título físico debe corresponder el de una toma de posesión intelectual, abstracción hecha de todas las condiciones experimentales, en el espacio y en el tiempo; y esta toma de posesión intelectual sirve de fundamento a esta proposición de principio: “Lo que yo someto a mi poder según leyes de la libertad exterior, y quiero que sea mío, pasa a serlo efectivamente”.

“Pero el «título racional» de la adquisición no puede encontrarse mas que en la Idea de la voluntad universal conjunta *a priori* (es decir, que debería necesariamente ser conjunta o

La doctrina de KANT ha influido sensiblemente en todos los ámbitos, como es bien sabido, pero desde el punto de vista jurídico ha sido sometida a agudas críticas: así por ejemplo, en cuanto a la fundamentación del derecho de propiedad, ALONSO MARTINEZ critica la falta de realismo (lógico quizás) de los planteamientos kantianos y la excesiva influencia que recibe de ciertas doctrinas francesas, señaladamente de ROUSSEAU[1223]. El

---

unánime); Idea que se supone aquí tácitamente como condición indispensable (*condictio sine qua non*): porque una voluntad individual no puede imponer a los demás una obligación que sin ella no tendrían. Ahora bien, el estado de una voluntad universal, realmente armónica, o conjunta en sus elementos para legislar, es el estado social. Sólo, pues, como consecuencia de la Idea de un estado social, es decir, en consideración a este estado y a su acción, pero antes de su realidad (porque en otro caso la adquisición sería derivada), puede una cosa exterior ser adquirida primitivamente, y por consiguiente de una manera completamente «provisional». La adquisición «perentoria» no tiene lugar más que en el estado social.

"Sin embargo esta adquisición provisional es una verdadera adquisición; porque, según el postulado de la razón jurídicamente práctica, su posibilidad, sea cual fuere el estado de los hombres entre sí (por lo tanto también en el estado de naturaleza), es un principio de derecho privado, según el cual todo el mundo esta autorizado para obligar en caso de necesidad, a fin de que cese el estado de naturaleza, y empiece el estado social, único que puede hacer perentoria la adquisición".

En definitiva, reconociendo que el sentido de la filosofía kantiana va a producir las consecuencias que se le atribuyen, una lectura sosegada de los textos que dedica a «lo mío exterior en derecho» y a la adquisición de la posesión jurídica, me hace dudar de que KANT no hubiese sido, en las controversias posteriores, un defensor claro de la doctrina clásica en cuanto a la configuración del derecho real. Cfr. KANT, *op. cit.*, pp. 55 a 82. Las consideraciones materiales están presentes también, por ejemplo, en la exposición de AHRENS, *Curso completo..., cit.*, p. 274 y ss.

La intuición queda reforzada después de leer el comentarios que sobre el influjo de KANT hace ATIAS, "*Destins...*", *Droits, I, cit.*, p. 12.

[1223]Cfr. ALONSO MARTINEZ, "Estudios...", *cit.*, p. 861 y ss. Para este punto p. 890 y ss. También DE CASTRO, *op. cit.*, p. 15, recoge la influencia del pensamiento francés en KANT y señala −como ALONSO MARTINEZ− que es mayor de lo que KANT reconocía. No obstante, parece que KANT sí lo ha reconocido. (Califica a ROUSSEAU como el «NEWTON de la moral», etc., *vid.* textos recogidos por IZQUIERDO HERNANDEZ en su *Introducción a los principios metafísicos del derecho, cit.*).

voluntarismo kantiano recibe también la aguda crítica de LEVY[1224], cuando se plasma en su doctrina −también acusada de poco realista− acerca de la transmisión de los derechos reales.

Sin embargo, aún después de la superación de esta filosofía, la afirmación de que solo caben relaciones jurídicas entre personas ha quedado como patrimonio aceptado de la ciencia jurídica[1225]. En realidad los juristas lo han aceptado desligado del posible fundamento kantiano, porque tiene que ver con la contemplación de la relación social y el carácter de alteridad del derecho: no se niega ahora que pueda existir una relación persona-cosa, pero sí que la relación «jurídica» pueda ser persona-cosa[1226]. Se separa entonces quizás en exceso la relación *simpliciter* de la relación jurídica, y el concepto filosófico, de un pretendido concepto científico, que al final desemboca en un mero concepto técnico[1227]. Me atrevería a decir que es preciso tener una visión más realista y flexible del fenómeno jurídico, y de la relación jurídica, teniendo en cuenta dos órdenes de consideraciones:

No debemos olvidar el sentido primigenio de «relación» como accidente o cualidad inherente en un ser por su conexión con otra realidad.

[1224]Cfr. LEVY, E., "*La transmission*", −extracto de su obra *Sur l'idée de trasmission des droits (à propos de la preuve de la propriété*), Paris, 1896−, en el volumen *La vision socialiste du droit*, París 1926, p. 13 y ss., espec. p. 26.

[1225]"Después de KANT nadie prácticamente ha osado afirmar que la relación jurídica se establezca entre una persona y una cosa; el pensamiento de KANT, a juzgar por las síntesis usuales que los especialistas en el estudio del derecho suelen proponer, ha supuesto la muerte de la posibilidad misma de que se conciba una relación jurídica que medie entre una persona y una cosa, configurando el campo del derecho privado como un mundo del que hubieran sido desterradas las cosas y que nada más estuviera poblado de relaciones intersubjetivas". (Cfr. FAIREN, "Derechos reales...", *cit.*, I, p. 206).

[1226]Hace notar FAIREN la aceptación que en la doctrina jurídica más autorizada ha tenido la idea de relación jurídica intersubjetiva, pluripersonal o de alteridad. Por ello, afirma, es preciso recoger esta visión como doctrina consolidada, pero, a pesar de esto, manifiesta sus dudas acerca de que sea necesario, de acuerdo con estos planteamientos, negar la posibilidad de una relación jurídica persona-cosa. *vid.* "Derechos reales...", *op. cit.*, I, pp. 208 y 227; II, p. 170 y ss.

[1227]Un poco a medio camino entre la concepción de SAVIGNY, con indudable acierto, y la visión simplificadora de la doctrina italiana, antes apuntada, se sitúa FERRARA, F., *Trattato di diritto civile italiano*, I-1, Roma, 1921, p. 295 y ss.

El Derecho tiene una realidad relativa: es relación, relaciona y ordena relaciones[1228]. Igual que la idea de Derecho, el concepto de relación jurídica no es sencillo ni unívoco; se aplica de modo análogo a distintos tipos de conexiones[1229]. Es preciso tener en cuenta en primer término la relación jurídica trascendental (a pesar de su crítica[1230] por los que se fijan sólo en el concepto técnico de relación intersubjetiva, pues se mueve en un plano distinto) la relación conducta-norma: la cualidad que hay en la conducta por ajustarse al orden jurídico[1231]. Se trata de una relación real en la conducta concreta[1232], mientras la ordenación normativa establece un conjunto de relaciones de razón. Esto no significa exaltar un normativismo, pues la conducta y la norma se relacionan también a través de lo que se ha llamado relación jurídica natural, por cuya virtud la norma deriva de la conducta: el derecho positivo deriva de la actividad legisladora del cuerpo social que plasma en él su percepción de una serie de criterios o valores presentes en la naturaleza de las cosas[1233].

La presencia de la relación vertical conducta-norma implica que la relación deudor-acreedor, o titular del derecho real-sujeto pasivo, sea a la vez, relación acreedor-norma y deudor-norma y relación horizontal acreedor-deudor. Estas relaciones horizontales, en las que los filósofos del derecho dicen está «inviscerada» la relación vertical, son de dominio

---

[1228]Cfr. FERRER ARELLANO, *op. cit.*, p. 11 y ss.

[1229]Cfr. FERRER ARELLANO, *op. cit.*, p. 379 y ss.

[1230]Por todos BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Il sistema..., 1, cit.*, p. 256 y nota 7, aunque la crítica se refiere sobre todo a la posición, un tanto unilateral, de BARBERO.

[1231]Cfr. FERRER ARELLANO, *op. cit.*, pp. 211 y ss., 271 y ss.

[1232]Cfr. FERRER ARELLANO, *op. cit.*, p. 383.

[1233]Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 12 y ss.; FERRER ARELLANO, *op. cit.*, p. 317 y ss. Esta consideración «natural» no es completamente ajena a los argumentos de KANT, como hemos visto en algunos textos.

Conviene recordar que muy notables teóricos de la relación jurídica han tenido siempre en cuenta la relación jurídica transcendental conducta-norma en su elaboración del concepto. *Vid.* SAVIGNY, F. C., *Sistema del derecho Romano actual*, Trad. de MESIA y POLEY, 2ª ed., Madrid, I, § 32; CICALA, *op. cit.* ; NAWIASKI, H., *Allgemeine Rechtslehre*, trad. esp. por J. Zafra, *Teoría general del derecho*, Pamplona, 1962; DE CASTRO, *op. cit.*, p. 552 y ss. Y no han olvidado aquella que ARELLANO llama −siguiendo a DE LUCA− relación jurídica natural. Cfr. DE LUCA, P., "*Discussioni ed indagini sulla natura del rapporto giuridico*", *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1960, p. 708 y ss.; espec. p. 732 y ss. Exposición crítica de estas doctrinas en FERRER ARELLANO, *op. cit.*, pp. 101 y ss., 319 y ss.

sobre cosas o de exigencia a personas. "También las relaciones jurídicas que terminan inmediatamente sobre cosas tienen una referencia mediata a otra persona. Las cosas inferiores al hombre no pueden ser, como es obvio en esta perspectiva de pensamiento, ni sujeto ni término propiamente dicho de relaciones jurídicas"[1234]. Sin embargo, esto no impide, desde otras perspectivas, admitir como jurídica aquella relación de dominio del hombre con las cosas. Estas relaciones horizontales «*ad alterum*» que configuran la conducta jurídica misma, se dan pues entre personas −la relación con la norma presupone ya relación entre personas− pero pueden suponer al mismo tiempo conexiones jurídicas con cosas[1235].

Antes de entrar en esta segunda consideración, he de señalar que la panorámica que se acaba de trazar, necesariamente incompleta, tiene como objetivo apuntar que no podemos conformarnos ingenuamente con una visión simplificadora de lo que sea relación jurídica, y extraer de ahí consecuencias atinentes a la configuración de los derechos y figuras técnicas[1236]. Por otro lado, como se ha sugerido, existen relaciones que son reales (relación en la conducta) y otras (las valoraciones normativas) que constituyen entes de razón sin dejar por ello de ser verdaderas relaciones jurídicas. Al menos en este sentido se podría defender que en el derecho real a la vez que una relación de la persona con las demás (relación horizontal, que ARELLANO llama predicamental) existe una relación de razón persona-cosa. En la idea de derecho que regula la relación está presente la conexión persona-cosa; y cabría afirmar que cuando esa conexión en el orden normativo, se está proyectando en la conducta (adquisición, utilización de la cosa, accesión, ejercicio de

---

[1234]Cfr. FERRER ARELLANO, *op. cit.*, p. 384.

[1235]*vid.* para un intento de clarificación de esta problemática, LOPEZ DE ZAVALIA, *op. cit.*, p. 11 y ss. El concepto de relación jurídica, explica este autor, puede seguir desempeñando su función, entendida como relación entre personas, si tenemos en cuenta que "es una especie de relación, que entre otras particularidades presenta ésta: no es algo simple, sino complejo; (...) no es una relación, sino un conjunto unificado de relaciones". "Fijando una terminología que nos permita designar (por las necesidades de la exposición) con nombres distintos, por un lado, a la relación como conjunto, y por el otro, a cada una de las relaciones que integran el conjunto, llamaremos al conjunto «relación jurídica» (o simplemente relación) y hablaremos de «conexión jurídica» (o simplemente de «conexión») para aludir a las relaciones que integran el conjunto".

[1236]Hay que volver aquí a las consideraciones que desarrolla DE LOS MOZOS, "Metodología o epistemología...", *cit.*, p. 23 y ss.

acciones) ésta es relación con los demás y supone también la realización de la relación normativa persona-cosa que deja de ser de razón para entrar en el plano de lo real[1237].

El profesor DE CASTRO ha señalado que "para encontrar lo que de útil y significativo tiene el concepto de relación jurídica, es necesario volver a la idea a cuyo servicio estaba, en el momento en que lo recogiera SAVIGNY (...) Ante todo, ha de verse la relación jurídica como una unidad entre la materia social y la forma jurídica. Siempre producirá falsos resultados separarlas o contraponerlas. La relación jurídica es la manifestación de la eficacia de un conjunto normativo unitario; pero no reducido a las consecuencias atribuidas a ciertos hechos, sino como realidad jurídica, como la norma en su actuación, en su función trasformadora del suceder social en realidad jurídica concreta"[1238], y se lamenta de que, después que SAVIGNY definiera la relación jurídica como «relación de persona a persona determinada por una regla» y señalara en ella dos partes ("una materia, esto es, aquella relación en sí" y la "idea de derecho que regula esta relación", elemento formal por el que la relación de hecho se eleva a forma jurídica) "la doctrina no mantuvo, ni siquiera el mismo SAVIGNY, la debida unión entre aquellos dos elementos o aspectos de la relación jurídica"[1239].

Estas consideraciones no pretenden, pues –todo lo contrario– alejarnos de la concepción tradicional de la relación jurídica. Se ha dicho, como vimos, que la relación jurídica horizontal es de dominio sobre cosas o de exigencia a personas. Esto chocaría, parece, con la afirmación mayoritariamente aceptada, de que la relación jurídica es «de persona a persona» (así se expresa SAVIGNY) o, más en general, relación entre personas. Pero SAVIGNY, con esta idea, no pretende explicar exhaustivamente la totalidad del fenómeno jurídico. Se trata de, contemplando la vida social, la vida jurídica, determinar «ordenes parciales de conducta»: situaciones en que una persona está respecto con otras de acuerdo con un determinado modelo, centro de agrupación de un haz de relaciones unificadas por los principios jurídicos que las informan. «Organizaciones dentro del orden

---

[1237]Cfr. FERRER ARELLANO y doctrina por él citada, *ibidem*, pp. 194 y ss., 238 y ss., 345 y ss., 383 y ss. Para profundizar en las perspectivas apuntadas consultar esta obra, espec. pp. 301 y ss. La referencia de aspectos concretos sería interminable.

[1238]Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 556. Seguimos a partir de ahora su explicación (p. 552 a 557) de donde extraemos las citas que seguirán y algunas referencias a SAVIGNY. Para una comparación, *vid.* FERRARA, *Trattato..., I-1, cit.*, p. 295 y ss.

[1239]Cfr. DE CASTRO, *ibidem*, p. 553; FERRARA, *Trattato..., I-1, cit.*, p. 295.

jurídico total»: cortes hechos en la unidad de la vida jurídica, como una fotografía que siempre presenta los modelos en esa interconexión de personas concretas[1240]. En SAVIGNY, la relación jurídica se estudia en el sentido de «institución», o mejor, en relación con la «institución jurídica», que no conviene confundir con el «instituto»: las instituciones son las formas básicas y típicas de la organización jurídica total. De modo que, antes de su regulación positiva y minuciosa, aparecen en la vida del grupo social −la propiedad, el contrato...− manifestando ciertos principios o valores que en ese grupo social se admiten. La regulación concreta −conjunto de normas y principios que las informan− de una institución es el instituto, que luego, en la realidad jurídica, conforma la institución de acuerdo con el régimen vigente. "La diferencia –entre relación jurídica e institución– es cualitativa, la relación jurídica es la especial organización de la situación de determinadas personas, conforme la reglamentan las normas (instituto); la institución jurídica es una de las bases organizadoras de la *ordinatio* de la comunidad"[1241].

Se puede volver entonces a DE CASTRO, que define la relación jurídica como "situación jurídica en que se encuentran las personas, organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico"[1242]. He ahí una clave para la explicación del problema: una situación jurídica en que se encuentra una persona respecto de otras[1243]. Se

---

[1240]Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 556 a 558; DORAL, *La fase de seguridad..., cit.*, p. 177.

[1241]Sobre la relación, institución e instituto, cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 562-563; CARROZA, A., "*L'individuazione del diritto agrario per mezzo dei suoi istituti*", *RDC*, 1975, 1, p. 107 y ss., pp. 107-108. En SAVIGNY, la institución entraña una puerta abierta frente al normativismo: se configura y funciona, como modelo, antes de la reglamentación positiva o codicista, aunque, ya en este plano, manifiesta su «instituto» (los principios y normas que la informan). Después, el instituto positivo la configurará en el ordenamiento concreto. Pero la institución es realidad jurídica vivida, no un conjunto de normas. En este sentido afirmaba SAVIGNY que para conocer la esencia de una relación jurídica era preciso referirla a la institución que "la dominaba y servía de tipo" (Cfr. *Sistema..., I, cit.*, § 9). Pero la doctrina posterior, fijándose en esta referencia a un «modelo» reduce la institución al instituto, calificándola "conjunto de disposiciones jurídicas concernientes a una relación jurídica". (WINDSCHEID, *Pandekten..., cit.*, § 37).

[1242] Cfr. DE CASTRO, *Ibidem*, p. 556.

[1243]*Ibidem*, p. 557. Y la relación se contempla siempre como relación concreta: se desarrolla en un ámbito determinado de personas. "No es necesario, explica DE CASTRO, que los sujetos estén actualmente determinados, sino que basta que sea factible su determinación". La relación como «corte» en la vida jurídica no exige para ser considerada una conexión con «todos». ("En

enlaza por tanto el carácter interpersonal de la relación no con los principios de la filosofía kantiana sino con la tradicional nota de alteridad del derecho, acudiendo además a la idea de «situación jurídica» a la que −como la de «posición jurídica»− buena parte de la doctrina ha recurrido para intentar solventar las dificultades que plantea la construcción del concepto de relación jurídica o, más bien, el intento de construir todo el orden jurídico como sistema de relaciones jurídicas[1244].

---

esta idea -sigue DE CASTRO, p. 558- se ha basado la llamada teoría obligacionista de los derechos absolutos; su equivocación está en exagerar, hasta llamarlo universal, al deber que crean; no viendo que se establecen relaciones que afectarán (cuando surja el contacto) a sujetos indeterminados pero determinables por la misma situación creada respecto al objeto de referencia de la relación").

Basta, por tanto, decir que la norma atribuye. Esto va a suponer una relación en general, con todos aquellos que han de respetarla; pero el ángulo visual de la relación jurídica como «corte» en las relaciones y conducta jurídica no exige esta perspectiva.

[1244]La perspectiva de las situaciones jurídicas ofrece el punto de encaje, en el sistema, del derecho subjetivo. *vid.* ROUBIER, *op. cit., passim*; REALE, *Introducción..., cit.*, p. 195 y ss.; BIGLIAZZI GERI y otros, *Il sistema..., cit.*, I-1, p. 253 y ss.

Explican estos últimos que la definición de relación jurídica a partir de SAVIGNY conducía a entenderla como relación de persona a persona, lo que se plasma en un concepto técnico que sólo aparece con claridad en la relación de obligación (cfr. también RESCIGNO, P., *Manuale del diritto privato italiano*, 4ª ed., Napoli, 1984, p. 256). Por ello muchos autores, asumiendo que la relación jurídica ha de ser un elemento explicativo de todo el fenómeno jurídico, introducen la relación «genérica» con todos (genérico deber), un artificio para encajar situaciones que comprometían la armónica construcción del ordenamiento fundado sobre un complejo sistema de relaciones.

Si optamos por una visión «rigurosa» de la relación jurídica, sólo entre sujetos concretos, pues de lo contrario perdería rigor técnico el concepto, no sirve entonces para explicar las situaciones subjetivas que se producen por una calificación del ordenamiento respecto del interés y posición de la persona: ahí entra el derecho subjetivo como situación en que el interés es la libertad, en cuanto no cabe satisfacerlo correctamente sino a través del libre arbitrio. La «situación jurídica subjetiva» sería el concepto-clave, tras la constatación de que la doctrina de la relación jurídica y el intento de explicar todo el ordenamiento como «*sistema de rapporti*» está condenado al fracaso.

Se trata, como vemos, de dos vías que, por un lado o por otro, tratan de escapar del rigor de la «relación intersubjetiva».

El significado de la relación está en que "determina la conexión existente entre las personas y la respectiva condición jurídica que dentro de ella adquiere cada una"[1245].

Aunque, lógicamente, en esta perspectiva DE CASTRO se muestra reticente a admitir relaciones jurídicas entre persona y cosa (doctrina que reconoce es bastante seguida) o incluso entre cosa y cosa (como hace DE BUEN[1246]) pues teme que con ello se hace perder todo sentido específico al concepto, no parece que entender de esta manera la relación jurídica excluya la admisión de relaciones de carácter jurídico persona-cosa[1247]. Negar la calificación de relación jurídica a toda conexión de carácter jurídico aparece también en la doctrina italiana[1248], pero hay que reconocer la existencia de esas relaciones, que no choca con la consideración de que la relación jurídica es situación de la persona respecto de otras. El propio DE CASTRO habla de la relación de atribución sujeto-objeto, que estaría en la base de la noción de derecho subjetivo[1249] y, en el ámbito del derecho real, reconocer (aunque se la llame sólo conexión) que ésta existe entre el hombre y la cosa permite no

---

Pero acaso estos planteamientos no fueran imprescindibles, si aceptamos que en SAVIGNY la relación jurídica es un punto de partida, y no trata de ser una clave explicativa de todos los perfiles del ordenamiento. Esto permite salir de esa visión estrecha interpersonal, o entender que se aplica también a relaciones ordenadas según el principio del derecho absoluto, en un momento concreto. Volver a SAVIGNY supone ampliar un poco el concepto de relación jurídica: enmarca las situaciones subjetivas, y más al contemplarse en concreto, pues siempre se manifiestan en la relación entre personas, aunque la existencia de la situación de derecho subjetivo sea «anterior» a la relación concreta.

[1245]Cfr. DE CASTRO, *Ibidem*, p. 557.

[1246]Cfr. DE BUEN, D., "La teoría de la relación jurídica en el Derecho civil", *Libro Homenaje al profesor Felipe CLEMENTE DE DIEGO*, p. 181 y ss., pp. 192-193.

[1247]"La relación puede nacer, ciertamente, en torno a una cosa o a un lugar, pero ello es sólo el hecho determinante, indicador o creador −según los casos− de una relación jurídica entre personas, ya estén determinadas o sean sólo determinables" (*ibidem*, p. 557). En parecida línea, FERRARA, *Trattato..., I-1, cit.*, pp. 300 y ss., aunque en tránsito a la concepción aquí criticada. Vemos que, desde la teoría de la relación, el punto de partida -más que una consecuencia del concepto- es la relación entre personas. Pero, desde otra perspectiva, a partir de la teoría del derecho subjetivo, que se mueve en otro plano, la situación jurídica del titular (posición en que se encuentra *respecto* de otras personas) es de dominio sobre la cosa.

[1248]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Il sistema..., I, cit.*, pp. 256-257.

[1249]Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 583 y ss., 566 y ss.

alejarse de la tradicional perspectiva del "*ius rerum*", que vincula las realidades exteriores, como bienes, a la persona[1250].

Así pues, la relación de derecho real tiene, como relación vertical, un aspecto de conexión persona (conducta)-norma; como relación horizontal (predicamental) tiene también realidad. Pero la realidad de la relación no es independiente del sujeto, es la de una ordenación y conexión del sujeto aunque, lógicamente, para existir como tal exige un término con el que aquél está conectado; pero es dudoso que tenga realidad alguna fuera del sujeto. Si es relación con la norma y es relación con una cosa, también lo es con los demás: una relación, a través de la norma, con todos los no propietarios (en el caso de la propiedad), y en concreto, con aquellos destinatarios de la norma que se encuentran en conexión con el propietario. En este sentido habla LOPEZ DE ZAVALIA[1251] de relación jurídica como un conjunto de conexiones, entre ellas aquella con la cosa en el derecho real. Pero ¿qué es una conexión sino una relación[1252]? Y diversos autores señalan que el derecho de propiedad se puede concebir abstracción hecha de la relación con otras personas.

Cuando se habla así ("abstracción hecha de la relación con otras personas") se está pensando en la relación intersubjetiva concreta. Y otro concepto en el que conviene detenerse es el de relación jurídica compleja.

Antes de exponer y criticar la doctrina italiana de la relación jurídica, explica DE CASTRO que, ante las dificultades que entraña "la disparidad entre la labor definidora de los teóricos y la exigencia de su propia técnica" la doctrina ha intentado un nuevo camino. Se propone entonces un concepto más amplio de relación, como "el conjunto de consecuencias jurídicas que fluyen de una relación de una persona con otra o con una cosa,

---

[1250]Cfr. DE LOS MOZOS, "El derecho de los bienes...", *cit.*, p. 68 y ss.; "La formación del concepto...", *cit.*, p. 645. La concepción kantiana supone, en cierta perspectiva, alejar al hombre de la cosa. En la perspectiva romana, el hombre entra en relación (también jurídica) con ellas. Relación «con significado jurídico» persona-cosa (VON THUR). Esto no significa que el propietario absorba completamente la cosa a él sometida (en esta idea insiste PATAULT, *op. cit.*, *passim*; *vid.* también sobre este punto FAIREN, "Derechos reales...", *cit.*, I, n. 12 y ss.) pues incluso la propiedad romana está sometida a limitaciones desde muy antiguo y además, antes que nada, la propia realidad natural y social reserva cierto aspecto que se impone al propietario. Existen cosas apropiables y no apropiables, etc. Las propias cosas, como bienes, permiten, pues, hasta cierto punto su dominación.

[1251]Cfr. LOPEZ DE ZAVALIA, *ibidem.*

[1252]Cfr. LARENZ, *Parte general*, *cit.*, p. 245 y ss.

consistan tales consecuencias jurídicas en derechos subjetivos, en la posibilidad de la creación de tal derecho o en cualquiera otros efectos jurídicos"[1253]. Esta idea de relación como relación compleja está de acuerdo con la tradición de SAVIGNY y por eso DE CASTRO la considera un mejor punto de partida. Así, la relación jurídica comprende y supone el centro de unificación de un complejo de conexiones simples[1254].

A su vez, la complejidad puede verse a varios niveles. Cuando hacemos ese «corte» en la vida jurídica a que nos venimos refiriendo, encontramos una persona relacionada con otra en razón a un determinado principio o criterio ordenador. En tal relación interpersonal, el principio o criterio puede integrarse en una multiplicidad de expectativas, pretensiones, deberes o sujeciones. A su vez, la persona cuya situación jurídica estamos contemplando, la proyecta en otras relaciones interpersonales, regidas por criterios, en parte correspondientes todos a la relación unificante, en parte propios y característicos de cada conexión. Todas ellas determinan la posición jurídica en la relación compleja, unas situadas en la médula del criterio ordenador, otras sucesivamente más lejos, en combinación con otros criterios propios, hasta confundirse con la situación jurídica total de la persona, aunque contemplada desde la óptica de la relación concreta. La relación compleja en su sentido más amplio no nos interesa, pues se confunde con la posición del propietario, y aún de la persona, en un momento dado. Nos interesa más la relación compleja −con una o distintas personas concretas− basada en un principio jurídico unitario: relación del propietario con los no propietarios, y, en esa esfera, con vecinos, con varios titulares de otros derechos reales. La relación del superficiario, por un lado con el propietario, por otro con los terceros, etc.

Referencia al concepto de derecho subjetivo

En cuanto al derecho subjetivo −concepto cuya elaboración presenta mayor solidez que el de relación jurídica[1255]− lo define DE CASTRO como "la situación de poder concreto

---

[1253]La definición es de VON THUR (*op. cit.*, p. 158 y ss.) En esta línea sólo se concede importancia dogmática -como concepto jurídico útil- a las que se denominan relaciones jurídicas complejas, definidas por LEHMANN de modo redundante como "suma de las relaciones jurídicas que se refieren a una relación jurídica determinada" Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 554-555.

[1254]*Vid.* también en esta línea, FERRARA, *Trattato..., I-1, cit.*, pp. 297-298.

[1255]Cfr. FAIREN, "Derechos reales...", *cit.*, II, p. 175.

concedida a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa"[1256]. En la teoría simplificadora de la relación jurídica a la que hice referencia, se confunde con relación jurídica, es la posición activa en tal relación. Más certera es la explicación de DE CASTRO[1257]. Señala que constituyen unidades independientes, pero siempre están dentro de una relación jurídica. SAVIGNY introduce la doctrina de la relación para encuadrar en ella al derecho subjetivo de modo que no quedara como centro del derecho privado, conectado con la idea de derechos innatos, derecho subjetivo «libre», «independiente», que "había tomado, para su sentido conservador un sabor en exceso revolucionario". Esto supone, señala DE CASTRO, un reconocimiento de que el derecho subjetivo está dependiendo del derecho objetivo, y así es posible definirlo como un poder de la voluntad: no se «fundamenta» en la voluntad tal poder, y por ello también existe para los incapaces (y, en cuanto se conecta con el derecho objetivo, lógicamente supone también un interés, abstracto, jurídicamente protegido)[1258].

El derecho subjetivo es un reflejo de la norma, pero esto, entiéndase bien, en cuanto en la relación jurídica horizontal está «inviscerada» la relación trascendental conducta social-norma. No quiere decir que sea un «efecto reflejo» del derecho objetivo, como lo comprenden quienes le sustraen la conveniente independencia, y después llegan a negarlo. Entre los primeros, aunque destaque oportunamente la conexión que tiene con la norma, no parece suficiente la concepción de BARBERO, para quien el derecho subjetivo es sólo un "ser lícito obrar para la satisfacción de un interés"[1259]. No se trata sólo del ámbito para una conducta lícita −como son lícitos comportamientos que pueden encuadrarse en la esfera de la libertad personal y que satisfaciendo sin duda un interés, no se independizan de la propia libertad− sino que la disponibilidad de un objeto, poder –a voluntad– defenderlo, es elemento típico del derecho subjetivo. Se trata de un ámbito de confianza concedido a la

---

[1256]Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 573.

[1257]Las páginas que dedica a la noción siguen siendo referencia ineludible. Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 566 y ss.

[1258]Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 568 y ss. *Vid.* el esquema de las doctrinas definitorias del derecho subjetivo en ATIAS, CH., *Théorie contre arbitraire*, Paris, 1987, (hay traducción española, *Contra arbitrariedad, teoría*, Madrid, 1988, por de la Cuesta), n. 30 y ss. especialmente el cuadro de la p. 70 y la bibliografía de la p. 71.

[1259]*Vid.* BARBERO, "*Il diritto soggettivo*", *cit.*, p. 1 y ss.; "*Guerra e pace fra l'«interno» e l'«esterno» del diritto soggettivo*", *Ius*, 1952, p. 326 y ss. *Vid.* FERRER ARELLANO, *op. cit.*, p. 361 y ss.

persona por la comunidad, por ello se concede a su arbitrio (aunque no a su arbitrariedad, y esto es lo que indica su inserción en una relación jurídica) un «poder jurídico». Y esto no es un mero reflejo del derecho objetivo positivo, sino que "existen derechos subjetivos por imperativo del Derecho natural". En este sentido no es sólo «reflejo de la norma», sino que es también «norma» a través de la libertad, y por ello está dentro de aquella juridicidad natural que la conducta plasmará en el derecho objetivo concreto a través de la relación jurídica natural[1260].

Hay un elemento en la definición de derecho subjetivo que acaso cuando hablamos de «poder de la voluntad» o «interés jurídicamente protegido», de *agere licere*, o en las definiciones que combinan estos aspectos, podemos olvidar un poco: en relación con aquel aspecto de la Justicia que es cierta proporción o igualdad por la que corresponde algo a alguien en virtud del título que ostenta, el derecho subjetivo es una potestad moral que implica un «dominio» o una «pertenencia»[1261]: el titular tiene atribuido algo, y el dominio se refiere no ya al aspecto psicológico de libertad personal, sino a un aspecto del mundo exterior. Lleva consigo, entonces, poder de disposición y licitud[1262].

[1260]Cfr. por todos, DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 571-572. Cuando se reconoce a la persona un mínimo de libertad, como corolario han de reconocérsele derechos subjetivos. Por ello, incluso los sistemas jurídicos imbuidos de la pretensión de convertir al individuo en un engranaje de la máquina social, en la medida en que no han podido negar, en el individuo, algún resquicio de libertad, más tarde o más temprano han tenido que capitular, para reconocer en su favor derechos subjetivos. Desde esta perspectiva, para la defensa de la propiedad y el contrato en relación con la libertad de la persona, *vid.* SANTORO-PASSARELLI, F., "*Il codice dei valori essenziali*", en *Temi della cultura Giuridica Contemporanea*, Padova 1981, p. 135 y ss. Este es el punto de vista de ALONSO MARTINEZ, "Estudios...", *cit.* Desde otros puntos de vista, *vid.* las observaciones de CARBONNIER, J., *Derecho Flexible*, Trad. española por DIEZ-PICAZO, Madrid, 1974, pp. 131 y ss., 231 y ss.

[1261]Cfr. DE LUGO, J., *Disputationum de iustitia et de iure*, I, disp. 1, § 1. Otras referencias, FERRER ARELLANO, *op. cit.*, p. 345 y ss.; LARENZ, *Parte general, cit.*, p. 256 y ss.; LACHANCE, L., *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, 1959, p. 152 y ss.

[1262]Pertenencia (relación de *habere*) supone asignación de partes, y, por consiguiente, alteridad (DABIN, J., *El derecho subjetivo*, trad. esp., Madrid, 1955, p. 118) y un correlativo deber. Cfr. LACHANCE, *op. cit.*, p. 152: "*Le sujet de droit... est le terme d'une relation d'habere, relation consécutive a celle d'égalité due*". Para LACHANCE, se trata de una relación ideal fundada en el título reconocido por la norma. Sobre el derecho subjetivo como «poder moral» y la relación de dominio y pertenencia, *vid* textos en DE LOS MOZOS, "La formación

Así pues, el derecho subjetivo implica un poder de la voluntad en el sentido de dominio o pertenencia, no sólo es un ámbito de licitud; es norma y a la vez reflejo de la norma (supone una delegación, poder reconocido en el marco del entramado de relaciones jurídicas contemplado por el derecho objetivo). Justifica y permite tener, actuar, ejercer el influjo de la propia voluntad. Y, por todo lo anterior, otorga una pretensión[1263].

Además, sin que se puedan identificar, es cierto que el derecho subjetivo es −o supone− una relación jurídica. Aunque DE CASTRO, por un lado señale la subordinación de uno respecto de otra (en el sentido de institución) y critique la identificación aludida, explica también que el derecho subjetivo es de por sí una relación jurídica, aunque no agote el campo de éstas. "Está constituido por una especialísima relación de dependencia entre un sujeto y un objeto −independizada de la relación jurídica básica−; tiene como elementos esenciales: el sujeto, el objeto, y el contenido del poder sobre el objeto en sus diversas manifestaciones. Su carácter de situación jurídica crea en su favor un deber general de respeto"[1264]. Como situación jurídica se trata lógicamente de una situación «respecto de los demás» que, recordemos, era el concepto de relación jurídica. Para utilizar un ejemplo clásico, se puede decir que ROBINSON, en su isla, es propietario en la medida que haya o pueda haber otros no propietarios; si está absolutamente sólo, no tiene sentido planteárselo (nadie, además, podría hacerlo con excepción del propio ROBINSON, que seguramente estaría ocupado en otras cosas).

Así pues, el derecho subjetivo es relación jurídica (subordinada, dice DE CASTRO), y lo es en el triple plano de relación con la norma, que atribuye, conexión con su objeto, y relación con los demás que por virtud de la atribución normativa han de respetar la posición del titular[1265]. Desde el punto de vista de la relación interpersonal concreta, se manifiesta en

---

del concepto...", *cit.*, p. 599 y ss. También FERRER ARELLANO, *op. cit.*, pp. 305 y ss.; 349 y ss.; 364 y ss., aunque con algunos puntos de vista discutibles.

[1263]*Vid*. PUGLIESE, G., *Usufrutto, uso e abitazione, Trattato VASSALLI*, IV-5, Torino, 1954, *cit.*, p. 44 y ss.; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 587, nota 4, 589-590.

[1264]Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 578.

[1265]Hay que tener presente los dos niveles de significado que ofrece «relación jurídica», explica VON THUR, (*op. cit.*, p. 158). En el primero de ellos, el derecho subjetivo es una relación jurídica. Así, al hablar de cosas y derechos, en relación con la propiedad y derechos reales, explicaba MANRESA que el derecho «no es una cosa, sino una relación». Cfr. MANRESA, *Comentarios..., cit., III*, p. 10. En la segunda y más significativa acepción la

una o un conjunto de ellas, pero que tienen distinto significado según se trate de un derecho real o de crédito. Si nos fijamos en la propiedad, se podría decir −a modo de imagen explicativa− que aparece completa como derecho subjetivo −y por tanto como relación jurídica en cuanto derecho subjetivo− pero «incompleta» desde el punto de vista de la relación jurídica interpersonal concreta: no quiere decir que, en este aspecto le falte nada, sino que, como dice DE CASTRO, si resulta contemplado desde esta perspectiva, "se establecen relaciones que afectarán (cuando surja el contacto) a sujetos indeterminados pero determinables por la misma situación creada respecto al objeto de referencia de la relación"[1266]. A diferencia de lo que ocurre con el derecho de crédito, la propiedad puede

---

relación jurídica tiene un significado propio, que precisamente se distingue del derecho subjetivo, para encuadrarlo luego en ella.

Para esta diferencia puede ser clarificadora una referencia al objeto del derecho subjetivo y de la relación jurídica. Como dijimos arriba, en posiciones como la de ALLARA se manifiesta una cierta confusión en estos conceptos, pues se coloca como objeto de la relación el «deber» correlativo al derecho, que sería también objeto de éste. Cfr. ALLARA, *Le nozioni..., cit.*, p. 230 y ss. Es significativo que, en el tratado de DE CASTRO, el «objeto» tenga un tratamiento más detallado en sede de derecho subjetivo −la realidad del mundo exterior a que se refiere el poder jurídico, mientras el «contenido» se manifiesta en las facultades (*vid.* las interesantes observaciones sobre la relación entre objeto y contenido en p. 583 y ss.)−. El «objeto» de la relación jurídica ocupa un lugar puntual en el tratado (p. 559) limitándose a decir DE CASTRO que es "la materia social a la que afecta". Parece que, en la relación jurídica, los elementos más relevantes son el sujeto, el término y el fundamento. Y ALLARA parece confundir objeto con vínculo, o contenido del vínculo, en la relación jurídica.

[1266]Las relaciones interpersonales actuales no agotan (en este sentido se puede hablar de incompleto) todas las posibilidades de relación interpersonal concreta en que puede manifestarse, específicamente, la propiedad.

El desarrollo teórico esbozado en páginas anteriores sirve para caer en la cuenta de que, si la realidad de la relación descansa, propiamente, en la persona, en la conducta, sólo requiere una persona que se encuentra en una determinada posición, según el criterio normativo, frente a otras. Esto siempre lo predicaremos de la propiedad, se trata de una relación jurídica. Ahora bien, la referencia hacia el exterior no va a encontrar un vacío, se establece siempre, en cada momento, en un marco determinado de personas concretas. Este es el sentido de la idea de propiedad como relación jurídica: que siempre el propietario va a encontrarse «en relación» y por tanto su derecho queda relativizado, limitado por algún contacto.

Ahora bien ¿la propiedad se identifica con esta relación, siempre con referentes concretos, en un momento dado? No, porque, un instante después, la relación puede ser distinta. Ahora

concebirse abstractamente sin referencia a una relación interpersonal concreta[1267]. El objeto del derecho es independiente de la relación, lo que no se puede afirmar del objeto del derecho personal, que exige la relación con un deudor.

Sin embargo, colocándonos en la perspectiva de la relación, la afirmación anterior no debe ocultar que, en la realidad social y en la construcción jurídica, el derecho subjetivo, la propiedad, el derecho real, siempre es una situación en una relación jurídica[1268]. Sólo dentro del ámbito de las relaciones jurídicas es posible plantear la cuestión de los derechos subjetivos (volvemos a la consideración de ROBINSON). Y, con independencia de la mayor o menor autonomía que hayan alcanzado respecto a la relación originaria, en todo caso la relación jurídica interpersonal compleja es el tejido en que se inserta el derecho subjetivo.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

---

bien, sí, en cuanto siempre se está actualizando la relación jurídica propiedad completa, que presenta un panorama concreto. No falta nada a la relación propiedad porque el propietario se encuentre en contacto con algunos no propietarios, pudiendo estarlo con otros muchos potenciales, indeterminados. La relación resulta, a la vez abstracta y siempre la misma, y concreta y cambiante.

El error de la doctrina obligacionista estriba en identificar la relación jurídica que supone el derecho subjetivo propiedad con una relación intersubjetiva concreta, e involucrar en ella a todos quienes, en virtud del criterio normativo, habrían de respetar la atribución ajena, considerándoles además vinculados por aquella obligación pasiva universal. Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 558. *Vid*. BETTI, *op. cit., I*, pp. 3-6; ROMANO, SANTI, "*Diritti assoluti*", *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 50 y ss.; GONZALEZ PALOMINO, "Adjudicación en pago de deudas", *Estudios jurídicos de arte menor*, I, Pamplona, 1964, p. 189 y ss., p. 221-222, nota 11; DORAL, *La fase de seguridad..., cit.*, p. 168 y ss.

[1267]Por esto TILOCCA, fijándose en la idea simple de relación jurídica como derecho-deber correlativo, afirma que el derecho real no postula relación jurídica (salvo con la norma). *Vid*. "*La distinzione...*", *cit.*, p. 3 y ss., 11 y ss., 24 y ss. Y ATIAS (*Les biens, I, cit.*, n. 38), situándose en la perspectiva del derecho subjetivo señala que la propiedad es la técnica más sencilla del derecho de bienes. En ella hay una persona, una cosa y nada más.

[1268]*Vid*. la certera explicación de DORAL, en el sentido de nuestra nota 70. DORAL, *La fase de seguridad..., cit.*, p. 123 y ss.

Relación y derecho en la teoría del derecho real

Estas consideraciones nos han introducido en la teoría general del derecho real, de la forma adecuada para ubicar después la obligación real.

El derecho subjetivo real tiene su mejor explicación en la idea de inherencia, vinculación de la cosa a una persona que tiene un influjo inherente en aquella, pero un poder jurídico −no es una realidad sólo física o económica[1269]–. Esto supone –es el aspecto que acentúa la doctrina moderna– un ámbito de protección para el titular que llega más lejos, hasta «tocar» la cosa, que la protección relativa de los derechos de crédito[1270]. Y es que, para entender bien el derecho real hay que verlo, como hace ATIAS[1271], en contraposición con el derecho de crédito en relación con una cosa, como técnicas, ambas, de derecho de bienes o reparto de utilidades de las cosas. El derecho real llega hasta la cosa, el de crédito relativo a una cosa tiene que pararse antes, su protección solo alcanza un ámbito reducido de personas, relacionadas con la voluntad del deudor; no como el derecho real cuya protección es la de la norma, «*erga omnes*»[1272]. La inmediatividad –inherencia– y la absolutividad, en mi opinión, se confunden, porque el poder sobre la cosa es un poder jurídico[1273].

[1269]Tiene además un importante componente psicológico, en la medida que el derecho también es «creencia».

[1270]Tanto el derecho real como el de crédito resultan «oponibles», aunque, en un momento dado (también el derecho real) pueden resultar «inoponibles». Pero cada uno de una manera distinta.

[1271]Cfr. ATIAS, *Les biens, I, cit.*, n. 36 y ss. Acerca de la inherencia, n. 38.

[1272]Cfr. GONZALEZ PALOMINO, "Adjudicación...", *cit.*, pp. 221-222, nota 11; DORAL, *La fase de seguridad..., cit.*, p. 168 y ss.

[1273]BURDESE, "*Il problema...*", *cit.*, pp. 227 y ss., en su defensa, frente a COMPORTI y otros, de la visión más tradicional del derecho real, destaca la absolutividad, protección específica *erga omnes*, como elemento cualificante de la categoría. Pero, citando a CARNELUTTI, habla del "carácter de absolutividad coincidente con el de inmediatividad" (*ibidem*). Después, p. 231, continuando su comentario a la obra de BELFIORE, estima exacto considerar la categoría del derecho real "bajo el presupuesto de una inmediatividad de la relación del sujeto titular con la cosa, que se resuelve en una particular tutela *erga omnes*" de tales derechos.

La pervivencia de la doctrina clásica por más realista y adecuada, una vez que deslindamos la perspectiva del derecho y la de la relación, se ha manifestado en la doctrina reciente, superado el impacto que supuso la teoría obligacionista[1274]. Y es que, teniendo en cuenta todo lo dicho hasta ahora, parece evidente que esta última no aporta nada nuevo (deber de respeto) que no se contuviera en las explicaciones de la doctrina clásica, como señalaron en su día los defensores de ésta[1275]. Sin embargo, ha generado desviaciones de

---

Señala LOPEZ DE ZAVALIA, *op. cit.*, pp. 21 y ss., que un amplio sector de la doctrina civilista admite llanamente que es también relación jurídica la conexión subjetivo-objetiva que intercede entre una persona y una cosa, lo que le parece aceptable "pero no en la forma escueta y simplificada en que generalmente suele ser expuesta, sino en una más refinada cuya raíz se encuentra ya en los grandes clásicos". Frente a esta "tenaz tradición dogmática" de los civilistas parece un obstáculo insuperable la doctrina filosófica y científica de la relación. No es cierto, sin embargo, que aquella tradición esté huérfana de todo apoyo jusfilosófico. Por ello "los civilistas pueden continuar sus desarrollos tranquilos. Si se les piden que invoquen autoridades, pueden hacerlo; si se les formulan críticas, ellos también pueden lanzarlas contra el adversario" (*ibidem*). Por esto, LOPEZ DE ZAVALIA (*ibidem.* y pp. 88 y ss.) acoge la tesis clásica, que en los últimos tiempos -aunque en ocasiones con enfoques distintos (como ejemplo se puede señalar la discrepancia entre BIGLIAZZI-GERI y COMPORTI)- viene siendo admitida por la doctrina. En esta línea, la enumeración podría ser interminable. Citemos a DE CASTRO, *op. cit.*, p. 591; ENNECERUS-NIPPERDEY, *Parte general, cit.*, § 64; VON THUR, *op. cit.*, p. 168 y ss.; LEHMANN, *Tratado..., I, cit.*, § 10; LARENZ, *Parte general, cit.*, p. 247 y ss., donde, combinando bien la óptica de la relación jurídica y la del derecho subjetivo, explica que en el derecho de propiedad no pueden ser disociados la relación de la persona con la cosa y la consideración del instituto (relación "de la norma", que es también "relación de la vida", institución jurídica) como relación entre personas. También *vid.* p. 277 y ss. En p. 255 y ss. critica la concepción de THON; CARBONNIER, J., *Droit civil, III, Les biens*, 15ª ed., Paris, 1992, n. 12 y ss.; ATIAS, *Les biens, I, cit.*, n. 36 y ss.; LIVER, "*Die Reaobligation*", *cit.*; STEINAUER, "*La propriété privée...*", *cit.*, p. 212 y ss.; COMPORTI, *Contributo..., cit.*, p. 74 y ss.; BIGLIAZZI-GERI, L., *Usufrutto, uso e abitazione, Trattato CICU-MESSINE*O, XI-I, Milano 1979, p. 5 y ss.

[1274]Sobre este punto, cfr. FAIREN, "Derechos reales...", *cit.*, II, n. 66 y ss.; DORAL, *La fase de seguridad..., cit.*, p. 168 y ss.; DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad..., cit.*, pp. 248, 254, etc.; ATIAS, *Les biens, I, cit.*, pp. 75-76.

[1275]Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos..., III-1, cit.*, p. 7 y ss. Una prueba más de estos asertos es que, precisamente SAVIGNY, el autor que desarrolla la doctrina de la relación jurídica como relación «de persona a persona» presenta luego una concepción clásica del derecho real. *Vid. Le droit..., cit.*, I, § 2, pp. 17-18; § 3, pp. 23-24 y nota f.

óptica que han contribuido a la confusión doctrinal, por lo que, en un intento de estudiar la categoría de la obligación real, parece que se debe partir de la doctrina clásica. Si no, el propio énfasis en la obligación real puede añadir aún más confusión, y entorpecer en vez de ayudar.

El triunfo de las doctrinas intermedias no parece sino una confirmación de la pervivencia de la doctrina clásica[1276]. Hay en ellas, sin embargo, como tributo a su eclecticismo, un peligro, en la distinción entre el elemento llamado «interno» y el «externo» del derecho: en la relación jurídica, el hecho está expresando el derecho, y el derecho se

---

[1276]Es la impresión que resulta de una lectura detenida de los desarrollos de BARASSI, *Diritti reali...*, *I, cit.*, p. 5 y ss., considerado por FAIREN el exponente más significativo de la doctrina intermedia. Para FAIREN, "Derechos reales...", *cit.*, II, n. 72 y ss., la superación de la doctrina clásica por la obligacionista fue sólo aparente; pero la pervivencia de aquella tendría un aspecto positivo y otros negativos, como serían los derivados de su incompatibilidad con la dogmática de la relación jurídica. Por ello, las tentativas de renovación de la teoría clásica habrían supuesto un intento de reconstrucción de conceptos generales (derecho subjetivo, relación jurídica) que a FAIREN le parece inadmisible *prima facie*, o doctrinas novedosas, todo lo cual manifestaría la insuficiencia también de la crisis de la doctrina obligacionista, en el sentido de que no habría conducido, en rigor, a una reafirmación de la teoría clásica. Sin embargo, al examinar después su análisis de la doctrina intermedia (n. 86 y ss.) se ve que sí, que la doctrina clásica volvía a ganar terreno; pero no a través de novedosas construcciones, sino precisamente a través del desarrollo de la doctrina intermedia. Además para la renovación de la teoría clásica no es tan necesario «reconstruir» los conceptos generales como comprenderlos en su verdadero sentido: relación jurídica y derecho subjetivo se mueven en planos diversos. Si se combinan en el mismo plano, estaría justificada la crítica que se hace a la doctrina intermedia de combinar dos aspectos contradictorios y con distintos presupuestos filosóficos e ideológicos. *Vid*. TILOCCA, "*La distinzione...*", *cit., passim*; FAIREN, "Derechos reales...", *cit.*, II, pp. 312-314. También parece a BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Il Sistema..., cit., I-1*, p. 304 y ss., que la posición intermedia es un intento de mantener la doctrina clásica sin desligarse del concepto tradicional de relación, por lo que no deja de ser contradictoria. Sin embargo, ellos mismos apuntan la solución: la construcción del orden jurídico a través de un sistema de relaciones interpersonales, no debe hacer perder su conveniente autonomía al concepto de derecho subjetivo. Entonces no es preciso pagar el tributo de ser «ecléctico» para defender la doctrina clásica. Partiendo de la óptica del derecho subjetivo, lo que permite −tendencia apreciable cada vez más en la doctrina intermedia− dar la necesaria importancia al elemento interno (fisonómico) del derecho real. Y después introducir la perspectiva de la relación jurídica para situar el derecho en su contexto, y la obligación real. Sobre la relevancia del elemento interno, *vid*. por todos COMPORTI, *Diritti reali..., cit.*, pp. 21-22.

apoya e imbrica en la realidad fáctica. Es cierto que en el elemento interno hay que ver un contacto con la cosa, lo que adquiere quizás particular relieve en nuestro sistema adquisitivo del título y modo. Pero no parece correcto entender que la relación con la cosa constituya el aspecto «económico» de «utilización fáctica», y la relación con los demás el aspecto «jurídico». Esto nos llevaría sutilmente a desterrar el significado de tal utilización de la cosa, considerada erróneamente, a la vez, como el constitutivo de la relación inmediata con ella y un aspecto meramente económico, extrajurídico[1277].

La relación inmediata con la cosa (derecho real) tiene en cuenta el «acontecimiento» fáctico (ocupación, doctrina del título y el modo, prescripción) y es un aspecto clave de la relación jurídica. La inmediatividad y la absolutividad son dos puntos de vista del mismo fenómeno, porque la protección *erga omnes* expresa y hace operativa la valoración de relación jurídica con la cosa.

Los excesos a que ha conducido la doctrina obligacionista han oscurecido también, como vimos al tratar la doctrina francesa, el concepto de obligación real. Ha conducido a negar la distinción entre derecho real y derecho de crédito, lo que parece hoy desacreditado, pero también a otras posiciones que han tratado de ofrecer una nueva visión de los derechos patrimoniales con un acercamiento no correctamente enfocado entre aquellas dos categorías. (Es, sin embargo, a partir de la doctrina clásica, e introduciendo después la óptica de la relación jurídica, a través del estudio de la relación jurídica de reparto, donde se acercan y conectan derecho real y de crédito[1278]).

[1277]La pretensión de construir el sistema de derechos subjetivos sólo a través de mandatos de exclusión y abstención conducirá, como sabemos, al concepto de propiedad y derecho real como complejo de relaciones con terceros excluidos, dificultando la diferenciación entre los distintos modelos de atribución (doctrina de ALLARA). Ahora bien, sin llegar a tal extremo, el influjo se deja sentir en autores más moderados. *Vid*. FERRARA, F., "*Concetto e tipi dei diritti reali*", 1907, recogido en *Scritti Giuridici*, II, Milano, 1954, pp. 411-450. *Vid*. sobre este punto, la doctrina comentada por BARASSI, *Diritti reali..., I, cit.*, p. 5 y ss., y COMPORTI, *Diritti reali..., cit.*, p. 12 y nota 20, pp. 21-22. Entre nosotros, por todos, *vid*. la crítica de DE CASTRO a las doctrinas formalistas y procesalistas (especialmente de THON) *op. cit.*, pp. 587, nota 4, 589-590. También DORAL, *La fase de seguridad..., cit.*, pp. 170-171.

[1278]Como ha puesto de manifiesto DORAL en unas admirables páginas (*La fase de seguridad..., cit.*, pp. 175 a 180) la principal crítica que se puede hacer a la doctrina obligacionista es partir del presupuesto equivocado de la identificación plena de la relación jurídica y el derecho subjetivo. Tampoco es aceptable la doctrina clásica cuando identifica

Relación personal y derecho real limitado

En el acercamiento entre derecho de crédito y derechos reales limitados ha tenido mucha importancia, en Italia, la obra de ARANGIO-RUIZ[1279]. Para este autor, en Roma −y en el derecho actual− el *ius in re aliena* supone básicamente una relación (personal, obligacional) entre el propietario y el titular del derecho de que se trate. La profundización de ARANGIO-RUIZ es sin duda interesante, como recalca FAIREN, en cuanto pone de relieve que, en los derechos reales limitados, la relación real (lo que ocurre también en la propiedad respecto de ese derecho limitativo) implica siempre un «tercero» que se destaca de los demás, pues el derecho real se fundamenta en una relación que se plantea con el propietario[1280]. Este es el camino para acceder a la «relación jurídica de reparto» de la que hablaremos después, pero si tal constatación nos llevara a reducir el derecho real a una relación personal con el propietario, como parece pretender DOMINGUEZ PLATAS[1281], dejaríamos en sombra el aspecto fundamental de esa titularidad, la atribución de la cosa (en

---

ambos conceptos, relación jurídica −considerada la relación directa del hombre con la cosa− y derecho real. "En el poder inmediato de una persona sobre una cosa corporal esta corriente centra la esencia, tanto del derecho como de la relación, siendo así que en realidad, tal poder no es más que uno de los elementos de la relación jurídica, y ésta, a su vez, como todo fenómeno jurídico implica relaciones entre personas". En nuestra perspectiva, admitiendo que en la relación se manifiesta un poder sobre la cosa, es posible después encontrar la conexión de la obligación con el derecho, a través de su presencia como uno de los elementos de la relación. Este es el camino que sigue también DOMINGUEZ PLATAS, por más que su orientación posterior, confundiendo derecho real y obligación, no sea posible compartirla. *Vid*. DOMINGUEZ PLATAS, *op. cit.*, pp. 23-89.

[1279]Cfr. ARANGIO-RUIZ, V., "*La struttura dei diritti sulla cosa altrui in Diritto Romano*", publicado en *A.G.*, 81 (1908), pp. 361-470; 82 (1909), pp. 417-469. Recogido en *Scritti di Diritto Romano*, I, Camerino, 1974, p. 135 y ss. *Vid.* espec. p. 280 y ss.

[1280]"Las relaciones jurídicas pertenecientes al tipo del Derecho real limitado existen primariamente entre el titular y el propietario, y más allá de esto, en tanto que el derecho real goza de protección frente a todos, en la relación del titular con todos los demás". Cfr. LARENZ, *Parte general, cit.*, p. 269.

[1281]Cfr. DOMINGUEZ PLATAS, *op. cit*.

alguno de sus aspectos)[1282]. Esa desviación fue justamente criticada por CICU y GROSSO[1283].

En Francia ha destacado, en esa línea, el planteamiento de GINOSSAR[1284]. Como sabemos, en su construcción, los derechos reales limitados son créditos «reales», suponen la titularidad activa de una «obligación real». La obligación puede ser personal −derecho de crédito tradicional− o real −aspecto pasivo de aquel crédito real−. Lo que lleva a este autor, como se ha señalado[1285], a confundir todo y a olvidar la relación de la persona con la cosa. Sin embargo, su influencia ha sido bastante amplia. Algunos, que han tratado de resaltar la importancia del papel de la persona en el derecho real (neopersonalismo) se han apoyado en su doctrina (recientemente FERRU y HANSENNE). Y no en la visión, que parece más coherente, realista y acorde con la tradición a partir de SAVIGNY, de la relación jurídica de reparto. Lo curioso es que la influencia de la doctrina personalista en GINOSSAR parece llegarle a través de quien paradójicamente se suele considerar el defensor de la doctrina clásica: RIGAUD. Pues, éste último, al explicar −tratando de superar las críticas a la concepción clásica− el aspecto de relación directa hombre-cosa, dice que el derecho real existe "sin necesidad de intermediario alguno personalmente obligado" (piensa, pues, que hay «intermediario», lo que evidencia el influjo obligacionista). Y aunque RIGAUD no discurre por ese camino, de ahí a hablar de un intermediario no personalmente sino

---

[1282]"*Le* ius in re *est le droit que nous avons dans une chose, par lequel elle nous appartient, au moins à certains égards*". Cfr. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, n. 1. *Vid*. comentario a esta definición, desde su particular óptica, en FAIREN, "Derechos reales...", *cit.*, I, p. 181 y ss.

[1283]*Vid*. CICU, *op. cit.*, pp. 6-7; GROSSO, G., *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Torino, 1944. La doctrina de ARANGIO-RUIZ es sugestiva y ha tenido una dilatada influencia. Se recoge, por ejemplo, en COSTANTINO, M., *Contributo alla teoria della propietà*, Napoli, 1967, p. 145 y ss. Para un resumen e interpretación *vid*. BELFIORE, *op. cit.*, p 376 y ss. También FAIREN, "Derechos reales...", *cit.*, II, p. 183 y ss. Estas interpretaciones no son siempre coincidentes; así FAIREN considera a ARANGIO-RUIZ un representante de las corrientes obligacionistas; a mi modo de ver, esto no es indiscutible (*vid.*, ARANGIO-RUIZ, "*La struttura...*", *cit.*, pp. 295-296).

[1284]Diferencia también, llevándolo hasta el final, propiedad, por un lado, y derechos reales y de crédito, que tendrían en común el carácter relativo, por otro. *Vid*., GINOSAR, *op. cit.*, pp. 19 y ss., 107 y ss., 121 y ss. Resumen y crítica de su construcción, en GHESTIN, J. y GOUBEAUX, G., *Traité de droit civil, I, Introduction Générale*, 1ª ed., París, 1977, p. 168 y ss.

[1285]Cfr. DE LOS MOZOS, "La obligación real...", *cit.*, p. 340.

«realmente» obligado no hay más que un paso. Con ello se va a producir una doble confusión: del derecho real con el derecho de crédito, y se oscurece la comprensión de que la obligación real es también una obligación personal, algo que ya quedaba en entredicho en algunas explicaciones de los exégetas y de MICHON.

El derecho en la relación real

Para centrar la cuestión la clave está en la consideración de la propiedad y los derechos reales limitados de acuerdo con las premisas fijadas.

En primer lugar hay que detenerse en la propiedad, pues se trata del paradigma de los derechos reales[1286]. Es derecho subjetivo −y no uno cualquiera, sino el modelo de éstos[1287]− (relación jurídica, por tanto) y relación de exclusión frente a los demás: exclusión general *erga omnes*, y concreta en un conjunto de relaciones intersubjetivas con sujetos pasivos determinados.

De modo que la relación con todos los no propietarios es una relación jurídica (no un complejo de relaciones, como entiende ALLARA). Se constituye por la atribución normativa, es relación de la norma −concretada respecto de sujeto y objeto determinados− y a través de ella, con aquellos a quienes afecta, que se predica en el titular y queda relativamente incompleta respecto del sujeto pasivo destinatario, que entra en la relación por el contacto con la cosa. En la propiedad, la inmediatividad y la absolutividad se confunden. Parecen ir en este sentido algunas afirmaciones recientes de BURDESE[1288], con un claro sabor clásico, si bien por el fuerte influjo de FERRARA o ALLARA −y de la relación jurídica entendida sólo como relación intersubjetiva concreta, cuyo objeto sería el deber− resalta la nota de absolutividad, y tiende a despreciar la inmediatividad[1289].

[1286]Es preciso defender la igualdad de estructura de todos los derechos reales, a pesar de la variedad profunda de los tipos. Cfr. BARASSI, *Diritti reali..., I, cit.*, p. 2. Sólo se alcanzará una comprensión adecuada del derecho real si se percibe que está construido sobre el modelo de la propiedad. Cfr. ATIAS, *Les biens, I, cit.*, pp. 59 y ss., 79 y ss. En contra, FAIREN, "Derechos reales...", *cit.*, p. 221 y *Notas a OURTLIAC-MALAFOSSE..., cit.*, p. 121, siguiendo a ARANGIO-RUIZ.

[1287]Sobre este punto *vid*. LOBATO, *op. cit.*, pp. 27-28.

[1288]Cfr. BURDESE, "*Il problema...*", *cit.*, p. 230 y ss.

[1289]Esta reticencia hacia la nota de inmediatividad es lógica, cuando esta nota se conecta con la «realización inmediata del interés del titular sobre el bien», punto de vista económico, y se

Hasta aquí hemos visto la propiedad, derecho subjetivo (respecto del cual es importante recordar la necesidad de no caer en aquella contraposición excesiva entre elemento interno y externo). Pero ese derecho subjetivo, aunque ha alcanzado un importante grado de independencia respecto a la relación jurídica originaria, no es un ente autónomo, se inserta, en el entramado de la vida jurídica, en una relación de propiedad. La propiedad, en su relación jurídica −donde siempre hay que considerarla, de entrada, pues la doctrina de la relación está precisamente para ello− pierde aquella independencia absoluta que rechazaba SAVIGNY, y constituye un arbitrio sin arbitrariedad[1290]. La relación jurídica de propiedad se da siempre en el marco de un ordenamiento concreto y desde nuestro punto de vista lo interesante va a ser siempre la relación concreta con un conjunto determinado de sujetos que se destacan del «sujeto pasivo universal». Esas relaciones interpersonales concretas configuran en cada momento, como relación jurídica compleja −no en el sentido de ALLARA, sino en el de PUGLIESE o VON TUHR− la situación o posición jurídica del propietario. Son relaciones de exclusión.

Ahora, es posible fijarse en los derechos reales limitados, y comprender que, en ellos, siempre está predispuesta una relación concreta propietario−titular, pero −ha aquí la clave− sigue siendo una relación real de exclusión: el vínculo, el «objeto» de esa relación concreta es precisamente que, por ejemplo, propietario y usufructuario se excluyen mutuamente. La relación no es, pues, de obligación. Se trata de una relación interpersonal concreta de exclusión que, a partir de la relación originaria que genera el derecho real, configura su contenido y, como efecto reflejo, el de la propiedad, a través de la relación jurídica mientras

---

comprueba que también en los derechos personales de goce se presentan facultades ejercitadas sobre la cosa de modo inmediato, con lo que tal idea sería insuficiente para identificar el «fenómeno de la realidad». Cfr. COMPORTI, *Diritti reali..., cit.*, p. 63 y ss. En este orden de ideas distingue BURDESE el interés del sujeto hacia la cosa, que el ordenamiento se propone tutelar y constituye el elemento teleológico, la finalidad perseguida con la figura del derecho real, y el derecho mismo, que vendría constituido en su núcleo cualificante por una pretensión *erga omnes*. Pero la utilidad de los bienes, la finalidad perseguida, es lícito seguir defendiendo que se obtiene, en el derecho real, predisponiendo una relación sin intermediarios con la cosa, una conexión jurídica que no se da en el derecho personal. Para la opinión de BURDESE, *vid*. "*Considerazioni...*", *cit.*, pp. 307 y 318, 324-325. Y las observaciones ulteriores de COMPORTI, *Diritti reali..., cit.*, p. 28 y ss. y nota 60, contestadas por BURDESE, "*Il problema...*", *cit.*, p. 210 y ss.

[1290]Sobre el derecho subjetivo en la relación de propiedad, *vid*. las notables páginas de DORAL, *La fase de seguridad..., cit.*, p. 123 y ss. También LOBATO, *op. cit.*, p. 21 y ss.

dure aquél. El titular del derecho real limitado, respecto de los demás (que no son el propietario) tendrá también su posición y su pretensión real de exclusión. Su derecho, por tanto, es un poder sobre la cosa construido sobre el modelo de la propiedad, fundamentado −eso sí− en una relación que se predispone con el propietario[1291].

El derecho subjetivo real está insertado en una relación, y centrándonos en la perspectiva de las relaciones privadas, se manifiesta, vive, en una relación jurídica compleja, conjunto de relaciones intersubjetivas de carácter real, pues su característica es ser relaciones de exclusión.

En este sentido, parece aceptable a primera vista la idea de COMPORTI[1292]: el derecho real como situación compleja, con contenido multiforme, de situaciones simples de ventaja y desventaja, entre las que cabe individuar un núcleo fundamental, instrumento necesario para la satisfacción del interés del titular de modo directo y autónomo sin necesidad de la cooperación ajena, núcleo cualificante de la situación. Esto le parece acertado a BURDESE, aunque parta de distintos presupuestos, y se adhiere al reconocimiento de la figura del derecho real "entendida como situación compuesta, constituida en su núcleo cualificante (...) a mi modo de ver por una pretensión *erga omnes*, a la que se adhieren sin embargo otras figuras simples, especialmente obligaciones, unidas a aquella en función de la compleja situación de intereses que el ordenamiento jurídico se propone regular unitariamente"[1293].

En este punto, BURDESE se muestra crítico hacia la posición de BIGLIAZZI-GERI. Para quien el derecho subjetivo es una "situación (de ventaja activa) esencialmente simple, resultado de la calificación normativa de un interés jurídicamente relevante, a cuya realización, aquella, caracterizada por aquel *agere licere* que se traduce en una *facultas agendi*, resulta coordinada"[1294]. Por esto, los límites u obligaciones no podrían entrar a formar parte

---

[1291]Acaso sea esto mismo lo que quiere poner de relieve DOMINGUEZ PLATAS, en su reciente monografía. Sin embargo, cuando nos habla de la «relación obligacional subyacente» de que depende el derecho real, o de la «necesaria cooperación de un tercero» para que el titular satisfaga su interés, recalcando una «esencial diferencia de carácter estructural existente entre el dominio y los derechos reales en cosa ajena», da la impresión de alejarse de nuestra perspectiva. *Vid*. DOMINGUEZ PLATAS, *op. cit.*, p. 33 y ss., y sus conclusiones, p. 227 y ss.

[1292]*Vid*. COMPORTI, *Diritti reali..., cit.*, p. 32 y ss.

[1293]Cfr. BURDESE, "*Il problema...*", *cit.*, p. 215.

[1294]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Usufrutto..., cit.*, p. 5.

de ella; y, en particular, "las eventuales obligaciones constituyen meras *superfetazioni* (siempre externas) respecto al derecho real, expresiones de singulares relaciones personales que, incluso cuando encuentran la propia base en el derecho o surgen con ocasión del mismo, no deben entrar a formar parte de su contenido"[1295].

Sin embargo, la crítica de BIGLIAZZI-GERI viene también motivada por los presupuestos que sustentan la construcción de COMPORTI, que le llevan a concebir el derecho real como una amalgama de situaciones heterogéneas −poderes, facultades, límites, obligaciones− que constituirían, *a pari titolo*, su contenido, manifestando de algún modo la valoración positiva y protección consecuente que al ordenamiento merece una situación efectiva de utilidad entre un sujeto y un bien[1296]. Esta concepción, según COMPORTI, supondría abandonar la perspectiva eminentemente individualista del derecho real[1297], y ello exigiría una crítica, como artificiosa, de la distinción entre derecho y situación compleja[1298], entendiendo que el obstáculo al reconocimiento de un contenido complejo en el derecho real sería la resistencia de la doctrina tradicional, preocupada por salvaguardar el concepto de propiedad como poder libre y pleno[1299], lo que no convence, justamente, a BIGLIAZZI-GERI ni a NATUCCI[1300]. La reticencia de BIGLIAZZI-GERI hacia la concepción de COMPORTI viene dada, por lo tanto, por diferencias más profundas, pues, como indica NATUCCI, "la afirmación de un contenido rigurosamente unitario (poderes, facultades, límites y obligaciones, *a pari titolo* en el derecho real) tiene un significado sobre todo ideológico"[1301]; pero también por el temor −y en esto creo que BIGLIAZZI-GERI exagera− a una superposición de categorías conceptuales heterogéneas.

[1295]Cfr. BIGLIAZI-GERI, *Usufrutto..., cit.*, p. 7. Más desarrollos en p. 20, nota 61 y p. 25 y ss. Por esto, BIGLIAZZI-GERI defenderá después la «autonomía» de la obligación real. *Vid. Oneri reali..., cit.*, p. 85 y ss.

[1296]*Vid.* COMPORTI, *Diritti reali..., cit.*, pp. 31 y 32-48.

[1297]Cfr. COMPORTI, *Diritti reali..., cit.*, p. 28 y ss.

[1298]Cfr. COMPORTI, *Contributo..., cit.*, p 68; *Diritti reali..., cit.*, p. 44.

[1299]Además de COMPORTI, *Contributo..., cit.*, p. 310, para esta interpretación de la doctrina tradicional, *vid.* ROMANO, F., *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1966, p. 96; GRAZIANI, G. A., *Il riconoscimento dei diritti reali*, Padova 1979, p. 259.

[1300]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 86; NATUCCI, *La tipicità..., II*, cit., p. 137.

[1301]Cfr. NATUCCI, *La tipicità..., cit.*, II, p. 135, nota 61.

Frente a esos temores, es preciso afirmar que, manteniendo en un puesto prevalente la noción de derecho subjetivo como esfera de libertad individual[1302], y situado en este ámbito el derecho de propiedad y el derecho real[1303], es posible −un sector muy autorizado de la doctrina lo hace− fijarse luego en ellos como situación compleja, lo que supone precisamente combinar las nociones de derecho subjetivo y relación jurídica en el sentido de SAVIGNY[1304]. Centrándonos en las relaciones de derecho privado, en un orden de ideas

---

[1302]Sobre este punto, *vid.* COING, H., "*Signification de la notion de droit subjectif*", *APD*, IX, *Le droit subjectif en question*, Paris, 1964, p. 1 y ss., espec. pp. 14-15. Sigue considerando el derecho subjetivo como «noción central» del derecho privado MICHAELIDES-NOUAROS, G., "*L'évolution récente de la notion de droit subjectif*", *RTDC*, 1966, p. 185 y ss. Y otras referencias *supra*.

[1303]"No cabe duda −dice LOBATO− no obstante la fuerte tendencia a la superación del «individualismo posesivo», que este modo de apropiación al que nos referimos y que está en la base de la idea moderna de dominio, está intrínsecamente ligada a la idea de una civilización europea e integrado en un sistema cultural en el cual la apropiación privada de los bienes, bienes de producción incluidos, es una constante fundamental y una idea rectora que preside la organización de las relaciones económicas y, junto con el contrato y la responsabilidad, continúa siendo uno de los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico privado, hasta el punto que puede decirse que no hay argumento, noción o figura jurídica que no presuponga la propiedad privada". "Pero esto no significa (...) que el derecho de propiedad deba aparecer necesariamente como una entidad permanente e inmutable, capaz de presentar −incluso en el ámbito de un mismo ordenamiento jurídico− siempre y constantemente las mismas formas y los mismos caracteres, pues la propiedad individual aparece como una situación subjetiva que se va poco a poco modelando, en épocas diversas y bajo la influencia de factores cambiantes". Cfr. LOBATO, *op. cit.*, pp. 27-28. En este sentido, *vid.* la bibliografía que incluye en la nota 10, especialmente STEINAUER, "*La propriété privée...*", *cit.*, p. 212 y ss. "La propiedad privada −explica STEINAUER, p. 242− no es un fin en sí misma; no es más que un elemento de orden metodológico destinado a permitir una utilización de los recursos que sea globalmente buena para el bienestar individual y colectivo. El método elegido (afirmación de un principio de libertad que seguidamente se restringe) puede parecer curioso, pero se explica histórica y filosóficamente. Porque este método privilegia la libertad, puede ser el menos malo de los métodos".

[1304]Es en la relación jurídica en que se encuadra el derecho real donde se manifiesta como situación jurídica subjetiva compleja. Cfr. PERLINGIERI, P., *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino-Nápoles, 1980, p. 70 y ss.; MONTES PENADES, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*, Madrid 1980, pp. 103 y ss., 204, 244. Y es ahí donde tiene relevancia la cualidad del objeto.

distinto al de COMPORTI, ha distinguido PUGLIESE el derecho real de la compleja situación real[1305]. La idea permite distinguir y poner de relieve el elemento que caracteriza el derecho real (para PUGLIESE, una combinación variable de poder, facultad, pretensión)[1306] pero también está recordándonos que "*le situazioni essenziali di una determinata fattispecie (nei diritti reali il potere), una volta calate nella realtà dei rapporti giutidici (concreti) si circondano di situazioni anche eterogenee, che sono poi molto spesso indispensabili*"[1307].

Criticando ideas de BALLADORE-PALLIERI[1308] −quien duda de que la propiedad o el usufructo sean derechos subjetivos por incluir deberes u obligaciones− PUGLIESE observa que los términos «propiedad» o «usufructo» designan tanto el derecho subjetivo en sentido estricto como el instituto (ordenación normativa bajo principios unitarios de la institución), y es en éste donde se predisponen diversas relaciones que, en la institución contemplada, vincularán al propietario o usufructuario hasta poderse hablar de la «*complessa situazione giuridica del titolare*»[1309]. Ésta situación compleja, como dijimos, si se entiende en sentido amplísimo, trasciende a la situación patrimonial de la persona y abarca relaciones en que el titular aparece, con ocasión de su propiedad o titularidad, pero no propiamente como tal, sino como deudor. (Por ejemplo, el arrendamiento; aunque, en otro sentido, aquí hay también una relación concreta de propiedad, pues el arrendatario no deja de ser un poseedor, tiene un contacto con la cosa que le permite perjudicar al propietario como tal, no sólo como acreedor o deudor, es un «tercero» concreto) Es aquella compleja situación la que se transmitirá a los herederos. Pero, en un sentido más estricto y propio, la situación compleja viene definida por aquel haz de relaciones en que se manifiesta específicamente esa titularidad, y, en la medida en que aquellos elementos configuran, pertenecen a una

---

[1305]Cfr. PUGLIESE, voz "*Diritti reali*", *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milano, 1964, p. 771. *Usufrutto...*, *cit.*, pp. 44 y ss., 401 y ss.

[1306]No son, indudablemente, las situaciones pasivas, las que caracterizan el derecho real en general, y en especial los singulares tipos. Cfr. COMPORTI, *Contributo...*, *cit.*, p. 258; NATUCCI, *La tipicità...*, *II*, p. 135; PUGLIESE, *Usufrutto...*, *cit.*, p. 44 y ss.

[1307]Cfr. NATUCCI, *La tipicità...*, *II*, *cit.*, p. 136.

[1308]Cfr. BALLADORE-PALLIERI, G., "*Diritto soggettivo e diritto reale*", *Ius*, 1952-3, p. 1 y ss.

[1309]Cfr. PUGLIESE, *Usufrutto...*, *cit.*, p. 45, nota 1.

institución informada por principios jurídicos unitarios, se transferirá también a su sucesor en la titularidad[1310].

Dejando por un momento la consideración de la cuestión desde el punto de vista del sujeto (situación jurídica) conviene recordar que, si se trata de un derecho real limitado, como forman parte del ámbito de lo que DE CASTRO denomina derechos subjetivos dependientes[1311], pues no llegan a desligarse de la relación jurídica básica con el derecho principal, la relación jurídica compleja de que venimos hablando implica primero, necesariamente, una relación real concreta de configuración que se establece siempre con el propietario[1312]. Suponen una relación estable de reparto de las utilidades de un bien, y en este sentido tiene razón COSTANTINO cuando pone de relieve que en estas situaciones el interés en el bien no puede desligarse de la relación con el propietario[1313].

Esta idea de los derechos subjetivos dependientes ofrece también alguna luz para comprender ciertas formas de propiedad que, de algún modo, no llegan a ser propiedad «completa» (propiedad horizontal, por ejemplo) porque la construcción artificial de objetos

---

[1310]"La totalidad de las consecuencias jurídicas, esto es, derechos subjetivos, expectativas de adquisición, deberes y otras vinculaciones, deberes de cumplimiento y competencias, que se derivan de la relación jurídica para uno de los participantes en la misma, constituyen su posición jurídica en dicha relación. En el caso de la propiedad consideramos esa posición jurídica como idéntica al derecho de propiedad. No obstante, esto sólo es posible si se consideran tener una mera importancia subordinada los deberes, competencias o deberes de cumplimiento, posiblemente conectados con el derecho de propiedad, frente a éste, que es precisamente el núcleo de dicha posición jurídica.(...) Con la transmisión del derecho de propiedad la posición jurídica del propietario pasa, en principio, y según la totalidad de su contenido, al derechohabiente. En particular se transmiten a este las cargas públicas que gravan la cosa y las limitaciones relativas a la propiedad sobre la misma". Cfr. LARENZ, *Parte general, cit.*, pp. 269-270.

[1311]Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 595.

[1312]Puede ocurrir, como es sabido, que un propietario originario transfiera, p. ej., el usufructo a uno y la propiedad a otro, de modo que la relación traslativa predisponga una relación originaria que, encontrando su base en la propiedad del transferente, vincule a dos titulares «sucesores», pero esto no afecta a nuestro argumento.

[1313]*Vid*. COSTANTINO, *op. cit.*, p. 145. Aunque no comparto su visión del derecho real limitado, afín a ARANGIO-RUIZ, *"La struttura..."*, *cit.*, n. 41 y ss.; voz *"Ius in re aliena"*, *Dizionario pratico di diritto privato, dirigido por V. SCIALOJA*, III, 2ª parte, 3ª ed., Milano, 1934, p. 117 y ss.

de dominio todavía dependientes de una cosa principal, produce como consecuencia que el derecho subjetivo nunca llegue a independizarse de la relación básica (mientras, en la propiedad, la relación concreta siempre se configura como vicisitud)[1314].

Con esa primera relación no tiene porqué agotarse el haz de relaciones que configuran la posición jurídica del titular. Después, igual que el propietario, establece relaciones concretas de exclusión con otros titulares de propiedades vecinas o derechos reales sobre la misma cosa.

Pero es preciso decir algo más: a su vez, la relación concreta que se establece entre propietario-propietario vecino o propietario-titular de un derecho real, son también relaciones complejas, que combinan un elemento de exclusión con otros elementos. Desde esta óptica, y teniendo en cuenta que no se puede desligar artificiosamente el derecho de la relación, se puede afirmar que a través de ella, una serie de contenidos entran a formar parte del contenido del derecho real, como contenido complejo que comprende no solo poderes sobre la cosa, o facultades, sino también elementos de otro género, deberes y obligaciones[1315].

[1314]Cfr. DE LOS MOZOS, "El derecho de propiedad...", *cit.*, p. 246-247.

[1315]Cfr. SANGIORGI, S., "*Regolamento contrattuale e diritti reali*", *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, XXXV, 1974, p.18 y ss., 49 y ss., 211 y ss. ; NATUCCI, *La tipicità..., cit.*, p. 135 y ss.

PARTE II

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

Relación jurídica de reparto: exclusión y comunidad en el reparto

Punto de partida: consideración de la propiedad y la comunidad para la construcción del concepto de relación de reparto

En esta relación jurídica compleja de carácter real es donde hemos de situar y estudiar la obligación real. Y lo vamos a hacer partiendo de la distinción entre dos polos opuestos, para llegar a lo que llamaremos relación jurídico-real de reparto[1316].

[1316]Hay que precisar esta terminología: en un primer momento no me pareció adecuada, pues podría llevar a confusión con lo que SIESSE ha llamado «comunidad de reparto» −la copropiedad romana, transitoria, en que las cuotas prefiguran la próxima división−. Cfr. SIESSE, G., *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, Paris, 1923, p. 5 y ss. También parece que la «relación de reparto» en sentido estricto sería la que determina el ejercicio de la *actio communi dividundo*. Sin embargo, no me refiero ni a esta última, ni sólo a la copropiedad romana que, en todo caso, constituirá una de las relaciones de reparto. Por todo esto se podría hablar, mejor, de «relación de reparto estable», así no cabe confusión con la acción concreta de repartir, pero tal denominación no encaja bien en aquellos supuestos de reparto que se producen en un momento concreto con carácter transitorio (pensemos en el transeúnte que ejercita el interdicto de obra ruinosa). Quizás, empero, también el transeúnte pueda entenderse parte en una relación de reparto estable, en cuanto ciudadano vecino. Así pues,

En primer lugar, tenemos la situación que hemos llamado «propiedad pura», que es este derecho subjetivo tomado sin consideración a ningún sujeto pasivo determinado, de algún modo esperando sujetos pasivos potenciales hasta que se conviertan en concretos[1317]. Desde otro punto de vista, la propiedad pura aparece −así lo muestra la doctrina especializada− en el *dominium ex iure quiritium*, para ciudadanos romanos y en suelo itálico, y es una relación en que el propietario absorbe toda la cosa, pero no deja de ser una abstracción, pues ya en Roma desde tiempos muy antiguos, este *dominium* sufrió algún tipo de limitación (manifestación, en definitiva de una participación de los demás en la relación con la cosa)[1318]. Fuera de este ámbito, podemos seguir considerando una propiedad pura (ajena a toda relación interpersonal concreta) como punto de referencia, si bien la propiedad aparece limitada[1319].

Pues bien, en esta abstracción de la «propiedad pura» −MICHON lo expresó con claridad[1320]− no tiene sentido la obligación real: el hecho de ser propietario, sin más, sólo está predicando facultades de orden privado. Con las limitaciones previstas en la ley, con la participación del bien privado por la generalidad a través de ciertas obligaciones legales,

---

hablaremos de relación de reparto o relación de reparto estable. Podría acaso servir la expresión «relación de concurrencia» utilizada por CARNELUTTI. Pero la concurrencia tiene una connotación de comunidad y no abarca bien el aspecto de exclusión característico de la relación de reparto.

[1317]Así se explica REALE, *Introducción..., cit.*, p. 177.

[1318]*Vid.*, por todos BONFANTE, P., *Corso de Diritto romano*, II, *La proprietà*, 1, Milano 1966, (reimpresión de la 1ª ed., Roma 1916), p. 273 y ss.; OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, pp. 231 y ss., 253 y ss. Sobre la propiedad romana como abstracción y modelo, *vid.* WALINE, *L'individualisme et le droit*, Paris, 1945, p. 332; DE LOS MOZOS, "La formación del concepto...", *cit.*, p. 589 y ss.; FAIREN, M., "La propiedad, teoría de errores", *RDP*, enero-diciembre 1963, p. 126 y ss.; PATAULT, *op. cit.*, pp. 141 y ss. Esta autora contrapone la propiedad romana a la *coutumière*, y señala que en la Revolución triunfa la primera; DE LOS MOZOS indica que por debajo de su idealización la propiedad quiritaria persiste como modelo a través de la propiedad de BARTOLO. Cfr. DE LOS MOZOS, *ibidem*, p. 594.

[1319]A través de las limitaciones de carácter público, administrativo, que suponen un reparto de la cosa con la generalidad. Cfr. VAREILLES-SOMMIERES, "*La définition...*", *cit.*, p. 438 y ss. La «relación de reparto» permite contemplar desde este punto de vista, tanto aspectos de derecho privado como de derecho público, que permanecen, además, tradicionalmente imbricados en materia de relaciones de vecindad.

[1320]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 36 y ss.

deberes y cargas impuestas en el ámbito administrativo o fiscal, pero sin que, en principio, por el hecho de serlo esté obligado a nada en al ámbito privado, ni tenga tampoco créditos contra nadie.

En el polo opuesto, desde el punto de vista adoptado, encontraríamos la comunidad, la copropiedad. En ella, la cosa es común a varios, cuyo derecho se cuantifica a través de la cuota[1321]. Existe una participación en el bien −en todo el bien− con el único límite general del respeto al derecho de los demás, y todos deben contribuir a la conservación de la cosa (en este punto, lo que era libre en la propiedad pura, es obligatorio ahora[1322]). En la copropiedad ordinaria del Código civil, hay un reparto del bien, pero abstracto (junto a participación, hay, pues, de entrada, un criterio de reparto) en cuotas ideales, que desaparecerán con el auténtico reparto, cuando se divida realmente la cosa común, lo que pone fin a la participación en la cosa y a todo reparto estable en ella[1323].

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

[1321]En el terreno de las ideas abstractas, la comunidad perfecta sería aquella en que todos los comuneros participaran por entero del bien, en todos sus aspectos, sin que, por ello, ninguno chocara con el interés de los demás. En tal comunidad no hay exclusión (entre los comuneros) sino sólo participación. Pero esto es una entelequia (supondría la contradicción de una identificación entre propiedad y comunidad). Lo más parecido podría ser el «dominio solidario», que no admite la DGRN −aunque sí la Compilación Navarra, Ley 378− Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 225. Y así, en realidad, toda comunidad implica necesariamente una coordinación obligacional del interés y la actividad de los condóminos. Cfr. LACRUZ, *Elementos de derecho civil, III-2*, Barcelona, 1980, pp. 266-268. Mientras no desaparezca, esta coordinación es precisamente lo que caracteriza la situación y la coloca en el polo opuesto a la propiedad pura aunque se organice utilizando el criterio de «reparto» a través del concepto ideal de la cuota. (Una comunidad en la que no se dé un cierto «reparto» es también una abstracción, Cfr. PAU PEDRON, A., "La multipropiedad en el derecho comparado", *RDR*, n. 10, 1984, p. 23 y ss. p. 44; WEBER-GRELLET, H., "*Die Gesamthand-ein Mysterienspiel?*", *Archiv für die Civilistische Praxis*, agosto 1982, p. 316).

[1322]En cuanto uno de los comuneros tiene una iniciativa de conservación, como veremos *infra*, los demás están obligados a contribuir.

[1323]Desde el punto de vista de la comunidad preexistente, aunque pueden permanecer otros repartos estables que respondan a distinta *ratio*.

La obligación de contribuir a los gastos de conservación es inherente a la cualidad de comunero, de modo que, si quiere desligarse de ella, ha de dejar de participar en la cosa, abandonando su cuota[1324].

En la comunidad aparece, por tanto, la obligación real. Y esta constatación nos va a servir para formular una hipótesis: en todos aquellos casos en que se de una relación jurídica de reparto es posible que existan obligaciones reales. Esta relación jurídica de reparto se va a caracterizar por la presencia de dos aspectos: a) una relación real de exclusión concreta en el reparto; tal exclusión aparece matizada precisamente en la comunidad propia[1325] −todo comunero puede utilizar toda la cosa, con el límite genérico del respeto a la utilización por los demás− y con claridad en los demás supuestos. b) un aspecto de comunidad (es lo que no aparece en la propiedad pura, y, por tanto, estará matizado en la relaciones jurídicas de propiedad): la convergencia de los derechos en un punto común, en un objeto o una frontera −realidad material, realidad económica− donde resulta entrelazado el interés de los titulares que se excluyen. No entendemos aquí, por tanto, la comunidad en el sentido estricto (comunidad de bienes). Podría hablarse, quizás, de «comunidad de intereses», expresión utilizada por alguno para referirse a varios de los supuestos que a continuación analizaremos[1326].

Pero esta «comunidad de intereses», tal como es concebida por PEREZ PEREZ, no sirve para encuadrar todos los supuestos de reparto. Por otro lado, la existencia, en la relación jurídica de reparto, de un territorio común en que cada uno de los derechos haya de atemperarse por la presencia y legítima exigencia del otro en el mismo ámbito, no significa que la situación se caracterice por "la prosecución de un interés común" al que se subordinan los intereses individuales[1327]. El interés común es posible que se agote en una coincidencia de intereses diferentes por el hecho de la concurrencia de los derechos sobre una cosa o en una frontera. Y su defensa, la subordinación que pueda encontrarse respecto a

---

[1324]Lo que era «libre» para el propietario, es ahora obligatorio. Pero es más difícil construir la obligación real en supuestos en que no se trata sólo de conservar, sino de acrecentar o en cierto modo «crear» un bien, un valor, un destino. Dependerá de la valoración social.

[1325]*Vid.* por todos, COSTANTINO, *op. cit.*, pp. 268 y ss., 280 y ss., en la comparación entre comunidad y *condominio*.

[1326]Cfr. PEREZ PEREZ, E., *El consorcio real en el derecho positivo español*, Madrid 1986, p. 119 y ss. Ultimamente, *Propiedad, comunidad y finca registral*, Madrid, 1995, p. 183 y ss.

[1327]Cfr. PEREZ PEREZ, *El consorcio..., cit.* pp. 129-131.

él, en un momento dado, del interés individual, sólo tiene sentido en razón del equilibrio y mejor satisfacción de los propios intereses individuales[1328].

Propiedad y reparto

En primer lugar, existe esta relación de reparto incluso en la propiedad. Para ello es necesaria su inserción en una relación real de exclusión concreta. No sólo cuando aparezca limitada por algún *ius in re aliena*, simplemente por el hecho de la existencia de

---

[1328]PEREZ PEREZ utiliza esta noción para la explicación de lo que denominará situaciones jurídico-reales de naturaleza consorcial, caracterizadas por la conexión de las titularidades sobre bienes individuales en la titularidad *ob rem* de un bien común. Las exigencias que esta concurrencia impone se interpretan por nuestro autor como prosecución de un interés común, al que se subordinan los individuales, lo que define la comunidad de intereses, género de los diferentes tipos de comunidad (relación societaria inclusive). Aunque en otros momentos parece más matizado: "De la coincidencia de intereses en un fin común que limite los distintos intereses individuales y posibilite su coexistencia, se inferirá el interés de la comunidad" (*El consorcio..., cit.*, p. 125). Y más aún en la versión actualizada de su teoría, *vid. Propiedad, comunidad..., cit.*, p. 189 y ss., donde elude la caracterización concreta de la comunidad de intereses, limitándose a utilizarla como idea o criterio general.

Ciertamente, conviene ser cauto. COSTANTINO, aunque utiliza, para el *regolamento di condominio*, la idea de *contratto plurilaterale con comunione di scopo*, rechaza que nos encontremos ante una comunidad de intereses. Cfr. COSTANTINO, *op. cit.*, p. 277, nota 17, p. 314, nota 82, p. 342, nota 38. "*Non è proprio sicuro che la disciplina del condominio negli edifici (...) rifletta un interesse comune; può parlarsi semmai di interesse collettivo, intendendo esprimere con tale attributo il modo di stare insieme di una pluralità di interessi omogenei*". *Vid.* también JAEGER, P.G., *L'interesse sociale*, Milano, 1972, p. 3 y ss.; BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, pp. 177, 233, 298; ALONSO PEREZ, M., "La propiedad horizontal. Especialidades de su contenido como derecho", *RDP*, 61, 1977, p. 85 y ss., p. 88. Según HASSLER, T., ("*L'intérêt commun*", *Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 4, 1984, p. 582 y ss.) el interés común (mecanismo corrector útil y eficaz) se sitúa entre el general y el individual, como una especie de interés colectivo, que no trasciende los intereses individuales, a los que atempera en beneficio de los intereses de los demás.

En la relación jurídica de reparto existe prosecución de un interés común sólo en la medida en que integra, en abstracto y objetivamente, en la construcción del esquema previsto, el individual de cada partícipe, cuya mejor satisfacción es preciso obtener en coordinación con el de cada uno de los demás. Sólo así se justifica la subordinación, en un cierto momento, a un interés que no coincide, en la vicisitud concreta, con el estrictamente individual.

propiedades vecinas. En su confín, se encuentra una zona común. "El fenómeno observado manifiesta que sólo en principio es cierto un concepto de la propiedad cuyo ámbito espacial de poder está geométricamente delimitado por las verticales de los linderos. En rigor la propiedad debe concebirse no como el derecho a un prisma identificado por el polígono de los linderos, sino como el derecho a una unidad económica, identificada sí por ese polígono, y delimitada, en principio, también por el correspondiente volumen geométrico, pero no delimitada totalmente por él, ya que la normal explotación de las unidades económicas determina un entrecruzamiento de límites y facultades en los respectivos ámbitos geométricos"[1329].

Esta realidad había sido intuida por los romanos: considerada la comunidad como fuente de conflictos, se facilitaba su desaparición con la *actio communi dividundo*, lo que ha pasado al derecho moderno y ha llevado –más en Francia que en España– a ver en aquella una situación esencialmente transitoria[1330]. Algo de ello ocurría también en la vecindad: el fundo romano, originariamente, se configura «cerrado» e «independiente», y su propiedad, ilimitada[1331]. A través de los institutos del *iter limitare* y el *ambitus* establecían una zona neutra entre dos propiedades contiguas, para eliminar esa comunidad de vecindad[1332] (aunque luego, por la propia fuerza de las cosas, este esquema se atenúa). Es significativo a este respecto que la *actio finium regundorum* tuviera naturaleza mixta, al igual que la *communi dividundo* y la acción de partición de herencia: tres acciones que apuntan al mismo objeto: deslindar, separar lo que es común.

[1329]Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 126. En parecidos términos cfr. FAIREN, *Notas a OURLIAC-MALAFOSSE..., cit.*, pp. 274-275; GONZALEZ ALEGRE, *op. cit.*, pp. 10 y ss., 34 y ss. *Vid.* También BONFANTE, *Corso... II-1, cit.*, p. 259.

[1330]Cfr. CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, n. 87, p. 164. (Hay traducción española de la 1ª ed., por Zorrilla Ruiz, Barcelona 1965). CORNU, G., *Droit civil, I, Introduction, les personnes, les biens*, 4ª ed., Paris, 1990, n. 1220 y ss., espec. nn. 1231-1233.

[1331]Cfr. BONFANTE, P., *Corso de Diritto romano*, III, *Diritti reali*, 2, Milano, 1972, p. 277.

[1332]*Vid.* FAIREN, *Notas a OURLIAC-MALAFOSSE..., cit.*, p. 246 y ss. Sobre estos institutos, su significado originario y evolución posterior, *vid.* ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho romano, I, cit.*, p. 226 y ss.; OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 234 y ss.; FUSTEL DE COULANGES, N. D., *La cité antique*, París 1910, p. 65; FERRINI, *Pandette, cit.*, nn. 234 y 349; BONFANTE, *Corso..., II-1, cit.*, 327 y ss. El carácter sacro del *iter limitare* no aparece tan claro en el *ambitus*, que se desdibuja antes históricamente.

Pues bien, incluso en la propiedad −en relación con las propiedades contiguas− encontramos una relación jurídica de reparto caracterizada por un aspecto de exclusión y otro de comunidad. Con ello resulta coherente la existencia del retracto de colindantes, hermano pequeño, podríamos decir, del de comuneros[1333]. La doctrina francesa se ha referido a esta realidad con la expresión «comunidad de vecindad»[1334]. Frente a la constatación de que el espacio fronterizo entre dos fincas es un lugar donde el derecho de propiedad no puede funcionar concretamente sin modularse por obligaciones recíprocas, POTHIER plantea un *cuasicontrat de voisinage*, poniéndolo en relación con la comunidad y la sociedad[1335]. Tal realidad presenta horizontes muy amplios: "en sí misma es independiente de la propiedad; en sí mismas las relaciones de vecindad pueden concebirse *a priori* entre arrendatarios tanto como entre propietarios. En preciso entender a menudo, cuando se reconocen derechos o se imponen obligaciones a un propietario fundiario en sus relaciones con las propiedades vecinas que tales derechos pueden ser ejercidos o esas obligaciones deben ser ejecutadas por los arrendatarios que traigan causa de aquellos (por ejemplo, un arrendatario tiene el derecho de ejercitar las servidumbres dependientes del inmueble y el deber de soportar las que le graven; puede reclamar daños y perjuicios a su vecino o ser condenado a ellos hacia aquél, o por abuso del derecho, etc.)"[1336].

[1333]Resulta significativa su regulación en nuestro Código civil, art. 1523, especialmente el segundo párrafo. *Vid.* CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, p. 279.

[1334]Cfr. CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.* nn. 133, 169; ATIAS, CH., *Les biens, II, Droit immobilier*, Paris, 1982, n. 219, p. 264.

[1335]"*Le voisinage est un cuasi-contrat qui forme des obligations réciproques entre voisins, c'est-à-dire entre les propriétaires*". Cfr. POTHIER, *Oeuvres*, IV, *Société*, n. 230.

[1336]Cfr. CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, n. 133. Las exigencias de la buena vecindad afectan al propietario, pero, en general, al vecino. Más que distinguir entre vecindad «real» y «personal» −criterio presentado por GONZALEZ ALEGRE (*op. cit.*, pp. 12 y ss., 15 y ss., etc.) acaso útil para organizar su estudio− conviene tener presente cómo la vecindad es una realidad general que, en tanto se proyecta, en este caso, sobre las fincas −el inmueble en la comunidad de vecindad, dice CARBONNIER− determina una «relación de reparto por razón de vecindad» que interesa ante todo al propietario, en cuanto su señorío le hace −en sentido amplio− responsable (estado de la finca, influjos que de ella provengan...) Pero asimismo el titular de un derecho real, un inquilino, un empresario... entran en vecindad, cada uno desde su particular posición (sin excluir, por lo general, la referencia al propietario). *Vid.* CARBONNIER, *ibidem*, nn. 133, 167, 174; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil, III-1-2*, 2ª ed., Barcelona, 1988 pp. 69-70; DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad..., cit.*, pp. 283-284.

Ciertamente, toda proximidad entre personas puede ser ocasión de lesiones o perjuicios en sus intereses, ocasión para que se tenga muy en cuenta el deber de *neminem laedere* (art. 1902 y ss. CC). En las fincas se produce una «proximidad estable» y por ello, aquí las relaciones de vecindad son primordialmente entre propietarios; ya en las XII Tablas aparece una restricción de los derechos del propietario por este motivo, "disposiciones prosaicas y elementales pero de acuerdo con las preocupaciones de un pueblo de pequeños agricultores". Se trata de soportar, de no perjudicar, un ideal modesto pero razonable, basta con obtener una «fraternidad negativa»[1337]. Pero −y esto se acentúa con la evolución posterior− en ocasiones no basta la simple pasividad para evitar el daño, y se exige al vecino una razonable cooperación. Todo lo cual alcanzará particular relieve en situaciones de vecindad más estrecha[1338].

La actitud de buena vecindad supone, como veremos, unos criterios u obligaciones genéricas (no se trata sólo de evitar el posible daño, también de soportar los «inconvenientes ordinarios» derivados del normal ejercicio de los derechos sobre la finca vecina). Y otras obligaciones concretas de vecindad. Impuestas al propietario y que, si conectan con la esfera de un goce diligente, afectarán también a titulares de otros derechos de aprovechamiento, aunque sin eximir de sus obligaciones o responsabilidad al propietario[1339].

El propietario participa, pues, de un ámbito en el fundo contiguo. Así aparece con claridad en la STS. 3 abril 1984, que permite incluso realizar la propia edificación

---

[1337]Cfr. OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 236; CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, n. 169.

[1338]Cualificada además por otras consideraciones, conectadas con la referencia a un particular destino del inmueble, como veremos al tratar el reparto en la Propiedad Horizontal, urbanizaciones... *Vid.* CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, n. 175 y ss.; ATIAS, *Les biens, II, cit.*, p. 197 y ss.; MOUREY, J. L., *Les équilibres socio-psychologiques de la copropriété*, Strasbourg, 1970, p. 55 y ss.; MAYER, H., *Les rapports de voisinage dans les immeubles divisés par appartements, notamment dans les grands ensembles*, Paris, 1981.

[1339]*Vid.* por todos LACRUZ, *Elementos..., III-1-2, cit.*, p. 61 y ss., 69 y ss.; CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, n. 133 y ss.; ALONSO PEREZ, M., "Las relaciones de vecindad", *ADC*, 1983, p. 357 y ss.; ROCA JUAN, J., *Comentarios EDERSA, V-1*, Madrid, 1980, pp. 374, 389 y ss.

introduciendo anclajes en el fundo vecino[1340]. Y en el retracto de colindantes, en que, además de esa razón de vecindad aparece un fin de carácter público, social, que siempre se ha destacado por la doctrina.

Y es que, en la problemática de la vecindad, aparecen tradicionalmente combinadas normas −aspectos− de puro derecho privado y de carácter público. Su imbricación en esta materia manifiesta la imposibilidad de establecer entre ambos órdenes normativos una contraposición tajante.

Respecto a la obligación de conservar en buen estado el propio edificio, el propietario del fundo contiguo, en Roma, podía exigir la *cautio damni infecti*, cuyo funcionamiento nos ofrece una interesante referencia a la idea de comunidad de vecindad: si no se otorgaba tal promesa de reparación, el pretor atribuía, primero, la posesión, y, tras el plazo discrecional fijado, la propiedad, al propietario amenazado. Un régimen que recuerda la sanción de pérdida del bien infligida al comunero que rehusaba contribuir a los gastos de conservación o reparación[1341]. Tanto la protección de la *cautio* como la *operis novi nuntiatio* podían utilizarla también titulares de otros derechos reales e incluso, respecto de la *cautio*[1342], aunque esto se ha discutido, quienes, en general, tuvieran un derecho que se viera dañado por la situación[1343].

[1340]PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, pp. 129 y 132, conecta esta STS con las relaciones de vecindad y con el *ius usus inoqui*, que tendría algún reflejo en nuestro derecho común a través del art. 7 CC. También en la disciplina de la accesión −en la «accesión invertida»− encontramos una «razón de vecindad». Cfr. GONZALEZ ALEGRE, *op. cit.*, p. 466 y ss.

[1341]Cfr. D. 39, 2, 15, 11 y D. 39, 2, 15, 16; C. 8, 10, 4, 5; *Vid.* OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, n. 176; FERRINI, *Pandette, cit.*, n. 360. En la comunidad, *vid.* D. 17.2, 52, 10, y FERRINI, *ibidem*, n.340; su reflejo en las Partidas, P. III, XXXII, 26, y comentario por BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, pp. 291 y ss.; MANRESA, *Comentarios..., III, cit.*, p. 380 y ss.

[1342]PETIT atribuye la posibilidad de utilizarla a todo detentador responsable de la custodia de la cosa expuesta al peligro. Cfr. PETIT, E., *Tratado Elemental de Derecho Romano* (1892), trad. de la 9ª ed. francesa, Santo Domingo, 1990, p. 369.

[1343]Cfr. BONFANTE, *Corso..., II-1, cit.*, respecto a la *cautio damni infecti*, p. 381 y ss., especialmente, en cuanto a la legitimación, p. 403 y ss. Respecto a la *operis novi nuntiatio*, p. 434 y ss. En el interdicto *quod vi aut clam* (*ibidem*, p. 464 y ss.) la legitimación era amplísima (*ibidem*, p. 473). Acerca de estos medios de protección *vid.*, OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, n. 175 y ss.; ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano, I, cit.*, p. 266 y ss.

Pero los deberes en relación con el estado del propio fundo y la actividad en él desarrollada no se agotan aquí: al lado de los criterios relacionados con la *inmisio*, la *aemulatio*, la tolerancia ordinaria y el abuso del derecho[1344], y alguna norma concreta para las relaciones entre colindantes, en las grandes ciudades, sobre todo en Roma, los reglamentos de urbanismo y policía se multiplicarán[1345]. Su respeto se asegura por la presión administrativa: la *Civitas* a través de los *ediles*, se va a preocupar, por ejemplo, de que se restauren los edificios ruinosos, imponiendo sanciones[1346]. Pero los propios ciudadanos tienen, como tales, una participación en el fundo en cuanto pueden hacer cumplir al titular ciertas obligaciones de vecindad a través del ejercicio de diversos interdictos y la denuncia de obra nueva, que, si se ejercita "*iuris publici tuendi causa*" compete a todos los ciudadanos[1347].

Esta doble vertiente, pública y privada, en esta materia, hoy aparece reflejada, por ejemplo, en los artículos 390 CC y 1676 y ss. LEC, que recogen la posibilidad de acudir a la «autoridad» −como manifestación de un derecho subjetivo de carácter público− o ejercitar un interdicto por parte de los que, aun siendo simples transeúntes, sufran perjuicio en un interés legítimo por la situación de un fundo, entrando así en la relación de reparto[1348].

[1344]Cfr. D. 6, 1, 38; D. 39, 3, 1, 11 y 12; D. 39, 3, 2, 9; D. 8, 5, 8, 5 y 6; D. 8, 2, 19; D. 8, 5, 17. *Vid.* OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, nn. 44 y 221.

[1345]Sobre la obligación de mantener en buen estado los fundos confinantes con una vía pública y otras limitaciones en materia edilicia estrechamente conectadas con la teoría de las relaciones de vecindad *vid.* BONFANTE, *Corso..., II-1, cit.*, p. 309 y ss.; OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, nn. 59, 219-221.

[1346]Cfr. D. 43, 10, 1

[1347]Cfr. D. 43. 8. *Vid.* BERGER, A., voz "*Interdictum de viis publicis*", *Encyclopedic dictionary of Roman law*, Philadelphia, 1953. Para asegurar el respeto a los reglamentos de urbanismo y policía se utiliza −entre otros medios− la *operis novi nuntiatio*, "que todo ciudadano puede intentar en tal caso como representante del interés común". Cfr. OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 647.

[1348]Esta posibilidad del «transeúnte» podría parecer extraña a la relación jurídica de reparto (faltan dos fundos contiguos relacionados). Se explica porque, en puridad, tal relación sólo exige la exclusión de un «no propietario» al que, a la vez, se reconoce un interés y se protege una cierta participación, en la finca. El *cives* encaja aquí, y también, en un ámbito privado, quien ha de pasar junto a la finca para satisfacer un interés, de los arts. 1677 y 1678 LEC. Cada cual a su manera, también el titular de un derecho real, el inquilino, incluso este simple transeúnte, entran en reparto, en la medida en que su derecho o interés les sitúa en la peculiar concurrencia de

En el Código civil, el legislador contempla al vecino como propietario, o, en general, como particular interesado en el reparto de la cosa o en la actividad que se desarrolla en el fundo vecino, que puede utilizar interdictos y exigir la observancia de limitaciones y obligaciones de vecindad (art. 549 y ss.) Pero sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre policía urbana o rural (art. 551): sin desentenderse de la materia, que sigue presentando un fondo civil, el Código reconoce, y tiene −por así decir− prevista, la existencia de una normativa específica[1349] que, en aras del interés general, se ocupa de cuestiones relacionadas con la vecindad limitando y obligando al propietario también en atención a los concretos vecinos (art. 590)[1350]. El propio Código presenta la competencia de la Autoridad administrativa, que podrá hacer demoler un edificio que amenace ruina, o un árbol cuyo estado genere peligro... (art. 389, 390): el vecino puede acudir a este cauce, como ciudadano, o ejercitar un interdicto, como particular en relación de reparto de vecindad.

Por todo esto, LACRUZ no aprueba la tendencia de muchos civilistas a considerar el tema de las limitaciones de interés público a la propiedad, especialmente en este ámbito, como exclusivamente derecho administrativo (por la intervención de la administración en el mantenimiento y tutela de tales vínculos). Estas normas, explica OLIVEIRA ASCENÇAO, disciplinan con generalidad situaciones jurídico-privadas; el hecho de que una restricción por motivos de estética o higiene haya sido impuesta en interés de la generalidad no implica

---

vecindad. La idea de «miembro episódico de la comunidad de vecindad», que utiliza CARBONNIER (*Droit civil, III, cit.*, p. 304) sirve tanto para el responsable como para quien exige o pretende.

[1349]Por esto las reglas concretas de vecindad configuradas en el CC tienen una importancia relativa. *Vid.* BARRAL i VIÑALS, I., "Comentario a la STS 18 marzo 1992", *CCJC*, 29, 1992, n. 760.

[1350]En sentido inverso, dispone el art. 305 LS. "Los propietarios y titulares de derechos reales (...) podrán exigir ante los tribunales ordinarios la demolición de las obras e instalaciones que vulneren lo dispuesto respecto a distancias entre construcciones, pozos, cisternas o fosas, comunidad de elementos constructivos(...) así como las disposiciones relativas a usos incómodos, insalubres o peligrosos (...) directamente encaminadas a tutelar el uso de las demás fincas".

la publificación de la norma que la impone. Todo esto no desprivatiza la propiedad, ni debiera extrañar, en rigor, del Derecho civil el estudio de la limitación correspondiente[1351].

No cabe considerar en esta materia el derecho público y el privado como dos ordenamientos paralelos, sino coordinados, porque la persona es vecino, propietario y ciudadano, actúa de acuerdo con criterios de orden civil y amparado además por la autoridad administrativa. La vecindad impone cooperación para prevenir el daño injustificado, reparación ulterior del mismo y adopción de las medidas para evitarlo o minimizarlo en el futuro. Es posible afirmar, entonces, con LACRUZ −frente a la interpretación estrecha que separa y confunde− que, antes de entrar en cualquier concreta normativa administrativa, como criterio previo y general, "también en el sistema español −igual que en el BGB− cabe impedir aquellas instalaciones en proyecto o en ejecución de las que puede suponerse con seguridad que se seguirá una inmisión inadmisible"[1352]. La existencia o previsión de regulación administrativa no sustrae la cuestión general de la *vis atractiva* de la jurisdicción ordinaria en casos dudosos, y la obtención de una autorización

---

[1351]Cfr. LACRUZ, *Elementos..., III-1-2, cit.*, p. 64; OLIVEIRA ASCENÇAO, J., *Direitos reais*, Lisboa, 1972, p. 156.

[1352]Cfr. LACRUZ, *Elementos..., III-1-2, cit.*, p. 78. Por esto, puede parecer peculiar la argumentación y solución de la STS 18 marzo 1992, *Vid.* Comentario por BARRAL I VIÑALS, *CCJC*, 29, 1992, n. 760. El demandante reclama ante la construcción de una vaquería frente a su finca. El tribunal no aprecia daños indemnizables, y, en cuanto a las precauciones −en concreto, distancias− a tomar para evitarlos en el futuro, no hace más que aplicar, de alguna forma, el art. 590 CC. La decisión del TS no implica, entiendo, desentenderse, estrictamente, de la cuestión. El propio Código indica que, sin necesidad de esperar a la producción de daño, el tribunal señalará, previo dictamen pericial, las precauciones a adoptar. Pero esto, «a falta de Reglamento». En este caso, el Reglamento de 1961 remite a las normas de carácter local, y, a falta de ellas, prevé su art. 4. el recurso a la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, para que tome la determinación oportuna. El TS se limita a recordar que los cauces que la normativa administrativa ha previsto para atender al supuesto, no se han agotado. No significa que el art. 590 −por ejemplo− sea una «norma en blanco», como afirma el propio TS. En ella existe un criterio y una regla utilizable, y el cauce permitiría entrar a decidir a la Jurisdicción ordinaria. Pero la propia normativa civil establece, con la remisión a la administrativa, con ella coordinada, una vía más concreta de actuación, sin agotar en este supuesto, y cuya aplicación corresponde juzgar al Tribunal administrativo.

administrativa no exonera del deber de precaución y consiguiente responsabilidad por los daños que pudieron evitarse tomando las medidas adecuadas[1353].

La «comunidad de vecindad» con su doble vertiente pública y privada, como estamos viendo, no es una realidad ajena al Derecho Romano, por más que se muestre sólo en esbozo. Como se atreven a afirmar OURLIAC-MALAFOSSE, "en Roma el derecho de propiedad no fue considerado nunca como un poder arbitrario ilimitado en el espacio y en el tiempo"[1354]. A partir de las XII Tablas encontramos reglas concretas del reparto de vecindad. Asistimos, dice BONFANTE, al paso gradual de un régimen de libertad a otro de solidaridad fundiaria, del que este autor presenta varias manifestaciones[1355].

Es cierto que, frente a la libertad del fundo, la «solidaridad fundiaria», en Roma, tiene una importancia relativa, sobre todo en comparación con la evolución posterior. La «participación» en el ámbito privado, viene establecida y reglada por la voluntad de las partes, sobre todo a través del juego de las servidumbres, que no entrañan «comunidad natural en el reparto», sino un derecho real nuevo y distinto[1356]. La comunidad de vecindad se muestra simplemente como una realidad natural, ineludible, que conduce en la ciudad al carácter derogable del *ambitus* por acuerdo de los vecinos, desde antiguo, y a su eliminación progresiva. La presión de las necesidades y la nueva técnica de construcción determinará que las casas se adosen con *paries communis*; esto no produce en rigor limitación del dominio, sino una comunidad voluntaria, que implica cooperación en orden a la conservación y reparación[1357]. Igualmente la servidumbre voluntaria "resulta una

---

[1353]Cfr. STS 12 diciembre 1980. LACRUZ, *Elementos..., II-1-2, cit.*, p. 75 y ss., y Jurisprudencia allí citada; CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, n. 168.

[1354]Cfr. OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 262.

[1355]Cfr. BONFANTE, *Corso..., II-1, cit.*, pp. 327 y 332 y ss.; FAIREN *Notas a OURLIAC-MALAFOSSE..., cit.*, p. 269 y ss.

[1356] Cfr. BONFANTE, *Corso..., II,-1 cit.*, p. 331; PATAULT, *op. cit.*, n. 123; OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, n. 221.

[1357]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 123; BONFANTE, *Corso..., II-1, cit.*, p. 331; FERRINI, *Pandette, cit.*, n. 349; BRUGI, B., *Istituzioni di diritto romano*, 3ª ed., Torino, 1926, n. 59. Señala que, en caso de duda, prevalece la presunción de condominio frente a la idea de servidumbre, citando D. 33, 3, 4 y, D. 10, 1, 4, 10. *Vid.* del mismo autor, *L' ambitus e il paries communis*, *RISG*, IV, 3, 1887, pp. 35 y ss. FAIREN se limita a constatar cómo la derogación del *ambitus* supondrá atender a la reparación de la *paries*, "que el propietario ha de admitir, teniendo incluso a veces que colaborar". Cfr. FAIREN. *Notas a OURLIAC-MALAFOSSE..., cit.*, p. 276;

exigencia de cortesía, pues es preciso recíprocamente no molestar a los vecinos más próximos y numerosos"[1358]. Pero no se trata del único cauce de la vecindad. Frente al juego de las relaciones entre vecinos se produce un progresivo desarrollo de las limitaciones −sobre todo en materia edilicia− de carácter público[1359]. OURLIAC-MALAFOSSE ponen de relieve la existencia de una servidumbre general de *statu quo* y de situaciones análogas a las modernas servidumbres legales[1360].

Así pues, ciertamente la idea de «comunidad de vecindad» va a desarrollarse después con mayor hondura, como muestra PATAULT con referencia al *droit coutumier*[1361]: se fortalecerá la doctrina de los actos de emulación y abuso del derecho, sin que sea imprescindible para el rechazo de una conducta la intención de dañar, sólo su contraste con el modelo de la buena vecindad exigible en una situación de «comunidad»[1362]. Se ordena la vecindad fuera de la idea de servidumbre (restricción excepcional) a través de obligaciones que resuelven los múltiples conflictos derivados de la coexistencia de propiedades concurrentes sobre fundos contiguos[1363].

Cuando después, en las diversas concepciones que desembocarán en la ideología inspiradora del *Code civil* se pretende restaurar la propiedad romana, van a calificarse como servidumbres legales −limitación excepcional del principio natural de libertad plena−

JERONIMO GONZALEZ muestra algunas situaciones de estrecha vecindad y medianería en Roma, "*Propiedad por pisos...*", *Estudios..., II, cit.*, pp. 303-306. Y resume la cuestión, con interesante bibliografía, últimamente, RUSSO, A., "*Servitù di appoggio e «refectio parietis»*", *LABEO*, 30 (1984) 1, p. 71 y ss.

[1358]Cfr. OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, pp. 644-654.

[1359]*Vid.* OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, pp. 234 y ss., 253 y ss., 292 y ss., 644 y ss. Y las "Notas" de FAIREN, pp. 246 y ss. 274 y ss.; BONFANTE, *Corso..., II-1, cit.*, pp. 273 y ss., 321 y ss.; ARIAS RAMOS- ARIAS BONET, *Derecho romano, I, cit.*, p. 226 y ss.

[1360]Cfr. OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, pp. 253, 303, 646; ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho romano, I, cit.*, p. 293. Incluso la servidumbre forzosa tiene un esbozo en la fijación judicial de particiones hereditarias, *vid*. OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 651; BIONDI, B., *Le servitù, Trattato CICU-MESSINEO*, XII, Milano, 1967, n. 169

[1361]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 123 y ss.

[1362]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 124.

[1363]Tanto respecto a los criterios generales como para las limitaciones concretas, dirá COQUILLE, "*ce n'est pas droit de servitude, mais droit de cité*". Cfr. COQUILLE, G., *Oeuvres, II*, p. 56, *apud* PATAULT, *op. cit.*, n. 124.

diversas reglas que, en realidad, establecen obligaciones ordinarias en la comunidad de vecindad. Pero los mismos redactores del *Code civil* "no perdieron de vista que, bajo el nombre de servidumbres legales, establecían en realidad las reglas para un funcionamiento óptimo de los fundos", lo que va a llevar después a los exégetas (DEMOLOMBE, TOULLIER, AUBRY y RAU) a rechazar aquella calificación. Por ello afirma PATAULT que "es en la organización de las relaciones de vecindad donde el *Code civil* ha retenido mejor el espíritu de la *propriété coutumière*"[1364]. En realidad, la «comunidad de vecindad» encuentra suficiente reconocimiento en el derecho actual, lo que nos confirma que se trata de una realidad que corresponde a la naturaleza de las cosas.

Dentro de esta relación jurídica de reparto de la vecindad hay que encuadrar la medianería; comunidad que, a su vez, es manifestación plástica, materialización y reflejo de aquella[1365]. Representa el ejemplo característico de «indivisión forzosa perpetua» sobre elementos "que en sí no constituyen jurídicamente un bien autónomo sino que están al servicio de las unidades reales objeto de la propiedad"[1366]. La incontestable presencia de la esfera común de vecindad donde se entrecruzan fronteras e influjos, tiene su reflejo material en la forzosa cesión de la medianería (sistema francés) o en nuestro sistema de presunciones[1367].

Esta indivisión estable, en sí misma lleva la huella de concurrencia pero exclusión: la relación entre propiedades independientes, al mismo tiempo que muestra su imbricación en la comunidad de la pared, proyecta su divergencia en el uso de la misma. "Hay, al menos, en la medianería, una comunidad funcional: la pared sirve de apoyo y cerramiento a uno y otro fundo a la vez,... desempeña sus funciones en *su unidad* y no como dos medias paredes, que no existen en cuanto tales, porque la pared no es divisible, y por tanto no podrían constituir objeto de propiedad independiente... Sobre todo, ha de valorarse en la

---

[1364]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, nn. 127, 130. *Vid.* también OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, nn. 237-239.

[1365]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 126 y ss.; CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, n. 80.

[1366]Cfr. CORNU, *op. cit.*, nn. 1249-1251; CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, n. 80; MANRESA, *Comentarios..., III, cit.*, pp. 356-357; *IV*, 1931, p. 671 y ss., 689 y ss.

[1367]*Vid.* CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.* n. 138 y ss.; PEREZ PEREZ, *Propiedad, comunidad..., cit.*, p. 218 y ss.; MELON INFANTE, C., "En torno a la situación jurídica de medianería en el Código civil español (notas para su estudio)". *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 1963, p. 258 y ss.

caracterización de esta comunidad cómo la influencia de cada medianero se ejerce en la cara de pared que cierra su casa, y no en la contraria, y cómo tal influencia está limitada, al menos en lo más importante, a la mitad de la pared en cuestión. En particular, cada uno usa de la cara exterior que da a su lado como si fuera propia suya, y no puede usar de la cara exterior que da a la propiedad del vecino"[1368]. Esto determina especiales reglas de actuación individual y cooperación[1369].

Comunidad y reparto

No cabe duda que la comunidad de bienes resulta particularmente interesante como relación jurídica cuya ordenación determina la presencia de obligaciones reales. Y también porque, dentro de la idea más general de engarzar éstas en el aspecto de comunidad presente en toda relación de reparto, varias de éstas relaciones no son más que un desarrollo a partir de la comunidad, en parte dividida y en parte no, como se contempla en los supuestos de comunidad *pro diviso*, comunidad de aguas, multipropiedad en algunas de sus eventuales configuraciones, e incluso, yendo un poco más allá, propiedad horizontal, urbanizaciones...

La comunidad supone también (me refiero ahora a la copropiedad de art. 392 y ss. CC, de raigambre romana −cotitularidad que puede ser de un usufructo u otro derecho real−) una relación jurídica de reparto. "Toda copropiedad presenta −señala CORNU– un aspecto concurrencial y un aspecto fraccional". El aspecto colectivo y el individual "de una especie a otra de copropiedad, pueden estar más o menos desarrollados. La organización colectiva puede estar muy consolidada o quedar bastante rudimentaria. La independencia respectiva de los copropietarios está más o menos acentuada"[1370].

Y es que se trata, nada más, de una modalidad del derecho de propiedad, una complicación que afecta al sujeto del derecho. En ella "el mismo bien pertenece en su

---

[1368]Cfr. LACRUZ, *Elementos..., III, 2, 1980, cit.*, pp. 297-298; *vid.* PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 254.

[1369]*Vid.* MANRESA, *Comentarios..., cit.*, p. 385 y ss.

[1370]Cfr. CORNU, *op. cit.*, n. 1222.

totalidad a dos o más propietarios, de suerte que cada uno tiene su parte y todos son dueños de todo el objeto"[1371].

Respecto del aspecto concurrencial, señala CORNU que cada copropietario participa sobre la cosa en cada uno de los atributos de la propiedad, de modo que no estamos ante una disociación jurídica de la misma. "A partir de ahí, las diversas especies de copropiedad se diferencian sensiblemente según que esta concurrencia –geográfica y jurídica– esté más o menos organizada. Cuando la organización es rudimentaria, los derechos rivales sufren el riesgo de anularse. Antes de la reforma reciente de la indivisión (situación en la que, en derecho francés, esta aparecía como un estado radicalmente transitorio) el aspecto concurrencial se presentaba en estado bruto, anárquico. En otras formas de copropiedad, el aspecto concurrencial está ordenado y dirigido. Da lugar a una organización colectiva muy elaborada. Con todo, estas variantes en la organización de la coexistencia no son más que las modalidades del sistema concurrencial que forma la base de toda copropiedad"[1372].

Pero también –desde otro punto de vista– toda copropiedad se descompone en un conjunto de derechos fraccionados, que corresponde a su aspecto individual y abstracto representado por la cuota, que ofrece, para cada uno, la medida de su vocación a la partición y de su obligación a las cargas. Esta división abstracta de la copropiedad no contradice la coexistencia concreta de los derechos concurrentes. Cada una se desarrolla en un plano distinto, gobernando, entre los copropietarios, relaciones distintas[1373].

Insistía MANRESA, a quien debemos una certera exposición de esta materia, en que la copropiedad, particular situación en que puede encontrarse el dominio caracterizada por la pluralidad del sujeto, supone una verdadera relación jurídica entre los condueños[1374]. Nuestro Código concede a esta relación una atención especial, igual que el italiano y a diferencia del francés originario, que únicamente mencionaba la posibilidad de esta situación considerada incidental y transitoria. Y rige la relación el principio, aparentemente contradictorio, de que varias personas sean al mismo tiempo propietarios sobre la totalidad de una cosa y sobre parte de ella. Cada condómino lo es del todo, y sobre el todo ejerce

---

[1371]Cfr. MANRESA, *Comentarios..., III, cit.*, p. 331; CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, n. 78; ATIAS, *Les biens, I, cit.*, p. 144; CORNU, *op. cit.*, n. 1224; BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 170 y ss.

[1372]Cfr. CORNU, *op. cit.*, nn. 1225-1226.

[1373]Cfr. CORNU, *op. cit.*, n. 1227.

[1374]Cfr. MANRESA, *Comentarios..., III, cit.*, pp. 331, 340, 350-351.

derechos dominicales, pero al mismo tiempo es propietario de una parte realmente abstracta, porque hasta que la división se efectúe, no queda determinada concretamente. Por tanto, esta cuota no marca límites de exclusión entre los comuneros, propiamente, sirve como medida de su participación en beneficios y cargas, y efectivamente entrará en juego con toda su virtualidad de exclusión a la hora de dividir[1375]. Es fácil entonces colegir la peculiaridad de la copropiedad como relación de reparto.

Aparecen en tensión fuerzas y principios de sentido opuesto. A la fundamental estructura autonomista de la copropiedad, explica BARASSI, se opone una cierta solidaridad mitigante, alrededor de la idea del interés de la comunidad, que no será más que la resultante de la presencia de otros titulares cualitativamente iguales al comunero concreto[1376]. En razón, entre otras cosas, de estas tensiones, en nuestra visión jurídica, desde el derecho romano, la situación se concibe como transitoria[1377]. De lo que se trata, en principio, es de encontrar un arreglo provisional hasta que se verifique la división. Esto no es óbice para que la situación pueda continuar, pero, como explica MANRESA, va a depender en buena medida (si no, la situación se haría insostenible) de la buena concordia y un comportamiento de los comuneros respetuoso con las exigencias de la buena fe[1378].

[1375]Cfr. MANRESA, *Comentarios..., cit.*, pp. 340-341, 345-346, 350-351. Acerca de la cuota como proporción y medida, *vid.* BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, pp. 173-174, 336; BARASSI, L., *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, n. 163. La consideración del estado de comunidad como un período relevante hace de la partición un acontecimiento, no estrictamente declarativo (a pesar de la norma del art. 450 CC) sino, en cierta medida, traslativo. Cfr. MANRESA, *ibidem*, p. 447.

[1376]Cfr. BARASSI, *Proprietà..., cit.*, pp. 722-723. *Vid.* PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 228; BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, pp. 176-178; MANRESA, *Comentarios..., cit.*, pp. 398-402.

[1377]Un *lapsus* entre dos momentos de propiedad perfecta, dice CARBONNIER. Aunque incluso en derecho romano, explican OURLIAC-MALAFOSSE, la visión estrictamente individualista experimente una tenue evolución, a través de la restricción de los derechos individuales (solidaridad entre copropietarios, interés colectivo) y el control jurisdiccional. Con Justiniano, llega a organizarse, limitando el derecho de veto: las decisiones se toman por mayoría, aunque la minoría puede obtener en juicio la nulidad de aquellas de que resulte un perjuicio injustificado. La división tiene un efecto traslativo, no declarativo de la propiedad. (Cfr. OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, nn. 139-140).

[1378]Cfr. MANRESA, *ibidem*, pp. 377, 424.

Para fijarnos en la estructura autonomista de la comunidad, lo mejor es situarnos ante la situación en su versión radicalmente incidental y transitoria. En este momento, la exclusión abstracta, la cuota, está en espera de su manifestación concreta final. El derecho de cada cual, recayendo sobre la totalidad de la cosa, implica una pretensión de respeto absoluto. El interés protegido bloqueará cualquier innovación, implicará respeto al destino, y únicamente, desde el punto de vista obligacional, cada uno podrá obtener la contribución de los demás para la conservación de la cosa de manera que no desmerezca con vistas a la próxima división[1379].

En la medida en que la situación se prolongue, aquellas exigencias de autonomía deberán mitigarse cuando entra en juego la necesidad de compaginar el derecho cualitativamente igual de todos. Alcanzan entonces especial relevancia particulares límites del derecho de cada cual, que llamaremos de concurrencia, sobre todo los que se refieren al uso de la cosa común. No existe un reparto de exclusión, únicamente se ha de tener en cuenta que el derecho tendencialmente completo al uso individual vendrá limitado por la exigencia de respeto al de los demás «según su derecho». En la situación de permanencia en comunidad, sigue siendo prevalente el interés de cada uno, pero ha de vivir, potenciarse y quedar protegido en concurrencia con iguales pretensiones de los otros. Estos límites de concurrencia, presentan una doble vertiente: son manifestación del derecho real de cada comunero. Pero, por otra parte, no existe aquí una situación en que al derecho de uno se oponga el no-derecho del otro. En este sentido decimos que no son límites de exclusión, al

---

[1379]Este punto de vista presenta su reflejo más acabado en el derecho francés, anterior a la reforma de 1976 (aunque, con anterioridad, la cuestión, desde otro punto de vista, toma una nueva dirección, en relación con el régimen de la Propiedad Horizontal). Salvo los ejemplos de medianería, comunidad forzosa, o propiedad por pisos, que la doctrina tradicional diferencia de la indivisión (*Vid.* BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Traité théorique et pratique de droit civil*, IV, Paris, 1928, p. 349 y ss. Cfr. Ley 65-557, de 10 de julio de 1965 –*Copropriété des immeubles bâtis*–) esta última situación no recibía tratamiento propio, sólo una norma (art. 815 CCF) ubicada en derecho de sucesiones, relativa a la partición. Su carácter radicalmente transitorio no justifica organización alguna. La división se considera declarativa. El respeto del derecho de cada comunero bloquea la iniciativa individual, y el aspecto concurrencial queda exaltado al máximo, en estado bruto: es ineludible el acuerdo unánime. *Vid.* CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, n. 78 y ss.; CORNU, *op. cit.*, nn. 1229-1232.

menos igual que los de una relación entre propietario y no propietario, o propietario y titular de derecho real[1380].

Puede resultar bastante este planteamiento general para que una situación de comunidad más prolongada se desenvuelva. Pero otras veces han de entrar en juego, como concreción de esos límites de concurrencia, ciertas normas obligacionales, reglamentarias, que, establecidas por mayoría (resulta muy significativo de aquella mitigación de la tendencia autonomista) concretan la forma de coexistencia concurrente de derechos cualitativamente iguales en cuanto al uso y disfrute. No se trata de obligaciones nuevas añadidas, como un cuerpo extraño, a la propia institución y a su estructura real, sino de obligaciones reales que concretan los límites de concurrencia y atienden al mejor uso y goce de la cosa común[1381]. Su establecimiento, por un lado, no afecta al elemento real de la comunidad, ni modifica propiamente los autónomos derechos de las partes; y, por otro, es una consecuencia y manifestación directa de que el esquema propiedad está modulado por la concurrencia. Por ello, afecta a los sucesores a título particular. Y su cumplimiento o incumplimiento puede resultar decisivo para la buena marcha de la comunidad y la conservación de los bienes y los derechos[1382]. Esta ambivalencia es característica de las obligaciones reales[1383]. En el seno de la comunidad, cada cual se afirma frente a los demás, y

---

[1380]Estos límites en la comunidad, señala FRAGALI, no pueden asimilarse a los deberes de abstención que dan absolutividad a los derechos reales. Y pone de relieve su semejanza con los que produce la concurrencia en vecindad. Cfr. FRAGALI, M., *La Comunione, II, Trattato CICU-MESSINEO*, Milano, 1978, pp. 276-277. *Vid.* también BARASSI, *Proprietà..., cit.*, p. 657. Por el contrario, FEDELE tiende a caracterizar la relación entre los comuneros como de exclusión. Cfr. FEDELE, A., *La Comunione, Trattato GROSSO-SANTORO-PASSARELLI*, Milano, 1967, pp. 95 y ss., 169 y ss.

[1381]Cfr. BARASSI, *Proprietà..., cit.*, p. 657; FRAGALI, *La comunione..., II, cit.*, p. 277. Una opinión divergente, FEDELE, *op. cit.*, p. 174.

[1382]El comportamiento de los distintos comuneros en este ámbito integra y constituirá indicio de la dilatación o desvanecimiento de la propia posesión en orden al juego de la prescripción. Para este difícil problema, *vid.* BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 207 y ss. especialmente pp. 226-228; FRAGALI, *La comunione..., II, cit.*, p. 305.

[1383]El entramado obligacional no altera el esquema de atribución, pero, como modo de concretar la mejor concurrencia en uso y goce sin perjuicio de los demás y la mejor administración, se impone al adquirente. Cfr. BARASSI, *Proprietà..., cit.*, p. 696 y ss. Esto no significa que puedan eludirse el interés de cada comunero en el uso solidario, cuando la cosa lo permite, y las respectivas cuotas, criterios que permiten desvirtuar un eventual acuerdo

sin embargo, también los otros presentan igual derecho. Esto genera la aparición de estos peculiares límites, cuya concreción no puede ser sino obligacional, porque, en otro caso, se estaría afirmando la ruptura de la propia comunidad. Por ello, ABERKANE afirma que

---

inequitativo o arbitrario. Pero, en estas coordenadas, la doctrina entiende que el reglamento obligacional (forma de encauzar las obligaciones genéricas propias de la concurrencia) señala límites provisorios, aproximativos y elásticos, y no cristaliza posiciones relevantes a la hora de dividir. Su naturaleza permite la ordenación por mayoría y cierta flexibilidad en su fijación y aplicación.

Según FEDELE, sin embargo, el irreductible derecho de cada cual al uso directo y completo otorga a un posible acuerdo distributivo del uso el carácter de alteración del esquema real. Sólo valdría por acuerdo unánime –los acuerdos mayoritarios habrían de dirigirse en otra dirección (gestión, mejor goce...)– y la distribución con arreglo a cuota marcaría fronteras entre los comuneros. La doctrina general se mueve sin embargo en otra dirección. "En vano se aduce –aclara FRAGALI– que el ejercicio de un poder de las partes dirigido a modelar el propio goce altera el elemento real del derecho en comunidad: aquel elemento está ya alterado cuando se cumple la distribución, porque la constitución de la comunidad hace surgir exigencias de contemperamentos; exigencias que se realizan merced a dicha distribución sin perjuicio de los derechos resultantes del título de la comunidad o adquisitivo, siempre invocables al tiempo de la división que ha de seguir al cese de la relación" (FRAGALI, *La comunione..., II, cit.*, p. 295).

Ahora bien, para FRAGALI –frente a la doctrina común, y cercano a FEDELE en estos puntos, lo que sigue indicando la ambivalencia– una vez establecido, por mayoría y con flexibilidad, el reparto, cada comunero debe circunscribir ahí su goce. Mientras BARASSI o BRANCA entienden que quien se sirve de la cosa, por ejemplo, en un momento distinto del asignado sin perjudicar el interés de la comunidad ni a quien sustituye, no rompe el acuerdo ni vulnera el reglamento, FRAGALI se limita a constatar que la distribución resulta de por sí ineficaz para impedir la extralimitación. Pero en cualquier momento "el partícipe lesionado está... legitimado para rechazar invasiones respecto de su cuota, como puede rechazar la invasión de los terceros". Ciertamente, el entramado obligacional concreta el respeto de los límites de concurrencia, pero, por eso mismo, con independencia de que haya de preverse, en concreto, la solución de la eventual inercia de un comunero, la expansión del propio uso puede ser una realidad inevitable. *Vid.* BARASSI, *Proprietà..., cit.*, pp. 696 y ss., 700 y ss., 720 y ss.; BRANCA, G., *Comunione. Condominio negli edifici, Commentario SCIALOJA-BRANCA*, Bologna-Roma, 1982, pp. 74 y ss., 82 y ss.; "*Modo di godimento e amministrazione della cosa comune*", *RDC*, 1968, I, p. 397 y ss.; FRAGALI, *La comunione..., II, cit.*, p. 278 y ss. 290 y ss., 304 y ss.; FEDELE, *op. cit.*, pp. 169 y ss., 174 y ss., 178 y ss.; BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 238 y ss.; MIQUEL, J.M., *Comentarios EDERSA, V-2*, 1985, p. 59 y ss.; PAU PEDRON, "*La multipropiedad...*", *cit.*, pp. 46-48.

toda la regulación de la comunidad de bienes no es sino manifestación y desarrollo de la doctrina de la obligación real[1384].

Resulta significativa la evolución en derecho francés. Cuando, a partir de 1976[1385], se contempla la indivisión como una relación que puede perdurar en el tiempo (incluso indefinidamente, con las matizaciones previstas en la ley)[1386] el Legislador se preocupa de atender a la organización de la comunidad. A falta de ordenación convencional, el sistema legal supletorio facilita la actuación individual en pro de la comunidad, e introduce la consideración del interés común[1387]. La relación jurídica se orienta a la satisfacción del interés individual, pero a través de una reglamentación a que se someten los partícipes.

En nuestro ordenamiento, como es sabido, la comunidad puede permanecer a consecuencia de un pacto de indivisión. Pero, si damos un paso más, llegaremos (ya en la frontera con figuras como la propiedad horizontal, cuyo desarrollo histórico nos muestra un tránsito de la comunidad a la «propiedad privativa con elementos comunes») a las llamadas comunidades funcionales, en que la estabilidad de la comunidad ha triunfado, pero, sin embargo, la propia idea de comunidad se debilita un poco, por cuanto está al servicio de derechos de uso que se configuran como independientes, privativos... Aquí existe una correlación institucional (en palabras de PAU PEDRON) entre derecho propio de uso y disfrute y cuota atribuida, que nos puede llevar a afirmar, como BENNACHIO[1388], que la comunidad a la vez, existe, y, en cierto modo, se ha dividido[1389].

[1384]Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 69 y ss. *Vid.* BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, pp. 174-175, 190 y ss.; MANRESA, *Comentarios..., III, cit.*, pp. 372 y ss. 398-402.

[1385]Ley 76-1286, de 31 de diciembre.

[1386]*Vid.* CORNU, *op. cit.*, nn. 1235-1237.

[1387]No se abandona el principio de acuerdo unánime, pero están previstos criterios que lo atenúan (actos conservatorios, mandato tácito, gestión de negocios, habilitación judicial...) El interés común puede justificar la autorización judicial de actos −incluso dispositivos− contra la oposición de algún comunero. En defecto de acuerdo para la organización de la coexistencia en el goce, es posible acudir al Juez. *Vid.* CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, n. 82; CORNU, *op. cit.*, n. 1240 y ss.

[1388]Cfr. BENNACHIO, G., "*Dal condominio alla multiproprietà*", *Rivista del Notariato*, 1982, XXXVI, pp. 1-10, p. 8.

[1389]El punto de partida para considerar todas estas realidades es la gran amplitud de la idea de comunidad, que está en la base de diversas relaciones. (Cfr. MANRESA, *Comentarios..., III, cit.*, pp. 339 y ss., 351 y ss.) Encontramos situaciones donde, a partir de la comunidad, se ha

alterado la estructura real, pero sin llegar a salir de ella. Aquí cabría situar la cotitularidad pro diviso, comunidades de aguas... incluso, la Propiedad Horizontal (así, en derecho suizo. *Vid.* por todos STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.,* n. 1116 y ss.) Pero, en este caso, la comunidad se ha roto de manera más radical, aunque permanece como base. Sin llegar a esta frontera, la doctrina planteó la posibilidad de la comunidad funcional.

Frente a la doctrina mayoritaria tradicional (aunque MANRESA, en realidad, se pronuncia en el otro sentido −*Vid.* MANRESA, *ibidem*, pp. 428-429) la exclusión de divisibilidad y retracto se acoge por la DGRN para las comunidades funcionales, estables o económicas. *Vid.* RDGRN de 18 y 27 de mayo de 1983, y 20 de febrero de 1989. Su justificación proviene de que la participación en el todo (que proporciona un derecho de uso y disfrute diferenciado) se negocia mejor que la parte material en que habría que dividir el objeto. El destino, la distribución de utilidades prevista, no es posible sin tal estabilidad. Para la justificación y caracterización de la comunidad funcional, además de la doctrina de las resoluciones citadas, *Vid.* MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 467 y ss.; PEREZ PEREZ, *Propiedad, comunidad..., cit.*, pp. 171 y ss., 201 y ss.; MADRIDEJOS FERNANDEZ, A., en ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario, V.*, 8ª ed., Barcelona, 1997, capítulo XXXII, pp. 164 y ss., 182 y ss.; PAU PEDRON, "La multipropiedad...", *cit.*, p. 45 y ss. Todavía este autor señala como mayoritaria la doctrina de divisibilidad en la interpretación de los arts. 401 y 404 CC. Para esta interpretación, por todos, *vid.* BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 343 y ss.; ALBALADEJO, *Derecho civil, III-1, cit.*, pp. 415-416, y doctrina allí citada. Sin embargo, MADRIDEJOS FERNANDEZ (*ibidem*, p. 149) se atreve a considerar hoy prevalente, para la comunidad funcional, la otra interpretación.

Esta opción, avalada por los antecedentes históricos y la *ratio* de los preceptos (resulta más evidente si nos fijamos en la primitiva redacción del art. 396, cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, pp. 471-476) y la construcción de la «comunidad económica», se recupera a través de autores como CASADO PALLARES, J. M. "La acción *communi dividundo* y la propiedad sobre pisos e instalaciones", *RDP*, 1930, p. 134 y ss.; PELAYO HORE, S. "La indivisión perpetua en el Código civil", *RDP*, 1942, p. 458 y ss.; GULLON BALLESTEROS, A., "La disolución de la comunidad de bienes en la Jurisprudencia", *ADC*, 1965, p. 365 y ss.; DE LA CAMARA, M., "Insuficiencia normativa de la Ley de propiedad Horizontal", *Curso de Conferencias sobre propiedad Horizontal y Urbanizaciones Privadas*, Madrid, 1973, p. 33 y ss., p. 68; BRIOSO ESCOBAR, E. L., "Cuestiones sobre la comunidad de derecho romano y la facultad de pedir la división", *RDN*, 107, 1980, p. 71 y ss.

La comunidad funcional se ha propuesto como solución para configurar determinadas situaciones de multipropiedad (división por tiempo) o locales destinados a garaje (división espacial) aparte de otras manifestaciones (concesión para puertos deportivos, comunidades de aguas... *Vid.* PAU PEDRON, *ibidem*, p. 45 y ss.; PEREZ PEREZ, *ibidem.*, p. 204; MADRIDEJOS FERNANDEZ, *ibidem*, pp. 164 y ss., 182 y ss., y RDGRN de 4 de marzo de

En todo caso, se han perfilado rasgos que, sin salir de la comunidad, nos introducen en una nueva estructura de reparto[1390]. Resulta indudable que, en tales supuestos, el aspecto concurrencial está al servicio del fraccional. La cuota significa no sólo participación en propiedad, sino la posibilidad de tener un propio y particular derecho de uso y disfrute. ¿Cabe considerarlo como bien −relativamente− independiente, igual que ha sucedido en la Propiedad horizontal, en que la comunidad se ha dividido[1391]? Tanto en «multipropiedad», como para la organización de garajes en comunidad, parece que falta algo, que la realidad material[1392] −y la ausencia de apoyo legal para la configuración jurídica− no nos suministra para ello todo el apoyo necesario[1393]. Sin embargo, la viabilidad de este reparto en

---

1993; UTRERA RAVASSA, C., "Aspectos registrales de las concesiones de puertos", *RCDI*, n. 555, 1983, pp. 345 y ss, p. 386; ARNAIZ EGUREN, R., *Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad*, Madrid, 1993, p. 141 y ss.

[1390]*Vid.* RDGRN de 27 de junio de 1995.

[1391]*Vid.* STS de 26 de septiembre y 24 de diciembre de 1990.

[1392]Especialmente para la multipropiedad. Cfr. MADRIDEJOS FERNANDEZ, *op. cit.*, pp. 164-165.

[1393]Dejando a salvo la posibilidad de configurar la plaza de garaje como verdadero local privativo, en Propiedad horizontal. *Vid.* MADRIDEJOS FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 181 y ss.; MONET ANTON, F., "Los garajes en comunidad. Variantes en su tratamiento jurídico ante la Ley de propiedad Horizontal", *RDN*, 77-78, julio-diciembre 1972, p. 445 y ss., p. 449 y ss.; FONT BOIX, V., DE LA ESPERANZA, A., ESPINOSA, J.L., MADRIDEJOS, J., PEÑA E., y ROJAS, L., "La propiedad inmobiliaria en el mundo actual: adquisición, protección y limitaciones", *RDN*, 83, enero-marzo 1974, p. 143 y ss, p. 205 y ss.; CABELLO DE LOS COBOS, criticando la RDGRN de 20 de febrero de 1989, entiende que con la admisión general de la comunidad funcional se ha dado carta de naturaleza a una institución carente de firmeza y autonomía jurídica. Esta comunidad funcional, «*ob rem*», se justifica en el peculiar régimen de la comunidad de aguas, por la sustancial indivisibilidad de ésta: comunidad indivisible sobre el caudal, negociabilidad al mismo tiempo, de los turnos, como cosas independientes. Pero sostiene que la divisibilidad esencial de los garajes sin obstáculo para su permanencia convierte en sospechosa la utilización de la comunidad funcional. Debería realizarse una división con trascendencia en el régimen del edificio, y a efectos fiscales. Cfr. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M., "Circunstancias generales de la protección del consumidor en materia de vivienda", *Ponencias y Comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral, I*, Madrid, p. 73 y ss., pp. 106-107. No conviene olvidar sin embargo que incluso nuestra configuración de la Propiedad Horizontal obedece a una opción concreta del legislador.

comunidad depende, en realidad, de una organización del inmueble a través de la cual la cuota no sufra el riesgo de encontrarse sola, indeterminada, sin referencia inseparable al uso y disfrute privativo concreto (por mucho que se designe con un número o letra, etc.). De lo contrario, la virtualidad conflictiva y litigiosa de esta materia es enorme[1394].

Por tanto, aunque deba decirse que la plaza de garaje no responde de forma idéntica en el supuesto enmarcado por el art. 68 RH (porque se refiere a cuota vinculada a derecho privativo de uso) que en el de la LPH (objeto independiente), y sea conveniente recordar que el art. 68 RH resulta insuficiente para obtener la seguridad que proporciona la LPH, no cabe duda de que el reparto en comunidad que se pretende, resultará útil en la medida en que su configuración experimente una evolución semejante a la que ha tenido la comunidad de edificio a partir del primitivo art. 396 CC[1395]. El ejemplo de las comunidades de aguas nos muestra que es posible (en una realidad tan peculiar) establecer una estructura que proteja los derechos individuales. Esto puede lograrse a través de una adecuada interpretación del art. 68 RH, exigiendo para que la cuota abra folio propio una configuración jurídica y física del local, suficiente e inscrita en el Registro (con el archivo del plano, de acuerdo al art. 51, 4ª, p. 2º RH) o afrontando una reforma de la propia regulación registral, acaso insuficiente[1396].

Si el inmovilismo, derivado de la pretensión (digna de protección) de que no existan iniciativas ni actuaciones de los otros, salvo el contenido obligacional mínimo imprescindible de conservación, tiene sentido en la comunidad transitoria, esto habrá de mitigarse con la reglamentación y posibilidad de acuerdos por mayoría para aspectos que nos indican

---

En derecho suizo, por ejemplo, también la «propiedad de los pisos» se encauza como comunidad organizada estructuralmente para el uso y disfrute privativo. *Vid.* STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, n. 1122 y ss. Esto nos muestra la importancia de los pactos estructurales de carácter real, sin que sea preciso obtener definitivos objetos independientes.

[1394]*Vid.* Resoluciones de la DGRN de 8 de mayo de 1995, y 26, 29 y 30 de abril de 1996; Cfr. MADRIDEJOS, *op. cit.*, pp. 192-195; CABELLO DE LOS COBOS, "Circunstancias generales...", *cit.*, pp. 99-112.

[1395]En esta óptica, mientras la STS de 24 de diciembre de 1990, partiendo de la idea de comunidad funcional, llega a conectar la cuestión con «el evento del art. 396», la RDGRN de 3 de junio de 1992 mantiene un dominio único, en comunidad, con asignación correspondiente a cada cuota de uso y goce privativo. *Vid.* MADRIDEJOS FERNANDEZ, *op. cit.*, pp. 185-186.

[1396]Cfr. MADRIDEJOS FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 190 y ss.; CABELLO DE LOS COBOS, "Circunstancias generales...", *cit.*, pp. 107-109.

que la comunidad está durando un poco más. Y acaso haya que dar un paso más si la comunidad pertenece al ámbito de éstas estables, económicas o funcionales, al servicio de pseudobienes privativos. El dinamismo que en la comunidad simple representa el poder de la mayoría, ahora, en la comunidad funcional, podría suponer el establecimiento de un régimen de mayorías cualificadas para determinadas innovaciones, como ocurre en derecho italiano, la posibilidad más abierta de cambios de destino... Todo ello porque la estabilidad de la comunidad no puede soportar el inmovilismo con el juego de la unanimidad y poder de veto. Este, que tiene sentido cuando es preciso estar pendiente de que otros no lesionen mi autónomo derecho con aventuras injustificadas, puede no tenerlo tanto, si la comunidad estable simplemente está al servicio de bienes (derechos de uso y disfrute) particulares. Porque ya no interesa tanto el mantenimiento intocable de la cosa común, sino su mejor servicio al mantenimiento y mejor disfrute de los bienes individuales[1397].

[1397]En la medida que la comunidad va configurándose como más estable, se van a acentuar dos tendencias: la posición privativa de cada cual adquiere mayor relevancia, y la permanencia en la comunidad, que se orienta a cierta función o destino, se convierte en instrumento de aquella. Por otro lado, la posibilidad de oponer a determinadas actuaciones individuales o colectivas, acordes con tal destino, el propio veto, se atenúa. BARASSI, por ejemplo, lo ha puesto de relieve en la peculiar comunidad de medianería, donde cada cual tiene su esfera privativa de utilización, sin perjuicio de las recíprocas injerencias. "*Qui non si esce dal confine del godimento normale secondo la destinazione della cosa e col rispetto del diritto del vicino: ma è un fatto que dal punto de vista del diritto comune di cui agli artt. 1102 e 1108 CCI, questo godimento comprende atti che almeno in parte intaccano la cosa. (...) Siamo qui di fronte a una comunione forzosa, in qui la legge dilata l'autonomia di ogni comproprietario, quasi per attutire l'asprezza della comproprietà. E dubbio se, nei limiti di questo concetto di indole conciliativa, si possano interpretare solo estensivamente e non analogicamente le facoltà della legge concesse ai comproprietari del muro: sono norme che deviano dai principi generali, si può dire, quindi no estensibili per analogia. Ma crediamo invece che qui sia nascosto un principio generale comune alla comproprietà coatta; quella di renderla tollerabile ampliando l'autonomia di ogni comproprietario. E un principio generale parallelo a quello degli art. 1102 e 1108 CCI: quindi l'analogia dovrebbe ammettersi*". Cfr. BARASSI, *Propietà..., cit.*, pp. 720-721. Este criterio, que opera en la propia comunidad, resulta utilizable en la propiedad horizontal, para atenuar en algún caso la exigencia de unanimidad en favor de mayoría cualificada. Así ocurre en derecho italiano o francés. Y autorizada doctrina lo vislumbra para el nuestro. Cfr. arts. 1102, 1106, 1108, y 1120, 1136 CCI. *Vid.* CIAN, G-TRABUCCHI, A., *Commentario breve al Codice civile*, Padova, 1981, p. 425 y ss.; COSTANTINO, *op. cit.*, p. 280 y ss.

Por otro lado, como es evidente, el contenido de obligaciones reales derivadas de la comunidad tenderá a ser más prolijo en tanto la relación tienda a mantenerse estable. Ahora bien, en estas últimas situaciones no existe simplemente un orden obligacional de coexistencia, sino algunas reglas estructurales que, se puede decir, han dejado de ser obligaciones reales para convertirse en trazos de una nueva forma de reparto. La posibilidad de crear nuevas formas de atribución de las cosas está fuertemente relacionada con esta eventualidad de deslindar peculiares derechos de uso y disfrute rompiendo relativamente una situación de comunidad.

Primera conclusión acerca de la obligación real en la relación jurídica de reparto

BIBLIOTECA VIRTUAL

Hemos visto como hay una relación jurídica de reparto en la propiedad inmobiliaria. Como, siendo en la propiedad pura el elemento básico la relación de exclusión, cuando se concreta respecto de la propiedad vecina, aparece esa relación jurídica de reparto al considerar la zona de confín entre heredades (aunque no es indispensable para la vecindad la colindancia[1398]). En el otro supuesto, la comunidad, la nota que destaca es la participación. La exclusión se hace artificialmente, a través de la cuota, en espera del reparto definitivo que romperá la comunidad.

Y hemos visto como, en esa participación, se percibe la existencia de la obligación real. El profesor ROCA JUAN ha señalado (al estudiar la obligación de contribuir a la conservación de la cosa común) que en la cotitularidad las obligaciones, más que *propter rem* son *propter comunitatem*[1399]. Esta observación permite percatarse de que es precisamente el aspecto de comunidad (utilizada esta palabra en el sentido en que venimos haciéndolo[1400]) en la relación jurídica de reparto, unida a la exclusión típica real, el punto donde engarza la

---

[1398]Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 125.

[1399]Cfr. ROCA JUAN, J., "La renuncia liberatoria del comunero. Notas al artículo 395 del Código civil español", *ADC*, 1957, p. 91 y ss., pp. 109-110, 117. La idea, «*propter communitatem*», no es un obstáculo sino una ayuda para enfocar la obligación *propter rem*. *Vid.* ALONSO PEREZ, "La propiedad horizontal...", *cit.*, pp. 94-95.

[1400]No quiere decir que todas las relaciones de reparto sean supuestos de comunidad de bienes.

obligación real[1401] en la estructura de esa concreta relación jurídico-real, y por tanto en el contenido del derecho subjetivo, pues en la relación concreta de reparto vive el derecho subjetivo real con respecto a otro que se apoya en un punto común con el anterior.

Después de contemplar las situaciones de propiedad y comunidad desde la perspectiva de la relación jurídica de reparto, no será difícil ver ésta en otras situaciones jurídico-reales, lo que podemos hacer a continuación.

Consideración de diversas situaciones jurídico-reales como manifestación de la relación jurídica de reparto

BIBLIOTECA VIRTUAL MiGUEL DE CERVANTES

La cotitularidad *pro diviso*

Con independencia de la relevancia que pueda tener la figura, parece claro que hay una relación jurídica de reparto en el fenómeno de la división de una finca en aprovechamientos, propiedad dividida en función de las utilidades, también llamada copropiedad pro diviso[1402]. En esta institución, que ha vivido durante siglos al amparo del Derecho consuetudinario[1403], se verifica una desintegración del dominio pleno, por su

---

[1401]*Vid.* MANRESA, *Comentarios..., cit.*, pp. 382, 398-402; CASELLI, G., *La multiproprietà*, 2ª ed., Milano, 1984, p. 150.

[1402]Sobre el tema *vid.* PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 226; LACRUZ, Elementos..., III-2, 1980, p. 293 y ss.; GARCIA AMIGO, M., "Condominio pro diviso o propiedad separada", *RDP*, Marzo 1974, p. 175 y ss.; PEREZ PEREZ, *Propiedad, comunidad..., cit.*, p. 198 y ss.; CORRAL DUEÑAS, F., "La división del aprovechamiento de la tierra en Extremadura", *Actas del I Congreso Internacional de derecho agrario en Extremadura*, Badajoz, 1987, p. 127 y ss.; CORTEJOSO GONZALO, V., "La división de los dominios y otras especialidades de los derechos reales en la agricultura", *Actas del I Congreso Internacional de derecho agrario en Extremadura*, Badajoz, 1987, p. 163 y ss.

[1403]Cfr. GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 194 y ss. Su pervivencia se explicaría más por la inercia que por su utilidad económico-social. Por ello, plantea diversas soluciones para facilitar el cambio de la situación y considera que la mejor vía para ello va a ser la Concentración parcelaria. La disgregación del dominio supondría un obstáculo a la adecuada explotación y mejora de las fincas, lleva consigo un inmovilismo que termina por ser perjudicial. El perjuicio se acentúa por la rigidez de las situaciones, el apego a la costumbre y el individualismo de los diversos participantes. Solo a través de las relaciones de cooperación, y, en último término, de la

objeto: se trata ahora de hacer objetos diversos lo que antes constituía un objeto único y, en consecuencia, derechos múltiples lo que hasta ahora era un derecho unitario. Ello presupone como mínimo la divisibilidad del objeto o de sus distintos modos de manifestarse, convirtiendo a cada uno de estos en referencia para derechos individuales. El objeto se divide en forma relativa, sólo parcialmente, manteniendo su unidad fundamental[1404].

Ya tenemos los dos aspectos −exclusión, comunidad− característicos de la relación de reparto. De ahí resulta la conveniencia de conectar con el límite de exclusión que configura los bienes individuales específicos, diversas obligaciones reales que posibiliten de hecho, faciliten y mantengan rentable el reparto.

La constatación aparece evidente en cualquier análisis que hagamos de la Jurisprudencia, títulos constitutivos y costumbres concretas y de la doctrina que se ha ocupado de la figura. La cotitularidad pro diviso "implica la existencia de algo común y algo privativo −ambas realidades inescindiblemente unidas, físicamente inseparables− en el objeto de la misma"[1405]. La jurisprudencia se ha ocupado de la institución en estas dos vertientes. En ocasiones se destaca su encuadre en la comunidad, sobre todo para aplicarle el derecho de retracto[1406] recogiendo una doctrina admitida desde las Partidas[1407]. Otras veces, el TS se preocupa de aclarar que no estamos ante una comunidad ordinaria[1408]. No

---

posible mutabilidad de la situación, es viable la figura, lo que se manifiesta en algunos supuestos sabiamente reglados por la costumbre, o a través del titulo constitutivo. *Vid.* GARCIA AMIGO, *op. cit.*, pp. 187-189.

[1404]Cfr. GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 177.

[1405]Cfr. GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 178; *vid.* LACRUZ, *Elementos..., III-2, cit.*, p. 294; POVEDA MURCIA, J., "Concurrencia de derechos sobre fincas rústicas", *ADC*, 1949, pp. 155 y ss.

[1406]Cfr. por todos PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 226. Con el retracto se facilita, aunque no termina de resolverse, la dinamización de estas explotaciones que demanda GARCIA AMIGO.

[1407]P. V, 5, 55, en que se apoya la STS 12 de julio 1881.

[1408]Las sentencias que destacan el aspecto comunitario (STS de 9 marzo 1893, 9 julio 1903, 3 abril 1909, 6 julio 1920, 9 mayo 1922, 20 marzo 1929, 28 octubre 1958) hablan de una «relación análoga» a la comunidad del art. 392 CC, a los efectos del retracto y sobre la base de la íntima trabazón de los derechos separados. También la doctrina, p. ej. FLOREZ DE QUIÑONES, V., "Comunidad o servidumbre de pastos", *RDP*, 1933, p. 161 y ss., p. 176: "la relación íntima entre estos derechos que tienen un único fundo por soporte es evidente. Por ello

parece posible, dice PEÑA, por la falta de identidad del derecho, la aplicación de las reglas de la *actio communi dividundo*[1409] y, en general, no se trata de una cotitularidad distribuida por cuotas[1410].

Se habla entonces de «relación jurídica innominada de derechos yuxtapuestos», «propiedad dividida» (STS de 22 enero 1953, 10 diciembre 1962, 8 abril 1965) resaltando la individualidad de los derechos separados. Tal jurisprudencia pone de manifiesto cómo la coexistencia para derechos diferenciados y concurrentes exige delimitar cuidadosamente las respectivas facultades. Delimitación de derechos yuxtapuestos con una base común sobre el fundo, por lo que ha de completarse a través de reglas consuetudinarias o negociales de cooperación, verdaderas obligaciones reales[1411].

Las comunidades de aguas

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

También las comunidades de aguas privadas o de usuarios del agua, son manifestaciones de una relación jurídica de reparto[1412], no obstante las peculiares

---

creemos que se trata de una especie de comunidad en sentido amplio, es decir, en el sentido del art. 392 del CC., calificándola de comunidad de derechos sobre una misma cosa".

[1409]Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 226.

[1410]"No existen porciones alícuotas" (Cfr. STS. 8 abril 1965). Aunque GARCIA AMIGO entiende que, si no existe −en esto hay una diferencia con la propiedad horizontal− una valoración de lo comunal *ab initio* impuesta legalmente y permanente, puede pensarse en su valoración por cuotas *a posteriori* para la enajenación y administración de lo comunal.

[1411]Cfr. GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 183.

[1412]Sobre el tema, por todos *vid.* MENDOZA OLIVAN, V., en LACRUZ, *Elementos..., III-1-2*, 2ª ed., Barcelona, 1988, p. 179 y ss., y bibliografía allí citada; PEREZ PEREZ, E., "Las comunidades de usuarios en la nueva legislación de aguas", anexo a *El consorcio real..., cit.*, p. 217 y ss.; *Propiedad, Comunidad..., cit.*, pp. 237 y ss., 242 y ss., 346 y ss., 350 y ss., etc.; QUINTANA PETRUS, J.M., *Derecho de aguas*, Barcelona, 1989, p. 388 y ss.; DEL SAZ, S., *Aguas subterráneas, aguas públicas (El nuevo derecho de aguas)*, Madrid 1990, p. 143 y ss.; PARADA, R., *Derecho administrativo, III*, 4º ed., Madrid 1991, pp. 137 y ss.; GUAITA, A., *Derecho administrativo. Aguas, montes, minas*, Madrid, 1986. Sigue siendo de gran interés, BOLEA FORADADA, J. A., *Régimen jurídico de las comunidades de regantes*, Madrid, 1969.

características que presentan tanto los heredamientos y comunidades privadas[1413], como estas Comunidades de Usuarios reguladas por la LA 1985: "un caso de gestión privada colectiva forzada y forzosa bajo la jerarquía administrativa del Organismo de Cuenca"[1414], una entidad calificada por la ley "Corporación de derecho público", aunque MENDOZA OLIVAN[1415] prefiere hablar de entidad corporativa de interés público (de naturaleza privada, aunque con innegables funciones públicas)"[1416].

En la comunidad de usuarios tal como la configura la LA 1985 (extendiendo los criterios que presidieron la regulación de las Comunidades de Regantes[1417]) se trata de coordinar y proteger el interés particular en el aprovechamiento del agua −de los miembros de la comunidad− y el interés público derivado de la especial importancia del bien a

---

[1413]Se plantea la cuestión de su personalidad jurídica. *Vid.* PEREZ PEREZ, *Propiedad, comunidad..., cit.*, p. 242 y ss.; BOLEA FORADADA, *op. cit.*, p. 40; DEL SAZ, *op. cit.*, p. 27; QUINTANA, *op. cit.*, p. 87.

[1414]Cfr. PARADA, *op. cit.*, p. 137.

[1415]Cfr. MENDOZA OLIVAN, *op. cit.*, p. 179.

[1416]Para las controversias sobre la naturaleza jurídica de estas entidades *vid.* PARADA, *op. cit.*, pp. 136-137; QUINTANA, *op. cit.*, pp. 392-393; DEL SAZ, *op. cit.*, p. 145 y ss.; MENDOZA OLIVAN, *op. cit.*, p. 179; PEREZ PEREZ, *Propiedad, comunidad..., cit.*, p. 237 y ss.; GUAITA, *op. cit.*, p. 174 y ss. Este último ha señalado que los intereses que primariamente justifican la entidad son privados, y, en su mayor parte, nacieron como asociaciones privadas. Después, por su conexión indudable con el interés público, se califican como de interés público y, al configurarse finalmente como corporación, la Administración no solo las protege, sino que las incorpora en cierta medida y a ciertos efectos las administrativiza. Por ello su régimen es híbrido, en parte administrativo (relaciones con la Administración y con los comuneros, actuaciones como delegadas y concesionarias de la Administración) y jurídico-privado en todo lo demás. PEREZ PEREZ ("Las comunidades de usuarios...", *cit.*, p. 220) entiende que para las comunidades ordinarias que encajan en el art. 73. 5 LA (pueden establecerse mediante convenio específico cuando la modalidad, circunstancias o características del aprovechamiento lo aconsejen o el número de participantes sea reducido) el régimen debe quedar reducido a regular las mutuas relaciones entre los usuarios, sin apenas organización y sin necesidad de personalidad moral. Aquí, aunque se aplique la normativa de la Comunidad de usuarios, no parece que exista corporación de derecho público. Pero la atribución del carácter de Corporación y el reconocimiento de personalidad jurídica no pasan de ser, a pesar de su importancia, cuestiones formales o externas para los efectos de nuestro estudio.

[1417]Cfr. MENDOZA OLIVAN, *op. cit.*, p. 179; QUINTANA, *op. cit.*, p. 388; PEREZ PEREZ, *Propiedad, comunidad..., cit.*, p. 241.

repartir. "Esta doble vertiente se traduce, necesariamente, en un régimen jurídico mixto, privado para las funciones que se realizan en el interés particular de sus miembros −actividad medial y logística− y público en lo que respecta a las funciones que realizan como delegados de la Administración"[1418].

Con independencia de que estemos ante una comunidad *propter rem*[1419] (no se produce necesariamente en los heredamientos canarios[1420]) nos interesa en este campo constatar cómo la especial naturaleza del bien sobre el que existen derechos individuales de aprovechamiento, va a producir una relación de reparto con un aspecto de exclusión y otro de comunidad y, en consecuencia, una serie de obligaciones reales.

Este agua admite su consideración como cosa común y como elemento privativo, cuando ha operado el mecanismo para que se haya recibido por el usuario concreto[1421]. En cuanto «caudal» es común, sin que pueda «dividirse». Pero el comunero «hace suya» un agua «concreta» y determinada a través del turno. En las comunidades de regantes tradicionales se tiene en cuenta la extensión de tierra regable para asignar a cada partícipe un volumen en litros por segundo, o por turno y tiempo[1422]. La comunidad tiene un carácter estable porque el agua siempre será privativa después de haber formado parte del caudal

---

[1418]Cfr. DEL SAZ, *op. cit.*, p. 147.

[1419]Sobre este punto (concesiones personificadas que, en tanto los comuneros lo son por ser propietarios del fundo son *universitas personarum propter rem*) *vid.* GUAITA, *op. cit.*, p. 175; QUINTANA, *op. cit.*, p. 393; MENDOZA OLIVAN, *op. cit.*, p. 179. En esta vinculación *ob rem* incide PEREZ PEREZ, "Las comunidades de usuarios...", *cit.*, p. 221 y ss., para encuadrar la figura en su «consorcio real». La Comunidad de usuarios, aunque no siempre resulta obligatoria, se constituirá obligatoriamente −es el supuesto típico− por todos los beneficiarios del agua o conjunto de bienes de dominio público hidráulico de una misma toma o concesión. Cfr. PEREZ PEREZ, "Las comunidades de usuarios...", *cit.*, p. 219; DEL SAZ, *op. cit.*, pp. 148-151.

[1420]*Vid.* DEL SAZ, *op. cit.*, p. 26 y ss.

[1421]Sobre el agua como peculiar objeto de propiedad, *vid.* por todos, ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL-MADRIDEJOS, *Derecho Hipotecario, V, cit.*, 1997, p. 209 y ss.

[1422]*Vid.* BOLEA FORADADA, *op. cit.*, p. 126 y ss. Para el peculiar modo de distribuir el agua en los aprovechamientos «de torna a torna», *ibidem*, p. 42; PAZ ARES, J.C., "Pequeñas instituciones agrarias del Derecho Foral de Galicia", *RGLJ*, febrero, 1966, p. 250 y ss., y *Exposición de Motivos de la Compilación de Derecho civil de Galicia*. El ejercicio de la «partija» de las aguas (art. 90 Comp.) va a producir una partición "por medida o, en otro caso, por horas, días o semanas, según convenga a los interesados o determinen los tribunales. Los usuarios no podrán dar al agua uso distinto para el que fue prorrateada".

común (hasta que se den las causas de extinción previstas[1423]). En las figuras más próximas a la comunidad de bienes, como los heredamientos o Comunidades canarias (que se configuran en la ley de 27 de diciembre de 1956 como asociaciones civiles de interés particular, a medio camino entre las asociaciones y las comunidades de bienes[1424]) la peculiaridad del agua como bien «en reparto» ha determinado tradicionalmente su consideración como comunidad por cuotas estable y organizada, sin acción de división ni derecho de retracto[1425].

Aparte de la consideración del cauce, la relación lleva consigo una comunidad de utilización de ciertos bienes, obras o instalaciones necesarias para el aprovechamiento que, en la comunidad de usuarios, pueden ser de dominio público (incluidas en la concesión) propias de la entidad o incluso de cada comunero[1426]. Las obras e instalaciones de titularidad común, por su vinculación con el adecuado aprovechamiento no son tampoco divisibles (su realización, en ocasiones, viene impuesta por la propia Administración[1427]) lo que permite a PARADA hablar de "una comunidad real de bienes, las obras que conjuntamente realizan (arts. 73.1 y 78 LA)[1428]". En otro orden de ideas, las obras particulares que cada comunero realice en su finca y en general su modo de explotarla no ha de perjudicar, dificultar o impedir el adecuado aprovechamiento por los demás partícipes.

[1423]*Vid.* DEL SAZ, *op. cit.*, p. 157; QUINTANA, *op. cit.*, p. 418.

[1424]Cfr. DEL SAZ, *op. cit.*, p. 27. Sobre la relación de las comunidades de regantes tradicionales con la Comunidad de bienes, *vid.* BOLEA FORADADA, *op. cit.*, p. 44 y bibliografía citada en p. 41; LOPEZ DE HARO, C., "Comunidad de regantes", *RGLJ*, 1912, 121, p. 302 y ss. *Vid.* sobre estas comunidades de aguas, PEREZ PEREZ, *Propiedad, comunidad..., cit.*, pp. 242 y ss.; ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario, V, cit.*, p. 217 y ss.; Ley Canaria 12/1990, de 26 de julio, arts. 24 y 25.

[1425]Cfr. DEL SAZ, *op. cit.*, p. 25; QUINTANA, *op. cit.*, p. 86; ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *ibidem*, p. 217 y ss.

[1426]GONZALEZ, J., "Las aguas públicas y el Registro de la propiedad", *Estudios de derecho hipotecario y derecho civil*, II, p. 180 y ss., p. 190 y ss.

[1427]Cfr. PARADA, *op. cit.*, p. 138; QUINTANA, *op. cit.*, pp. 405-406. Sobre la obras e instalaciones comunes, y su régimen, en la legislación anterior, *vid.* BOLEA FORADADA, *op. cit.*, p. 173 y ss.

[1428]Cfr. PARADA, *op. cit.*, p. 137.

La estabilidad de la comunidad, la peculiar forma de aprovechamiento a través de la individualización del agua[1429], la existencia de obras de interés y utilización común que exigen un adecuado mantenimiento o realización de nuevas instalaciones, vinculado todo al interés público-privado en la explotación racional y correcta del agua, determina que, junto al respeto por el bien individual (la cuota de agua) −punto de exclusión− el aspecto comunitario se proyecte en un conjunto notable de obligaciones reales impuestas a los sucesivos titulares (propietarios o titulares de los fundos, en las comunidades de regantes) a través de la normativa estatutaria[1430].

La situación jurídico-real «comunidad de aguas» se muestra con claridad como relación jurídica de reparto (con analogías con la Propiedad horizontal) si observamos su régimen registral que, para los heredamientos u otras comunidades sobre aguas privadas aún existentes, manifiesta la distinción, puesta de relieve por ROCA SASTRE, del objeto en sí, el aprovechamiento global (gruesa) y las cuotas o participaciones indivisas fijadas bajo módulos determinados de tiempo y cabida, que se harán constar en la inscripción principal a favor de la entidad junto con las normas estatutarias, y cuya inscripción como finca independiente −de la cuota que corresponda en el agua y demás bienes afectos a la misma− o, en su caso, en el folio de la finca que disfrute del riego, está prevista, debiéndose abrir necesariamente dicho folio especial cuando se inscriban las sucesivas transmisiones o la constitución de derechos reales sobre las cuotas (art. 66 RH)[1431].

Para las Comunidades de usuarios, también, conforme al art. 64 RH, se prevé la inscripción a favor de la Entidad, haciéndose constar los datos del aprovechamiento, su regulación interna, las tandas, turnos u horas, las obras de toma de agua y las principales y accesorias de conducción y distribución, consignándose, bajo el mismo número y en sucesivos asientos, los derechos o cuotas de los distintos partícipes, e inscribiéndose éstos

---

[1429]Los mecanismos que concretan los derechos de cada partícipe no van a implicar una «solidificación» del volumen que se recibe, pues en determinadas situaciones, por ejemplo de escasez, la Junta de Gobierno puede variar la forma de distribución Cfr. BOLEA FORADADA, *op. cit.*, p. 126 y ss.; QUINTANA, *op. cit.*, p. 411 arts. 76 LA y 220 RDPH.

[1430]Cfr. GONZALEZ, "Las aguas públicas...", *cit.*, pp. 180 y ss., p. 190-193; PEREZ PEREZ, *Propiedad, comunidad..., cit.*, pp. 241-242.

[1431]Cfr. ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario, III*, 7ª ed., 1979, p. 450 y ss.; ed. 1997, *V, op. cit.*, con la colaboración de MADRIDEJOS, p. 218 y ss.; PEREZ PEREZ, *Propiedad, comunidad..., cit.*, p. 346 y ss.

también en los folios de las fincas que disfruten del riego, extendiéndose las oportunas notas marginales de referencia[1432].

Así pues, en la reglamentación de esta materia, los límites de exclusión (modulados por las competencias de la Junta para regular el aprovechamiento) aparecen estrechamente unidos a relaciones de cooperación, en los Estatutos (art. 74 LA). Las obligaciones reales se referirán al modo de explotación del propio fundo y de utilización de instalaciones comunes, contribución a obras y gastos, prohibiciones, diligencia, avisos y petición de autorizaciones a la Junta, participación en el gobierno y administración de la Entidad, todo ello completado con un especial régimen de sanciones.

En la Ley y su Reglamento se concretan además algunos aspectos propios de este régimen, que suponen un refuerzo de su vigencia. Ningún comunero podrá ser exonerado por entero de las obligaciones y cargas inherentes a su participación en el aprovechamiento colectivo de aguas y demás elementos comunes, ni cabe establecer pactos estatutarios que prohiban la realización de las derramas necesarias (art. 201.8 RDPH). En las concesiones de aprovechamientos colectivos para riegos, todos los terrenos comprendidos en el plano general aprobado quedarán sujetos al pago de las obligaciones aunque sus propietarios rehúsen el agua, y deben todos sufragar, en la proporción determinada por los Estatutos, los gastos de construcción de presas, sistemas de captación y conducción, así como los de explotación y conservación, sin que ningún comunero pueda separarse de la Comunidad sin renunciar al aprovechamiento de las aguas y sin cumplir las obligaciones que con la misma hubieran contraído (art. 212.2 a 4 RDPH).

La Comunidad puede ejecutar por sí misma y con cargo al usuario los acuerdos incumplidos que impongan una obligación de hacer, siendo exigible por vía de apremio el coste de la ejecución subsidiaria y los perjuicios causados por el incumplimiento (art. 75.1 LA y 209. 1 y 3 RDPH). En general, cualquier deuda a la Comunidad por gastos de conservación, limpieza, mejoras, administración o distribución (así como las multas e indemnizaciones impuestas por los Tribunales o Jurados de riego, o los cánones o exacciones de arts. 104 a 107 LA.) "gravarán la finca o industria a cuyo favor se realizaron", pudiendo la Comunidad exigir su importe por la vía administrativa de apremio,

---

[1432]Cfr. ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNIL-MADRTIDEJOS, *Derecho hipotecario, V, cit.*, p. 231 y ss.; PEREZ PEREZ, *Propiedad, comunidad..., cit.*, 350 y ss.; QUINTANA, *op. cit.*, pp. 80 y ss. 428 y ss.

y "prohibir el uso del agua mientras no se satisfagan, aún cuando la finca o industria hubiese cambiado de dueño" (Cfr. arts. 75 LA, 209 y 212 RDPH).

Con estas normas se pretende reforzar la posición del acreedor haciendo que la deuda se transfiera al adquirente (que podrá, lógicamente, repetir contra el anterior titular deudor) y parece que en este sentido hay que interpretarlas, aunque tal efecto «ob rem» establecido por el legislador, no resulta, entiendo, exigencia ineludible de la calificación de una obligación como real. Aún en este caso parece que el originario deudor no ha dejado de serlo, por lo que, si resulta más cómodo, la Comunidad puede exigirle a él el pago de la deuda. Igualmente, en el hipotético caso de que su montante supere el valor de la finca −cuando no da resultado para el cobro interrumpir el uso del agua− resulta dudoso que el exceso pueda exigirse al adquirente, con lo que no dejaríamos de estar sino ante una simple afección o carga real de refuerzo, aunque, por lo difícil de llegar a esa situación, hemos de admitir que se ha conseguido en este caso una verdadera transferencia de la deuda[1433].

La comunidad de aguas o la de usuarios, como relaciones de reparto, nos ofrecen, en fin, sugerencias de interés. El tratamiento registral de las primeras, por ejemplo, se ha propuesto para encauzar el acceso al Registro de las urbanizaciones[1434], pues permite organizar la relación entre la «finca común» y las parcelas privativas. Asimismo, aunque no siempre ocurre (pensemos en las comunidades simples de derecho gallego) nos hablan de una tendencia a la personificación de la entidad en que se integra el titular cuando el bien individual se presenta vinculado a una especial organización de una cotitularidad. La peculiaridad del agua y su aprovechamiento tiene, por así decir, la fluidez que encontramos en el uso y disfrute de la multipropiedad real: se participa de algo común, apropiándose de un agua (tiempo...) que «no volverá». En uno y en otro caso, la entidad organizada con referencia al objeto global, se reviste de especial importancia, es el marco necesario para obtener la utilidad individual deseada. Y alcanza particular relieve el cumplimiento de las obligaciones de los usuarios en el régimen de la entidad. Precisamente, cuando tal contenido obligacional reviste especial importancia, la Ley −aunque la normativa en cuestión desprende cierto aroma administrativo− se preocupa de no dejar cabos sueltos en

---

[1433]*Vid.* PEREZ PEREZ, *Propiedad, comunidad..., cit.*, pp. 239, 242-242; MARTIN RETORTILLO, S., *De las Administraciones Autónomas de las aguas públicas*, Sevilla, 1960, p. 89 y ss.; GUAITA, *op. cit.*, p. 178.

[1434]Cfr. CHICO ORTIZ, J.M., "Las urbanizaciones, La Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad", *RCDI*, 484, 1971, p. 481 y ss., pp. 508 y 527.

forma de eventuales situaciones dudosas para el cumplimiento, y transfiere al sucesor a titulo particular la completa situación obligacional del comunero.

La propiedad horizontal

Si la relación jurídico-real de reparto se caracteriza por la imbricación de fronteras de exclusión y un aspecto de comunidad, es indudable que la propiedad horizontal representa un ejemplo característico[1435]. "*Nel momento in cui la proprietà dell'edificio si fraziona –ossia all'originario ed esclusivo titolare se ne affiancano altri– o la comproprietà si scioglie convertendosi in proprietà distinte, insorge automaticamente la comunione che avrà per oggetto determinate «cose» che, staccandosi idealmente dalla proprietà singola (o dalla comproprietà), si «trasformano» in «cose comuni». Ed è appunto questo il momento in cui il «condominio» si forma realizzandosi quella «convivenza forzata» tra proprietà solitarie e comunione che caratterizza la «fattispecie condominiale»*[1436]".

Por su desarrollo práctico[1437], y su peculiaridad teórico-constructiva, se ha convertido en motivo de especial atención en la segunda mitad de nuestro siglo. Se trata de una

---

[1435]La bibliografía sobre este punto es muy amplia. Con relación a lo tratado en el texto, *vid.* la *Exposición de Motivos de la Ley de 21 de julio de 1960*, y el volumen *Primer Simposio sobre Propiedad Horizontal*, Valencia, 1972. Asimismo, GONZALEZ, "Propiedad sobre pisos...", *cit.*, p. 302 y ss.; BATLLE VAZQUEZ, M., *La propiedad de casas por pisos*, 6ª ed., Alcoy, 1970; DE LA CAMARA, M., GARRIDO, E., y SOTO, A., "Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana", *Ponencias presentadas por el Notariado español a los congresos internacionales del Notariado Latino*, Madrid, 1975, p. 875 y ss. (también, *RDN* abril-junio 1969, p. 145-271); RIVERO HERNANDEZ, F "Estatuto jurídico y régimen funcional de la propiedad separada en el Anteproyecto de ley de Conjuntos inmobiliarios de 1991", *Conjuntos inmobiliarios y Multipropiedad*, Barcelona, 1993, pp. 19 y ss.; LASO MARTINEZ, J.L., "De la propiedad de las casas por pisos a los conjuntos inmobiliarios", *RCDI*, 619, 1993, p. 1823 y ss.; PEREZ PEREZ, *Propiedad, comunidad..., cit.*, p. 251 y ss.; PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 239 y ss.; LACRUZ BERDEJO-RAMS ALBESA, *Elementos..., cit.*, III-2, 1991, p. 528 y ss.; CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, n. 175 y ss.; CORNU, *op. cit.*, nn. 1252, 1532 y ss.; ATIAS, *Les biens, II, cit.* n. 71 y ss. Y especialmente, entre nosotros, el trabajo de ALONSO PEREZ, "La propiedad horizontal...", *cit.*, p. 85 y ss.

[1436]Cfr. TERZAGO, G., *Il Condominio: Trattato teorico-prattico*, Milano, 1988, pp. 18-19.

[1437]A pesar de cierto escepticismo doctrinal, aún en épocas relativamente recientes, respecto a la viabilidad de la figura. (El art. 396, había comentado SANCHEZ ROMAN, se hace cargo de un supuesto poco frecuente, pero no imposible, cual es el de que los diferentes pisos de una casa

realidad aprovechable a la hora de intentar construcciones teóricas o para el apoyo de doctrinas que tratan de pasar revista a la historia y teoría de la propiedad: proporciona un ejemplo de su característica expansión[1438], se puede traer a colación como muestra eminente de regreso a las formas de «*propriètè coutumière*»[1439]. Se muestra como paradigma de «consorcio real»[1440]. Manifiesta una de las formas de irrupción (o reaparición) de la «*proprietá affievolita*»[1441], etc.

En la doctrina italiana, COSTANTINO ha examinado el esquema para ilustrar su interesante teoría de las situaciones de *collegamento dei beni*. Implica, concretamente en la propiedad horizontal, un interés esencialmente individual pero satisfecho con un bien que precisa, por decirlo de algún modo, el adecuado estado de una estructura en que está integrado, en concurrencia con otros. El propio bien individual se compone de elementos (que son o se pretenden) estrictamente privativos y otros comunes a los demás bienes integrantes y dependientes de aquella estructura. En la atribución, no sólo se trata del piso, del local, sino del «piso-en-el-edificio» con los elementos comunes integrando el individual bien total. La atención a la realidad común (que impone deberes también en la esfera de lo privativo) resulta ineludible, pero también «accesoria», instrumental. Por ello, implica a la vez un empeño y un beneficio para cada titular, no sólo en consideración a esos bienes comunes aisladamente contemplados, sino en atención al edificio y al bien de cada uno en él[1442].

---

pertenezcan a diversos propietarios). Cfr. GONZALEZ, "Propiedad sobre pisos...", *cit.*, p. 303, nota 3.

[1438]Cfr. ATIAS, "*Destins...*", *Droits, I, cit.*, pp. 8-9.

[1439]Cfr. PATAULT, *op. cit.*, nn. 115-116.

[1440]Cfr. PEREZ PEREZ, *Propiedad, comunidad..., cit.*, pp. 208 y ss., 252 y ss.

[1441]Cfr. TERZAGO, *op. cit.*, p. 1067.

[1442]Cfr. COSTANTINO, *op. cit.*, pp. 268 y ss. Se trata de obtener el máximo grado posible de utilización individual, en el marco de la que puede ofrecer el bien encuadrado en aquella concreta estructura de «*collegamento dei beni*»: la posición de cada uno ha de configurarse teniendo en cuenta las exigencias que impone la realidad edificio y los paralelos intereses de los demás titulares, cuyo bien particular presupone la titularidad compartida. En este sentido cabe hablar de «comunidad de intereses», aunque al servicio de la mayor utilidad individual. Y aquí engarza COSTANTINO la «*disciplina dei beni collegati*», que será legal y negocial, configurándose el Estatuto como un contrato «*a comunione di scopo*», lo que ha de entenderse bien. Se trata del "destino común y conjugado de intereses diversos" (expresión de RIVERO

La relación jurídica de reparto (exclusión, comunidad) se revela en la propiedad horizontal con particular riqueza. No basta poner de relieve que, al lado de la parte privativa existen, como accesorio inseparable, elementos comunes (así tiene que expresarse la ley cuando decide independizar las propiedades sobre nuevos objetos de derecho[1443]). Tampoco se trata sólo de que entre las propiedades independientes aparezcan estrechas relaciones de vecindad, que, como hemos visto, son supuestos de «reparto». Hay que decir mucho más[1444]. Vecindad estrecha y comunidad accesoria manifiestan la peculiaridad de una institución en que, a partir del edificio, aparece la entidad del piso o local. Las dos realidades tienen su reflejo registral, se inscribirá el edificio en su conjunto, y sólo entonces, como es lógico, es posible la apertura de folio separado para cada piso, objeto de propiedad todo lo independiente que se pueda[1445].

Resulta significativo el proceso evolutivo, que del «edificio común» del primitivo art. 396 CC (alejándose de la construcción francesa de la servidumbre), conduce a que

---

HERNANDEZ) que tiene como punto de referencia el edificio. Un conjunto de elementos donde coinciden los intereses de todos, aunque las líneas que atraviesan esa esfera común sean divergentes. Cuando se habla de contrato «*a comunione di scopo*» se tiene presente la consecución del *status* en que esos elementos comunes, y, en general, el edificio, puedan mejor servir a los intereses individuales, a través de los bienes relativamente independientes. Por ello aquel interés, aquella finalidad, tiene algo de común y algo de particular. *Vid.* COSTANTINO, *op. cit.*, pp. 274 y ss., 302 y ss.; ALONSO PEREZ, M., "La propiedad horizontal...", *cit.*, p. 88 y ss.; RIVERO HERNANDEZ, "Estatuto jurídico...", *cit.*, p. 42. *Vid.* BADOSA COLL, F., "*La multipropietat com a regim juridic de l'inmoble*", *Materias IV Jornades de dret catalá a Tossa*, Barcelona, 1988, p. 13 y ss.

[1443]Cfr. LACRUZ-RAMS, *Elementos..., III-2, cit.*, pp. 535-536. *Vid.* Exposición de Motivos de la LPH. PEREZ PASCUAL, E., *El derecho de propiedad horizontal. Un ensayo sobre su estructura y naturaleza jurídica*, Valencia, 1974, p. 359.

[1444]Como señala ATIAS, la propiedad del edificio se ha distribuido para hacer posible la propiedad privativa de los pisos. Sin embargo, éstos siguen dependiendo de aquél. Por ello, no es suficiente indicar que el propietario tiene atribuido un local privativo, con elementos comunes accesorios, para reflejar el carácter de su atribución. Es necesario presentar el juego de sus prerrogativas en el marco de la organización colectiva. Cfr. ATIAS, *Les biens, II, cit.*, n. 80. *Vid.* LACRUZ-RAMS, *Elementos..., III-2, cit.*, pp. 536-537; CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, nn. 181-182; RIVERO HERNANDEZ, "Estatuto jurídico...", *cit.*, p. 40 y ss. TERRE, F. y SIMLER, P., *Droit civil. Les biens*, 4ª ed., Paris, 1992, n. 657.

[1445]Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, pp. 240-241.

«rompan» propiedades independientes[1446]. Así resulta que la configuración en Propiedad Horizontal es un modo de dividir el edificio común (art. 401 CC). Pues bien, conviene tener en cuenta que el edificio no se ha dividido del todo. Hay una comunidad latente, por debajo de las propiedades independientes, y no sólo al lado de ellas. La relación entre el edificio y el piso implica que la comunidad no se ha roto por completo, y si los elementos comunes no pueden escindirse de los privativos, tampoco los elementos privativos pueden dejar de formar parte de una realidad «común»[1447]. Tal realidad resulta imprescindible, aunque su existencia y su estructura jurídica responde a una consideración económica que tiene su punto de referencia, como centro de interés y objetivo final, lo privativo[1448]. A esto responde la ley cuando propicia que se destaquen propiedades independientes, aunque en realidad su independencia es un poco relativa. La exclusión en el reparto viene reforzada definitivamente por el legislador, con fundamento en la realidad material y el apoyo del Registro. Pero todo ello se está fundando en un basamento de comunidad. Si el edificio se destruyera, esa realidad aparecería con toda claridad, la situación se resolvería en una comunidad ordinaria sobre el solar.

El juego de la conexión entre el edificio y los pisos es el de una relación jurídico-real de reparto, con componentes de comunidad de vecindad, comunidad accesoria, y, antes de

---

[1446]Sobre el tema, por todos, PEREZ PEREZ, *Propiedad, comunidad..., cit.*, p. 252; GONZALEZ, "Propiedad sobre pisos...", *cit.*, pp. 302 y ss., 321 y ss.; LASO MARTINEZ, "De la propiedad...", *cit.*, p. 1823 y ss.; LACRUZ-RAMS, *Elementos..., III-2, cit.* p. 528 y ss. *Vid. Exposición de Motivos de la LPH*. Una panorámica general desde la perspectiva actual, en GONZALEZ CARRASCO, M. C., *Representación de la comunidad de propietarios y legitimación individual del comunero en la propiedad horizontal*, Barcelona, 1997, p. 13 y ss. Para el derecho francés, *vid.* ATIAS, *Les biens, II, cit.*, nn. 72 y ss.

[1447]Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, pp. 240-241; ATIAS, *Les biens, II, cit.*, n. 79; CORNU, *op. cit.*, nn. 1252, 1532; GONZALEZ CARRASCO, *op. cit.*, pp. 16, 18. Como sabemos, en derecho suizo la propiedad por pisos no ha salido del ámbito de la comunidad. El sistema registral de inscripción constitutiva ha permitido organizar estructuralmente la comunidad sin necesidad de «crear» nuevas realidades objeto de propiedad. *Vid.* STEINAUER, *Les droits réels, I, cit.*, nn. 1115 y ss.

[1448]Sin paradoja, dice CORNU, la copropiedad por pisos es un homenaje a la propiedad. Cfr. CORNU, *op. cit.*, 1535. "*Revanche inattendue du droit de propriété sur le droit au bail*". Cfr. CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, nn. 181-182. *Vid*. PEREZ PASCUAL, *op. cit.*, p. 359.

todo ello, determinando todo ello, comunidad basal, ahora latente[1449]. Por ello, respecto aquella vecindad, no se trata de una mera «vecindad exterior», de fincas una al lado de la otra, sin más. Ahora, en buena medida, sí, porque así lo ha querido el legislador, pero no completamente. La cotitularidad «anterior» (anterior, si se quiere, ontológicamente, aunque no responda a una sucesión cronológica) otorga una especial coloración a esa vecindad[1450].

El aspecto de comunidad en la relación de reparto propiedad horizontal no significa, pues, sólo la existencia de unos elementos comunes. La imbricación de exclusión y comunidad se muestra en cada uno de los niveles a que podemos referir su análisis[1451]. Cada uno de estos aspectos se muestra decisivo desde una cierta óptica, y, a la vez, matizado por la conexión con el otro. La realidad común resulta imprescindible para la sustentación del conjunto, y en tal sentido sobrepuja en importancia al elemento particular[1452], pero está a su servicio. Al revés, sólo el interés y bien privativo justifica la realidad común, su organización, y el ingreso en la comunidad por la adquisición del derecho[1453], pero su utilización queda delimitada por la integración en la estructura de concurrencia. El edificio, en su conjunto, presenta comunidad y exclusión. El lote privativo, propiedad particular y cuota de participación[1454]. La reivindicación del papel preeminente del derecho individual

---

[1449]"Evidentemente propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios son fenómenos sociales cuya raíz en el orden jurídico se encuentra en el ámbito de las cotitularidades..." Cfr. LASO MARTINEZ, "De la propiedad...", *cit.*, p. 1840. *Vid.* DE LA CAMARA, "Insuficiencia normativa...", *cit.*, 1973, pp. 33 y ss., p. 47.

[1450]Cfr. CORNU, *op. cit.*, nn. 1538-1539.

[1451]La complejidad de la propiedad horizontal no sólo radica en la distinción material entre elementos privativos y comunes, también en la distinción jurídica entre prerrogativas individuales y colectivas. Y es peculiar de esta relación de reparto (porque lo común, de algún modo, abarca lo privativo, y lo privativo encierra participación en lo común) que la distinción jurídica no coincida en sus contornos con la material. Cfr. CORNU, *op. cit.*, nn. 1541-1543.

[1452]Cfr. PEREZ PEREZ, *Propiedad, comunidad...*", *cit.*, pp. 255-256.

[1453]Cfr. CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, n. 182.

[1454]Respecto al *lot privatif, vid.* CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, n. 176; CORNU, *op. cit.*, nn. 1544-1548; ATIAS, *Les biens, II, cit.*, n. 80; LACRUZ-RAMS, *Elementos..., III-2, cit.*, pp. 536-537; RIVERO HERNANDEZ, *cit.*, pp. 40-44.

siempre se matiza por la realidad común. Al mismo tiempo, el poder colectivo sólo puede ser un cauce para el mejor desarrollo −en concurrencia− de la iniciativa individual[1455].

[1455]El aspecto colectivo resulta consecuencia de la unidad y distribución del inmueble. (cfr. CORNU, *op. cit.*, n. 1540; ATIAS, *Les biens, II, cit.*, p. 97; GONZALEZ CARRASCO, *op. cit.*, p. 16). Su funcionamiento también ha de responder a la particular relación entre comunidad y exclusión dentro del edificio y en cada lote privativo. La cuestión se plantea en la doctrina francesa con referencia al *syndicat* de copropietarios, muestra de un enfoque realista para afrontar las consecuencias de la disgregación de la propiedad. No cabe duda de que el edificio como unidad y el grupo organizado impone, de alguna manera, su ley, presentándose como filtro o pantalla a través del cual transita el ejercicio de ciertos derechos y la relación con los terceros. La peculiaridad del régimen fundiario (pensemos en la organización de las comunidades de regantes, su decantación a través de una larga tradición, en comparación con la juventud del régimen del edificio repartido por pisos) propicia una evolución (con independencia de su plasmación a nivel legislativo) que, por una parte, reconoce la existencia de ese filtro. En nuestro sistema, que opta por una prudente vía media, no se ha visto necesario el reconocimiento de personalidad jurídica a la colectividad organizada. Sin embargo, sólo una interpretación imprudente puede desconocer el carácter irreductible del aspecto colectivo, que se muestra, por ejemplo, en la diferencia entre el régimen de los gastos de conservación en la comunidad del art. 395 CC, y la peculiar organización de los gastos comunes en la propiedad horizontal. En nuestro sistema, la idiosincrasia de la regulación ha provocado que −en el momento actual, cuando la institución aún es joven− a pesar del esfuerzo jurisprudencial y las propuestas doctrinales −tendencias reflejadas en algún proyecto de reforma− permanezcan cuestiones sin resolver. Ahora bien ¿no resulta una confirmación del aspecto colectivo el conjunto de problemas alrededor de la ejecución de las deudas comunes por los acreedores?

Por otra parte, resulta propio de ese régimen fundiario marcado por el equilibrio exclusión-comunidad, el proceso que tiende a flexibilizar la gestión de lo común, yendo más allá de los estrechos cauces del sistema de adopción de decisiones en la comunidad ordinaria. En el ejemplo francés, se muestra aquí, de entrada, mayor rigidez, pero se ha visto atenuada por el criterio del destino del inmueble y, legislativamente, a través de la reforma de 1985. En España, también la Jurisprudencia se orienta en este sentido, lo reclama la doctrina y se manifiesta en los proyectos.

En el orden de los derechos indivisos, se distinguen, señala CORNU, las prerrogativas que se prestan a un ejercicio individual y las que exigen necesariamente la intervención de la colectividad, sea en unanimidad, o a través de mayoría (en su caso, reforzada). Pues bien: las prerrogativas del *syndicat* pertenecen al régimen fundiario del inmueble: aspecto colectivo irreductible de tal régimen, aunque sólo sea a título de ejercicio de los derechos. Y aquí, la doctrina francesa −lo que nos resulta aprovechable− ha formulado explicaciones que justifican cómo, sin disminuir ni un ápice la consideración de titular de cada uno de los copropietarios, es

La exclusión se centra, como núcleo, en el piso independiente, aunque el bien individual se compone también de la participación e interés en los elementos comunes. Sin embargo, su consideración como núcleo de las relaciones de exclusión no impide su penetración por el aspecto comunitario teniendo en cuenta la concurrencia en que se sitúa: exigencias que impone el edificio y su destino, interés en los elementos comunes y en un

---

posible que el ejercicio de sus derechos tenga como vehículo la decisión colectiva. Y esto, no se trata sólo de la gestión de una comunidad: supone algo más profundo, insiste CORNU, pertenece al esquema de reparto fundiario.

Es posible entonces explicar lo que sigue: Mientras las decisiones que afectan al nervio de la estructura y valor de los derechos en el reparto del inmueble, han de permanecer en el ámbito del acuerdo unánime (decisión colectiva que expresa el irreductible absolutismo del derecho real), cabría que determinadas decisiones que, de acuerdo con el destino del inmueble, afecten a la configuración de los elementos comunes o al reparto de los espacios, pudieran tomarse por una mayoría cualificada, sin atentar, en abstracto, ni a la titularidad ni al interés de cada comunero en el edificio. Porque el derecho de cada cual y su interés en el destino de lo común está matizado por una cierta instrumentalidad con respecto a los bienes individuales.

Por otra parte, este mismo argumento puede justificar cómo la actuación del derecho individual en torno al bien privativo, pudiera afectar al elemento común, sin lesionar por ello en abstracto el derecho de los demás ni precisar su consentimiento unánime. El criterio de que la reglamentación colectiva no puede lesionar ni poner trabas a la utilidad del bien individual sin suficiente justificación (destino del inmueble) ofrecería aquí otra vertiente. Cabe admitir actuaciones individuales admisibles respetando las exigencias de seguridad del inmueble u otras fijadas en el Título Constitutivo. U obteniendo un acuerdo colectivo de «control», que no tendría por qué ser unánime.

Si estos criterios encuentran justificación en la propia esencia del régimen fundiario, y en la diferencia de su aspecto comunitario con el esquema de la comunidad ordinaria, parece posible, aunque la ley no lo diga, que en el Título Constitutivo se concretaran reglas en este sentido.

Para todas estas cuestiones, *vid.* CORNU, *op. cit.*, nn. 1549 y ss.; TERRE-SIMLER, *op. cit.*, n. 630 y ss.; LARROUMET, C., "*L'intérêt collectif et les droits individuels dans la copropriété des immeubles bâtis*", *JCP*, 1976, 2812; MONTES PENADES, V.L., "La comunidad de propietarios como colectividad organizada", *ADC*, 1972, 25, p. 853 y ss.; RIVERO HERNANDEZ, "Estatuto jurídico...", *cit.*, pp. 48 y ss., 77 y ss.; BLANQUER UBEROS, R., "La unificación subjetiva", RDN, 101-102, 1978, p. 17 y ss.; GONZALEZ CARRASCO, *op. cit.*, pp. 18 y ss., 31 y ss., 72 y ss., 87 y ss., 236 y ss.; LACRUZ-RAMS, *Elementos..., III-2, cit.*, pp. 531, 537-539; 553, 566-567.

cierto estilo de vida[1456]. Lo que supondrá un entrelazarse de criterios de simple vecindad con otros que podríamos llamar de «vecindad cualificada», porque está en juego la protección de un «espacio común», realidad material con algún aspecto más o menos inmaterial. En lo que respecta al derecho del propietario en cuanto comunero (forma parte de su lote privativo) la exclusión abstracta no puede ser una idea independiente, no tiene por qué ser la propia o presentar todas las características de la exclusión abstracta en una comunidad[1457]. Así como la exclusión en lo privativo no debe amenazar el interés común, la exclusión en lo que respecta a lo común tiene también en cuenta su instrumentalidad respecto al piso. La defensa por cada cual de su posición irreductible en los elementos comunes se deriva del primigenio interés en su propiedad personal. Habrá de tener como contrapartida la mitigación de la idea de comunidad de intereses por criterios de simple vecindad.

En cuanto al punto de comunidad en el reparto, en buena medida ya lo hemos visto. Lo encontramos en el edificio como tal (y esto afecta a cada piso) y en el lote privativo. Integra el aspecto común cualquier perspectiva que brote de la propiedad del inmueble total; la idea de destino y las consecuencias de tal criterio. Y se plasma materialmente en los elementos comunes, como realidad que se considera separadamente a lo privativo en la medida en que se ha podido «romper» la comunidad. Pero, a la vez, accesorio inseparable, como consecuencia de que la comunidad no ha podido partirse del todo. Pues bien, de la misma forma que la exclusión no puede dejar de teñirse de comunidad, la comunidad no tiene un fin en sí misma, sólo tiene sentido instrumental, de acuerdo con el destino del inmueble,

---

[1456]Lo expresa CORNU señalando que estamos ante un «*lieu finalisé*». El destino del inmueble puede tener una base contractual, estatutaria. Criterio de concurrencia y exclusión en el reparto, como parte de la esfera común puede justificar limitaciones en la esfera privativa. Igualmente, ha de suponer un freno para las determinaciones estatutarias o decisiones colectivas que introduzcan una traba injustificada a la mayor utilidad de los pisos. Sobre este punto, cfr. CORNU, *op. cit.*, nn. 1539, 1545; TERRE-SIMLER, *op. cit.*, nn. 624-625; CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, n. 178, 182; ATIAS, *Les biens, II, cit.*, pp. 88 y ss., 197 y ss.; LOMBOIS, J. C., *Statut de la copropriété des immeubles bâtis. Commentaire*, *D.* 1966, *Législation*, p. 93 y ss., n. 167 y ss.

[1457]El aspecto exclusión en comunidad ha de permitir también la mejor utilización del bien total individual. No ha de contemplarse lo común como tal (así ocurriría en una comunidad ordinaria más o menos incidental) para salvaguardarlo a toda costa con vistas al uso o a la futura división, sino como el necesario y conveniente sustento, pero para la máxima utilidad y libertad posible en cada piso.

para la utilización del bien individual. También el operar del elemento comunitario resultará matizado por el criterio de exclusión.

La relación de reparto propiedad horizontal requiere, pues, preparar un bien (edificio) para que en él adquieran relativa independencia propiedades particulares. La conservación del edificio, su destino, la atención al elemento común, todo ello, al servicio del bien individual, se ordena en un particular régimen jurídico inmobiliario[1458]. En él, la utilización como propietario resulta afectada por limitaciones y obligaciones derivadas de aquella triple comunidad (comunidad de vecindad, comunidad accesoria, comunidad latente). Y también la actuación como comunero (iniciativa individual, participación en la colectividad a través de unanimidad o mayoría) tiene un sentido especial. Toda regla de actuación, limitación o carga, resulta justificada, en abstracto, por la mejor utilización posible del bien particular en el edificio, de acuerdo con su destino y las exigencias de la ineludible concurrencia[1459].

Urbanizaciones privadas. Conjuntos inmobiliarios

Se trata de un terreno de mucha complejidad, que plantea problemas económicos, de concepto, de relación entre la iniciativa particular y los intereses municipales... Sólo interesa destacar aquí su carácter de relación jurídico-real de reparto, que justifica la presencia de un Estatuto de obligaciones reales más o menos amplio. A poco que nos fijemos en el supuesto y analicemos la producción doctrinal y jurisprudencial al respecto estas consideraciones resultarán indudables[1460].

[1458]Cfr. RIVERO HERNANDEZ, "Estatuto jurídico...", *cit.*, p. 64 y ss.; BADOSA COLL, "*La multipropietat...*", *cit.*, p. 17 y ss.; GOMEZ CALLE, E., "La significación del título constitutivo en el régimen de la propiedad horizontal", *ADC*, octubre-diciembre 1992, p. 1564 y ss.

[1459]Cfr. CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, nn. 181-182.

[1460]Además de la bibliografía citada en el epígrafe sobre Propiedad Horizontal, *vid.* RAGEL SANCHEZ, L. F., *Las urbanizaciones de uso privado*, Madrid, 1990; SAPENA TOMAS, J., "Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas", *AAMN*, 1968, XVI, p. 483 y ss.; MARTIN BLANCO, J., *Las urbanizaciones privadas y su posible configuración jurídica*, Madrid, 1973; BLANQUER UBEROS, R., "La unificación de los sujetos en el régimen jurídico privado de las urbanizaciones", *RDU*, 1978, 60, p. 37 y ss.; AMOROS GUARDIOLA, M., "Aspectos registrales de las urbanizaciones", *RDU*, 62, 1979, p. 13 y ss.; GARCIA GARCIA, VIDAL FRANCES, ALVAREZ BELTRAN, J., "Los conjuntos inmobiliarios...", *cit.*, p. 2 y ss.;

No importa que falte un acuerdo total sobre la configuración de la urbanización privada, o de uso privado, porque, seguramente puede construirse de varias maneras[1461]. Sí resulta significativa la relación que encuentra la doctrina y utiliza la Jurisprudencia entre urbanización privada y propiedad horizontal. Para unos, son realidades equivalentes[1462]. Para otros, semejantes o análogas[1463]. Tal idea no ha significado que la DGRN o el Tribunal Supremo hayan asumido la aplicación analógica en cualquier caso, sin tener en cuenta las diferencias entre ambas realidades, ausencia de ordenación legal específica en materia de urbanizaciones y las innegables posibilidades de utilizar otros esquemas[1464]. Pero (refiriéndonos, como aclara la doctrina, al resultado de la obra urbanizadora y las relaciones privadas allí existentes[1465]) al constituirse la urbanización pueden obviarse muchos problemas a través de un esquema semejante a la propiedad horizontal. La doctrina que aproxima estas figuras no oculta sus diferencias, pero manifiesta su semejanza[1466]. De acuerdo con esto la autonomía privada puede utilizar el sistema propugnado por AMOROS para constituir y reflejar registralmente la urbanización. Aunque el panorama de derecho

---

RUIZ-RICO, J., *Las urbanizaciones privadas*, Madrid, 1987; MADRIDEJOS FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 133 y ss.

[1461]Acerca de las diferentes posibilidades, *vid.* RDGRN 3 de septiembre de 1982; MARTIN BLANCO, *op. cit.*, p. 84 y ss.; RUIZ-RICO, *op. cit.*, p. 78 y ss.; RAGEL, *Las urbanizaciones..., cit.*, p. 121 y ss.; MADRIDEJOS FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 140 y ss.

[1462]Cfr. CAMY SANCHEZ-CAÑETE, B., "Las zonas de recreo en las urbanizaciones y la legislación sobre propiedad horizontal", *RDP*, 1971, p. 595 y ss.

[1463]Cfr. SAPENA TOMAS, *op. cit.*, pp. 516-517; *I Simposio sobre propiedad Horizontal*, *cit.*, pp. 111-112; RUIZ-RICO, *op. cit.*, p. 106 y ss.

[1464]Cfr. RAGEL, *Las urbanizaciones..., cit.*, p. 133 y ss., y Jurisprudencia allí citada.

[1465]Sobre la distinción entre actividad urbanizadora y resultado de la urbanización, y la incidencia de la normativa urbanística y la ordenación jurídico-privada en la urbanización establecida, *vid.* MENGOLI, "Problemas de la planificación urbanística privada", con nota de RODELLA, *RDU*, 1968, 10, p. 73 y ss; AMOROS, "Aspectos registrales...", *cit.*, p. 17; RUIZ-RICO, *op. cit.*, p. 60; RAGEL, *Las urbanizaciones..., cit.*, pp. 64-65; LASO MARTINEZ, "De la propiedad...", *cit.*, pp. 1844-1845.

[1466]*Vid.* RDGRN de 2 de abril de 1980; MADRIDEJOS FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 154 y ss.; SAPENA TOMAS, *op. cit.*, p. 486 y ss.; MARTIN BLANCO, *op. cit.*, p. 109 y ss.; RUIZ-RICO, *op. cit.*, p. 106 y ss.; LASO MARTINEZ, "De la propiedad...", *cit.*, p. 1831 y ss.

positivo no lo refrendara indubitadamente, después la doctrina de la DGRN viene a hacerlo posible[1467].

Para simplificar (aunque razonamientos análogos pueden hacerse cuando revista distintas características) fijémonos en un supuesto típico de urbanización privada, todo lo sencillo que se quiera[1468]... Encontramos una unidad en el conjunto, de naturaleza finalística o como se la quiera llamar, y una ubicación material y jurídica de las fincas privativas como integrantes del conjunto (lo que PEREZ PEREZ designa, con expresión más o menos afortunada, «permanencia de la situación total de comunidad», característica de sus situaciones consorciales)[1469]. Su reflejo registral simplifica las cosas en el sentido de la unificación del conjunto por referencia al que se abren los folios independientes de cada unidad privativa. Por otro lado, se considera elemento inexcusable en las urbanizaciones privadas la existencia de una zona exterior común cuya vinculación con las fincas privativas es sustancialmente semejante a la de los elementos comunes en la propiedad horizontal, y así puede construirse con independencia de que pueda hacerse o intentarse de otros modos[1470].

He aquí, pues, elementos que hemos visto en la propiedad horizontal: unidad del conjunto, elementos comunes, estrechas relaciones de vecindad. No obstante, la unidad no presenta, o no tiene por qué tener, la cohesión propia del edificio, que nos ha permitido

---

[1467]La posición de la DGRN, señala GONZALEZ CARRASCO, ha evolucionado en la línea de las titularidades «ob rem», cuya aplicación ha derivado en la analógica del tratamiento registral de la LPH. *Vid.* RDGRN de 2 de abril y 21 de octubre de 1980, 3 septiembre 1982. El Tribunal Supremo acepta la aplicación analógica. *Vid.* STS 13 de noviembre 1985, 28 mayo 1986, 18 abril 1988, 13 marzo 1989, 23 septiembre 1991, 2 febrero 1995. Cfr. GONZALEZ CARRASCO, *op. cit.*, p. 17. *Vid.* AMOROS GUARDIOLA, "Aspectos registrales...", *cit.*, pp. 19 y ss., 50 y ss.; RAGEL, *Las urbanizaciones..., cit.*, p. 128 y ss.; MADRIDEJOS FERNANDEZ, *op. cit.*, pp. 148-156.

[1468]Aunque la idea de conjunto inmobiliario puede proyectarse sobre muy diferentes figuras. Cfr. MADRIDEJOS FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 133

[1469]Cfr. RDGRN de 3 de septiembre de 1983; PEREZ PEREZ, *Propiedad, comunidad..., cit.*, p. 256 y ss.; RUIZ-RICO, *op. cit.*, p. 107; BLANQUER UBEROS, "La unificación de los sujetos...", *cit.*, pp. 42-43; RIVERO HERNANDEZ, "Estatuto jurídico...", *cit.*, p. 24 y ss.; RAMS-LACRUZ, *Elementos..., III-2, cit.*, pp. 566-568; LASO MARTINEZ, "De la propiedad...", *cit.*, pp. 1837, 1842-1853.

[1470]Cfr. RAGEL, *Las urbanizaciones..., cit.*, pp. 38 y ss., 121 y ss.; RIVERO HERNANDEZ, "Estatuto jurídico...", *cit.*, p. 30 y ss.

hablar de comunidad latente, pues físicamente las parcelas privativas o chalets no dependen del conjunto. Así, la unidad se construye un tanto artificialmente. Respecto a los elementos comunes, pueden ser de mayor o menor entidad, o incluso mínimos. No conviene olvidar sin embargo que la «parcela común» podría revestir gran importancia y llevar consigo elementos (conducciones, tuberías subterráneas, etc.) cuya consideración como accesorios comunes de la unidad total (igual que en el edificio) simplifica la configuración y el funcionamiento de la urbanización, que de otra forma exigiría el establecimiento una complicada red de servidumbres. En cuanto a las relaciones de vecindad, son también estrechas y ciertamente cualificadas, se trata de vecindad entre cotitulares, y cabe verlas como en un punto intermedio entre la vecindad exterior, de la que se ocupa la ley y la autoridad administrativa, y la vecindad en un edificio[1471].

Parecidas consideraciones a las que hace la Exposición de Motivos de la LPH pueden aquí repetirse. Igual que con la propiedad horizontal se pretende facilitar el acceso a la propiedad con menos costes poniendo en común el empeño y también el provecho, con la urbanización privada es posible beneficiarse de un compromiso común y acometer así la obra urbanizadora y su resultado, en el sentido de mantener unos elementos y servicios comunes de cierta importancia, y obtener un cierto confort de vida, pero, por otro lado, lo que se atribuye no presenta la independencia de una propiedad «privada», y es necesario atenerse al régimen comunitario. En definitiva, estamos ante una característica relación jurídica de reparto[1472].

Por tanto, hay que plantear: ¿cuál es aquí el punto de comunidad donde convergen los intereses de los titulares? Podríamos decir: ¿Qué se «comparte»? El aspecto de exclusión está claro: cada chalet es propiedad privativa. Entonces ¿Cómo justificar la existencia de obligaciones reales que no sean simplemente las de vecindad? ¿Donde está el punto común de reparto, del que se participa, y con que se conectan las posibles obligaciones reales? Pues es preciso sostener que, efectivamente, existe un reparto más allá de la simple vecindad.

[1471]Cfr. ATIAS, *Les biens, II, cit.*, nn. 56-80; RAMS-LACRUZ, *Elementos..., III-2, cit.*, pp. 566-568; MADRIDEJOS FERNANDEZ, *op. cit.*, pp. 135-137, 152-153; LASO MARTINEZ, “De la propiedad...”, *cit.*, p. 1840 y ss.

[1472]Cfr. MADRIDEJOS FERNANDEZ, *op. cit.*, pp. 135-136; RIVERO HERNANDEZ, “Estatuto jurídico...”, *cit.*, pp. 24-25; LASO MARTINEZ, “De la propiedad...”, *cit.*, p. 1837 y ss.; RUIZ-RICO, *op. cit.*, p. 69 y ss.

Además de la existencia de una serie de elementos comunes cuya conservación y utilización serán materia de obligaciones reales, hay que tener en cuenta que, como tal, la urbanización es una entidad de la que se participa (aprovechamiento de una serie de servicios comunes gestionados por los órganos comunitarios, y del mantenimiento de un cierto *status*). Por ello, no es indiferente que la finca esté aislada, o pertenezca a una urbanización, y concretamente a ésta o la otra. El objeto de reparto no son sólo los elementos comunes en sentido material, sino el aumento de valor que recibe el bien a consecuencia del sistema de servicios comunes establecido y del cumplimiento, por todos los titulares, del «estatuto de limitaciones y cargas», como se suele decir[1473].

Por ello, en los «conjuntos inmobiliarios» sería imaginable una situación en que los elementos comunes estuvieran reducidos al mínimo o incluso faltaran, bastando, dice RIVERO HERNANDEZ, la potencialidad de su presencia. No son más que un ingrediente (importante, fundamental, mas no ineludible) de esta relación jurídica de reparto[1474]. Estos conjuntos inmobiliarios a que hacemos referencia pueden verse, como hace algún Anteproyecto reciente y señala la doctrina, como género que abarca propiedad horizontal, urbanizaciones, supercondominio... o una figura aparte, definida con arreglo al Documento de Roma sobre Conjuntos inmobiliarios. En cualquier caso, su característica más importante es la consideración como un todo, complejo unitario ordenado, y en que la finca privativa viene sometida a lo que BADOSA denomina «Régimen jurídico inmobiliario». Esto implica tomar también como punto de partida de la estructura total el mundo de las cotitularidades, aunque, naturalmente, su influjo se muestra más tenue en la finca privativa. Allí se combina el máximo respeto posible a la titularidad privativa con los beneficios (y cargas) de la necesaria o conveniente atención al elemento de destino, servicio o bien común[1475].

[1473]Cfr. RIVERO HERNANDEZ, "Estatuto jurídico...", *cit.*, p. 36 y ss.

[1474]Cfr. RIVERO HERNANDEZ, "Estatuto jurídico...", *cit.*, pp. 32-33; GARCIA-VIDAL-ALVAREZ, *op. cit.*, pp. 5-6, 13; LASO MARTINEZ, "De la propiedad...", *cit.*, pp. 1837, 1842.

[1475]Cfr. BADOSA COLL, "*La multipropietat...*", *cit.*, p. 17 y ss.; GARCIA-VIDAL-ALVAREZ, *op. cit.*, p. 3 y ss.; PEREZ PEREZ, *Propiedad, comunidad..., cit.*, p. 260 y ss.; RIVERO HERNANDEZ, "Estatuto jurídico...", *cit.*, p. 25 y ss.

Los derechos reales limitados

Si hemos visto relación jurídica de reparto en la vecindad, o en toda una serie de situaciones de cotitularidad, no resulta especialmente difícil verla también aquí, aunque de modo distinto, puesto que el *ius in re aliena* implica de manera especial una relación con el propietario. No se trata de una relación obligatoria −como parece entender DOMINGUEZ PLATAS siguiendo la huella de ARANGIO-RUIZ− en que el derecho dependa de la sujeción obligacional, sino de una relación real, concreta y determinada, a partir de la adquisición constititivo-derivativa, por el título constitutivo, que dibuja el derecho real viviendo en la relación, en parte independiente y en parte dependiente de ella[1476].

El derecho real limitado se configura, se ha dicho, sobre el modelo de la propiedad: poder sobre la cosa (atribución) y correlativa exclusión de los demás. Aparecerá entonces, en plena coherencia con este designio constructivo, el propietario excluido, como un extraño, como cualquier tercero más. De todas maneras, el propietario es, naturalmente, un tercero concreto, no abstracto, con quien está trabada una relación de reparto estable[1477].

Es preciso, para determinar el derecho real, considerar su lado interno; su titular no es propietario, pero tiene un ámbito de poder directo sobre la cosa[1478]. Ahora bien, la tiene atribuida sólo «*à certains égards*», y necesariamente viene a concurrir con el propietario, tiene un derecho sobre cosa ajena; ello determina una cierta diferencia en la estructura de su respectivo poder. Mientras la propiedad no depende de la relación, y el derecho constituye para ella una limitación que no afecta a su plenitud ni potencial expansión, el derecho limitado (como indica la expresión) resulta por naturaleza definido en concretos contornos,

---

[1476]Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 595; DOMINGUEZ PLATAS, *op. cit.*, esp. p. 93 y ss. Este autor ha puesto de relieve, siguiendo a COSSIO, la particular importancia de la relación entre propiedad y derecho real limitado. Pero le da una interpretación peculiar: la diferente estructura del poder, y la vinculación con la relación jurídico-real de reparto, la explica DOMINGUEZ PLATAS como dependencia, para el derecho real, de una relación obligacional subyacente de cooperación por el propietario. Cfr. DOMINGUEZ PLATAS, *op. cit.*, pp. 96-97, 100-101, 102-103, etc.

[1477]Cfr. ATIAS, *Les biens, I, cit.*, p. 60 y ss.

[1478]Sobre este punto, DOMINGUEZ PLATAS, *op. cit.*, p. 85.

en relación con la propiedad, de la que siempre depende. Lo que supone para el *ius in re aliena* toda su existencia, para la propiedad no es más que una vicisitud[1479].

Para construir el derecho real limitativo, el propietario (en la adquisición derivativo-constitutiva) hace uso de su poder jurídico a la hora de determinar el destino de aquella, y establece una relación jurídico-real de reparto. Esto es lo fundamental. No parece lo más importante, ni siquiera resulta cierto, que el dueño desgaje una concreta facultad, se quede sin ella y la atribuya a otro. Lo decisivo es que pretende hacer posible que otro obtenga un cierto poder parcial sobre la cosa, constituyendo para ello, de acuerdo con los cauces que el ordenamiento le ofrece, una relación en que tal derecho viva como autónomo, independiente de relación personal alguna. A partir de la propiedad, en el reparto de las utilidades, lo creado no es lo mismo que existía «dividido», sino una relación jurídico-real de reparto estable, donde la propiedad queda «limitada» lo justo para hacer realidad el derecho del otro titular, y éste queda constituido, delimitado, y encuentra su ámbito vital: en su interior el titular no tiene un derecho limitado, sino completo, pero distinto de la propiedad, y con contornos concretos[1480].

A través de la adquisición constitutivo-derivativa se establece un ámbito de comunidad, porque el propietario no pierde esa facultad por completo. Al mismo tiempo, el titular ejercita su derecho sobre el objeto que sigue perteneciendo a aquél. En la relación establecida, de la que sigue dependiendo el derecho real, la *ratio* esencial, sin duda, va a ser el deslinde de derechos autónomos, independientes. Pero entre la propiedad, que no ha perdido más que relativamente un poco de su sustancia, y el derecho limitado, la frontera no puede, naturalmente, eliminar una esfera común de concurrencia. E, igual que en la vecindad ciertos criterios conectados con la idea de límite de concurrencia, ayudan a deslindar lo que es posible o no conviene en la esfera común para la mejor protección y atención al interés individual, a la vez que aparecen obligaciones reales concretas,

---

[1479]Cfr. DOMINGUEZ PLATAS, *op. cit.*, pp. 97-98. Ahora bien, la diferente estructura de poder no significa que el titular del derecho real limitado obtenga la utilidad a través de cumplimiento obligacional del dueño. Cfr. DOMINGUEZ PLATAS, *op. cit.*, p. 101.

[1480]Cfr. COSSIO Y CORRAL, A., "La nuda propiedad", *ADC*, 1956, p. 745 y ss., pp. 746-752; DOMINGUEZ PLATAS, *op. cit.*, pp. 93-101, especialmente 99-101.

semejantes criterios y obligaciones iremos encontrando en estas otras relaciones de reparto[1481].

Es en el título constitutivo donde se dibuja el derecho, de acuerdo con ciertos modelos, en la relación en que va a realizarse (relación básica, respecto a la propiedad, aunque luego tal derecho se conectará con muchas otras posibles relaciones). Esta relación ha de ser evidentemente de exclusión: podríamos repetir, una vez más, que aquí la relación, por ser real, consiste básicamente, de algún modo, en «no estar relacionados». Pero también, accesoriamente, de cooperación[1482].

El usufructo como relación de reparto

Originariamente, como sabemos, se pretende con esta figura asegurar la atribución de unos bienes en la sucesión al heredero, pero garantizando durante un período más o menos largo (determinado por su carácter vitalicio) medios de subsistencia a la viuda[1483]. Se trata de obtener un resultado apetecible desde el punto de vista social (acaso no tanto desde la

---

[1481]"*L' utilité des fonds est aux servitudes, ce que la substance des choses est à l'usufruit, ce que la destination est à l'indivision ou la copropriété des immeubles bâtis*". Cfr. ATIAS, CH., "*La mutabilité des servitudes conventionnelles*", *RTDC*, 1979, p. 245 y ss., nn. 63 y ss. En definitiva, criterios para la exclusión en concurrencia, porque, en todo derecho real limitado existe una relación de reparto.

[1482]La relación jurídico-real de reparto es el ámbito en que, naturalmente, surgirá la obligación real, como accesorio. Esta última nota no significa algo peyorativo, sino sólo el lugar que es preciso otorgarle, frente al contenido esencial de la relación real. No lo entiende así DOMINGUEZ PLATAS, *op. cit.*, p. 102: "Un análisis conceptual (...) de la categoría del derecho real limitado de goce, en confrontación con la propiedad, nos revelará la existencia, necesariamente, de un contenido obligacional de aquél, no como un puro accesorio a su carácter real, sino como connatural al mismo".

[1483]Acerca del origen y sentido del usufructo en Derecho romano, *vid.* ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano, I, cit.*, p. 294 y ss.; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Pamplona, 1968, § 81, p. 203 y ss.; TORRENT, A., *Manual de derecho privado romano*, Zaragoza, 1987, pp. 304-306; MIQUEL, J., *Derecho privado romano*, Madrid, 1992, pp. 223-225; OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 641 y ss.; PUGLIESE, G., *Istituzioni di diritto romano, I*, Padova, 1986, p. 530 y ss.; KASER, *Das Römische privatrecht..., cit.*, p. 447 y ss.; GROSSO, G., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, 2ª ed., Torino, 1958, p. 13 y ss.

óptica económica)[1484]: lo más parecido posible a dos propiedades sucesivas sobre la misma sustancia patrimonial[1485], pero de modo que la primera no perjudicara a la segunda[1486]. La temporalidad del derecho de usufructo constituye así el eje del esquema de reparto[1487].

El «*salva rerum sustantia*» resulta entonces, desde el principio, una consecuencia necesaria del objetivo buscado[1488]: permitir obtener toda utilidad posible del bien o conjunto

---

[1484]Cfr. CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, n. 102-103; CORNU, *op. cit.*, nn. 1253-1256; ATIAS, *Les biens, I, cit.* pp. 157-158.

[1485]Mas que sobre una cosa, en el usufructo, sobre todo en su versión ordinaria, familiar, hay que hablar de patrimonios. "... Sólo por asimilación −y sin rigor técnico− cabe hablar de usufructo universal... pues no cabe propiamente hablar de derecho subjetivo sobre un patrimonio, o de usufructo de crédito" (Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 259). No se trata, sin embargo, de una anomalía respecto del usufructo, sino su forma más característica. Acaso lo que no termina de encajar en la doctrina sea la propia calificación del derecho, pues con la explicación tradicional puede aparecer como algo anomalístico un supuesto frecuente y ordinario como el usufructo de créditos. "La contraposición entre la nitidez de la figura jurídica del usufructo, formada a base de una cosa material corporal, no consumible y fructífera, y la vaguedad de su contenido cuando se aplicaba a satisfacer una verdadera necesidad social, aparece ya en la génesis del concepto en derecho romano" (Cfr. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil, III-2*, 2ª ed., 1973, p. 285). DORAL explica que el usufructo, más que sobre cosas, recae sobre bienes o materias patrimoniales. Cfr. DORAL, J. A., *Comentarios EDERSA, VII-1*, 2ª ed., 1992, p. 6.

[1486]"Si bien la *proprietas ad tempus* es inadmisible por la dogmática tradicional, hemos de admitir que el usufructo es su versión económica más acabada". Cfr. FAIREN, *Notas a OURLIAC-MALAFOSSE..., cit.*, p. 659 y ss. Se trata de la mejor técnica utilizable para asegurar el reparto, entre las generaciones sucesivas, de los bienes familiares: período intermedio entre dos propiedades, la situación de usufructo no debe dejar huella (o, al menos, una mala huella). Cfr. ATIAS, *Les biens, I, cit.*, nn. 113-114. La propiedad que será después plena, está presente desde el principio: el destino futuro de los bienes se ha reservado *ab initio* para el propietario. Así, se diseña un sistema de coexistencia entre un derecho útil y un derecho latente. Cfr. CORNU, *op. cit.*, n. 1258; CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, nn. 102-104. Para la concepción de propiedad temporal −también como esquema jurídico− frente a la doctrina común, *vid.* ALLARA, *Le nozioni..., cit.*, pp. 566 y ss, 589 y ss. La doctrina común, y crítica de ALLARA, por todos, en PUGLIESE, *Usufrutto..., cit.*, p. 23 y ss.; LACRUZ, *Elementos..., III, cit.*, 1980, p. 12; COSSIO, "La nuda propiedad", *cit.*, pp. 739-740, 750.

[1487]Cfr. PUGLIESE, *Istituzioni..., cit.*, p. 530 y ss.; DORAL, *Comentarios..., VII-1, cit.*, pp. 7-8; CORNU, *op. cit.*, n. 1262.

de bienes, pero teniendo en cuenta la propiedad, ya presente, en cuanto determina un límite actual muy claro para el titular, y futura, que tendrá plena efectividad al final del usufructo, del heredero. Pero esta expresión latina ha recibido diversas interpretaciones y adquiere diferente sentido en correlación con la evolución histórica de la figura. En un primer momento ha podido suponer, nada más, una referencia al tipo de bienes usufructuables: sólo aquellos cuyo *uti frui* no supusiera deterioro en la sustancia, lo que permite la existencia autónoma de una propiedad funcionalmente orientada al *uti frui*[1489]. En el régimen primitivo propietario y usufructuario resultan ajenos uno al otro, pero su antagonismo de intereses y las dificultades que produce ese aislamiento (frente al usufructuario sólo se cuenta con el cuadro de acciones para la protección del dominio frente a terceros) revelan la imposibilidad de asegurar la protección del propietario sin tener en cuenta las exigencias de la concurrencia. En este momento, aquella expresión designa ya un límite institucional en una relación de reparto. Ahora bien, porque no sólo se trata de un límite de exclusión, sino también de concurrencia, y especialmente cuando el usufructo propende a un desarrollo que le permita adaptarse a todo tipo de bienes[1490], esta relación requiere la concreción y nutrición obligacional de la *cautio usufructuaria*. En la evolución histórica, por tanto, el *salva rerum sustantia* viene a ser descripción de una atribución, límite real de exclusión y surtidor de exigencias de cooperación[1491]. Ha pasado de describir una situación de aislamiento a operar en situación de cooperación.

El desarrollo romano del usufructo −señalan OURLIAC-MALAFOSSE− presenta una evolución parecida a la que puede observarse en materia de copropiedad. GIRARD llega a

---

[1488]Cualquiera que sean las dificultades de interpretación, es ciertamente la aplicación del carácter temporal del usufructo. Cfr. ATIAS, *Les biens, I, cit.*, p. 155.

[1489]Es la teoría de KASER, y otros.

[1490]Como refiere D'ORS, el *usus* y el *fructus* pertenecen al usufructuario, pero es en realidad la Jurisprudencia la que después irá determinando, en la medida que surgen los problemas, qué significa esto, y el alcance del derecho de usufructo: no puede alterar la cosa, es necesario que se trate de cosas no consumibles... Cfr. D'ORS, *op. cit.*, p. 205- 207.

[1491]Acerca del criterio *salva rerum sustantia*, y sobre la *cautio usufructuaria*, Cfr. D'ORS, *ibidem*; ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho romano, I, cit.*, pp. 294-296; VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, trad. Daza Martínez, Madrid, 1986, pp. 424-426; COSSIO, "La nuda propiedad", *cit.*, p. 756 y ss.; CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, nn. 102, 104; CORNU, *op. cit.*, n. 1304 y ss.; ATIAS, *Les biens, I, cit.*, p. 160 y ss.; MARCADE, V., *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, II, 6ª, nn. 460-461.

conectar en este mismo sentido usufructo y vecindad[1492]. En un principio el nudo propietario y el usufructuario están «aislados» uno del otro. En la medida que el esquema de reparto se desenvuelve, es preciso tener en cuenta las exigencias de la peculiar comunidad que les vincula en torno a la cosa. El *salva rerum sustantia* constituye un límite institucional lógico del usufructo, pero como en realidad no es posible separar radicalmente en las cosas la sustancia de los demás aspectos (el uso o la fuerza fructífera...[1493]) resulta adecuado, y más si la institución ha de experimentar un desarrollo, al mismo tiempo que se remarca aquel criterio (también para el propietario, esto es significativo) completarlo, proyectarlo o matizarlo en obligaciones concretas[1494].

Y en cierto modo se tiñe también de colorido obligacional en cuanto disponible, susceptible de diversas determinaciones y alcance concretos: la estructura real tiene algo invariable y algo flexible, modulable en el caso concreto y en atención al bien de que se trate[1495]. En nuestro derecho, aquí es posible incluso engarzar el usufructo con facultad de disponer. Aunque se interpreta como usufructo con otra facultad añadida, nos indica que ésta última no es extraña al esquema de reparto establecido: en definitiva trata de que el usufructuario se beneficie de la manera más amplia (aquí, en mayor medida) de un bien o patrimonio destinado finalmente a otro, y por ello con obligación de ejercitar el derecho con buena fe actuando *arbitrio boni viri* y restituir al final. Restitución que puede llegar a tener uno u otro contenido, de acuerdo con el título constitutivo[1496].

Esta peculiar caracterización de la atribución usufructo ha determinado que, por ejemplo, en la época de los glosadores se le considerara como uno de los *dominia*[1497], o en la

---

[1492]Cfr. OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, pp. 655 y ss.; GROSSO, *Usufrutto...*, *cit.*, p. 121; GIRARD, P.F., *Manuel élémentaire de droit romain*, 8ª ed. Paris, 1929, p. 394.

[1493]Cfr. MAURA Y MONTANER, A., *Discurso de apertura del curso 1899-1990 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1900, p. 37.

[1494]Cfr. OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 656-658; ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano, I, cit.*, p. 295-296; PUGLIESE, *Usufrutto...*, *cit.*, pp. 401-405; DORAL, *Comentarios..., VII-1, cit.*, p. 9 y ss.

[1495]Así, por ejemplo −explican OURLIAC-MALAFOSSE− con el cuasiusufructo también el *abusus* puede incluirse en el derecho del usufructuario. Cfr. OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, n. 217. Sobre la relevancia de las peculiaridades de cada tipo de bien, *vid.* PUGLIESE, *Usufrutto...*, *cit.*, p. 71 y ss.

[1496]Cfr. DORAL, *Comentarios..., VII-1, cit.*, p. 14 y ss.

[1497]Cfr. OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, n. 230, p. 655.

actualidad, alguna doctrina quiera verlo como *pars dominii*[1498]. Sin llegar a tales extremos, a CORNU le siguen pareciendo útiles consideraciones de este género[1499]. Aunque "al contrario que la copropiedad, nace de una disociación jurídica de los atributos del derecho de propiedad"[1500], son muchos y autorizados los tratadistas que han destacado el aspecto comunitario que, en tensión con la exclusión real, caracteriza la relación.

Siguiendo la huella de PROUDHON, uno de cuyos méritos, en opinión de CARBONNIER, está en haber destacado la «comunidad de intereses» que se da en tal relación. Veamos: "*Le plein domaine du fonds soumis à l'usufruit appartient donc, sous différents rapports, tant au légataire de l'usufruit qu'à l'héritier. Il appartient à l'usufruitier quant à l'utilité actuelle, et à l'héritier quant à la nue propriété, en sorte qu'on doit considérer l'usufruitier et le propriétaire comme deux communiers qui se trouvent forcément en rapport d'intérêts dans la même chose, quoique sous différents aspects; d'où il résulte que, dans l'exercice de leurs droits respectifs, ils sont, à certains égards, soumis aux obligations qui naissent de la communion de propriété, ainsi que nous l'expliquerons plus amplement dans la suite.*

Cependant l'usufruitier n'ayant rien dans la nue propriété, et le propriétaire, de son côté, n'ayant rien dans la jouissance actuelle, on ne trouve pas entre eux le fondement d'une communion proprement dite, dans le matériel de la chose: c'est pourquoi l'un ne pourrait intenter l'action en licitation contre l'autre, pour mettre fin à leur conflit d'intérêts; car cette action, n'ayant été introduite que pour faire cesser les embarras, et prévenir les querelles qui naissent de la jouissance commune ou de la copropriété, ne peut recevoir d'application entre l'usufruitier et le propriétaire, qui ne sont cojouissants, ni copropriétaires: Sed si forte alius proprietatem fundi habeat, alius usumfructum, magis est ut cesset haec pars orationis, quae de divisione loquitur: nulla enim communio est (L. 6, ff. de rebus eorum qui sub tut., lib. 27, tit. 9).

Mais comme les droits de l'un et de l'autre portent sur le même objet; comme leurs intérêts à la conservation de la chose, sont, sous beaucoup de rapports, et souvent

---

[1498]*Vid.* ROCA SASTRE, "La concepción del usufructo como «*pars dominii*» y sus reflejos en la legislación del impuesto de derechos reales", *RGLJ*, 1942 (II), p. 575 y ss. Sobre este punto, *vid.* COSSIO, "La nuda propiedad", *cit.*, pp. 740-741, 748-749.

[1499]Cfr. CORNU, *op. cit.*, n. 1266. Sobre diversas concepciones acerca del usufructo, *vid*. CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, n. 102 y ss.

[1500]Cfr. CORNU, *op. cit.*, n. 1254.

indivisibles; comme leurs droits respectifs sont dans une corrélation nécessaire; comme dans l'exercice de ces droits, et dans l'accomplissement de leurs obligations, ils se trouvent fréquemment sous une mutuelle dépendance, nous devons dire dès à présent qu'ils sont dans une spèce de communion, sauf à indiquer plus particulièrement, par la suite, les conséquences qui résultent de cette vérite"[1501].

Este importante tratadista abre sin duda un interesante horizonte. Revela la existencia del elemento comunitario, y ahí engarzan importantes consecuencias (a que alude el autor y a cuyo estudio se dedicará después con detenimiento): un conjunto más o menos amplio de obligaciones reales. En la medida en que se trata de una relación de reparto estable, adquieren más importancia. No quiere decir que usufructuario y propietario vayan a estar actualmente juntos, compartiendo, sino que la actuación de uno (básicamente, del usufructuario, porque el propietario es «nudo») no puede comprenderse y efectuarse sin tener en cuenta el interés del otro. Lo que presenta particular relevancia, si tenemos en cuenta que no va a poder ejercitarse la acción de división: la convergencia (sobre el objeto) y el conflicto de intereses han de solventarse y ordenarse sin poder acudir a la ruptura de la situación[1502].

En derecho moderno, los autores que, siguiendo esta línea, han destacado en el usufructo la presencia de estos dos polos, exclusión y comunidad, y, ahí, consecuencia de cooperación, son muy numerosos. Entre nosotros, encontramos desde quienes se limitan a constatar la concurrencia sobre el mismo objeto[1503], hasta quienes dedican importantes reflexiones al respecto, en especial COSSIO[1504], en su destacable trabajo cuyo *leiv motiv* no es, curiosamente, el usufructo, sino la nuda propiedad, y cuya enseñanza es recogida más

---

[1501]Cfr. PROUDHON, M., *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, I, 2ª ed. revisada, Dijon, 1836, n. 7.

[1502]Por eso, MAURA Y MONTANER, tras poner de relieve las afinidades y analogías que el usufructo guarda con la copropiedad, aconseja acudir a criterios semejantes a la división, para soslayar la virtualidad antieconómica de lo que denomina la "especificación del objeto en donde se cruzan los derechos y se contraponen las voluntades". La permanencia de una situación de comunidad, como hemos visto, sólo satisface cuando cada comunero ha obtenido un grado suficiente de autonomía individual. La forma de romper relativamente la comunidad en el usufructo vendría a través de la amplia aplicación de criterios de cuasiusufructo. Cfr. MAURA Y MONTANER, *Discurso..., cit.*, p. 42 y ss.

[1503]Cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil, III-2,* 5ª ed., 1983, pp. 19-20.

[1504]Cfr. COSSIO, "La nuda propiedad", *cit.*, espec. pp. 751-752, 756-769.

tarde, con orientación particular, por DOMINGUEZ PLATAS[1505]. En Italia, es posible destacar a PUGLIESE[1506]. En Francia, OURLIAC-MALAFOSSE, en el estudio de la evolución romana, y CARBONNIER, para el derecho actual, seguido después por CORNU, se refieren a las virtualidades de antagonismo y cooperación latentes en esta relación[1507]. Y, aquí, se ha puesto de relieve una cuestión importante: ese antagonismo de intereses (al usufructuario le interesa agotar el presente, al propietario, asegurar el futuro) será necesario moderarlo cuanto sea posible a través de diversos retoques o correctivos, para encauzar la vertiente social del reparto en aras de la adecuada gestión económica. Porque el usufructo parece llevar, en principio, a gestiones consuntivas de los bienes y poco dinámicas, frente a las exigencias de un tipo de gestión enfocado al progreso y al desarrollo[1508].

El Código se limita a presentar las normas básicas para organizar esta relación de coexistencia entre "el derecho útil y el derecho latente". Cabe, sin embargo, intentar, a través del título constitutivo, un desarrollo mayor de los aspectos comunitarios, que pueda redundar, en el caso concreto, en la adecuada satisfacción de las finalidades individuales. Ocurre algo simétrico a lo que dijimos en cuanto a la comunidad: a más estabilidad, más

---

[1505]Cfr. DOMINGUEZ PLATAS, *op. cit.*, p. 109 y ss. Frente a su peculiar visión de la relación con el propietario como sustentadora del derecho del usufructuario, la mejor doctrina resalta el aspecto real de exclusión, cfr. ATIAS, *Les biens, I, cit.*, p.159; PUGLIESE, *Usufrutto...*, *cit.*, pp. 1-2. Esto no resta importancia a la dependencia de una relación que se configura real, y en que la posesión del propietario opera en buena medida a través de la relación con el usufructuario. Cfr. CORNU, *op. cit.*, n. 1260-1261.

[1506]*Vid.* PUGLIESE, *Usufrutto...*, *cit.* pp. 68-71, 401-403.

[1507]Cfr. OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 642; CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, n. 102 y ss.; CORNU, *op. cit.*, 1264 y ss.

[1508]Cfr. CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, pp. 187-189; ATIAS, *Les biens, I, cit.*, pp. 155 y ss., 160 y ss., 170. En nuestra doctrina, resulta obligada la referencia a MAURA Y MONTANER, *Discurso...*, *cit.*, especialmente p. 35 y ss. La necesaria atención a la adecuada gestión de los bienes, puede solventarse a través de la mutua implicación en la mejora, conservación, inversión... o, al contrario, rompiendo relativamente la concurrencia: Cabe plantear que, frente a la actitud pasiva del usufructuario, el propietario emprendedor pudiera asegurarle una renta vitalicia. Y, acaso al revés, el usufructuario dispuesto a una administración dinámica valdría que garantizara la entrega final del valor sobre el que actuará luego su actividad productiva. En cualquier caso, se trata de ordenación obligacional, o metamorfosis del usufructo a través de compromisos obligacionales.

importancia del elemento cooperación. Pues bien, en el usufructo, a más desarrollo del aspecto comunitario, que supone una gestión del bien compartida y cualificada, más importancia del elemento obligacional. Pero es preciso ir con cuidado aquí: el usufructo, con todas sus peculiaridades, no deja de ser un derecho real limitado. La independencia de cada uno está ahí, y, si se sobrepasan ciertos límites, lo habremos convertido en un contrato. Por ello, si tratamos, por ejemplo, de cualificar las obligaciones del propietario, en el sentido de una responsabilidad mayor respecto a las mejoras (contribución con el usufructuario, a cambio de ciertas obligaciones de éste en tal sentido) o en cuanto a las reparaciones extraordinarias, habrá que afinar mucho de acuerdo con las características del caso concreto, o, de lo contrario, no estaremos estableciendo más que un conjunto de obligaciones personales. Ahora bien, el desarrollo de los criterios que venimos señalando bien podría suponer nuevas posibilidades de utilización para esta figura.

Las servidumbres

Por lo que respecta a las servidumbres −vamos a limitarnos a la servidumbre predial− se trata, afirma la doctrina más autorizada, de los primeros *iura in re aliena*, que surgen como una especie de propiedad funcional[1509].

Lo primero que conviene recordar es la variedad que puede revestir la institución, de manera que, cara a su consideración como relación de reparto, no vamos a encontrar con la misma facilidad reflejado materialmente el elemento de comunidad en determinadas servidumbres de paso, de acueducto..., que en otras negativas de luces o vistas, en que el titular dominante ni siquiera utiliza, en sentido material, el fundo sirviente[1510]. Por ello, más que un esquema unitario de relación de reparto, cabría decir que la servidumbre la puede llevar consigo con más o menos intensidad. De hecho, en determinadas servidumbres va a ser muy extraño que podamos encontrar obligaciones reales. De todas formas, respecto al usufructo, la servidumbre presenta, por contra, una mayor estabilidad en la concurrencia de intereses sobre un mismo fundo, aunque se limite a un aspecto muy concreto.

[1509] *Vid.* por todos, OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, pp. 640, 643 y ss.; BIONDI, *Le servitù, cit.*, p. 12 y ss.; PUGLIESE, *Istituzioni..., cit.*, p. 144 y ss.

[1510] Así lo ha hecho ver, matizando las ideas de BETTI, que habla de un reparto en la utilización del fundo sirviente, BIONDI, *Le servitù*, *cit.*, p. 57.

Se ha dicho, gráficamente, que la servidumbre implica una extensión o proyección de la propiedad sobre la esfera de la propiedad del otro fundo. Esto sí que podemos aplicarlo en todo caso, y resulta significativo. Luego, las consecuencias que de aquí derivan podrán ser distintas: en ocasiones, va a suponer compartir, en un aspecto concreto, la utilización de la finca para el dueño y el titular de la servidumbre, cada uno por título diferente; pueden existir obras o instalaciones sobre el fundo sirviente, y habrá que determinar lo relativo a su propiedad, mantenimiento, utilización por una o las dos partes, reparaciones y eventual destino futuro... Por fin, puede simplemente tratarse de una prohibición para el titular del fundo sirviente, sin «utilización» en sentido estricto por parte del dominante.

De modo muy general, se puede afirmar que la propiedad dominante ha introducido una cuña en el dominio del fundo sirviente. Su utilización por el dueño no tiene por qué estar despojada de la misma faceta de utilidad que extrae el dominante, pero en todo caso el dueño no puede ya actuar como si fuera propietario único. Más allá de la comunidad de vecindad con sus límites concretos, y en ocasiones (las servidumbres forzosas) como una expansión prevista por la ley del reparto de vecindad[1511], la colaboración fundiaria impone al dueño sirviente, dentro de su propio fundo, la misma actitud de respeto que ha de tener siempre ante la propiedad ajena[1512]. Por una parte la finca es suya, por otra le afecta la relación de exclusión, como a cualquier tercero frente al derecho de servidumbre. Pero, como sabemos, no es un tercero cualquiera, el respeto puede ser perfectamente compatible con una utilización semejante de su propio fundo; otras veces, se le prohibe algo, como si tal aspecto, en su finca, perteneciera ya al ámbito de protección de la propiedad ajena.

El fundo sirviente, pertenece, pues, a su dueño, pero «*à certains égards*», al titular de la servidumbre. Esto, con todas las atenuaciones que se quiera, teniendo en cuenta que el gravamen es la excepción, no la regla, etcétera, pero es evidente que, digamos, de manera limitada, lo que ocurra en el fundo no depende ya sólo de su dueño, también del titular dominante. Esto lleva, o puede llevar, a concurrencias de intereses y a la necesidad de

---

[1511]Cfr. WIELAND, *Les droits réels...*, *cit.*, pp. 304-306.

[1512]La comunidad de vecindad, que tiene una expansión legal en las servidumbres forzosas a través de un derecho nuevo y distinto, constituye también el caldo de cultivo para una especial colaboración fundiaria merced a la servidumbre voluntaria. Cfr. ATIAS, *"La mutabilité..."*, *cit.*, pp. 245 y ss., nn. 12, 32-33.

solventar relaciones «*di scambio*» (en expresión de DI MAJO[1513]) características del elemento comunidad en la relación de reparto.

La servidumbre voluntaria, señala ATIAS, encuentra su justificación como medio técnico de incremento global para la utilidad fundiaria. De multiplicar la del fundo sirviente, afectándolo al servicio de otros, de manera que el «plus» de utilidad para el dominante no suponga una equivalente carencia para el sirviente, sólo una soportable limitación. Suplemento de utilidad atribuido a un fundo sin que el fundo utilizado se prive de él[1514], implica una asociación, una *communauté de jouissance*[1515]. En su seno, puede actuar la fuerza creadora de la voluntad a través de obligaciones reales. Y la atención a tal realidad resulta particularmente fecunda: es posible plantear criterios de concurrencia que atenúen aquellos legales agrupados en torno al principio de fijeza de la servidumbre, que ATIAS relaciona, sí, con la potencia del gravamen y el respeto al título constitutivo, pero también con el disfavor de los codificadores hacia el gravamen y cualquier posible elemento flexibilizador que facilitara su utilización y permanencia[1516].

En la servidumbre, pues, hay una relación de exclusión: los terceros no pueden impedir al titular que utilice el fundo, perturbar el influjo de su voluntad sobre él a los fines de la servidumbre, como correspondería al mismo propietario. Pero hay un punto de comunidad

---

[1513]Cfr. DI MAJO, "*Delle obbligazioni in generale*", *cit.*, p. 42.

[1514]Al menos, en la mayor parte de los casos.

[1515]Cfr. ATIAS, "*La mutabilité...*", *cit.*, nn. 31-33. "*Cette association des deux propriétés, cette communauté créé entre les deux propriétaires, est fondamentale. Elle conservera sa realité, malgré toutes les mésententes: l'intérêt commun l'exige. Elle éclaire et anime tout le droit des servitudes*".

[1516]Cfr. ATIAS, "*La mutabilité...*", *cit.*, nn. 18-20. "*Le titre constitutif de la servitude n'engage pas seulement deux propriétaires; il donne structure à une communauté durable, fragile sans doute, mais vivante, et qui est la principale donnée sociologique en la matière. C'est elle qui doit être respectée*". Por ello, "*si l'évolution des circonstances le commande, si par exemple aucune utilisation raisonnable n'est possible sans un certain changement du mode d'utilisation, ce changement devra être admis*" (criterio de MARTY-RAYNAUD, en materia de usufructo, que ATIAS utiliza en sede de servidumbre). Así pues, "*il faut statuer en considération de leur utilité du moment: là est le réalisme*". Cfr. ATIAS, *ibidem*, n. 34.

Este aspecto de comunidad ofrecería asimismo una explicación de la especial extensión en esta materia de los poderes del Juez, como ocurre, en general, en la relación de vecindad, en propiedad horizontal... *Vid.* ATIAS, *ibidem*, n. 37.

−independientemente de que el propietario se sirva o no también de la servidumbre (cuando esto ocurra, igual que respecto de otros titulares −art. 544 CC− es evidente). Mas incluso cuando se pactara −y esto empieza a ser también una obligación real− que el propietario sirviente no utilizará la servidumbre, es indudable que está en su finca el lugar donde se apoya. Y, en diversos casos, no se trata sólo de que cause la menor incomodidad posible al fundo sirviente, sino de regular la cooperación entre ambos titulares para ciertas consecuencias de la relación, de modo que se repartan gastos, se eviten enriquecimientos injustificados, etc.

Así surge históricamente un ejemplo paradigmático de obligación real: en la servidumbre *oneris ferendi* (D. 8, 5, 6, 2) en que el muro de apoyo es común (en el sentido que venimos viendo: para uno, como propiedad, para el otro, como titular de la servidumbre). ¿A quién corresponderá ocuparse de los gastos de mantenimiento? El muro es apoyatura, y soporta dos atribuciones. En el caso concreto, los juristas romanos consideraron que, siendo interés prevalente el del propietario, al él correspondían esos gastos, para evitar un enriquecimiento injusto por su parte y que la servidumbre quedase reducida prácticamente a nada[1517]. Se incorporó la exigencia de tales gastos para el propietario al tipo de la servidumbre como un auténtico derecho −de crédito, pero comprendido en la protección de la acción real− para el titular dominante. Lo que cuesta rastrear en la medianería, que se trataba de evitar, aparece con claridad en este supuesto[1518]. Hoy, los códigos dejan a los particulares que sean ellos quienes determinen con arreglo a las peculiaridades del caso concreto, quién se va a ocupar de tales o cuales gastos, y las modalidades −esto también lo encontramos en Roma− del ejercicio de la servidumbre.

En definitiva, la servidumbre, aunque de modo residual, en la medida de la concurrencia de intereses más allá de la simple exclusión real, también es una relación de reparto, y para nosotros ha quedado como ámbito propio de un supuesto histórico de obligación real, lo que desemboca en los códigos modernos, cuando presentan aquella precisamente conectada con la regulación de la servidumbre.

[1517] *Vid*. SCIALOJA, V., "*Sulla servitus oneris ferendi*", *Archivio giuridico*, 1881, 27, p. 145, en *Studi giuridici*, I, 1ª parte, Roma, 1933, p. 84 y ss.

[1518] *Vid*. las referencias bibliográficas sobre esta cuestión, en el capítulo siguiente.

Los censos. Enfiteusis

Respecto a estas figuras, poco hay que decir aquí, después del tratamiento que les dispensamos en otras partes del trabajo[1519]. En cuanto a la enfiteusis, baste decir que no es raro encontrar en los tratadistas la expresión «comunidad enfitéutica», de la que el retracto es una consecuencia y un indicio más. Estamos en la esfera de las propiedades concurrentes, aunque, como sabemos, en nuestro Código la regulación manifiesta precisamente el tránsito de la concepción de propiedad dividida o concurrencia de dominios, a la del enfiteuta como auténtico dueño, quedando relegado el censualista a la calificación de titular de *ius in re aliena*. Pero, al estudiar la enfiteusis, no se puede obviar su origen y su configuración en el derecho anterior a la codificación, donde encontramos las claves de esta peculiar relación jurídica de reparto, en que ambas partes resultan titulares de una atribución, a diferencia de lo que ocurre en los arrendamientos, como se manifiesta en el tratamiento de los riesgos.

La concurrencia enfitéutica se caracteriza por la peculiar mezcla de relación personal y atribución y, como sucede, en general, en los dominios concurrentes del *Ancien Régime*, por los lazos de obligación que vinculan a ambos titulares[1520]. Mas, como se ha señalado, las obligaciones del enfiteuta desempeñan un papel muy especial en el reparto de las utilidades de la cosa con el *dominus directus*. Por lo tanto, la conexión entre exclusión real y aspecto de comunidad o concurrencia presenta en esta figura matices muy especiales. No solamente la comunidad, el compartir, llevará consigo ciertas obligaciones reales, éstas vienen a ser el vehículo por el que el *dominus directus*, y con más motivo el simple censualista participa de las utilidades de la cosa explayando su derecho real. "POTHIER −explica PATAULT− constata con claridad la intimidad de la obligación y de la propiedad a propósito de la *rente foncière* (que es propiedad retenida): «*Celui qui a un droit de rente foncière sur un héritage ne peut jouir de son droit que par le fait et par les mains du possesseur de l'héritage sujet à la rente*» (*Oeuvres*, 4, *Bail à rente*, n. 18) El *Bail à rente* es a la vez trasferencia (y retención) de propiedad asociada a una obligación"[1521].

[1519]Solamente recordar el extraordinario trabajo de FEENSTRA, "*L'emphytéose...*", *cit.*, p. 1295 y ss. En derecho francés actual, un buen resumen en TERRE-SIMLER, *op. cit.*, n. 856 y ss.

[1520]*Vid.* PATAULT. *op. cit.*, n. 111 y ss.

[1521]Cfr. PATAULT. *op. cit.*, n. 112.

En esta mezcla de concesión contractual y propiedad, el dueño útil excluye al directo como si de un tercero se tratara, pero aquí nos encontramos ante un tercero muy especial. Es también dueño (al principio, el único dueño, luego, uno de los dos, al final, simple titular de un derecho real) pero, además, su dominio influye muy directamente sobre el derecho del enfiteuta: recibirá prestaciones a causa de la relación de atribución y podrá incluso recuperar el pleno dominio si aquel no cumple sus obligaciones. En este sentido, el derecho del censualista supone más una peculiar atribución que un derecho de exclusión (lo que puede servirnos, indirectamente, para captar la mayor importancia de este matiz sobre aquél, en el propio concepto de derecho real, por más que en la dogmática moderna se haya puesto el acento sobre la exclusión).

El dueño directo participa de la utilidad de la cosa de una forma un tanto artificial desde el punto de vista de la concepción moderna del derecho real y, ahí, las obligaciones reales son algo más que un accesorio del reparto, según lo que por esto se suele entender (aunque cabría la consideración de accesorio en otro sentido). De todas maneras, no es éste el único aspecto de sus derechos sobre la cosa, y, contemplándolos en su globalidad, puede ser más fácil encontrar los trazos nítidos de exclusión. De todas formas, el que excluye sobre todo es el *dominus utilis*, hoy verdadero dueño, sobre todo en las otras figuras censales. Pero, en la enfiteusis, su derecho resulta dependiente de sus obligaciones para con el censualista.

Si miramos bien, no debe sorprendernos que en la enfiteusis pueda resultar difícil marcar la frontera que separa las posiciones de uno y otro titular sobre la cosa con trazos claros de exclusión. El reparto, con la presencia de estos dos dominios paralelos concebidos como relación jurídica sin identificarse con el inmueble, pertenece a un orden de ideas (relativo a las relaciones del hombre con las cosas y entre sí) diferente al que se impone después, en el tránsito al mundo moderno. El reparto de las utilidades del bien en posiciones dominicales está imbricado y sustentado en relaciones personales de naturaleza contractual, que se conciben como aspectos, no ya de la relación entre los dominios sino del dominio mismo.

Por esta razón las obligaciones reales juegan aquí de una manera peculiar, distinta. No se justifican por el elemento de comunidad para ordenar cuestiones colaterales o circunstanciales y facilitar o hacer viable el reparto, pertenecen, aunque pueda aún decirse, accesoriamente (lo que resulta más difícil en los censos simples) a la *ratio* misma y médula del reparto: le dan sentido, son su vehículo. Encontraremos una mezcla de exclusión y cooperación muy característica. El contrato enfitéutico es en buena medida esto, una

relación contractual, y por ello se ha cuestionado la doctrina la posibilidad del enfiteuta de abandonar liberándose de sus obligaciones contractuales[1522]. Asimismo, la transmisión de la posición del enfiteuta va acompañada, sobre todo históricamente, de manifestaciones de voluntad características del híbrido posición real-relación contractual.

Sea como fuere, la participación en las utilidades de la cosa, que se asienta con carácter real (aunque dependiente por ambas partes de relaciones personales: posibilidad de comiso y redención) presenta el aspecto de comunidad y concurrencia de intereses que, aparte de las establecidas, puede originar el establecimiento de nuevas obligaciones reales, sin olvidar el carácter dispositivo de las legalmente previstas. Y, con más razón, cuando la doctrina y la jurisprudencia reconoce la posibilidad de figuras censales atípicas: más o menos cercanas a la enfiteusis, o a las *reallasten*[1523]...

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

Derecho de superficie

Consiste −señalan TERRÉ-SIMLER− "*dans le droit réel qu'un propriétaire (appelé superficiaire) exerce sur la surface d'un fonds, dont le dessous ou tréfonds appartient à un autre propriétaire (appelé tréfoncier)... Peut être plus ou moins étendu: il peut porter sur toute la surface du sol et sur tous les objets établis sur le sol, seul le sous-sol échappant à son emprise; le droit peut aussi ne porter que sur les objets se trouvant à la surface du sol, voire seulement sur quelques-uns d'entre eux, tels que les constructions, les plantations ou même certains arbres isolés*"[1524].

La idea de una disociación de la superficie y el suelo, o el subsuelo −continúan (teniendo presente el ejemplo francés, pero en consideraciones que podrían generalizarse)− ha suscitado en época reciente nuevas aplicaciones a que el concepto de derecho de superficie puede ofrecer un cuadro de solución satisfactorio. Entre las circunstancias que

---

[1522]DIEZ-PICAZO presenta la discusión, en este punto, en la doctrina alemana, y considera, para el derecho común, resuelta la cuestión por los arts. 1625 y 1631 CC, que admiten sólo la renuncia unilateral en los casos de pérdida o expropiación parcial de la cosa. Cfr. *Fundamentos..., cit., II*, 1978, pp. 747-748. En contra, PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 320. *Vid.* CASTAN TOBEÑAS, J., "¿Es renunciable la enfiteusis?", *RGLJ*, 1919, 134-IV, p. 338 y ss. En Francia, TERRE-SIMLER (*op. cit.*, n. 862) entienden que no puede desligarse unilateralmente de la relación.

[1523]Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 19, nota 15, p. 310 y ss.

[1524]Cfr. TERRE-SIMLER, *op. cit.*, n. 874. *Vid.* MARTY, *La dissociation..., cit., passim*.

han favorecido la evolución se cuenta la rarefacción constante del espacio urbano y el afinamiento de las técnicas de construcción. Pero, sin duda, ha sido la necesidad de *briser* el hermetismo de la separación del dominio público y la propiedad privada, la causa inmediata de las primeras realizaciones. Y, al contrario que los anteriores, éste último factor venía a excluir cualquier otra solución, como la propiedad horizontal o el mecanismo de la interposición de una persona jurídica. El procedimiento de la disociación en volúmenes ha permitido así restituir a la apropiación privada el espacio disponible bajo ciertas parcelas del dominio del Estado o de colectividades o establecimientos públicos, tales como zonas verdes, estaciones, vías férreas... Inversamente, *d'ailleurs* −y esto resulta más clásico− es posible que el dominio público se atribuya por vía de expropiación todo o parte del espacio subterráneo de la propiedad privada, por ejemplo para las necesidades de las vías de comunicación (metro, aparcamientos, túneles...)[1525].

El *droit coutumier*, explica PATAULT[1526], ha conocido situaciones en que la propiedad del *dessus* y la del *dessous* parecen disociadas, mas el análisis muestra que existe siempre un vínculo anudado entre el suelo y la construcción o plantación. La idea del inmueble completo cuya propiedad lleva consigo el beneficio del principio de accesión determinaría, en el derecho antiguo, que la superficie sólo fuera posible sobre la idea de una comunidad en la atribución del suelo, que está de algún modo presente en el esquema enfitéutico, característico del derecho anterior a las normativas actuales[1527]. En este orden de ideas, para PROUDHON[1528] el derecho del superficiario es "*une participation au droit de propiété foncière du sol même parce que c'est là le fondement sans lequel la superficie ne pourrait exister réellement ni être conçue en idée*".

[1525]"Abierto así el camino, nada puede impedir disociar de igual modo propiedades exclusivamente privadas, concebir incluso una pluralidad de niveles o estratos de volúmenes disociados, sea en el subsuelo o en el espacio superior". Cfr. TERRE-SIMLER, *op. cit.*, n. 874-1º; *Vid.* SAVATIER, R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, III, 1959, n. 445; GAUDEMET, Y., "*La superposition de propriétés privées et du domaine public*", *D.*, 1978, *chronique* 293. "*Les constructions en volume sur le domaine public*", *L'évolution contemporaine du droit des biens*, *cit.*, Paris, 1991, p. 135 y ss.

[1526] Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 219.

[1527]Sigue habiendo autores que propugnan para hoy la posibilidad de un tratamiento del derecho de superficie por ésta vía, como una modalidad más. Cfr. PEÑA, *Derechos reales...*, *cit.*, p. 331 y ss.

[1528]Cfr. PROUDHON, *Traité...*, *VIII*, *cit.*, n. 3719.

La orientación moderna, sin embargo, en el derecho francés, es sustituir esta idea de propiedades concurrentes por la disociación jurídica del inmueble, que permitiría propiedades distintas, separadas y completas sobre suelo y superficie. La disociación se apoya, sin duda, en una organización de la propiedad, pero se pretende, aunque sea con ayuda de la ficción, poner el acento en el objeto −de manera que sea posible mantener la identificación entre propiedad y objeto− separando sin embargo varias y hasta una multiplicidad de propiedades sobre el mismo plano horizontal, referidas a diferentes planos y volúmenes. Sería ésta, ha dicho ROCA SASTRE, y no la propiedad de casas por pisos, la auténtica consagración del concepto de propiedad horizontal. Pues bien, incluso con ésta óptica, no es posible mantener en la realidad su independencia, están conectadas con las características propias de una peculiar relación jurídica de reparto. "Entre los volúmenes −señalan TERRE-SIMLER− necesariamente se establecen, aunque no sea más que en razón de la gravedad, ciertos vínculos"[1529].

En cuanto a MARTY, a quien corresponde la elaboración de una completa teoría de la disociación, propiedades distintas sobre objetos distintos, lo que nos alejaría del mundo medieval de las propiedades concurrentes, resulta muy significativo que, después de afirmar estas posibilidades flexibles del principio de accesión, explique cómo es necesario tener siempre presente la unidad del conjunto inmobiliario: el primitivo inmueble por naturaleza, que ahora se ha disgregado por la derogación de la accesión, sigue proyectando una sombra alargada, ahora bajo la idea de «complejo inmobiliario»[1530]: los propietarios separados por planos no pueden vivir ajenos unos de otros[1531]. Muchos problemas habrán de resolverse a través de criterios de medianería, o acudiendo a la idea de indivisión, no se trata de simple vecindad. Pero tampoco en este ámbito encontramos solución suficiente[1532]. Es necesaria la organización convencional, por lo que, al lado de una serie de servidumbres, la consideración del encuadre de cada propiedad independiente en el interior del conjunto inmobiliario, se plasma también en un conjunto de obligaciones reales[1533]: "*Vis à vis de l'ensemble immobilier, il n'est pas douteux que les charges réelles se définiront par*

[1529]Cfr. TERRE-SIMLER, *op. cit.*, pp. 617-618.

[1530]*Vid.* MARTY, *La dissociation..., cit.*, n. 292 y ss.; HEBRAUD, "*Préface*" a *La disociation..., cit.*, p. XXVI y ss.

[1531]Cfr. MARTY, *La dissociation..., cit.*, n. 309 y ss.

[1532]Cfr. MARTY, *La dissociation..., cit.*, nn. 312 y ss., 316 y ss.

[1533]Cfr. MARTY, *La dissociation..., cit.*, n. 337 y ss.

référence à ce dernier. L'intérêt réel, ce sera la conformité de la charge à l'ensemble immobilier, à la destination de celui-ci; les charges réelles sont en effet fonction de la superposition qui s'exprime dans l'ensemble immobilier. Les charges sont l'expression de la prise en considération pour chaque propriété de la réalité de l'ensemble immobilier"[1534].

El complejo de obligaciones reales tendrá escasa importancia si se trata sólo de una relación entre superficiario y *dominus soli*, pero basta que éste último decida utilizar el subsuelo para que la ordenación del interés común, la coordinación de intereses contrapuestos con un punto fundamental de contacto determine la conveniencia de aquellas. Igualmente, si la propiedad superficiaria no descansa sobre la totalidad del suelo. Y, especialmente, en los conjuntos inmobiliarios más complejos[1535].

Pero, si nos centramos en esa idea de propiedades independientes, y la relación es sólo del primer tipo estudiado (propiedad de la superficie y del suelo) resulta que, en realidad, aquella está afectando decisivamente a la del suelo, la está dejando vacía de utilidad. Por ello, reconocen TERRE-SIMLER, en este caso la propiedad superficiaria se establece normalmente con carácter temporal[1536]. Una prueba más de disociación jurídica. Si el interés del *dominus soli* queda desvanecido en esta forma, como es lógico, sólo será admisible por un tiempo, lo que se separa volverá a su «natural» unidad que nunca hemos podido perder de vista. Nos encontramos de nuevo ante una comunidad de intereses que exige en el caso concreto atender al juego de su equilibrio utilizando eventuales obligaciones reales.

En definitiva, aunque la orientación del derecho francés haya cambiado frente al derecho anterior es preciso reconocer que "*dans la complexité de l'organisation actuelle de l'immeuble, résultant des techniques modernes de maîtrise de l'espace, on voît réapparaitre les mécanismes coutumiers des propriétés concurrentes. G. GOUBEAUX relève les rapports personnels qui compliquent aujourd'hui le pouvoir direct du sujet de droit sur l'objet*[1537]. *La superficie elle-même n'est-elle pas, comme l'annalysait le droit coutumier, «un droit de costruire ou de planter», prérogative tirée de la propriété du sol, plitôt que*

[1534]Cfr. MARTY, *La dissociation..., cit.*, n. 343.

[1535]*Vid.* MARTY, *La dissociation..., cit.*, n. 328.

[1536]Cfr. TERRE-SIMLER, *op. cit.*, nn. 875, 880.

[1537] Cfr. G. GOUBEAUX, "*Abstraction et réalisme...*", *cit.*, pp. 279-294.

découpage de l'espace en deux volumes superposés, et même, plus coutumièrement encore, n'est-elle pas «une succesion de propriétés dans le temps»?[1538].

En nuestro derecho (no podemos aquí detenernos en la discusión acerca de la unicidad o pluralidad de modalidades de la superficie[1539]) predomina una consideración moderna, basada en la derogación implícita del principio de accesión cuyo vehículo sería el derecho de superficie, *ius in re aliena*, que, gravando la propiedad, absorbe la potencialidad de accesión del suelo y sirve de sustento a la propiedad superficiaria, verdadera propiedad separada, decisiva económicamente pero que constituye el objeto del derecho limitado que necesita como soporte. Se trata de dos aspectos de una misma realidad. Con esta construcción se destaca muy bien la presencia de dos propiedades pero, al mismo tiempo, la conexión entre ambas, por cuanto la superficiaria se sustenta en el derecho que grava la propiedad del suelo. Se destaca, en definitiva, la exclusión y al mismo tiempo, la participación en un elemento común, propiedad de uno y utilidad para el otro, quien se beneficia de la potencia de accesión o, mejor, neutraliza, normalmente con carácter temporal, esta potencia para así mantener después la propiedad superficiaria separada[1540].

Este sistema, explica ESPIN CANOVAS, solventa el problema de que "las antiguas teorías son insuficientes para explicar al actual regulación de la superficie, ya que, mientras la tradicional del derecho sobre cosa ajena desconoce la actual fase evolutiva de concesión de verdadera propiedad sobre las construcciones o plantaciones al superficiario, la del dominio dividido, de una parte pugna con la actual concepción unitaria de la propiedad y, sobre todo, deja de explicar el derecho del superficiario sobre el terreno, derecho necesario para edificar o mantener la edificación, así como su derecho antes de la edificación[1541]". En efecto, el mantenimiento de la edificación está afectando a la propiedad del suelo, pero, en

---

[1538]Sugestión de GOYET, CH., *Louage, propriété et financement des investissements*, Strasbourg, 1981; Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 219.

[1539]*Vid.* DE LA IGLESIA, M. I., *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, Madrid, 1996, p. 107 y ss.

[1540]Sobre el tema, baste citar el resumen de DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 97 y ss.

[1541]Problema que se suscita, lógicamente, en el derecho francés, y cuya solución lleva a la doctrina a hablar de un peculiar *démembrement* de la propiedad, anterior a la existencia de la construcción (pues no parece que pueda existir propiedad separada antes de tal momento). Cfr. TERRE-SIMLER, *op. cit.*, n. 875. Cfr. ESPIN CANOVAS, *Manual de Derecho civil español*, II, 3ª ed., Madrid, 1981, p. 380.

esta línea, no se deduce de aquí una distorsión entre la propiedad del suelo y su objeto, sólo las consecuencias de un gravamen.

Tal gravamen, en la medida que absorbe prácticamente la utilidad de la cosa −aunque sólo se refiera al sustento de la edificación, no se trata de un complejo de utilidades, como el usufructo− deja la propiedad *nuda*, no sólo neutraliza el principio de accesión, por lo que normalmente será temporal, y así se recoge en nuestra regulación, aunque cabe plantear la posibilidad de un derecho de duración indefinida[1542].

He aquí, pues, los elementos comunitarios de la relación de reparto: el suelo, propiedad de uno, sustento (mediante el derecho real limitado) de la propiedad del otro. Y el inmueble en su conjunto, pues lo que inicialmente era unitario se reparte, se enriquece y volverá, en principio, al propietario originario. La idea de inmueble completo, que, aunque «desaparecido», está «presente» −incluso en el derecho francés− aquí se manifiesta con mayor vigor. Las dos propiedades se conectan no sólo por la simple vecindad, sino por algo más profundo: no se han independizado, en cuanto el suelo es objeto de una y soporte de la otra a través del gravamen. Y, si la propiedad superficiaria deja a la del suelo vacía, al final va a enriquecerla. De este modo, si se ha visto en el derecho de superficie un instrumento adecuado para la política urbanística o de la vivienda, en consecuencia habrá que lograr un adecuado equilibrio de intereses, permitiendo al *dominus soli* no perder la utilidad de su propiedad. Todo ello justifica la particular importancia que puede adquirir en el derecho de superficie el juego de las obligaciones reales, como ha destacado justamente la doctrina suiza y española[1543].

Al mismo tiempo que la exclusión típica real permite diferenciar e independizar los intereses de ambas partes, el punto de comunidad no deja de ser el inmueble en su conjunto, en aspectos distintos según los diferentes momentos. Si el propietario entrega el suelo y permite la neutralización del principio de accesión, la reactivación ulterior del mismo a su

---

[1542]Así lo admite DE LA IGLESIA, y presenta ejemplos interesantes: supuestos en que el derecho de superficie no neutraliza la utilidad del inmueble para el *dominus soli*, como cuando sólo se utiliza parte del suelo, o se ha previsto el aprovechamiento, por uno, del vuelo, y por otro del subsuelo. Para esta autora, la posibilidad cabría en la modalidad «urbana» del derecho de superficie, que distingue de la «urbanística», de acuerdo con uno de los sectores doctrinales en discusión sobre el tema. *Vid.* DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 314 y ss.

[1543]Por todos, CARONI, *op. cit.*, pp. 273 y ss, p. 282 y ss.; DE LOS MOZOS, *El derecho real de superficie..., cit.*, pp. 293 y ss., 324 y ss.

favor le otorgará especial interés en la figura, de modo que la superficie, sus contornos y el ejercicio de su derecho por el superficiario no le es en absoluto indiferente. Las obligaciones reales sirven así para adecuar la institución a su función, permitiendo, en cada caso, un equilibrio de intereses que incite a la utilización de este reparto.

Si el inmueble quedara disociado definitivamente, la obligación real se apoya en los puntos de comunidad relativos a la confluencia de intereses, puesto que el *dominus soli* se supone que mantiene un grado importante de utilidad. Si el derecho resulta temporal, además de esto la superficie se convierte en eje de coincidencia de intereses, aunque para momentos distintos. Interés de coexistencia, más bien en el primer caso, teniendo en cuenta la realidad material del inmueble completo, que no es posible olvidar. Interés también especial en la configuración, en el segundo supuesto. Que es el más frecuente: la derogación del principio de accesión, se otorga, en cada caso, para una construcción concreta, y en condiciones muy determinadas. Es la contrapartida de la utilización del inmueble que está verificando el superficiario.

Por último, decir aquí que, todo esto contribuye de una manera especial a que, en el derecho de superficie, pueda contemplarse nítidamente la conexión entre la relación jurídica superficiaria y el propio derecho y propiedad separada. En la relación fundamental, constitutiva, encontramos los elementos estructurales del derecho, otros que inciden en el derecho (las obligaciones reales) y elementos de naturaleza personal, que afectarán sólo a los definidores originarios del mismo, sin perjuicio de que se garanticen después con trascendencia real. La presencia de obligaciones reales asegura sobre todo al concedente (también al superficiario) la recepción de ciertas prestaciones, de manera continuada o en el momento oportuno, con independencia de las eventuales transmisiones de propiedad o derecho de superficie. Esto contribuye a la utilizabilidad de la figura.

En cuanto a los derechos de sobre y subedificación −que pueden revestir también carácter superficiario (como se deduce del art. 16 LPH *contrario sensu*)− hay que tener presente también los que guardan relación con la propiedad horizontal. Nos encontramos, sin duda, ante una relación jurídica de reparto. El elemento de comunidad presenta también varias facetas: el edificio es el sustento material sobre el que se verificará, eventualmente, el ejercicio del derecho, aparte de que, jurídicamente, este derecho se configura como un gravamen del propio inmueble. Después, además, el titular pasará a formar parte de la cotitularidad horizontal. Todo ello requiere la reglamentación de diversos aspectos conectados con el interés común en el edificio, lo que exigiría la previsión, al concederse este derecho de un conjunto de obligaciones reales.

Recapitulación. *Ius in re aliena*, relación de reparto

En el Título Constitutivo, por tanto, se dibuja el derecho real, de acuerdo con ciertos modelos, en la relación en que tal derecho puede realizarse: relación con el propietario, con independencia de que el constituyente quede luego como propietario, como titular del derecho real limitado, o se desentienda del asunto. En esta relación se manifiesta, primordialmente, la independencia de los dos derechos. Pero también, a consecuencia de la dependencia del derecho real limitado respecto a tal relación, derivada de la participación, por atribución, en la propiedad, la eventual cooperación en la relación. La actitud de propietario y titular sobre la cosa no puede ser la misma que si estuviera solitario, y más cuando el reparto es posible, o las utilidades que se reparten derivan, de una u otra forma, del régimen al que ambos quedan sometidos. Este es el aspecto de comunidad en el reparto, que en estas relaciones no implica cotitularidad en sentido propio, sino gravamen para el propietario y derecho completo pero limitado o fugaz, que constituye una vicisitud de la propiedad, para el titular. Sólo teniendo presente esta idea de vicisitud en la propiedad, cabe señalar que existe un momento, todo lo fugaz que se quiera, pero presente y operante, de comunidad entre ambos.

No se trata de que el derecho real limitado «descanse», como parece entender DOMINGUEZ PLATAS, en una relación obligacional subyacente. El derecho real no vive propiamente en una estructura obligacional, caracterizada por la recíproca contraprestación. Existe una relación pero de naturaleza real. Y, una vez en la relación, que no se puede contemplar por partes más que idealmente, cuando hablamos de derechos y obligaciones, no cabe duda que todos manifiestan la presencia del derecho real. Pero luego, es posible diseccionar relaciones de diversa categoría, entre ellas, como elemento accesorio, no fundamental, las obligaciones reales.

PARTE III

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

Definición y peculiaridades de la figura. Criterios de ordenación

El concepto y su ubicación

En este contexto, es posible presentar una definición de la obligación real. De acuerdo a su objeto, ha de tratarse de una fórmula simple, que expresa el núcleo fundamental del concepto[1544], y se ha de completar por las observaciones de orden metodológico hechas en su momento, así como por la consideración, que hemos abordado, del panorama en que se ubica: la obligación real resulta un enfoque particular que abre la puerta al estudio de un conjunto de obligaciones *propter rem*.

Se trata de una relación de cooperación accesoria del esquema básico de exclusión, en el marco de la relación jurídico-real de reparto. Nos encontramos ante una obligación; pero no se trata de cooperación sin más: viene integrada en una relación de más calado, de ahí el adjetivo «real» y la característica de accesoriedad, que presenta variadas perspectivas y riqueza de contenido porque es el reflejo de la presencia de la relación marco y su

---

[1544]Así se caracterizan, salvo excepciones, las distintas definiciones presentadas por la doctrina.

problemática en la obligación que allí se integra[1545]. Esta vinculación −como ha señalado la doctrina− conduce a que la relación obligatoria real se convierta en una categoría autónoma[1546]. A la que corresponde que aquella simple idea, por sí sola, no basta para alcanzar completa comprensión de la noción[1547]. Hemos de hacer aquí algunas observaciones complementarias, sin perjuicio de completarlas más adelante, cuando hayamos examinado más de cerca algunos supuestos concretos.

Como hemos dicho, el derecho subjetivo real, sobre todo en materia inmobiliaria, atribución y aprovechamiento de los espacios... vive normalmente y se desenvuelve en un haz de relaciones de reparto, algunas fundamentalmente de exclusión, otras, esquema de reparto. En cada una de ellas, al lado de la exclusión característica de la presencia de una atribución (los demás son terceros, ajenos a mi relación con la cosa...) la concurrencia, en mayor o menor grado, requiere cooperación en cuanto al elemento común, siempre al servicio de las posiciones individuales. En sentido amplio, por tanto, «*propter communitatem*», en un desarrollo del punto de partida que encontramos en la comunidad de bienes. Es la ley y la voluntad de las partes, configurante o deliberante, la que, en cada caso determina con qué criterios ha de conservarse, utilizarse, destinarse... el punto de convergencia en el reparto, y los comportamientos de cooperación a que ello dará lugar. Para hacer posible la coexistencia, facilitar el ejercicio de los derechos vecinos, o establecer los complementos necesarios del equilibrio de intereses teniendo en cuenta las características del reparto.

Todo esto reviste particular importancia en las relaciones jurídicas basales o fundamentantes, en las que toma vida una construcción de concurrencia de propiedades

---

[1545]BETTI incluye esta materia en el ámbito de las "funciones sociales de cooperación ligadas a una relación jurídica cualificante o legitimante". Aunque previamente habría que considerar el territorio (que BETTI indica después, y por separado) de la cooperación derivada de estados de hecho que ponen en contacto esferas de intereses, y la que solventa conflictos de intereses en situaciones susceptibles de calificarse como cuasicontractuales. Cfr. BETTI, *op. cit.*, II, p. 112 y ss.

[1546]Se trata, por otro lado, recuerda LIVER, más que de una institución jurídica, de un concepto que sirve en la interpretación y aplicación de la ley, aunque para nosotros esta afirmación merece un sentido más amplio, en cuanto el derecho real no sólo es una realidad «legal». Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, pp. 260-261.

[1547]Le resulta suficiente, sin embargo, a BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali...*, *cit.*, p. 22 y ss., 48 y ss., 85 y ss.

dependientes e interdependientes, o un derecho real limitado, en especial de uso y disfrute. En estos casos, pues no todas las relaciones de reparto tienen igual importancia, nos encontramos en el terreno característico de la obligación real: se destaca del campo más amplio de las obligaciones *propter rem* por encontrar su lugar propio, y de análisis, en la contemplación de las distintas relaciones que se desenvuelven (o en que se desenvuelve) el contenido del derecho real[1548]. Cuanto más resulta dependiente el derecho y su conformación de una determinada relación de exclusión−cooperación, más nos introducimos, desde la periferia del círculo de las obligaciones *propter rem* (que puede también tener su terreno propio, de equilibrio de derechos en contacto, del tipo que sean, aunque asimismo diversas utilidades para el legislador) al núcleo propio de las obligaciones reales[1549].

La diferencia entre las relaciones de reparto en que aparece la obligación real se indica por DE LOS MOZOS[1550], cuando señala los tres ámbitos básicos de su actuación: modulan el contenido de los derechos reales limitados, de algunas formas especiales de propiedad, y de situaciones en que puede hallarse el dominio pleno. Se dibuja aquí una significativa distinción: en los derechos reales limitados, estamos modulando el contenido. También, en cierta medida −aunque no podemos afirmarlo con la misma rotundidad cuando entra en juego la palabra «propiedad», derecho real pleno− en aquellas formas de propiedad que se construyen a partir de la única originaria, o en tránsito desde una situación de comunidad, organizada primero de una forma muy especial, y dando lugar después a particulares construcciones de bienes interconectados, relativamente independientes.

Por el contrario, se habla de **situaciones** en que *puede hallarse* el dominio pleno. Aquí, la característica de elemento eventual, que ha resaltado, con acierto, NATUCCI[1551] −a diferencia del límite estructural del derecho− destaca especialmente. Interviene en relaciones consideradas puntuales, momentáneas, transitorias, o en la periferia de la ordenación de atribución de utilidades (precisamente porque en el dominio pleno no se da

---

[1548]Cfr. DE LOS MOZOS, "La obligación real...", *cit.*, pp. 331 y ss., 344-354, etc..

[1549]Este itinerario de la esfera de las obligaciones *propter rem*, ejercicio de un derecho en función de otro interés, en general, al territorio característico de la obligación real, ha sido bien visto por SANGIORGI, *Regolamento contrattuale..., cit.*, p. 56 y ss.

[1550]Cfr. DE LOS MOZOS, "La formación del concepto...", *cit.*, p. 636; *El derecho de propiedad..., cit.*, p. 74.

[1551]Cfr. NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, pp. 129-131.

esta «ordenación»)[1552]. La obligación real interviene, para el dominio pleno, en situaciones vistas como una vicisitud, configuran una determinada «situación», y sólo relativamente el contenido de aquél. Y esto, aunque nos encontremos ante relaciones estables de vecindad[1553]. También las que supone la existencia de derechos reales limitados son, desde es punto de vista del dominio, una vicisitud. Es diferente, pues, también para la importancia del juego de las obligaciones reales, una misma relación según la contemplemos desde dos ángulos diferentes, el del propietario o el del titular del derecho real.

La accesoriedad funcional de la obligación real tiene reservado un papel mucho más modesto en relación con la propiedad plena, pues, aún en el ámbito de las relaciones estables de vecindad, estamos todavía casi más en el terreno de las obligaciones *propter rem* en su amplio campo característico del equilibrio entre derechos −de cualquier tipo, vecindad en sentido amplio− (no dañar, prevenir). El equilibrio entre derechos o esferas jurídicas en un contacto puramente externo se organiza por la ley en ocasiones a través de obligaciones reales, normalmente imperativas, resultado de catalogar la posición del acreedor, de alguna manera, como participante en un reparto que acaso termina, o sólo entra en consideración precisamente para justificar el efecto obligatorio real, sin que deje ulterior rastro. El dominio se encuentra en contacto, en un momento concreto, con derechos subjetivos que pueden ser también de naturaleza no real (basta que pueda encontrarse entre ambos una conexión de vecindad puntual o más o menos estable) o incluso, tratarse de intereses legítimos[1554].

[1552]*Vid.*, para el sentido de las limitaciones del dominio, en relación con su concepto y la determinación de su contenido, DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad..., cit.*, pp. 136 y ss., 232 y ss. 267 y ss.

[1553]También en este caso habla COSTANTINO de *collegamento dei beni*, una muestra más de la conexión entre las situaciones de vecindad y el reparto de cotitularidad, con sus aspectos de exclusión y cooperación, pero entiendo que las relaciones entre dominios plenos presentan una mayor rigidez y resistencia a la regulación convencional del *collegamento*. *Vid.* COSTANTINO, *op. cit.*, pp. 198 y ss., 207 y ss.

[1554]La relación de vecindad presenta un horizonte más amplio que el ámbito de las relaciones jurídico-reales. Ambos territorios se entrecruzan. Por ello, habrá que hablar de «relación de reparto por razón de vecindad», en la que puede situarse el titular de un derecho personal, en tanto interesado en el reparto como vecino, o el transeúnte que defiende su legítimo interés.

En esta línea, teniendo en cuenta también los intereses del que ha entrado en relación, conflicto, contacto con la propiedad, existe un reparto transitorio, casual, que se va a solventar

El sustantivo y el adjetivo

La reflexión relativa a la obligación real se ha de centrar en el análisis del sustantivo y el adjetivo[1555]. Se trata de una obligación, una relación crédito-deuda, que lleva consigo la expectativa de una prestación, cooperación[1556]. Y se trata de una obligación real[1557]. El calificativo significa, no tanto la oponibilidad, como pretende NATUCCI[1558], sino su nota esencial de accesoriedad[1559]. Que tiene varias perspectivas, producto todo ello de su conexión con la relación jurídica de reparto. Una accesoriedad como relación, y una accesoriedad funcional[1560]...

La accesoriedad como relación, lleva consigo los dos corolarios característicos en que la doctrina suele fijarse, y que marcan el tránsito de la noción, desde la esfera de las obligaciones, derechos de crédito, a esta obligación integrante del sistema de las relaciones de atribución, que se convierte en una categoría autónoma[1561]:

a) Dada la vinculación de la obligación con el contenido del derecho real y, entonces, con la persona del titular, el «desligarse» de su derecho abandonando la relación de reparto (tal relación no vincula como las de crédito, va unida a una posición personal disponible

---

con obligaciones *propter rem*, en materia de accesión, por ejemplo. Y por esta vía, en general, podrían encontrar sitio las obligaciones que se desenvuelven en las situaciones de liquidación posesoria, en que «se ha dado» una cierta relación de reparto entre el titular precario y el quien vence en la posesión. Aquí, las obligaciones no son accesorias del reparto previsto, sino el modo de solventar, al final, por la ley, los problemas presentados por un cierto «reparto no previsto». Cfr. DE LOS MOZOS, "El derecho de los bienes...", *cit.*, pp. 97-97, 105.

[1555]Cfr. DE LOS MOZOS, "La obligación real...", *cit.*, p. 349 y ss.

[1556]Por todos, LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, pp. 262-263; DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 711 y ss.; SCACCHI, *op. cit.*, pp. 13-16.

[1557]Cfr. DE LOS MOZOS, "La obligación real...", *cit.*, p. 352 y ss.

[1558]Cfr. NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, p. 143.

[1559]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, pp. 27-28.

[1560]Cfr. DE LOS MOZOS, "La obligación real...", *cit.*, p. 354.

[1561]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, p. 263; GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, n. 299 y ss. Esto no significa que la obligación real tenga «componentes reales» por el hecho de ser oponible, como puede ocurrir con el arrendamiento protegido −a través de su oponibilidad especial, se aproxima al derecho real−. La obligación real no se está aproximando al derecho real, está presente en la relación de reparto.

libremente) va a afectar, sin duda, a la vida de la obligación (abandono, abandono o renuncia liberatorios) porque no tiene sentido que venga obligado quien ya no participa de la relación de reparto[1562].

b) La adquisición implica para el nuevo titular asumir las obligaciones que «acompañan» al derecho real −y también la posición de acreedor, en su caso−. Porque no sólo está adquiriendo un derecho, está entrando en una relación (previa, ya configurada en abstracto). Es la problemática de la transmisión de la obligación, que determina su carácter ambulatorio[1563].

Estas dos cuestiones, que determinan el «efecto real»[1564] de la obligación, serán objeto de análisis más adelante, pero podemos adelantar que ni el abandono liberatorio ni la transmisión pueden entenderse, *a priori*, desligados, a la vez, de la teoría general de las obligaciones, y de la teoría general del derecho real. En el momento en que la relación de reparto justifica la presencia de una obligación, y encontramos un deudor concreto, autorizada doctrina ha planteado hasta qué punto puede afirmarse que con el abandono desaparece por completo, o con la transmisión se transfiere automáticamente la deuda, pues no deja de haber, mientras no se demuestre lo contrario, un obligado personal. Parece prudente no aventurarse a establecer criterios en este aspecto sin haber abordado un análisis previo de diversas situaciones[1565]. Ni quizá, tampoco quepa hablar propiamente de transmisión de la obligación, cuestión que se plantean varios autorizados especialistas[1566].

[1562]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 30 y ss.; DE JUGLART, *Obligation réelle..., cit.*, p. 276 y ss. El abandono liberatorio no sólo es un rasgo de funcionamiento, resulta criterio para la deslindar la obligación real respecto del territorio del compromiso personal de crédito. Tal es la óptica de la monografía de MICHON, aunque incurre en la exageración de encontrar obligación real allí donde la renuncia a un patrimonio, cosa o derecho, exonera de cualquier cuidado, deuda o responsabilidad: tercer poseedor del bien hipotecado, renuncia a la sucesión, etc. Cfr. MICHON, *op. cit., passim*.

[1563]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, pp. 28-30; GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, p. 41O y ss.

[1564]Cfr. DE LOS MOZOS, "La obligación real...", *cit.*, p. 354.

[1565]Frente a la tendencia que dibuja *a priori*, con trazos firmes, la obligación real, con trasferencia automática de la deuda y liberación por abandono (*Vid.* por todos SCACCHI, *op. cit.*, pp. 19 y ss., 25 y ss., y allí, bibliografía) manifiestan esta prevención, o parecen posicionarse abiertamente en contra, entre otros, GONZALEZ, "Propiedad sobre pisos...", *cit.*, p. 350; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos..., II, cit.*, 1978, p. 60 y ss.; DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 740 y ss.; NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, p. 132; BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*,

La accesoriedad como realidad material

Pero la idea de accesoriedad merece una consideración previa, para centrar ese «efecto real» de la obligación. De lo contrario, habríamos ido demasiado deprisa. En efecto, nos hemos fijado en la relación de reparto, ahí se sitúa la accesoriedad. Precisamente porque, nos atreveríamos a decir, la propia relación presenta, de algún modo, esta nota. Lo principal es la atribución, respecto de ella la relación presenta ya ese matiz de accesoriedad en tanto ha de manifestar, permite, debe hacer viable y provechosa la atribución. La exclusión real le da sentido, pero, si estamos hablando de relación concreta, resulta que −todo lo sutil que se quiera− ha penetrado en ella la idea de concurrencia. Cuanto más nos alejemos de la situación de propiedad plena y relación como vicisitud y transitoriedad, más importancia tiene la relación y la concurrencia, aunque en ella el elemento trascendente sea la atribución y la exclusión.

En la relación −esta constatación es importante− especialmente en aquellas de que sigue dependiendo alguna peculiar forma de propiedad o un derecho real, sólo, en buena medida, artificialmente, y a nivel de análisis, podemos deslindar el elemento real del obligacional, porque se trata de una relación real interpersonal. Su unicidad no debe caer en el olvido, aunque sin llevarnos a hacer consistir o depender el derecho real de una «relación obligacional subyacente», como hace DOMINGUEZ PLATAS. Todo lo contrario. Ahora bien, una vez «en relación» −cuyo sentido y norte es el derecho real− encontramos el «ambiente», por decirlo así, para que los implicados puedan esperar y exigir uno del otro comportamientos concretos «accesorios», en que no consiste pero que acompañan su relación de exclusión[1567].

La accesoriedad presenta varios ámbitos, y, a su vez, tiene diversas vertientes. Algunos autores la entienden como *straneità*[1568], relación distinta y en distinto plano que la real. Así,

---

p. 117 y ss.; BIONDI, *Las servidumbres, cit.*, nn. 283-284; REBOLLEDO, A. L., *La servidumbre de paso en el Código civil*, Madrid, 1990, pp. 183-185, 263-270.

[1566]Por todos, SCACCHI, *op. cit.*, pp. 28-30, y allí otras referencias.

[1567]Para este reconocimiento de la unicidad de la relación, pero también su exageración como relación obligacional subyacente, *vid.* DOMINGUEZ PLATAS, *op. cit.*, pp. 113-114, con referencia al usufructo.

[1568]Cfr. BETTI, *op. cit.*, I, pp. 14-15; GROSSO-DEJANA, *Le servitù prediali, I, Trattato Vassalli*, 2ª ed., Torino, 1955, pp. 58-59; BIONDI, *Le servitù, cit.*, p. 713; BURDESE, A.,

como estamos fuera del puro elemento real, las formas que podemos encontrar en la obligación real no tienen por qué cumplir ciertos requisitos propios del concepto de derecho real... Es cierto. Mas no conviene exagerar este punto. Al contrario, en cuanto accesoria, va unida, conectada a la relación real de exclusión. Desde esta óptica, hay que hablar de una sola relación, entre los derechos, interpersonal, con varias vertientes. En tanto *accesorium sequitur principale*, la obligación ha dejado de ser la relación característica de la vida de un derecho de crédito, para formar parte del funcionamiento de un derecho real, y recibe entonces características propias[1569]. Si se trata de una obligación, paradójicamente estamos fuera del campo de los derechos de crédito. En terminología italiana, se podría decir que se trata estamos ante un *obbligo*, más que frente a una *obbligazione*: subconexión en una relación jurídica de más calado, en la que se manifiesta o vive el derecho real y que sólo en cierta medida puede considerarse dividida en partes: se trata −lo que tendrá importantes consecuencias− de un todo unitario.

La accesoriedad, por lo tanto, se predica, no de un derecho, sino de una relación. No estamos hablando de la que tiene, por ejemplo, una servidumbre respecto a la propiedad, no se trata de «una cosa con sus accesorios», sino de un aspecto de la relación de reparto. Por ello, a través de la relación, es posible la vinculación de un elemento «negativo», nexo peculiar[1570]. En este sentido sí podría llegar a decirse que la obligación es una figura intermedia o «mixta»[1571]: está en la relación real, sólo es este su sentido y, porque

---

Servitù prediali, Trattato GROSSO-SANTORO-PASSARELLI, Milano, 1960, p. 48. La *straneità* se lleva hasta el final por BIGLIAZZI-GERI.

[1569]Cfr. GOUBEAUX, *La régle..., cit.*, n. 299 y ss.

[1570]Por ello, GOUBEAUX encuadra la accesoriedad de la obligación real fuera de la órbita de las consecuencias lógicas del principio, que se mueve en el terreno de los objetos y los derechos. Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, n. 276 y ss.

[1571]El carácter o naturaleza intermedia o mixta ha sido exagerado por algunos autores franceses, en la medida en que pretenden tomarlo en sentido estricto. Para DE JUGLART, la obligación real (categoría autónoma, que no es una noción subsidiaria) es "*rapport de droit réel et de droit personnel à la fois*". Y se presentará con carácter real o personal dependiendo de que se haga o no uso de la facultad de abandono liberatorio. Cfr. DE JUGLART, *Obligation réelle..., cit.*, p. 281 y ss.

Para nosotros, es una metáfora expresiva de la doble vertiente, la naturaleza y estructura de la relación, y su ubicación como instrumento en derecho de bienes y normativa de atribución. Así lo indica DIEZ-PICAZO, *Fundamentos..., II, cit.*, p. 57. En esta perspectiva, sí puede

accesorium sequitur principale, intuimos que recibirá una coloración, adoptará en su funcionamiento rasgos derivados del régimen del derecho real, de la concurrencia a la que sirve[1572].

Sólo entonces hemos llegado al efecto real: la obligación vinculada a una titularidad, y sus corolarios. El adjetivo «real» implica, antes que nada, sin entrar en consideraciones de carácter formal, apuntar la ubicación de tal obligación, su origen[1573] y su función. Por ello es interesante la idea de ABERKANE, que conecta la noción con la concurrencia de derechos reales sobre una misma cosa o cosas vecinas. Pero después, la confunde con el derecho real, al considerarla simplemente una adaptación de la obligación pasiva universal a la situación de conflicto de derechos y ver en la reacción contra la violación del derecho real una

---

resultar aceptable la explicación de la obligación real como la utilización de los servicios para la apropiación de las riquezas. Cfr. DE JUGLART, *ibidem*, p. 349.

[1572]Cfr. GOUBEAUX, *La règle..., cit.*, n. 295 y ss., 297; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos..., II, cit.*, p. 57.

[1573]Como señalaba JERONIMO GONZALEZ, nos encontramos, ante todo, frente a obligaciones de origen real: porque tienen su sentido en la ordenación del reparto real, y por ello, en mayor o menor medida (la obligación misma o sus consecuencias) han de acompañarlo. *Vid*. "Propiedad sobre pisos...", *loc. cit. supra*.

obligación real[1574]. Pone además el énfasis, de acuerdo con una visión de los derechos reales propia del *Code civil* y, más aún, del Pandectismo que conduce al *BGB*, en la «rivalidad» de los derechos reales concurrentes[1575]. Más tarde, GOUBEAUX, como vimos, utiliza la idea de forma adecuada.

Su función en el reparto supone que se trata de una obligación relacionada con una cosa, o mejor −dice DE LOS MOZOS− con un derecho real sobre ella[1576]. Se nos muestran dos aspectos. La obligación se relaciona con la cosa, con el objeto en reparto, en su aspecto de «elemento común». Y por esta razón se vincula a los derechos. Esto la diferencia un poco de otros ejemplos de obligación *propter rem* en que la vinculación del débito con la titularidad pueda obedecer a otras razones tenidas en cuenta por el legislador, básicamente reforzar de un modo especial la posición del acreedor. Por ello, consideraciones como las de ABERKANE o GOUBEAUX, resultan decisivas. No podemos fijarnos sólo en la vinculación de una obligación con un derecho, con la titularidad. Si aparece, es porque «antes» la obligación era accesoria en la relación: a través de ella, accede al derecho. Nunca podremos tener cabal visión de ella considerando la titularidad aislada; hay obligaciones del propietario, o del superficiario, en tal o cual relación. Lo decisivo es que la obligación es de

---

[1574]"*Mode de solution d'un conflit de droits réels, l'obligation propter rem est destinée à permettre l'exercice simultané de droits portant sur une même chose ou sur deux choses voisines, elle exprime l'opposabilité du droit au tiers titulaire d'un droit concurrent*". Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, pp. 25 y ss., 49, 54, 176, etc.

De todas formas, en otro sentido, la obligación real expresa, como instrumento en la concurrencia, de modo accesorio, la oponibilidad del derecho real. Como señala DIEZ-PICAZO, cuando una obligación está funcionalmente conectada con un derecho real, su eficacia resulta −y expresa un aspecto− de la oponibilidad de aquél. Cfr. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos..., II, cit.*, p. 57.

En otro orden de ideas, cuando, al fijarnos en la propiedad plena nos hemos detenido en el contacto externo, ante todo de exclusión (obligaciones *propter rem* en tránsito a la esfera de la obligación real, por vecindad, accesión, liquidación posesoria...,) cabría afirmar, llevando las cosas al extremo, que también quien ataca, o se está beneficiando de la usurpación, entra o «ha entrado» (por ello puede perturbar) en una relación real con el propietario, lo que se va a solventar, podría decirse, a través de una obligación real (ahí se agota el peculiar «reparto» entre el titular legítimo y el intruso, a la que es ajeno cualquier otro tercero) que equilibre la situación irregular.

[1575]Con ello, en realidad, poco espacio quedaría para la obligación real accesoria.

[1576]Cfr. DE LOS MOZOS, "La obligación real...", *cit.*, p. 348.

origen real porque tiene un sentido en la relación de reparto, de la que con frecuencia el derecho sigue dependiendo[1577]. Por ello se vincula, con más o menos fuerza, no a la persona concreta, sino a la propia relación. En este sentido adquiere cierto interés la afirmación (con expresión bastante arriesgada por otra parte) de que la obligación surge de la íntima potencialidad del derecho real. Es falso si nos fijamos en el derecho mismo, atribución y exclusión *erga omnes* correlativa. En cierta medida, si no nos centramos en el derecho mismo, y lo enfocamos desde la ventana de la relación, el derecho real genera ineludiblemente exclusión, y puede implicar, eventual, accesoriamente, obligación[1578].

Esta cuestión se ha planteado por autores como BALBI o BRANCA, en la doctrina italiana, con diferentes puntos de vista y conclusiones. BALBI se limita a señalar que ha de haber un enlace entre el contenido de la prestación y el del derecho real. Por eso, el deudor no puede ser más que el titular, es quien está «*in grado di accomppierla*» (la prestación). En la doctrina formalista de BALBI, lo más importante estriba en la estructura de la obligación, mecanismo con unos trazos concretos, fuertes e inequívocos: transmisión, abandono, porque no es lógico *a priori* que haya de cumplir la obligación quien, por no ser titular, no está en condiciones de hacerlo. Sin embargo, no se demuestra por qué hay que considerar sin condiciones para cumplir determinadas obligaciones reales, o sus consecuencias, a quien dejó de ser titular, pues, materialmente, podría hacerlo, con lo que quiebra un poco la construcción de BALBI, o habría que reducir el ámbito de sus obligaciones *propter rem* (que no reales) a unos pocos supuestos[1579].

[1577]Respecto al acceso de la obligación al derecho real a través de la relación, comparar BURDESE, *Servitù..., cit.*, pp. 48-49, y GROSSO-DEJANA, *op. cit.*, pp. 58-59, con NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, pp. 133-134. Por esta razón, el procedimiento más adecuado de ordenar las obligaciones reales nos lo ofrece el panorama de las distintas relaciones de reparto. Cfr. DE LOS MOZOS, "La obligación real...", *cit.*, p. 359; SCACCHI, *op. cit.*, p. 51 y ss.

[1578]Es la nota de eventualidad, que, junto a la accesoriedad, caracteriza la obligación real. Se trata de una idea lógica, derivada de la distinta posición que ocupan el elemento real y el obligacional en la conformación de la relación, que puede predicarse aún de las obligaciones legales. Incluso estas, normalmente, están previstas en abstracto y requieren la concreción de sus presupuestos de hecho en el curso de la relación, y la intervención de la voluntad «para obligar» al titular concurrente. *Vid*. BIONDI, *Le servitù, cit.*, p. 713; NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, p. 131; BALBI, *Le obbligazioni..., cit.*, p. 145; BRANCA, *Comunione..., cit.*, p. 159.

[1579]Cfr. BALBI, *Le obbligazioni...*", *cit.*, p. 134 y ss.

Parece preferible la dirección que sigue BRANCA, y otros autores alineados con él. La obligación real (efectivamente, ya real) se conecta con el reparto de la cosa, y por ello tiene sentido que corresponda al titular del derecho real frente a la otra persona interesada en el reparto de las utilidades de la cosa, en su *status*, utilización, conservación, en la medida que resulta un comportamiento integrado en el ámbito del ejercicio del propio derecho, y afecta a un interés propio, pero se realiza en función del interés del acreedor implicado en el reparto[1580]. (Nos encontramos en el amplio campo de las obligaciones *propter rem* en el terreno propio del equilibrio y coexistencia de los derechos y, dentro de él, nos iríamos introduciendo cada vez más en la esfera propia de las obligaciones reales). Luego, la manera de concretarse la relación de la obligación con la titularidad puede variar según los casos. Tiene origen real, primero, en el reparto, y sólo después, para el deudor, en su derecho real concreto. El contenido de la prestación tiene que ver con el reparto, pero luego, está más o menos conectado con el núcleo de contenido propio del derecho real, o se trata de simples consecuencias de la relación entre derechos concurrentes, prestaciones que, en el fondo, podría estar en condiciones de cumplir cualquier persona[1581].

Acreedor y deudor

Por la relación entre obligación y cosa, resulta evidente que también el acreedor sólo puede ser una persona implicada en el reparto. Esto supone, para ABERKANE y GOUBEAUX que acreedor y deudor han de ser titulares de derechos reales sobre la cosa. Pero no conviene, parece, entender esto en sentido demasiado estricto[1582]. Si no, podría estar

---

[1580]Cfr. BRANCA, G. *Servitù prediali, Commentario SCIALOJA-BRANCA*, Bologna-Roma, 1979, p. 54 y ss. espec. 57-58; 61-63. SANGIORGI, *Regolamento contrattuale..., cit.*, p. 56 y ss.; *Multiproprietà immobiliare e funzione del contratto*, Napoli, 1983, p. 77 y ss.

[1581]*Vid*. a este respecto el resumen de la discusión entre los exégetas franceses, en torno a quién debe cumplir cierto comportamiento obligatorio, o a quién corresponde cargar con la *rémise en état*, en caso de trasmisión del fundo sirviente. Resumido en REBOLLEDO, *op. cit.*, pp. 179 y ss., 265 y ss.

[1582]De acuerdo con aquella visión flexible de las relaciones de reparto. Aunque normalmente se trata del propietario o titular de un derecho real, esto hay que irlo examinando relación por relación. El implicado en la relación que es vicisitud de la propiedad, puede ser un poseedor, el titular de un derecho personal, quien edificó o plantó en finca ajena, e incluso un simple ciudadano, un transeúnte, «interesado» en la finca, en el reparto peculiar que expresa el interdicto de obra ruinosa.

justificada la crítica de BIGLIAZZI-GERI, para quien este encuadramiento supone limitar injustificadamente el ámbito de la obligación real. Sólo la ve como obligación, frente a quien fuere, vinculada a una titularidad, y, en este punto, se acerca a la concepción de BALBI. Esta simplicidad, sin embargo, en vez de ampliar limita las posibilidades del juego de la noción, pues al despreciar su fundamento y realidad material, sustancial, queda sólo como realidad legal[1583].

Igualmente, es necesario adoptar una postura flexible en cuanto a la obligación real del poseedor[1584]: no conviene olvidar que la posesión es también, a su modo, un derecho real, una atribución (supone un tránsito del *factum* al *ius*) aunque sea con los caracteres que indica DE CASTRO. Como en el fondo es un hecho, resulta, en parte siempre igual, y en parte, siempre distinta[1585]. No cabría, por consiguiente, plantearse esta cuestión en general, sino fijarse, en cada momento, en las obligaciones que corresponden al poseedor a título de dueño (que, en buena medida, aparece a estos efectos como el mismo propietario) las de quien posee el usufructo, etc. Qué duda cabe que el poseedor, aparte de las relaciones que se contemplan con el *verus dominus* (las que interesan propiamente al Código) aparece (especialmente en el caso del poseedor *ad usucapionem*) auténtico partícipe en relaciones de reparto.

Incluso la mera tenencia puede suponer, o bien la cualidad de obligado, o bien, de forma más modesta, afectado por las obligaciones reales características de una relación de reparto, por ejemplo, de vecindad. El reparto por razón de vecindad (este sería el modo más correcto de hablar) implica estrictamente al propietario (es quien se sitúa «en reparto»). Sin embargo, el poseedor, el inquilino, no deja de ser vecino, y el titular jurídico-real acreedor puede exigirle, directa o indirectamente, ciertos comportamientos. La utilización del bien colindante habría de ejercitarse dentro de los cauces marcados por el criterio de vecindad, que puede suponer comportamientos concretos obligatorios. Lo que ocurre también en los supuestos de vecindad cualificada, en que las relaciones derivan de la cotitularidad y

---

[1583]*Vid*. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, pp. 48-49.

[1584]Sobre el tema, *vid*. BALBI, *Le obbligazioni..., cit.*, p. 122 y ss.; BIONDI, "*Oneri reali..., cit.*, p. 193 y ss.; BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 41 y ss.; NATUCCI, *La tipicità..., cit.*, p. 120.

[1585]*Vid.* sobre todos estos puntos, PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 75 y ss.; CASTAN, *Derecho civil..., II-1, cit.*, 14ª ed., revisada por GARCIA CANTERO, 1992, p. 638 y ss, 660 y ss.

configuración más o menos artificial de bienes concretos a partir del objeto originario único[1586].

La obligación real, se refiere normalmente a derechos reales de uso y disfrute, o formas de cotitularidad compartida en que uso y disfrute juegan un papel determinante, en el aprovechamiento de utilidades de las cosas. Aquí, ha distinguido COSTANTINO entre la esfera del goce y la de la utilización de los bienes. La organización de los derechos reales concurrentes se integra en la esfera de la utilización del bien, y aquí, las obligaciones reales y vínculos de destinación, como las llama este autor, afectan a los propietarios de los bienes vinculados, pues no se trata sólo de organizar goces concurrentes, contribuyen a la definición de las atribuciones en la situación de *collegamento dei beni*, hacen posible o facilitan la utilización en autonomía −sistema de reparto− de los bienes *collegati*. Pero existen también determinaciones contractuales que organizan el goce concurrente. En esta esfera, que se encuentra como más en la periferia respecto a los elementos que dibujan y hacen posible el reparto real (por ello, encontramos el criterio de la mayoría, para organizar la administración y mejor disfrute en la comunidad, o para las ordenanzas de régimen interior en la propiedad horizontal) es más fácil que las obligaciones reales, frente a otros propietarios vecinos, pudieran afectar a titulares de derechos reales de uso y disfrute, pues nos encontramos en el ámbito de su atribución, o incluso de poseedores inmediatos como el arrendatario vecino. El goce les corresponde, y en esta medida estarán afectado o vendrá obligado frente a los titulares concurrentes o vecinos, por las obligaciones que organizan el goce concurrente de varios[1587].

[1586]Me refiero a la vecindad jurídica derivada de la ruptura relativa de una propiedad única o comunidad ordinaria, para la construcción (a través del instrumento jurídico, apoyado en un soporte material) de −según dónde pongamos el acento− bienes vinculados, o particulares derechos de uso y disfrute. Acaso se trata del ámbito en que, hoy por hoy, la virtualidad de un sistema abierto en materia de esquemas de reparto puede dar más fruto. *Vid.* COSTANTINO, *op. cit.*, p. 265 y ss. SANGIORGI, *Multiproprietà..., cit.*, p. 22 y ss.; CASELLI, *op. cit., passim*.

[1587]El goce, de alguna manera, es eventual, o transitorio. En la comunidad, en tanto no se realice la división, de alguna manera puede ser preciso organizarlo, lo que cabe hacer por mayoría, y no afecta estrictamente a la estructura real. (*Vid. supra*). Ahora bien, una organización, por ejemplo, en propiedad horizontal, se mueve en la esfera de la utilización del bien (relativamente independiente) según autonomía. Sin perjuicio de que en tal estructura aparezcan esferas de goce concurrente. *Vid.* COSTANTINO, *op. cit.*, pp. 288 y ss., 302 y ss., espec. p. 304 y nota 68. El poseedor, el inquilino, en la medida en que se integra en relación de

Accesoriedad instrumental, aspectos y planos de la cooperación en el reparto

Volviendo al hilo conductor de nuestro discurso, interesa recordar que, en razón de ese peculiar sentido de la obligación real, se presenta ante nosotros como una relación en parte personal, en parte impersonal. Como obligación, en el momento en que existe un deudor concreto, parece que no es posible *a priori* prescindir de él. El cumplimiento forma parte y el incumplimiento erosiona el equilibrio de intereses en el reparto. Pero, en cuanto real, participa del carácter impersonal de la relación de exclusión. Este carácter puede tirar de la obligación hacia un funcionamiento muy distinto. No tenemos cifrada la expectativa de obtener la prestación, de alguien con quien hayamos particularmente contratado. Por esto, la transmisión de la obligación, por la propia naturaleza de las cosas, no puede entrar en conflicto con la idea de consentimiento del acreedor propia de la teoría de la novación. Y en la medida en que se trata de un accesorio, la liberación por abandono constituye siempre la frontera que nos separa de un compromiso contractual. El funcionamiento de los corolarios técnicos de la accesoriedad, transmisión y liberación por abandono, discurrirá siempre en un equilibrio entre estos dos criterios, relación impersonal, obligación personal.

La accesoriedad, en la medida en que el esquema esencial de atribución-exclusión es lo principal, se nos muestra también desde la perspectiva del contenido. No resuelve sino aspectos colaterales a la atribución y reparto. En esta óptica del contenido de la prestación, BALBI, por ejemplo, ha distinguido cuatro grandes grupos:

Obligaciones que tienen por objetivo proveer a la conservación de la cosa, en general a la tutela de las posibilidades de disfrute, a evitar daños.

Aquellas cuyo contenido fija límites o modalidad en la utilización de la cosa (actividad del usufructuario o superficiario, en la vecindad entre fundos, en utilización de la cosa común).

Las que imponen mutación del derecho real, o afectan a la disponibilidad del mismo: prohibiciones de dividir, comunidad forzosa, sujeción al tanteo o retracto obligacional...

---

vecindad y entra, además, en la concurrencia de goce, está involucrado en las correspondientes obligaciones, sin que por ello desaparezca de escena el propietario. *Vid*. DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad..., cit.*, pp. 283-284.

Las que tienen por objeto indemnizar, pago de incrementos o enriquecimientos: accesión, liquidación posesoria, hallazgo, y, en general, hay que entender, resolución en equilibrio de conflictos en la relación de reparto[1588].

Pero esta idea (colateralidad) se refiere a la propia definición de la figura, no significa que el contenido no pueda llegar a revestir particular importancia, conformar la consecuencia más relevante que el legislador dispone en la relación contemplada, estar, en ocasiones, cercano al núcleo de la relación, o sustituir en un momento dado el esquema de utilización por la relación obligacional. Al mismo tiempo, la propia unicidad de la relación de reparto conduce a que algunas veces sea difícil discernir si nos encontramos ante límite de exclusión o cooperación accesoria. Dependerá del caso concreto y de la perspectiva desde la que lo estemos contemplando. Así ocurre con las que podemos denominar obligaciones reales estructurales (aunque todas, por su vinculación real, más o menos lo son) que introducen nuevos rasgos en el esquema de reparto y son instrumento de su variabilidad, o cuando contemplamos los límites de la concurrencia en comunidad, vecindad, o en general las obligaciones reales negativas.

Lo interesante es que se trata de una manifestación de cooperación subordinada al reparto. ¿Qué sentidos puede tener tal cooperación? Su diversidad se manifiesta en la variedad de contenidos accesorios y nos introduce en la cuestión de la accesoriedad funcional, que cierra el círculo de las perspectivas de la accesoriedad: la obligación real es un instrumento, un material constructivo de la relación de reparto, que entra en juego para hacerlo posible, objetiva o subjetivamente (viabilidad como relación real de reparto de

---

[1588]Cfr. BALBI, *Le obbligazioni..., cit.*, pp. 137-138. BIGLIAZZI-GERI se limita a constatar, en general, la relación entre la titularidad y una obligación dispuesta en función del ejercicio o conservación de un derecho de otro, para la satisfacción de intereses generales, o en función del principio «*cuius commoda, eius et incommoda*». Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 49. SCACCHI señala, sin más, que ha de haber una relación entre el derecho y el contenido de la obligación. Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, pp. 27-28. Profundiza más SANGIORGI: la obligación real es una vertiente en el amplio territorio de la obligación *propter rem*, que supone "una modalidad de ejercicio de un derecho, con el fin de asegurar que tal ejercicio tutele incluso el interés de un sujeto distinto del titular". El interés puede ser coordinación de actividad concurrente sobre una finca (servidumbre), garantía de la futura readquisición de la plenitud del dominio (usufructo, derecho de superficie), o coordinación en el *collegamento dei beni* del conjunto inmobiliario. Cfr. SANGIORGI, *Regolamento contrattuale..., cit.*, pp. 56-57, p. 62 y ss.

utilidades, adecuación al interés y necesidades de las partes) facilitarlo o procurar solución a conflictos de intereses actuales o previsibles en el curso de la relación.

La primera manifestación, embrionaria, de cooperación en el reparto, conecta con el sentido de la obligación *propter rem* en la coexistencia entre derechos y esferas jurídicas en contacto: no dañar, prevenir. Los límites de exclusión se nutren a través de exigencias de cooperación. En ocasiones, evitar el daño exige cooperación positiva. En la medida en que la esfera común adquiere más importancia, nos encontramos en el interior de una concurrencia, y resalta la obligación de conservar. La cosa común no sólo impone conservación. Su goce puede requerir una organización obligacional. Y obligaciones reales estructurales pueden fijar trazos más firmes que introduzcan en aquella comunidad, más o menos, el reparto de exclusión, hasta salir de ella. Nuevamente, en el reparto de exclusión, la obligación real surge en consideración del aspecto común, concurrencia, al servicio de la mejor realización de cada interés individual. Procura garantizar que el reparto, por su propia dinámica, no deteriore la cosa ni comprometa el interés de alguno de los implicados. A través de limitaciones y modalidades en el ejercicio de los derechos, y con la cooperación positiva, se hace viable la relación, lo que incitará a utilizarla al servicio de cierta función. Y, por último, se ordenaran conflictos de intereses que pueden surgir con ocasión de un particular reparto.

Puede hallarse la obligación muy cercana al núcleo de exclusión que deslinda las utilidades atribuidas, por ser necesaria para hacer posible esa estructura sin perjuicio ulterior para ninguno. Acaso no sea suficiente, a estos efectos, la desnuda fijación del límite que separa las posiciones de atribución, pues el prescindir de la vestimenta obligacional se traduciría en riesgo permanente de conflicto, o podría comprometer la conservación o mantenimiento de los bienes en las condiciones previstas antes de la entrada en reparto, con enojosas consecuencias y necesidad de recurrir a remedios drásticos que podrían haberse evitado[1589]. Esto explica la intervención de la ley con obligaciones imperativas (aunque no

---

[1589]El principio *salva rerum sustantia*, que manifiesta el límite de atribución pero se nutre y puede modalizarse con criterios y exigencias de cooperación –*cautio usufructuaria* y nuevas modalidades– es una buena muestra de esto. *Vid. infra*. SAVIGNY, *Le droit..., I, cit.*, § 15, pone como ejemplo eminente de obligación real "la que se da en el usufructo". Parece que está pensando en la relación completa propietario-usufructuario. Recordemos aquí lo señalado acerca de la unicidad de la relación. Así podría contemplarse: la relación entre uno y otro, siendo relación real de exclusión, se desenvuelve como lo haría una relación establecida contractualmente, con un conjunto de derechos y obligaciones. Pero se trata de una relación de

es éste su único campo, pueden corresponder a cierta finalidad específica pretendida por el legislador para una regulación concreta).

Un segmento interesante viene constituido por las obligaciones que no sólo facilitan el reparto, sino que lo hacen posible, con un determinado matiz: su presencia y la garantía de su cumplimiento produce un aumento o evita la disminución de las utilidades a repartir, llegando a hacer viable en la práctica la propia distribución establecida y el cumplimiento de las expectativas que dieron origen al esquema buscado. Inciden no sólo en la estructura de reparto sino, en conexión con tal estructura, en las propias características de la cosa a repartir, enriqueciéndola con vistas a esa distribución. Y, por tanto, después, en los caracteres −jurídicos, de utilización− de los objetos que satisfarán el interés individual: la atribución individual autónoma se hace posible, pero hay que pagar un cierto peaje obligacional que es preciso vaya unido, por la propia naturaleza de las cosas, a la atribución misma. Se trata, por ejemplo, de los *vincoli di destinazione* de que habla COSTANTINO, presentes en la propiedad por pisos[1590], en las urbanizaciones. Igualmente, y con matiz especial, las cláusulas estatutarias necesarias para asegurar el entramado obligacional imprescindible en el esquema de reparto «multipropiedad» (precisamente la importancia de este ropaje obligacional al servicio de los titulares hace plantearse hasta qué punto pueda construirse este sistema de utilización de los bienes por la vía de las simples relaciones de atribución).

También en el ámbito de los derechos reales limitados, concretamente, del *dèmembrement* que afecta al propietario, vaciando considerablemente, por un tiempo, su dominio, encontramos un tipo de obligaciones reales (aunque las tipologías siempre serán relativas, depende en cada momento del punto de vista, desde diferentes ángulos una obligación real puede encuadrarse en diversas categorías) en que se manifiesta con especial vigor la idea de accesoriedad funcional. En ocasiones, no resulta interesante para el propietario, el establecimiento de cierto *démembrement*, si no va acompañado de alguna concreta obligación para el titular del *ius in re aliena*, que, por la función que está llamada a

---

atribución. Esto no significa que nos encontremos ante la «relación obligacional subyacente» de DOMINGUEZ PLATAS, sino que, el usufructo, en su versión relación propietario-usufructuario (que no agota la posición del usufructuario, y en la que no depende ya su atribución de las obligaciones asumidas por el dueño, en cuanto *ius in re*) se nos ofrece en buena medida como un conjunto de pretensiones de cooperación.

[1590] *Vid*. COSTANTINO, *op. cit.*, p. 304 y ss.

cumplir, es necesario vincular a los eventuales titulares sucesivos, para que el beneficio derivado de su cumplimiento recaiga en el propietario al fin de la relación. En la medida en que el legislador considera útil o conveniente el recurso a cierto esquema de reparto, tendrá que prever o deberá permitir la posibilidad de establecer, al constituirse, tal obligación. Así, los particulares, explica DE LOS MOZOS, pueden modular el contenido del derecho de acuerdo con sus intereses y necesidades, siempre en la órbita de su contenido normal o natural, que cristaliza en un contenido concreto. Un ejemplo muy especial, como hemos visto, nos presenta el derecho de superficie. Así, es posible adecuar la institución a su función.

Así, a través del Título Constitutivo, podría revitalizarse la utilización del usufructo, obteniendo una versión de este derecho «dinámica», en que el usufructuario no ejerza una simple actividad conservatoria negativa o pasiva sino en cierta medida activa, en vistas al mantenimiento y mejora del valor de las cosas (usufructo «asociativo» en la gestión de patrimonios). En todo caso, aquí la posibilidad de liberación por abandono debe marcar un criterio que separe al usufructuario de un obligado contractual.

Estas obligaciones reales precisan especialmente una autorización de la ley o un ajuste con la naturaleza de las cosas que responda y permita, si no una tipicidad legal, sí al menos una cierta tipicidad social...

En ocasiones, la actividad obligatoria resulta vinculada a la propia subsistencia de la relación de reparto, en un terreno que puede ser mixto entre relación real y compromiso contractual: la propia obligación real deja de serlo para configurarse como un elemento de la relación originaria (más que del derecho) como condición para el propio nacimiento o mantenimiento del *démembrement*. Es el terreno de la obligación de mejorar, en la enfiteusis, o de construir, en el derecho de superficie. También, si el incumplimiento de la diligencia debida en el usufructo es particularmente grave, la relación puede trasformarse sustancialmente.

Volvemos a encontrar en este último ejemplo su carácter como material constructivo del esquema de reparto, cuya accesoriedad instrumental y funcional juega a varios niveles, cuando consideramos la diferencia entre ciertas obligaciones previstas para, podría decirse, la situación de desarrollo saludable de la relación, y otras que sólo entran en juego en situaciones de crisis o enfermedad. Pensemos en las posibles consecuencias del mal uso de la cosa usufructuada, según el art. 520 CC, que no produce la extinción del derecho, pero sí puede determinar la modificación de su aspecto externo, obligando al usufructuario a aceptar una forma de participar en las utilidades en que se convierte en receptor de

prestaciones obligacionales debidas por el nudo propietario administrador. Todo ello, además, entiendo que puede revestir diversas formas y modalidades eventualmente previstas en el Título constitutivo. La accesoriedad de estos elementos obligacionales reviste un carácter especial, suponen el cauce concreto para la manifestación del reparto en un momento de crisis[1591].

Otro aspecto de la accesoriedad se refiere a la propia formación de las relaciones de reparto, como se observa en Derecho Romano, y también actualmente. Es la accesoriedad para la construcción o metamorfosis de los tipos, cuyo juego se manifiesta en el análisis histórico, evolutivo, cronológico, y que exige la contemplación de períodos de tiempo amplios, pero permite averiguar, interpretar y prever movimientos en la evolución del derecho de bienes. Por ejemplo, en el usufructo, el principio *salva rerum sustantia*, límite de exclusión que en un principio no es más que la consecuencia de la atribución del *uti frui* (para algunos, significa simplemente que el usufructo sólo podría recaer sobre cosas inmunes al deterioro por el uso...) aparece después reforzado por la estipulación pretoria que se llega a hacer habitual[1592], con lo que resulta a la vez límite de exclusión y surtidor de exigencias de cooperación, cuando se contrasta la rigidez del límite originario con las exigencias de desarrollo de la figura, que requieren hilar más fino para poder atender a nuevas situaciones y garantizar mejor los intereses[1593]. En la *stipulatio* se ofrece, para la

---

[1591]*Vid*. CATALA ROS, R., *El abuso del usufructuario: análisis del artículo 520 del Código civil*, Madrid, 1995.

[1592]*Vid*. por todos, ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho romano, I, cit.*, p. 293 y ss. Más adelante, en el tratamiento específico del usufructo, otras referencias.

[1593]Explica SANGIORGI que el deber del usufructuario de respetar el destino económico de la cosa, igual que la prohibición para el multipropietario de extender su goce o producir efectos que excedan del ámbito temporal de su derecho, son prohibiciones que representan un límite intrínseco al contenido del derecho, ateniendo a la estructura del poder, al ámbito de la atribución. Respecto del usufructo, Cfr. PUGLIESE, *Usufrutto..., cit.*, 1972, p. 262; BARBERO, D., *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano, 1952, p. 21.

Sin embargo, el propio concepto de respeto del destino económico, o el *salva rerum sustantia*, cuando no es una simple descripción (bienes cuyo destino no puede comprometerse por su uso), reflejan un límite que entraña cooperación en una concurrencia, dado el carácter espiritual y no material de las fronteras. Y, lo que no será más que una continuación de este camino emprendido, señala SANGIORGI que el Título constitutivo puede desplegar una función integrativa en dos direcciones: extendiendo al ámbito de las prohibiciones, o como surtidor de obligaciones positivas, con función instrumental para mejor asegurar el cumplimiento de los

construcción del usufructo, el compromiso de devolver y el de utilizar la cosa con la diligencia adecuada que, con el tiempo, y así resulta actualmente, se convierten en elementos del tipo del usufructo (aquí encontramos, una vez más, el entrecruzarse de las determinaciones constructivas del tipo real y las obligaciones reales imperativas).

Un ejemplo más reciente de esta accesoriedad cronológica nos lo ofrecen aquellas situaciones que, sin salirse originariamente del tipo de la comunidad, han dado lugar después a nuevos esquemas de reparto, con la construcción, más o menos artificial, de nuevos objetos de derecho. En la época del primitivo art. 396 CC, la doctrina encuentra aún inviable una construcción como lo que hoy ofrece la propiedad horizontal, perfectamente delineada legalmente. En aquel entonces, el edificio en comunidad funcionaba con un conjunto de obligaciones reales que constituyen el germen de lo que hoy resulta ser una nueva estructura de reparto.

De ello podemos extraer interesantes consecuencias: por un lado, en cuanto a las tipologías de obligaciones reales, la diferenciación entre las que podríamos llamar obligaciones reales estructurales y las que no lo son tanto (aunque todas, por su eficacia real, son en cierto modo estructurales). Implican o se relacionan con la posibilidad de las partes de jugar con elementos del tipo real, que resultan disponibles sin llegar a desvirtuar la estructura originaria. Podría establecerse una cierta correlación entre esta idea y la de las obligaciones relativas a la utilización de los bienes, de COSTANTINO, que requieren para su establecimiento y derogación acuerdos unánimes, con lo que ya resultan próximas al esquema real, y respecto de ellas se plantea especialmente el problema de aquella zona magmática donde resulta difícil discernir límite real de exclusión, y cooperación obligacional *propter rem*.

---

límites (permitiendo, diría, poder utilizar el esquema con mayores perspectivas sin comprometer los intereses). Entonces, "*la trasformazione di un semplice dovere negativo in vere e proprie obbligazioni positive si riscontra nell'ipotesi di usufrutto di azienda con riguardo a la «gestione» imposta all'usufruttuario dell'art. 2461 (Cfr. PUGLIESE, Usufrutto..., cit. (1971), pp. 708, 711 ss.) Possiamo dire in generale (ma il riferimento viene fatto principalmente per la multiproprietà) che la specificazione integrativa operata dal titolo ricorre allorché l'accento viene posto piú che sul divieto di modificare una situazione esistente, sull'esigenza di mantenere un determinato assetto*" Cfr. SANGIORGI, *Multiproprietà..., cit.*, pp. 95-97 y nota 43. Ahora bien, si esto es planteable, es porque el propio límite inicial lleva en germen esta sustancia obligacional, porque la idea de mantener, a pesar del reparto, empieza a estar presente desde que el *salva rerum* deja de ser simple descripción de límites «físicos».

Por otro lado, la constatación de que el criterio de *numerus apertus* en derechos reales tiene un importantísimo campo de aplicación, si no el único, en todas aquellas situaciones en que, partiendo de una comunidad, y sin llegar a salir de ella, se determina luego una nueva estructura de reparto, con una ruptura (relativa) de la comunidad, en parte jurídica, y en parte a través de la construcción de nuevos objetos. Aquí, de la esfera del goce concurrente y su regulación, pasaríamos al terreno de la organización estructural de una comunidad, con arreglo a criterios nuevos, y al final, llegaría a desembocarse en formas análogas a la propiedad horizontal. Esto ocurre, o al menos, así lo explica CASELLI, en algunas formas de lo que conocemos como multipropiedad.

Por fin, esquemas que todavía no encuentran acomodo claro en el sistema de los derechos reales por carecer del *auxilium legis*, se desarrollarán a través de obligaciones reales estructurales modificativas de un esquema previsto. Al final, resulta que buena parte de ellas no eran propiamente obligaciones reales, sino que es preciso elevarlas a la categoría de trazos estructurales del nuevo esquema de reparto establecido. Y, en todo caso, la presencia de un conjunto homogéneo de obligaciones reales que alcanzan una cierta relevancia de tipicidad social en su utilización (no se trata sólo de tal o cual obligación real, sino de un conjunto que sospechosamente se repite) es un indicio claro de que nos encontramos ante el nacimiento de un nuevo esquema de reparto.

Referencia a los criterios tradicionales de ordenación

Tras todas estas consideraciones, resulta posible comprender adecuadamente cómo, en cuanto obligación, como hemos visto también, puede imponer una prestación de dar, hacer o no hacer: referirse al modo de mantener o utilizar la propia cosa (o no totalmente propia, pero que se tiene en cierto aspecto atribuida) a la contribución a diversos gastos o cargas, o a abstenerse de ciertos comportamientos. Respecto a estas obligaciones de no hacer, como vimos, diversos autores las rechazaban porque al dificultar su admisión la distinción con las servidumbres, se desdibujaría la claridad de la noción "utilizándola como para tapar agujeros, lo que no es compatible con una categoría bien definida"[1594], argumento criticado por DE LOS MOZOS, por corresponder a un entusiasmo dogmático hoy superado[1595]: se trata de hacer dogmática, pero también, un poco, con intención de erosionar otro tipo de

[1594]Cfr. NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, pp. 227-228.

[1595]DE LOS MOZOS, "La obligación real...", *cit.*, p. 345.

dogmática desligada de las realidades de la vida. Por ello, no se trata tanto de delimitar perfectamente categorías como límite, servidumbre, obligación, sino de presentar conceptos que resulten utilizables, sin la obsesión de excluir unos por otros, para configurar las relaciones de derecho de bienes, al lado de otras figuras o conceptos.

Casi se podría decir que, de lo que se trata es precisamente, de hacer lo que NEUENSCWANDER critica: utilizar la noción para tapar agujeros, como categoría instrumental, pues la idea de obligación real (más allá de la simple problemática de la prestación positiva, y, más reducida aún, accesoria de la servidumbre) no puede concebirse sino como elemento constructivo, teniendo a la vista las tareas de arquitectura jurídica de los distintos esquemas de reparto, presente y utilizable −y utilizada− desde el derecho romano (recordemos la *cautio usufructuaria*, la *servitus oneris ferendi*...) con un sentido de accesoriedad que juega a varios niveles.

En ocasiones no será necesario ni conveniente catalogar como obligación real negativa lo que puede discurrir en el cauce de la servidumbre o límite del derecho. En determinadas relaciones, sólo tendrá sentido acudir a la obligación real para encuadrar el comportamiento positivo de dar o hacer, donde, indudablemente, la noción tiene su manifestación y utilidad más evidente. Pero otras veces, las determinaciones estatutarias del ejercicio de la titularidad que llevan consigo prohibiciones, o combinan comportamientos positivos y negativos, pueden encajar muy bien en la doctrina de la obligación real, sin necesidad de acudir a otro esquema[1596].

Por fin, alguna observación se ha de hacer respecto a la distinción tradicional en la doctrina entre obligaciones legales imperativas y dispositivas, y convencionales o voluntarias[1597]. De entrada, parece que una vez establecida como real, la obligación de que se trate no presenta especiales diferencias en virtud de estos distintos orígenes. Solamente hay que matizar que, en ciertos casos, mientras permanezcamos en el terreno de la

---

[1596]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, pp. 18 y ss., 38 y ss. RUEDIN, *op. cit.*, p. 115. YUNG, *op. cit.*, p. 177. Lo admite incluso BIGLIAZZI-GERI, siempre empeñada en una reducción del cuadro de las obligaciones reales, y en su distinción con el límite del derecho. Aunque limita la posibilidad de que surjan obligaciones reales negativas a la actuación de la autonomía de las partes, en la determinación convencional de obligaciones reales típicas, o en la eventual posibilidad de creación de otras nuevas. *Oneri reali..., cit.*, pp. 48-49.

[1597]*Vid*. DE LOS MOZOS, "La obligación real...", *cit.*, p. 355 y ss.

coexistencia externa de los derechos y la obligación *propter rem*, la obligación necesita estar descansando en el apoyo de la ley[1598].

Porque la obligación, antes que nada, es, desde otro punto de vista, de origen real, la doctrina de las fuentes de las obligaciones se ha de adecuar aquí al panorama de la génesis de la propia relación real, de que forma parte, y del derecho real. La ley y el contrato entran en juego en la medida en que lo hacen para el propio establecimiento de la propiedad o derecho real. La obligación es legal o contractual, en la medida en que la ley y el contrato intervienen en el dibujo de la relación real. Pero, por así decir, una vez que se establece, la obligación no puede tener su asiento, propiamente, en el contrato, sino en el derecho real, en la relación de reparto prevista por la ley y de que el contrato fue vehículo (sistema del título y el modo) para el establecimiento y ordenación.

Para un sistema en que la propiedad y derecho real es antes que nada realidad legal, la obligación real podrá ser sólo legal imperativa o dispositiva[1599]. Las obligaciones legales imperativas revelan una especial intervención de la ley, o bien porque están próximas al núcleo de la relación de reparto establecida, o porque aseguran equilibrios o solventan conflictos de intereses en la coexistencia externa de derechos, de lo que el legislador se ocupa especialmente (prevención de riesgos, responsabilidades por la cosa, edificación o

---

[1598]Aunque, muchas veces, con un sentido «cuasicontractual»: vecindad, accesión, posesión...

Esto nos permite una consideración incidental acerca de las fuentes de las obligaciones. No conviene olvidar, señala LASARTE, que "en realidad, dos milenios de historia del derecho han puesto de manifiesto la inutilidad de las pretensiones sistematizadoras respecto a las doctrinalmente denominadas fuentes de las obligaciones".

En la obligación real se manifiesta la fuerza, como fuente, de la ley, en el sentido general, omnicomprensivo, y concreto, particular. También el contrato, en cuanto negocio constitutivo de un derecho real (no, estrictamente, en lo que se refiere a su fuerza obligatoria *lex inter partes*), y en cuanto, en situaciones de cotitularidad, la ley prevé y permite el acuerdo colectivo (tampoco estrictamente «contractual», pues, como se ha dicho). Pero asimismo, en las obligaciones que el legislador establece cuando interviene en vecindad, accesión, se vislumbra una fuente *cuasi ex contractu*, de acuerdo al sentido general y descriptivo de este concepto. Por fin, por qué no, hay obligaciones reales *ex delictu*, como se manifiesta en las especiales responsabilidades derivadas del descuido en el buen estado de las cosas y ejercicio de la explotación. *Vid*. para la reflexión sobre las fuentes, LASARTE ALVAREZ, C., *Principios de derecho civil, II*, Madrid, 1993, p. 44 y ss.

[1599]Cfr. LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, pp. 280-281; SCACCHI, *op. cit.*, pp. 16 y ss.

plantación en suelo ajeno, vecindad, liquidación posesoria) sin perjuicio de que conflictos similares puedan darse en el interior de relaciones de reparto de concurrencia[1600].

Y con la distinción, en el segundo grupo, de las obligaciones dispositivas previstas específicamente por la ley, que los particulares puedan mantener o eliminar en el caso concreto, y aquél otro ámbito, más difícil de encontrar, de autorización legal general para el establecimiento de obligaciones con un sentido o contenido concreto.

En un sistema más abierto y de tipicidad causal[1601] puede tener cabida con más facilidad la autorización legal general, expresa o deducida de la necesidad de organizar un conjunto obligacional de modo semejante a otros ejemplos legales, y adecuado a una determinada nueva relación de reparto, lo que permite hablar de obligaciones reales contractuales, siempre con la matización antes realizada: no se trata de un contrato «oponible», sino de la relación real, realidad natural con general reconocimiento legal, originada y dibujada a través del contrato. Después, en el interior de la propia relación, la propia ley, y las partes, en una organización semejante, pueden dejar a la determinación asamblearia de una mayoría[1602], cualificada o no, el poder de generar obligaciones reales en el ámbito de los goces concurrentes o, acaso, como veremos, en una esfera de utilización de los bienes que se sustrae al veto individual.

Será preciso retomar estas consideraciones en la parte final del trabajo, de acuerdo a una cierta opción metodológica: se trata de dibujar unos rasgos, pero sin terminar de cerrar el argumento sin haber abordado previamente un repaso específico a figuras concretas. Tras ello, habrá ocasión de completar la definición y el estudio de la accesoriedad. Ahora, hemos de detenernos un momento en una cuestión que también se ha apuntado, y que completa esta visión del concepto: la relación de la obligación real con el concepto de servidumbre.

Obligación real y servidumbre

Se diferencian por ser la servidumbre una atribución, un derecho real que se basta a sí mismo, mientras la obligación real juega en otro nivel, como accesorio integrante de la

---

[1600]Cfr. DE LOS MOZOS, “La obligación real...”, *cit.*, p. 356.

[1601]Cfr. DE LOS MOZOS, “El derecho de los bienes...”, *cit.*, pp. 94-95.

[1602]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 18.

relación compleja real[1603]. Así, en la propia servidumbre puede haber obligaciones reales. Y, lo mismo, en otros derechos reales, existen obligaciones reales, que *no tienen por qué ser servidumbres*.

Sin embargo, la contraposición entre ambas categorías ha planteado dificultades. Lo que no debería, en realidad, preocuparnos en exceso: existe, como se ha visto, una analogía, aspectos coincidentes; como ocurre en tantos casos y aquí especialmente, encontramos un territorio difuso en que resulta difícil distinguir[1604]. Pero esto no tiene por qué impedir que pueda seguir usándose la categoría de la obligación real con una utilidad propia; esto es lo que más nos interesa.

Sin embargo, ante la novedad que ha supuesto su construcción y las controversias a que ha dado lugar, buena parte de la doctrina y jurisprudencia han preferido, como cauce práctico para dar trascendencia a terceros adquirentes a diversas cláusulas negociales

---

[1603] "La analogía principal entre la obligación *propter rem* y la servidumbre consiste en la persona que está sujeta a un cierto comportamiento: en la servidumbre esta determinación deriva de que se trata de un derecho real, en la obligación real de que el deudor está determinado en virtud de un derecho que tiene sobre una cosa. Pero esta consideración debe llevarnos inmediatamente a la diferencia esencial. La primera es un derecho real: consiste, pues, en una relación inmediata de una persona con una cosa. Por consiguiente, no podemos hablar en cuanto a la servidumbre de obligaciones, ni podemos designar al propietario del fundo sirviente como deudor, pues la obligación es una relación de derecho personal. (...) Debemos, por tanto, buscar la distinción fundamental entre servidumbre y obligación *propter rem* en la distinción entre derecho real y derecho personal". Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 38. *Vid.* DE LOS MOZOS, "La obligación real...", *cit.*, p. 343; BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 23 y ss. y nota 72; GROSSO, en GROSSO-DEJANA, *Le servitù..., I, cit.*, p. 41 y ss.

[1604]"La figura de una obligación *propter rem* con contenido negativo parece constituir el puente de paso entre aquella y el derecho real". Sin embargo, "habrá derecho real cuando se atribuye al sujeto, *adversus omnes*, una esfera de dominación sobre una cosa; si, al actuar tal atribución, basta excluir a algunos terceros que se encuentran en determinada posición respecto a la cosa, porque sólo éstos estaban en condiciones de turbar tal esfera, mientras otros estaban excluidos, esto no disminuye el concepto de derecho real. Pero cuando el deber de abstención grava específicamente sobre algunos sujetos, titulares de un derecho sobre la cosa o que se encuentran respecto de ella en una determinada posición de hecho, sin que lleve consigo tal concepto de exclusión general, tenemos una obligación real". Cfr. GROSSO, *Le servitù..., I, cit.*, p. 56. Teóricamente, pues, la distinción es posible.

delimitadoras del contenido del derecho real, sobre todo en el campo de las urbanizaciones privadas, hacerlas entrar en el marco de la servidumbre[1605].

Tipicidad de la obligación *propter rem*, y recurso a la servidumbre, en Italia

La Jurisprudencia había venido admitiendo durante la primera mitad de siglo, la configuración convencional de ciertas obligaciones reales: indivisibilidad y *status* de las parcelas, construcción del *chalet*, con tales o cuales materiales, respetando determinados volúmenes, prohibición de desarrollar ciertas actividades...[1606]. Sin embargo, desde principios de los cincuenta se produce un cambio radical en la orientación jurisprudencial, se afirma severamente la tipicidad de aquellas. Sólo cabría establecerlas cuando el legislador lo hubiera permitido taxativamente[1607].

[1605]Frente a una categoría que aparece confusa y difusa, se busca a toda costa el cauce de la servidumbre (categoría consolidada) para establecer limitaciones de concurrencia, vínculos de destino, contenidos obligacionales... *Vid*., por todos, CALO, E. -CORDA, T. A., *La multipropiedad*, trad. De la Cuesta, Madrid, 1985, pp. 50-57.

[1606] Sobre esta tendencia jurisprudencial, *vid*. GROSSO, en GROSSO-DEJANA, *Le servitù..., I, cit.,* p. 60. El mismo la había comentado y criticado en "*Servitù e obbligazione propter rem*", *RDComm*., 1939, I, p. 213 y ss. BELFIORE, *op. cit*., p. 521 y nota 7; VITUCCI, P., *Utilitá e interesse nelle servitù prediali, Milano, 1974*, p. 155 y ss.; ROMANO, *op. cit.*, p. 139 y ss.; BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 59, nota 1. La admisión de éstas cláusulas −ha hecho notar la doctrina− no presuponía un claro discernimiento entre carga real y obligación *propter rem*. Cfr. GANDOLFI, voz *cit.*, p. 141. Incluso cita este autor una sentencia según la cual las cargas reales no son sino servidumbres prediales si constituyen intrínsecamente "*altrettante utilitá per i fondi vicini*". Cfr. *Cass.*, II, 29 de mayo de 1939, n. 1806, *Giur. It.*, 1939, I, I, 934 ss. La tendencia llevaba consigo algunas exageraciones, como las señaladas por VITUCCI, *op. cit.*, p. 163 (casos, dice este autor, de servidumbres *in faciendo* enmascaradas como obligaciones, en que el *facere* es principal y no accesorio. Por eso, cuando se revisa y cambia la dirección de la jurisprudencia, se están corrigiendo algunos abusos. No se van a permitir como obligaciones reales, pero tampoco como servidumbres, ciertas cláusulas. *Vid*. también, QUARANTA, A.,-PREDEN, R., *Delle servitù prediali, Commentario DE MARTINO*, Roma, 1976, p. 60.

[1607] Se suele señalar que la nueva orientación comienza con una Sentencia de *Cass.* 18 *gennaio* 1951, n. 141, en *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1951, I, p. 250. Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 61; NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, p. 161.

Era necesario establecer la tipicidad −explica GROSSO− porque, si servidumbre y obligación se diferencian con claridad, "en cuanto se admita una libre constitución de obligaciones *propter rem*, accesorias, activa y pasivamente, de la propiedad de los fundos, pueden prácticamente superarse así los límites que se oponen a la servidumbre"[1608]. Pero cerrado el paso a la obligación real, es la propia servidumbre la que aparece como única vía idónea para otorgar «efecto real» a los pactos, prohibiciones, fijación de destino, etc. establecidos en edificios o urbanizaciones[1609].

Superado un tiempo caracterizado por la resistencia jurisprudencial a calificar tales pactos y prohibiciones, *sic et simpliciter*, como servidumbres prediales −en virtud de una consideración rigurosa de los principios o límites que a éstas circunscriben− llegó el momento de proceder "no ya a la superación del esquema legislativo de la servidumbre predial, sino al «*ripensamento*» dentro de la lógica de tal instituto, del concepto de utilidad del fundo, de peso del fundo"[1610]. Se produce en Italia un esfuerzo doctrinal paralelo al de

---

Con anterioridad, la libertad en la creación de obligaciones reales había sido ya criticada por buena parte de la doctrina. Cfr. ALBERTARIO, E., "*Servitù e obbligazione*", *RDComm.*, 1927, II, p. 626 y ss.; GROSSO, "*Servitù e obbligazione...*", *cit.*, p. 213 y ss. La totalidad de la doctrina que se ocupa del tema comenta esta evolución. *Vid.* GROSSO, *Le servitù..., I, cit.*, p. 60 y ss.; VITUCCI, *op. cit.*, p. 160 y ss.; BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 60 y ss.; GANDOLFI, voz *cit.*, p. 142; DISTASO, N., "*Diritto reale, servitù ed obbligazione propter rem*", *RTDPC*, 1953, p. 453 y ss., pp. 468-472; BELFIORE, *op. cit.*, p. 519 y ss.; CALOCORDA, *op. cit.*, p. 43 y ss. Muchos −la doctrina es prácticamente unánime desde los años cincuenta− se pronuncian a favor de esta rigurosa tipicidad. *Vid*. también en este sentido QUARANTA-PREDEN, *op. cit.*, p. 32; GALGANO, F., *Diritto privato*, Padova, 1981, p. 161, etc. El propio BIONDI, después de algunas vacilaciones iniciales ("*Servitù reciproche, servitù «in faciendo», oneri reali e obbligazioni propter rem, Giur. It.*, 1952, I, 1, 32 y ss.; y *Foro Padano*, 1953, I, p. 341 y ss.) la afirma también (*Vid.* entre otras obras, *Las servidumbres, cit.*, pp. 1284 y ss., 215-217). En igual sentido, PALERMO, A., *Enfiteusi, superficie, oneri reali, usi civici*, Torino, 1965, pp. 543 y ss., 553 y ss.

[1608]Entre otras razones. *Vid*. GROSSO, *Le servitù..., I, cit.*, p. 59 y ss. Y los argumentos que expone BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 59 y ss.

[1609]"A estas cláusulas se reconoce hoy sólo un efecto obligatorio, cuando no sea hipotizable la figura de la servidumbre". Cfr. GANDOLFI, voz *cit.*, p. 143. Es muy significativa de esta opción la sentencia *Cass*. 7 de septiembre de 1978, n. 4045, *Foro Italiano*, 1979, I, col. 825, nota de BRANCA.

[1610]Cfr. BELFIORE, *op. cit.*, p. 520.

Francia, de flexibilización y ampliación de los horizontes de la servidumbre, aunque facilitado aquí por las posibilidades que ofrece el *Codice* de 1942[1611]. Y en consecuencia, muchos encuentran en esta figura el cauce adecuado para eludir el recurso a la obligación real[1612]. Resulta lógico, entonces, que se comience a considerar injustificado el rechazo jurisprudencial de las servidumbres recíprocas. También habían sido rechazadas por un sector de la doctrina[1613], pero a partir de GROSSO, a pesar de la dificultad, se admiten hasta hoy −generalmente− como instrumento adecuado para la configuración de relaciones en urbanizaciones, etc.[1614].

La opción de la obligación real

Sin embargo, el panorama no es tan monolítico y lineal como acabamos de dibujar. Existen indicios que nos permiten concebir otra manera de ver las cosas. En primer lugar,

---

[1611]Desde el punto de vista del fundo sirviente, basta que la abstención (o ni siquiera abstención, «comportamiento» para los más arriesgados) tenga que ver con la utilización del fundo, incida en el fundo (Cfr. GROSSO, *Le servitù..., I, cit.*, p. 67 y ss.). Desde la óptica de la «utilidad», se entiende en sentido amplio (facilitado por el art. 1028 CCI, que incluye la «mayor comodidad o amenidad del fundo dominante») aunque no signifique −afirma GROSSO− que sea posible satisfacer por esta vía los más variados y arbitrarios deseos personales. El límite lo marca la valoración social −variable con el desarrollo de la vida− y se refiere no a "lo que una persona se procura estando en el fundo, sino a lo que a la persona puede ofrecer el fundo, atendiendo a su destino", teniendo en cuenta que "particulares contenidos de servidumbre pueden venir justificados por particulares destinos del fundo", y atendiendo siempre a las circunstancias del caso concreto. Cfr. GROSSO, *ibidem*, p. 131.

[1612]Cfr. GROSSO, *ibidem*, p. 59 y ss.; QUARANTA-PREDEN, *op. cit.*, p. 57 y ss.; VITUCCI, *op. cit.*, *passim*, espec. p. 132 y ss., 155 y ss.; BELFIORE, *op. cit.*, p. 519 y ss.; y doctrina citada por BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 51 y ss.

[1613]Cfr. SAVOIA, C., "*I regolamenti interni di caseggiati suddivisi fra piú proprietà*", *Foro Italiano*, 1926, I, p. 109 y ss., espec. p. 114 y ss.; BUTERA, A., "*Sulla efficacia reale degli oneri che impongono un determinato tipo nella costruzione degli edifici*, *Foro Italiano*, 1930, I, p. 916 y ss.

[1614]GROSSO, "*Servitù e obbigazione...*", *cit.*, p. 214 y ss.; *Le servitù..., I, cit.*, p. 130; BIONDI, B., *Foro Italiano*, 1950, I, p. 617 y ss.; *Giur. It.*, 1952, I, 1, p. 29 y ss.; *Le servitù, cit.*, p. 116; VITUCCI, *op. cit.*, p. 161; QUARANTA-PREDEN, *op. cit.*, p. 17 y ss.; GALGANO, *op. cit.*, p. 159; BELFIORE, *op. cit.*, p. 520 y ss.; BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 64, nota 12.

podemos verlo en el terreno de la tipicidad de la obligación real. La visión de GROSSO de esta tipicidad parece, a primera vista, ciertamente estricta (aunque luego −lo explicaremos− afirme que se puede entender en un sentido bastante amplio).

Pues, mientras el tipo de las servidumbres −afirma GROSSO− está claramente individualizado y determinado (por lo que no importa que sean típicas una a una, basta la existencia del tipo de la servidumbre, al contrario de lo que ocurría en Roma, al menos inicialmente) no existiría tal facilidad en la doctrina de la obligación real. El tipo de la servidumbre viene cualificado en particular por la destinación a la utilidad del fundo dominante. Es también importante la relación de su contenido concreto con el fundo sirviente (lo que, de admitirse la servidumbre *in faciendo*, corre el riesgo de desdibujarse y sustituirse por el concepto de carga del propietario, precisamente lo que trataban de excluir los códigos italianos de 1942 y 1865, siguiendo la estela del francés). Pero, aún así −afirma GROSSO− aunque de forma nebulosa hasta en la servidumbre *in faciendo* existiría ese límite (relación con la utilización del fundo sirviente), lo que ni siquiera habría en la obligación *propter rem*. Por eso, si en la obligación real "llegamos más allá de una neta tipicidad de figuras específicamente reconocidas en el ordenamiento jurídico", entonces "todo límite parece desaparecer"[1615].

Este concepto de carga, de libre establecimiento, del bien (fuera de su vinculación con la «relación jurídica de reparto») no tiene por qué, efectivamente, aceptarse. Pero aquí se pretende, precisamente, mostrar en qué condiciones es posible establecerla, para que, sin tal peligro de generalización fuera de todo límite, se convierta en una categoría utilizable. Después, GROSSO[1616] acepta que esta tipicidad de la obligación *propter rem* puede tener un sentido no tan estricto, pues al lado de las singulares obligaciones reales previstas taxativamente en la ley, podrían existir "categorías más vastas resultantes de la propia regulación jurídica de otras figuras, en particular de derechos reales"[1617].

Además, sin suficiente matización, a mi parecer, duda de que, cuando la ley establezca un determinado conjunto de obligaciones al regular la coexistencia entre propiedad y un derecho concurrente, tal régimen pueda ser modificado aumentando las obligaciones del propietario. Ahí habría que interpretar y aplicar la ley estrictamente, con criterios más

---

[1615]Cfr. GROSSO, *Le servitù..., I, cit.*, p. 60 y ss.

[1616]Cfr. GROSSO, *ibidem*, pp. 64-65.

[1617]En cuanto la propia ley permite dentro de ciertos esquemas una reglamentación del contenido de determinados derechos reales por parte de los particulares.

rígidos. Esto, es cierto, tiene mucho que ver con la distinción entre propiedad (la relación respecto de ella es una situación, una vicisitud) y derecho real limitado (la relación es esencial para su existencia, y determina su contenido). Pero exigiría alguna matización, porque el propietario puede reservarse, en el negocio constitutivo, alguna prerrogativa que haga conveniente cierta obligación a su cargo, no tanto como correspectivo, pero sí para el equilibrio en el reparto. O, podría plantearse, de acuerdo con las necesidades del caso concreto, que −por ejemplo− el propietario cooperara con el usufructuario para reparaciones o mejoras... O, en fin, recordar los supuestos de propiedad *affievolita*, dependiente de la relación[1618].

Es muy de tener en cuenta la concepción de BRANCA, que GROSSO, lógicamente, critica[1619]. Este autor ve en el art. 1030 CCI una aplicación, en tema de servidumbre, de un principio general más amplio: cuando existan dos *iura in re* concurrentes sobre la misma cosa que es objeto de la obligación, tal obligación *propter rem* puede siempre constituirse por voluntad de las partes, e incluso fuera de los casos previstos en la ley. Así, sin más, la afirmación resulta chocante. Pero es posible completarla, como intenta BRANCA, lo mismo que, después, SANGIORGI, y yo mismo, en este trabajo[1620].

Determina BRANCA el campo de la obligación real con expresiones que a GROSSO[1621] le parecen un poco inciertas: "vínculo que nace y, por así decir, se cierra entre dos *iura in re* concurrentes sobre la misma cosa". "Obligación que, colocada en nombre de dos derechos reales concurrentes, teniendo por objeto el fundo que es, a la vez, el objeto de aquellos, queda circunscrita, por la voluntad de las partes, al servicio de uno de ellos". "Sirven para regular o facilitar la coexistencia de dos derechos reales sobre un mismo bien"[1622]. Expresiones que para GROSSO sólo servirían como explicación de la

---

[1618]La propiedad, en fin, no es un conjunto de facultades intangibles, que no puedan modalizarse para cada relación jurídica de reparto. Si es posible establecer diversos tipos concretos de derechos reales, dentro de un esquema más general, puede ocurrir que resulte adecuado a la relación fijada cierto contenido obligacional del propietario... no previsto concretamente en la ley.

[1619]No es el único. *Vid*. CALO-CORDA, *op. cit.*, pp. 12-14, 44 y ss.

[1620]*Vid*. BRANCA, G., *Della proprietà. Servitù prediali* (art. 957-1099), *Commentario SCIALOJA-BRANCA*, Bologna-Roma, 1947, p. 324 y ss.

[1621]Igual que a CALO-CORDA, *vid*. referencia anterior. Cfr. GROSSO, *ibidem*, p. 66.

[1622]Cfr. BRANCA, *ibidem*, 1947, p. 327 y ss.

determinación legislativa concreta del art. 1030 CCI, por ejemplo. Según BRANCA, por el contrario, la aplicación de las obligaciones *propter rem* en las relaciones entre derechos reales coexistentes sobre la misma cosa representa el campo normal −de creación libre− en que la ley reconoce obligaciones *propter rem*. Fuera de ahí, existirá una rigurosa tipicidad.

Recientemente, BIGLIAZZI-GERI[1623] recoge la opinión de LUPO COSTI[1624], para quien la tipicidad no implicaría *numerus clausus* en las obligaciones reales, algo parecido a lo que ocurre en las servidumbres: los particulares podrían llenar libremente el tipo, siempre que respetaran el contenido, o, mejor, la función fijada y prevista por la ley. La propia BIGLIAZZI-GERI va más allá, aunque parece, demasiado lejos, y con peculiares argumentos[1625].

La apertura a la libre incidencia de la autonomía privada en la obligación real, si viene unida a un nuevo modo de concebir su función y a una distinta utilización de tales instrumentos, ha sido considerada útil por GANDOLFI −aunque con cierta mezcla de los conceptos de carga real y obligación, y trayendo a colación aspectos de derecho público[1626]− "en vista, por ejemplo, de la satisfacción de exigencias socio-urbanísticas, o para tutela del contexto ecológico o de la propia salud de la colectividad". Aunque debe tratarse de una apertura subordinada a un atento control sobre la existencia de un interés digno de tutela, al que el art. 1322 CCI subordina la validez del contrato y por ende, de la obligación real[1627].

Y no se trataría de «enmascarar» una servidumbre, sino de dar vida a situaciones nuevas, a las que no conviene el «arcaico y angosto esquema de la servidumbre», expresión de GANDOLFI, que puede parecer exagerada[1628]. Pero sí es cierto que, como dice este autor, la orientación jurisprudencial nacida en los años cincuenta "ha creado, o mejor, revelado, un vacío normativo en el sistema del Código del 42", sobre todo en el campo de las relaciones de vecindad, exigencias socio-urbanísticas, etc. Y, además, señala BIGLIAZZI-GERI, es discutible ese deseo de "salvar a cualquier precio el esquema de la

---

[1623]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 61 y ss.

[1624]Cfr. LUPO COSTI, *op. cit.*, I, 1, *c*. 796.

[1625]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, p. 63-64.

[1626]Cfr. GANDOLFI, voz *cit.*, p. 148; ROMANO, *op. cit.*, p. 138 y ss.; BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, p. 63.

[1627]Control que podría no existir para las propias servidumbres, preocupación de ROMANO, *op. cit.*, p. 146 y ss.

[1628]Cfr. GANDOLFI, voz *cit.*, p. 143.

servidumbre, incluso a cambio de intervenciones[1629] que alteren su estructura y función tal como las establece el sistema positivo actual", más aún cuando se cuenta con "esquemas alternativos susceptibles de una provechosa utilización"[1630].

Pues bien, existe alguna Jurisprudencia reciente[1631] en que vuelven a admitirse supuestos de obligación real (aunque se hable, desafortunadamente, de *oneri reali*) y BELFIORE reconoce que en los últimos años "se asiste a un retorno a la vieja perspectiva juisprudencial (...) rico en nuevas indicaciones y aperturas"[1632]. Con anterioridad, estas nuevas perspectivas han sido preparadas y fundamentadas por construcciones doctrinales como las de COSTANTINO y SANGIORGI.

COSTANTINO, estudiando en concreto la propiedad horizontal[1633], señala que "el aspecto del fenómeno determinante para la solución del problema es la relevancia jurídica del «*collegamento dei beni*». Este aspecto estaría casi olvidado por la doctrina dominante, pues "resolviendo en la servidumbre los efectos de tales «convenciones» entre los condueños, se demuestra que quiere negársele de propósito −a aquella disposición particular de los bienes en conexión− cualquier relevancia". Esto es muy interesante.

El «*collegamento dei beni*» conecta, en COSTANTINO, con la relevancia jurídica del «bien». En el piso o local, por ejemplo, el ámbito de ejercicio del derecho de propiedad se determina en concreto con arreglo a esa relevancia, pues "considerado como bien jurídico idóneo a constituir objeto del derecho de propiedad, ofrece un ámbito limitado a la actividad de utilización[1634]: la estabilidad, seguridad y decoro del edificio se resuelven en *altrettante* características suyas, y otras pueden derivar del *collegamento* con los otros *piani*, determinado por algunas partes comunes". La esfera de utilización del bien viene delimitada por sus peculiares características como objeto de propiedad, derivadas de la

---

[1629]Como el intento de VITUCCI, *op. cit.*, p. 132 y ss.

[1630]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, p. 64, nota 15.

[1631]*Vid*. jurisprudencia citada por BIGLIAZZI-GERI en p. 61, nota 5 y p. 69, nota 28. También, en la segunda edición de NATUCCI, *La tipicità..., II*, Padova, 1988, p. 324, nota 113.

[1632]Cfr. BELFIORE, *op. cit.*, p. 521.

[1633]Cfr. COSTANTINO, *op. cit.*, pp. 298 y ss., 302 y ss.

[1634]Hay que recordar aquí para evitar confusiones, la distinción que hace COSTANTINO entre la esfera del goce y la de la utilización, conectada con la posibilidad de disponer y jugar con el destino jurídico del bien. *Vid*. COSTANTINO, *op. cit.*, p. 77 y ss., 178 y ss., 268 y ss.

especial relación de reparto en que se ha disgregado la propiedad del edificio para hacer brotar la propiedad del piso.

Desde estos puntos de vista, ataca COSTANTINO el empleo de la noción de servidumbre para dar carácter «real» a las cláusulas y determinaciones estatutarias (en concreto, aquellas que denomina «vínculos de destino», consecuencia del encuadramiento del bien privativo en el reparto[1635]). "La servidumbre recíproca parece la (calificación) menos indicada", entre otras cosas, porque, además de las complicaciones que lleva consigo[1636], implicaría tener en consideración una ventaja de un propietario de fundo dominante, correspondiente a una disminución de la posibilidad de utilizar el fundo sirviente, mientras los actos en cuestión reflejan más bien la finalidad de realizar la mejor utilización de todos los bienes pertenecientes a los propietarios que allí participan, y no está demostrado que este fin pueda obtenerse sólo distribuyendo pesos y utilidad singulares entre los pisos"[1637]. En definitiva, al menos en muchas ocasiones, no estamos «disminuyendo» un fundo para «aumentar» el otro, sino −algo más amplio, y, en realidad, distinto− organizando la concurrencia de bienes en el reparto de un sustrato común.

Citando a SALIS[1638], según quien: "sostenemos que puedan asumir las características de obligaciones *propter rem* (servidumbres prediales recíprocas) −fijémonos que utiliza indistintamente una u otra calificación− todas aquellas limitaciones con que venga prohibido a cada propietario un uso del propio apartamento que condujera a una desvalorización o depreciación para los otros", explica COSTANTINO que, prescindiendo de la calificación del efecto, se puede ver que, en realidad, este autor "propone un criterio de adecuación del ejercicio del derecho de propiedad a la cualidad que el *piano* asume en el edificio. (A este resultado accede la jurisprudencia)". Se trata de utilizar el piso de acuerdo con su carácter, y de modo que se revalorice el bien de todos y cada uno, en la relación jurídica de reparto.

Es cierto que, en cuanto a la calificación del efecto de la cláusula oponible como obligación real, COSTANTINO critica también esta última calificación, y la de *onere*

[1635]La crítica a las distintas calificaciones, en COSTANTINO, *ibidem*, p. 309 y ss.

[1636]Cfr. COSTANTINO, *op. cit.*, pp. 312-313.

[1637]Cfr. COSTANTINO, *ibidem*, p. 314.

[1638]SALIS, L., *Il condominio negli edifici*, Torino, 1959, p. 83. Trad. por Fuentes Lojo, *El condominio en los edificios*, Barcelona, 1968, p. 64.

reale[1639]: pero, respecto a nuestra figura, ello deriva más bien de la dificultad que encuentra (es lógico, escribe en un tiempo en que la mayor parte de la doctrina vuelve la espalda al libre juego del concepto) para comprender y compaginar la oponibilidad de la eficacia que se dice, por algunos, meramente obligatoria, al adquirente; y la dificultad de admitir la transcripción del acto que la produce[1640]. Reconoce luego, sin embargo, que buena parte de la doctrina recurre a la noción de relaciones de vecindad y cualifica estos efectos como obligaciones *propter rem*[1641].

Referencia a la doctrina y Jurisprudencia francesa

En Francia −como hemos apuntado en su momento− es característico un especial aprecio por la calificación de servidumbre, que se manifiesta desde el *Code civil*[1642]. Varias realidades que connotan vinculación o limitación a los poderes independientes del sujeto activo de una atribución −especialmente, el propietario− se hacen objeto de esta calificación. Se hablará, así, de *servitude d'indivisión*[1643], que sirve para explicar luego la vinculación de elementos comunes y privativos en la *copropriété* y los *lotissements*. Lo que alcanza particular amplitud de horizontes cuando la propia reglamentación estatutaria, en su conjunto, del edificio o la urbanización, se caracteriza por HANSENNE como «servidumbre colectiva», gravamen general, y concreto en cada regla, sobre cada una de las

---

[1639]Utiliza la categoría de «*vincolo di destinazione*» (cfr. COSTANTINO, *ibidem*, pp. 314-317). Un poco de la misma forma que MARTIN BLANCO, después, entre nosotros, para evitar dificultades, propugna la noción general de «carga urbanística».

[1640]Cfr. COSTANTINO, *op. cit.*, p. 312. (Aunque el defecto de transcripción −explica SALIS− puede suplirse con efectos *erga omnes* por una declaración de conocimiento de la carga real hecha por el adquirente, en el acto de adquisición). Cfr. SALIS, *El condominio..., trad. esp., cit.*, p. 64, nota 6.

[1641]*Vid*. COSTANTINO, *op. cit.*, p. 315 y ss., notas 85 y 86, y Jurisprudencia y doctrina allí citada. Después, lo hará SANGIORGI, utilizando y enfocando así la idea de COSTANTINO. Cfr. SANGIORGI, *Regolamento contrattuale..., cit.*, pp. 79 y ss., 210-212.

[1642]Recordemos: servidumbres naturales y legales, servidumbre de medianería...

[1643]Visión crítica en DELHAY, F., *La nature juridique de l'indivision*, Paris, 1968, n. 145 y ss.

fincas privativas, ordenado en beneficio de cada propietario −titular irreductible− pero a través de su ejercicio por la colectividad organizada[1644].

Para obtener una utilización lo más provechosa posible de este clásico instrumento, durante un siglo asistimos a intentos constantes de flexibilización de la figura[1645]. Y, en un movimiento característico de este siglo, cierta doctrina propugna otorgar mayor importancia al «rol» de la persona dentro de la servidumbre, sería un conglomerado de derecho real −desde el punto de vista activo− y relaciones obligacionales −sobre todo desde el lado pasivo−[1646]. Resulta significativo, para comprobar hasta dónde llega la evolución doctrinal y jurisprudencial, el comentario de ZENATTI a una sentencia en que la *Cour de Cassation* llega a validar como servidumbre −en contra de otra jurisprudencia anterior− un pacto de no concurrencia, que otorga especial valor a un fundo. ZENATTI comenta: "el derecho real tiene una naturaleza obligacional, y recíprocamente toda obligación es susceptible de verse conferir un carácter real, bajo reserva de insertarse en la reglamentación imperativa de los

---

[1644]Cfr. HANSENNE, J., *La servitude collective: modalité du service foncier individuel ou concept original*, Liége, 1968. Un resumen en FERRU, *op. cit.*, p. 263 y ss. Se apoya sobre todo en el análisis de una Sentencia concreta que configura ciertas limitaciones como servidumbres en favor de cada propietario y del conjunto, en el *Lotissement* denominado *Hameau Boileau*. Cfr. Paris, 28 de febrero 1962, *D.*, 1962, 452, comentario L. MAZEAUD.

[1645]Se proyecta sobre cada una de las notas de la servidumbre: la utilidad real −«en favor del fundo»−, hasta englobar el incremento indispensable, necesario o simplemente *d'ágrement*. Cfr. ROBERT, voz "*Servitudes*", *cit.*, nn. 29, 97 y ss. Acerca de las *clauses d'habitation bourgeoise*, cfr. nn. 113-116. Ultimamente, *vid.* Versailles, 27 febrero 1992, *D.* 1994, *I. R.* 150. El servicio real −«a cargo del fundo», llega a confundirse con «aquel que pueda precisamente ser realizado por su propietario». *Vid.* ROBERT, *ibidem*, n. 83 y ss. En algunos casos −*des curiosités juridiques, voire des erreurs*, señala ROBERT, *ibidem*, n. 89− la Jurisprudencia llega a considerar obligaciones positivas convencionales como servidumbres. En otros casos, amplía el territorio de la prestación accesoria.

Sobre los expedientes utilizados por la Jurisprudencia *vid.* HANSENNE, *La servitude collective, cit.*, p. 26 y ss.; FERRU, *La servitude collective, cit.*, p. 27 y ss.; BERGEL, *op. cit.*, p. 181 y ss., 233 y ss.

[1646]Esta doctrina «neopersonalista» se manifiesta en KORNPROBST. Después la asume y desarrolla FERRU, apoyándose en doctrinas de GINOSSAR. La servidumbre desde el punto de vista pasivo, es una obligación, sólo que «real». La génesis la doctrina hay que buscarla en el «intermediario» de RIGAUD, «no personalmente obligado», que existiría en el derecho real, frente a lo que reaccionan autores como DABIN, ROUBIER, etc.

derechos reales. (...) Toda obligación puede ser erigida en servidumbre, a condición de responder a las normas establecidas por el *Code civil* y procurar en consecuencia a su titular el beneficio del *droit de suite* y de la transmisibilidad pasiva de la obligación"[1647].

En relación con estos planteamientos, había tenido importancia la cuestión de la obligación real «positiva» y «negativa», y de la posibilidad −incluso− de servidumbres positivas, esto último relacionado con el principio «*Servitus in faciendo consistere nequit*» y la discusión en torno a él.

El principio fue sometido a revisión (se ha cuestionado, por ejemplo, que estrictamente tenga origen romano[1648]). Su crítica, en realidad, conduciría a facilitar la explicación de la existencia de obligaciones reales de carácter positivo, integrando la relación de servidumbre (no por ser accesoria está «fuera» de la servidumbre). Pero ha llevado también, por algunos, a ciertas exageraciones, a defender sin matices de ningún tipo la validez de un derecho real «de contenido positivo»[1649], lo que sería peligroso plantear en nuestro derecho dada la

---

[1647]Cfr. ZENATTI, F., "*La notion de servitude*", *RTDC*, n. 446, abril-junio 1989, p. 351 y ss., comentando *Com*. 15 julio 1987, *Bull. civ*. IV, n. 184.

[1648]La doctrina romanista está de acuerdo en que el principio es traducción del ordinario carácter de las servidumbres prediales, tal como aparece en los textos romanos (D. 8. I, 15, 1: "*servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis... sed ut aliquid patiatur aut non faciat*"). Pero ciertas voces han matizado la cuestión, en cuanto nunca se trataría de una «regla positiva». Así, LEPOINTE, G., *Droit romain et ancien droit français; Les biens*, 1958, citado por FERRU, *op. cit.*, p. 232 y ss.: la regla parece tener aplicación rigurosa en el antiguo derecho, pero se flexibiliza en la época clásica y en el Bajo Imperio. La excepción que supone la servidumbre *oneris ferendi* no sería la única.

La crítica fundamental es la de FADDA y BENSA, y BONFANTE (Cfr. FADDA y BENSA, *op. cit.*, p. 74 y ss., 81 y ss.; BONFANTE, *Studi Ascoli*, p. 179 y ss.; *Instituciones de derecho romano*, Trad. esp., Madrid, 1929, p. 233; "*Servitù e obbligazione*", *RDComm*., 16, 1918, II, p. 485 y ss. (En *Scritti Giuridici Varii*, III, Torino, 1926, p. 355 y ss.)

Incluso GROSSO, defensor de la importancia del principio, con la obligación accesoria en la *oneris ferendi* como excepción, aunque no comparte la opinión de BONFANTE cuando atribuye la formulación del principio a los bizantinos, admite que la regla es una generalización que los intérpretes hicieron de las fuentes romanas. *Vid*. GROSSO, *I problemi dei diritti reali..., cit.*, p. 183 y ss.

[1649]La crítica de GROSSO no va dirigida tanto a las matizaciones romanísticas de BONFANTE, cuanto a las conclusiones que de ellas algunos tratan de extraer. Sobre todo a partir de ARANGIO-RUIZ, voz "*Ius in re aliena*", *cit.*, p. 118 y ss., p. 121 y ss. Aunque su

ambigua redacción del art. 533, a que es preciso dar la interpretación adecuada siguiendo la doctrina de la obligación real, como hace ALBALADEJO y veremos *infra*[1650].

Frente a esas exageraciones, la mayoría de la doctrina ha reaccionado afirmando la validez y vigencia del principio *servitus in faciendo consistere non potest*, de modo que la servidumbre, desde la óptica pasiva, corresponde al *pati* de una atribución, y las obligaciones positivas adyacentes resultan un complemento, del que se puede predicar ese punto de *estraneitá*[1651]. Unicamente es preciso matizar después que, en la relación de

---

explicación es susceptible de utilización para resaltar la relación jurídica unitaria compleja, de reparto. No como la utiliza DOMINGUEZ PLATAS, *op. cit.*, *passim*.

La combinación de esta crítica romanista con la doctrina del derecho real relativo produce afirmaciones como estas: si el titular del fundo sirviente está «obligado» a un *pati* o *non facere* (aparte lo inadecuado que resulta hablar de «obligado a un *pati*») ¿por qué no va a estar también obligado a un *facere*? Así, FADDA y BENSA, *op. cit.*, p. 72 y ss., 102 y ss.; VAN BEMMELEM, P., *Nociones fundamentales de derecho civil*, trad. de NAVARRO PALENCIA, 2ª ed., Madrid, 1923; NAQUET, *op. cit.*, en *RGLFE*, p. 200 y ss.:" Nada se opondría a que la ley llamara servidumbre a toda obligación positiva o negativa cuando está vinculada a la cosa, y sigue a todos sus propietarios".

Es significativo que quienes han defendido una «nueva visión» del derecho real y de la relación de servidumbre, superpuesta a la obligación real porque se identifica con una peculiar relación obligacional, utilizan como elemento basal en su argumentación estas críticas del principio *Servitus*... Por ejemplo, GINOSSAR, *op. cit.*, p. 152 y ss.; en otro sentido, ABERKANE, *op. cit.*, nn. 100 y ss., 133 y ss.

[1650]De lo contrario, una interpretación literal del art. 533 llevaría a admitir sin limitación alguna las servidumbres de contenido positivo, como parece plantear OSSORIO MORALES, "Las servidumbres *in faciendo*... ", *cit.*, p. 177 y ss.

[1651]Esta posición mayoritaria de la doctrina, por ejemplo, en el tratamiento de MARTY-RAYNAUD, *op. cit.*, nn. 140-141, 161, 296. GROSSO reafirma la validez del principio con la excepción de las obligaciones accesorias, que estarían fuera de la servidumbre, siguiendo −entre otros− a FERRINI, frente a la doctrina que las sitúa dentro, como contenido accesorio. Cfr. GROSSO, *Le servitù..., I, cit.*, p. 58; FERRINI, *Pandette, cit.*, p. 57.

Sin embargo, el propio GROSSO señala que las obligaciones accesorias "*pur non rientrando nel contenuto della servitù (è accesorio a questa) tale obbligazione dovrá essere trascritta colla trascrizione delle servitù*". Cfr. GROSSO, *Le servitù, cit.*, p. 67. Por otro lado, comenta que existen obligaciones reales cuya posibilidad nace de la más general posibilidad de delimitar el contenido de un derecho sobre la cosa. En definitiva, la obligación ingresa accesoriamente en el contenido del derecho por la relación.

reparto, todos los elementos están compenetrados en un todo unitario, al servicio de la atribución que justifica la relación.

En este ambiente, para dar validez como servidumbres a numerosas cláusulas de las que se insertan en las urbanizaciones, y que presentan un carácter mixto, o incluso positivo −por lo menos, sin claro predominio del componente negativo− lo que se ha hecho es formular esos deberes como sujeciones de carácter negativo. Así, se habla, tanto en Francia como en Italia de «no construir sino con determinados materiales», o «no llevar sino un cierto género de vida», etc.[1652] Y se acoge también la doctrina de las servidumbres recíprocas[1653].

No es de extrañar, con estos antecedentes, que la doctrina francesa, a partir de BERGEL, haya elaborado y otorgado carta de naturaleza a toda una teoría de las «*servitudes de lottissement*»[1654], soslayando la vieja sugerencia de DE JUGLART, que ponía muchas de esas reglas limitativas como ejemplo de obligación real[1655]. Se trata de un cauce más seguro para hacer eficaz la cláusula del *cahier de charges*[1656], sin necesidad de constancia en los actos de venta, al adquirente[1657]. Aún así, como siguen existiendo

---

[1652]*Vid.* BERGEL, *op. cit.*, n. 204 y ss.; p. 233 y ss.

[1653]*Vid*. ROBERT, voz "*Servitudes*", *cit*., nn. 22-23, 70-71; HANSENNE, *La servitude collective, cit.*, p. 161 y ss.; BERGEL, *op. cit.*, p. 199 y ss.

[1654]Cfr. BERGEL, *op. cit.* "Las servidumbres de *lottissement* establecen relaciones entre los fundos pertenecientes a propietarios diferentes, y no necesariamente contiguos. Cumplen así la condición esencial para constituir verdaderas servidumbres de derecho civil, aunque estos vínculos sean recíprocos y de interés colectivo al mismo tiempo que individual. Cfr. BERGEL, *ibidem*, p. 243. Acerca de los principales supuestos (Relativas al aspecto y estructura de las parcelas, construcción burguesa, utilización −cláusula de habitación burguesa−, servidumbres relativas a equipamientos colectivos, etc.) *ibidem*, p. 211 y ss., n. 184 y ss. *Vid*. el excelente resumen, más reciente, de ZENATTI, F., "*Servitudes de lottissement*" *RTDC*, 1989 (4), pp. 689-690. Y, en ROBERT, voz "*Servitudes*", *cit.*, acerca de la *clause d'habitation bourgeoise*, n. 106-110; sobre el más discutible supuesto de la *clause de non concurrence*, nn. 111-112, y MOREAU, "*La «servitude de non-concurrence», étude critique*", *D*. 1994, *Chronique* 331.

[1655]*Vid*. DE JUGLART, *Obligation réelle..., cit.*, espec. p. 132 y ss.

[1656]Acerca de *Cahier des charges* y *Règlement*, su diferente naturaleza, conexión y mutua independencia, por todos, *vid*. también ZENATTI, "*Servitudes de lottissement*", *cit*., y BERGEL, J.L., comentario a *Civ*. 20 *dec.* 1989, *RDI*, 1990, 192.

[1657]"El vigor de la técnica de las servidumbres viene testimoniado por el rol esencial que juega en las relaciones de derecho privado resultantes de una operación de urbanización". "Se

cláusulas estatutarias que imponen conductas accesorias de carácter positivo, BERGEL sigue reservando un espacio, en la reglamentación de la urbanización, para la obligación real[1658].

Todo esto se relaciona con la cuestión de la obligación real negativa. Como sabemos, para NEUENSCHWANDER[1659] el criterio distintivo entre servidumbre y obligación real está en que la primera no puede tener un contenido positivo. Igualmente se pronuncia JOST, aunque no lo considera criterio distintivo único y radical, y en esta postura están de acuerdo más autores[1660]: "La obligación real no puede tener como contenido un deber de abstención o tolerancia, porque no puede consistir más que en un acto positivo". Sin embargo, a mi modo de ver, como se expuso en otro lugar, y de acuerdo con YUNG[1661], teóricamente, al menos, nada se opone a la existencia de obligaciones reales negativas.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

Consideraciones conclusivas

No es difícil percibir que, más que la adecuación al esquema de la servidumbre, o, mejor aún, a su *ratio* y lugar que le corresponde en el derecho de bienes, lo que se ha buscado es un cauce seguro para dar eficacia a ciertas cláusulas y reglas privadas urbanísticas[1662], sobre el apoyo de su caracterización como limitaciones. Esto resulta especialmente significativo, como lo es el propio título del trabajo que ROCA SASTRE

---

está de acuerdo en ver en la «realidad» de las obligaciones contratadas en el *cahier des charges* una consecuencia de su naturaleza de servidumbre". Así "se imponen a los propietarios y adquirentes de lotes, incluso en caso de silencio de los actos de venta". Cfr. ZENATTI, "*Servitudes de lotissement*", *cit.*, p. 689, y *Civ*. 3*é*, 20 *déc*. 1989.

[1658]Cfr. BERGEL, *op. cit.*, n. 216, p. 252. "Es el caso, por ejemplo, de la obligación de construir en las parcelas en un plazo determinado, de cerrar los fundos, adherirse a la asociación sindical, pagarle las contribuciones periódicas...".

[1659]Cfr. NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, p.134, pp. 229-230.

[1660]Cfr. JOST, *op. cit.*, p. 96.

[1661]Cfr. YUNG, *op. cit.*, p. 177.

[1662]La idea acabamos de verla en ZENATTI. En Italia, entre otros muchos, CALO y CORDA, ponen de relieve la conveniencia y el apego de los operadores jurídicos a la utilización de instrumentos tradicionales (servidumbre, en vez de «vínculo de destino» u «obligación real») porque así "nos protegemos mejor de los dardos del juez" (en expresión de MORELLO). Cfr. CALO-CORDA, *op. cit.*, pp. 12-13, 52 y ss.

dedicó en su día a esta cuestión: "La servidumbre como cauce..."[1663]. Pero, en el propio coloquio que siguió a la célebre conferencia[1664], se propuso más bien el cauce del Estatuto a base de obligaciones reales[1665].

En realidad, no son cauces incompatibles. Parecería clara la distinción si contrapusiéramos conducta de abstención, limitación, negativa (servidumbre) y conducta positiva (obligación). Pero, aún en el territorio de la abstención, o −sobre todo− en el mixto, la incerteza del cauce de la obligación no es menor que la eventual inadecuación al esquema y sentido de la servidumbre.

Es cierto que, si en este problema, al contraponer obligación real y servidumbre, nos fijamos en lo que ocurre para la propia relación de servidumbre, hay que reconocer que, en ésta, la obligación real constituye el cauce de los aspectos de cooperación positiva en la relación. A lo que de positivo está vinculado el titular del fundo sirviente, es a sus obligaciones reales; lo negativo representa el «*pati*» de la servidumbre, y constituye el núcleo, o la otra cara del núcleo real de la relación[1666]. Pero, incluso para los comportamientos de sentido negativo, con carácter general, es muy atinada la observación de DE LOS MOZOS: "La cuestión parecería probablemente más sencilla si no se contrapusiera obligación real y servidumbre, sino otros derechos de uso y disfrute, como la superficie, por

---

[1663]ROCA SASTRE, R.M., "La servidumbre predial como cauce adecuado del acceso registral de limitaciones privadas urbanísticas", *I Congreso de Derecho Registral*, (1961) pp. 73-110.

[1664]*Vid*. intervenciones de los señores BENAYAS y PIÑOL, *ibidem*, p. 110 y ss. PIÑOL "Destaca el acierto de ROCA al poner de manifiesto un evidente y peligroso vacío de nuestra legislación, expresando igualmente su conformidad con el criterio del señor BENAYAS, en orden a la posible inscripción de los estatutos de verdaderas comunidades de urbanización.

[1665]La doctrina posterior que se ha ocupado de las urbanizaciones se orienta en este sentido. Algunos, como MENGOLI y RODELLA, propugnan abiertamente la obligación real. Otros, como MARTIN BLANCO, sugieren aceptar la categoría general de la «carga urbanística». Y, últimamente, se afirma, sin más, que las relaciones jurídico-privadas en el conjunto inmobiliario llevan consigo un conglomerado de servidumbres, obligaciones y prohibiciones..., dispuestas para una eficacia estable. (RAGEL, GETE-ALONSO, RIVERO HERNANDEZ, etc.)

[1666]*Vid.* BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 23, nota 72.

ejemplo, apareciendo aquellas prestaciones negativas, sin constituir propiamente servidumbre, como delimitando el contenido del derecho[1667].

Por esto, la base de la diferenciación consiste en la contemplación de la relación global en que se integra la reglamentación estatutaria[1668]. Aunque, mejor que diferenciar, se trata de admitir la obligación real como un recurso más. Sin negar que pueda ser la servidumbre el cauce para algunas de las limitaciones, es posible dotar a la autonomía de la voluntad de otro medio técnico acaso más cómodo y adecuado de acuerdo con su encaje dogmático, para conseguir tal fin.

Más adecuado. Porque, si se trata de servidumbre, el sentido clásico de su concepto impone buscar un fundo sirviente, que está proporcionando un *plus* de utilidad al dominante, a través de la succión que se padece como gravamen. Por ello, la servidumbre «molesta», «inquieta» y, a la menor oportunidad, propende a desaparecer. De algún modo, no se trata de una realidad asentada, en equilibrio. Esto plantea algún roce o desajuste cuando se nos señala que las servidumbres de *lottissement* son irrenunciables, porque "la renuncia de uno sólo desequilibraría un mecanismo complejo"[1669]. O al proyectar el adagio «*nemini res sua servit*», la lógica de la servidumbre impondría la automática desaparición del gravamen por confusión, a salvo de una «siempre eventual» reaparición por destinación del padre de familia. En un edificio en propiedad horizontal, o en una urbanización, sin embargo, quien adquiere un nuevo lote −habría un «titular dominante» menos− continúa sin embargo obligado a ciertos comportamientos con respecto a cada una de las fincas, y una nueva mutación, una nueva transmisión, actualiza plenamente la condición de sujeto activo y pasivo, respecto al adquirente. Existiría una perpetua «destinación del padre de

---

[1667]"Lo que es de indudable interés en urbanizaciones o complejos industriales, por lo que se refiere a la superposición de derechos sobre una misma cosa y a las relaciones de vecindad entre los mismos o situaciones análogas". Cfr. DE LOS MOZOS, "La obligación real...", *cit.*, pp. 346-347.

[1668]Volvemos a la concepción, por ejemplo, de COSTANTINO. En el propio HANSENNE, la utilización ambiciosa de la servidumbre como explicación del fenómeno completo, termina diluyendo el concepto, y al final, se retorna a la obligación real concreta. *Vid*. HANSENNE, "*De l'obligation réelle accesoire à l'obligation réelle principale*", *Études WEILL*, 1983, p. 325 y ss.

[1669]Cfr. ROBERT, voz "*Servitudes*", *cit.*, n. 70-71.

familia», ciertamente singular si no nos fijamos en el sentido del «régimen jurídico inmobiliario» en su conjunto[1670].

La doctrina de la servidumbre recíproca contiene pues, una complicación −también a nivel registral− innecesaria. "No es evidente −afirman MARTY-RAYNAUD− que estas relaciones deban entrar necesariamente en el cuadro de la servidumbre, que podría conservar una definición más estricta y próxima al análisis clásico"[1671].

Y más si nos fijamos en otra cuestión, que ha suscitado en Francia una interesante discusión, aunque el motivo concreto pueda parecer un poco tangencial a nuestro tema[1672]. Ante ciertas reglas estatutarias que proporcionan especiales derechos de uso de unos elementos comunes en favor de algunos lotes, se plantea GIVERDON hasta qué punto habría que hablar aquí de servidumbre, cuando este concepto exige propiedades independientes pertenecientes a distintos dueños. La utilización, mayor o menor, de lo propio, punto de coincidencia también con la propiedad del otro comunero, en el elemento común que integra ambos bienes privativos, no parece ser una cuestión de servidumbre. Aunque el argumento ha sido criticado por quienes tratan de preservar la doctrina (asentada) de la compatibilidad entre propiedad horizontal y servidumbre, merece ser tenido muy en cuenta.

La independencia de las propiedades, sobre todo en el edificio, también en la urbanización, es sólo relativa. En la propiedad horizontal, no hay un *épanouissement* radical de la cotitularidad básica; y los bienes privativos están además conectados por la participación en los elementos concretos comunes. En la medida en que nos situemos en la perspectiva en que resalta la propiedad privativa, el bien particular, la máxima independencia, adquirirá sentido la idea de servidumbre. Si nos situamos en la perspectiva de la dependencia de la relación y la conexión en los bienes y derechos, es suficiente la regulación estatutaria de obligación real.

La doctrina de la obligación real permite observar su eficacia en términos de cumplimiento o incumplimiento, lo que no significa que su estabilidad, acompañando a la cosa, esté menos garantizada que si se tratase de una atribución. Todo lo contrario, en

---

[1670]Cfr. ROBERT, voz "*Servitudes*", *cit.*, n. 23.

[1671]Cfr. MARTY-RAYNAUD, *op. cit.*, n. 141.1, pp. 194-195.

[1672]Es la discusión suscitada por *Civ.* 30 junio 1992, *D.* 153, Nota de J.L. AUBERT. La comenta después GIVERDON, C., *JCP*, 1993, II, 22131. Y contesta AUBERT, "*Quelques mots à propos des servitudes en copropriété*", *JCP*, 1993, I, 3726.

determinados aspectos, la obligación asegura que cierta vicisitud es sólo un acontecimiento abordable en aquellos términos, pero no ha llegado a dañar la estructura de un esquema de reparto (habría que plantear cuestiones de incumplimiento definitivo o no, y cumplimiento posible o imposible, nada más). La obligación ha de cumplirla, y sufrir las consecuencias del incumplimiento, quien en la relación tenga sentido que lo haga en un momento concreto, frente a quien esté en condiciones de considerarse acreedor.

Algunas de estas cuestiones se reflejan bien en la interesante STS de 20 de mayo de 1992, que viene a ser como la consagración jurisprudencial −o una de ellas− de esta doctrina. Una parcela, conforme a la «normativa público-privada de la urbanización», está «afectada como carga real y también obligacional», a las servidumbres *in non faciendo* de indivisibilidad, altura máxima en la construcción, distancias a los linderos... que "constan en el Título (...) como tales servidumbres y como obligaciones a asumirse por los diversos adquirentes de las parcelas".

Pues bien, el demandado va a ir realizando una serie de actos ilícitos, en expresión del juzgador: división de la parcela, construcción sobre parte de la misma de un segundo chalet, venta de la parte mayor y el chalet originario a un conocido, permitiendo después su posterior venta, por éste último, a la que sería demandante.

En el momento en que esta compradora conoce las previsiones de la «doble normativa» de la urbanización, y se da cuenta de la actuación ilícita y fraudulenta de quien fue su vendedor, inicia la actuación que convierte, de algún modo, el anterior incumplimiento en definitivo, y a ella, en acreedora de los comportamientos necesarios para solventar las consecuencias del mismo[1673]. Esto da lugar, según la decisión del TS, a la condena al primitivo incumplidor a la demolición del segundo chalet, y a considerar la adquisición como de cuota de bien indivisible −sin anularse la compraventa− lo que lleva consigo −de acuerdo con la petición de la actora− su venta al mejor postor, entregando luego a la demandante la cantidad correspondiente a su parte.

En definitiva, existen finalidades, que se persiguen en la configuración de la relación jurídico-real compleja, para cuya obtención basta con establecer una serie de obligaciones reales, sin que, configurado este concepto, sea ya necesario acudir a la figura de la servidumbre: fijado el concepto, es posible vincular a cada titular a un conjunto de

[1673]Interrumpe, de algún modo, la cadena de la obligación real pues, si hubiera aceptado la venta y aceptado como propia la situación, asumiría con el suyo el incumplimiento anterior, cara a un acreedor de la urbanización, o posterior adquirente.

comportamientos, sin tener que convertirle en titular de fundo sirviente al servicio de un fundo dominante. Con ello se simplificará el régimen procesal y registral.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

UN RECORRIDO POR DIVERSAS RELACIONES DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS OBLIGACIONES REALES

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

Obligaciones reales en la vecindad

Las «obligaciones de vecindad»

La vecindad constituye una relación que puede resultar estrecha, pero no ha sido buscada ni elegida, viene impuesta por la proximidad de los fundos, a los que en cambio sí referimos la voluntad: titularidad, explotación... Vamos a tomarla en consideración primero entre propietarios (relación de reparto por razón de vecindad). Pero sin olvidar que tal coexistencia entre esferas jurídicas y económicas afecta, limita, responsabiliza, obliga o faculta a ciudadanos y empresarios (que pueden ser propietarios, titulares de derechos reales, arrendatarios, incluso transeúntes)[1674].

Obligación en la vecindad puede tener un sentido general para dar idea de la relación en su conjunto. La idea de «obligaciones de vecindad» ofrece una visión del problema que luego la doctrina se encarga de confirmar: no nos encontramos ante simples manifestaciones del juego de la responsabilidad por daños, ni siquiera de la objetiva (que no lo es estrictamente). Nos encontramos en el campo de la responsabilidad extracontractual pero en un terreno con matices propios, porque un criterio concreto, nuevo, entra en juego. El

---

[1674]Cfr. HERNANDEZ GIL, A., "Las relaciones de vecindad en el Código civil", *Obras Completas*, 4, Madrid, 1987, pp. 89 a 173, pp. 89-95. ALGARRA PRATS, E., *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, Madrid, 1985, pp. 3 y ss., 44 y ss.

propietario responde de una manera especial porque está explotando sus bienes entrecruzando su esfera protegida con la de otros derechos o intereses en contacto estable. Por ello no se espera a que ocurra el eventual daño, se le tiene en cuenta previamente en dos sentidos: con criterios y normas que imponen una cooperación positiva de prevención; y porque el propietario o empresario sabe de antemano que la simple titularidad o actividad −por exigencias del reparto de vecindad− le sitúa como responsable con notable independencia de la culpa[1675].

La «obligación general de vecindad» traduce la idea de que las reglas de exclusión abstracta y típica real no resuelven el problema y, llevadas al extremo, paralizarían la propia utilidad de los derechos[1676]. Implica atenerse a un conjunto de reglas y criterios, renunciando a la pura exclusión para sustituir en cada caso los límites abstractos por otros concretos de reparto en la esfera común de vecindad; algo muy parecido a la ordenación del uso entre comuneros: no poder llegar tan lejos como abstractamente se podría, tolerar lo que *in abstracto* cabría excluir, tener un cuidado que el simple interés propietario podría obviar. Ejercicio del derecho en función también del interés ajeno, característico del juego de las obligaciones reales[1677].

Así considera POTHIER la relación en conjunto[1678], consecuencia de la comunidad de vecindad formando un cuasicontrato que comporta una serie de *engagements qui se forment*

[1675]Cfr. HERNANDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad...", *cit.*, p. 166 y ss.; ALGARRA PRATS, *op. cit.*, pp. 107 y ss., p. 128, con especial referencia a la doctrina francesa; CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, n. 167 y ss.

[1676]Cfr. ALGARRA PRATS, *op. cit.*, p. 13 y ss.; HERNANDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad...", *cit.*, pp. 92-94, 97-98.

[1677]"Se llama derecho de vecindad al conjunto de normas que regulan los derechos de exclusión y los deberes de tolerancia que se imponen a los propietarios de los fundos vecinos". Cfr. HERNANDEZ GIL, A., *Dictámenes, I*, Madrid, 1968, p. 242. Acerca de esta perspectiva de las «obligaciones de vecindad», *vid.* CAPITANT, "*Des obligations de voisinage...*", *cit.*, p. 156 y ss.; BLAISE, J. B., "*Responsabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage*", *RTDC*, 1965, pp. 261 y ss. Y el resumen de la cuestión en ALGARRA PRATS, *op. cit.*, pp. 112-113, 122 y ss.

[1678]Cfr. POTHIER, *Société*, n. 230.

sans convention, reflejo en el *Code civil* de aquella idea[1679]. Y justifica una serie de limitaciones *ratio vicinitatis*[1680] aunque en el CCF se instalen como servidumbres[1681].

Después es preciso reconocer que se trata, ante todo, de una cuestión de límites, fijación de límites concretos para propiedades independientes que sólo en la frontera presentan un aspecto común, materialmente, e idealmente en las esferas de contacto trabadas en el uso y explotación de las cosas. Si la cooperación en la relación de reparto resulta accesoria, aquí se presenta marginal. El contacto no implica relación en que se dibuje el derecho, sólo una vicisitud en que se encuentra el dominio. Las limitaciones podrían desaparecer −al menos en su presentación concreta− sin que afecte al concepto y al contenido mismo de la propiedad[1682].

La obligación en este terreno es, aún, cabría decir, más *propter rem* que real[1683]: en su esfera característica del contacto entre derechos −que pueden ser de atribución, pero también de cualquier tipo−. Se trata de una modesta fraternidad negativa[1684]: no dañar, prevenir. La relación fundamental toma la forma de limitación y escasamente de cooperación positiva. En presencia de derechos independientes la ley se ocupa de establecer el orden mínimo con criterios generales y reglas concretas, sin que los particulares puedan, en aras de un pretendido mejor arreglo del reparto de vecindad, cambiarlas. Si lo hicieran

---

[1679]Cfr. art. 1370 CCF.

[1680]Porque no tienen otro sentido que la concurrencia vecinal aunque toda esta materia tenga después su desarrollo en el terreno del derecho público, policía administrativa, y conectado más adelante con la reglamentación de la propiedad urbana, etc., que suponen la introducción de criterios nuevos más allá de la simple convivencia vecinal.

[1681]*Vid.* PATAULT, *op. cit.*, nn. 122 y ss., 188 y ss., 202; CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, n. 160. Sobre la distinción entre relaciones de vecindad y servidumbre en sentido propio, *vid.* HERNANDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad...", *cit.*, p. 98 y ss.

[1682]Para la distinción entre límite, limitación y gravamen, *vid.* HERNANDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad...", *cit.*, pp. 95-96. Sobre el sentido de las limitaciones en relación con el concepto del dominio, su abstracción y su relatividad, *vid.*, DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad..., cit.*, pp. 136 y ss., 267 y ss.

[1683]De acuerdo con la idea de vicisitud, atendida por la ley, igual que utiliza la obligación *propter rem* (obligación real legal) en la resolución del conflicto e intercambio en materia de accesión.

[1684]Cfr. HERNANDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad...", *cit.*, pp. 97-98; OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, n. 34; CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, n. 169.

no estarían ordenando el equilibrio de vecindad sino de alguna manera modificándolo a través de la servidumbre, o bien, si alcanzan acuerdos que permitan a uno llegar en el caso concreto más allá de lo que la ley preveía, puede tratarse de una relación contractual desprovista de la fuerza de obligación real[1685].

Por fin, cabe incluso dudar que se trate de obligaciones: la doctrina suiza, frente al deber obligacional subjetivamente real −obligaciones *propter rem* (cooperación positiva)− sitúa el deber real subjetivamente real: un ejemplo serían las limitaciones por razón de vecindad de contenido negativo o prohibitivo, que manifiestan la proyección de una atribución en la cosa ajena vecina sin constituir propiamente derecho real sobre ella[1686]. Aquí preferimos mantener la idea de obligaciones de vecindad en general, pues tiene varias ventajas a la hora de explicar como cooperación la sustitución de los límites abstractos por concretos, o porque muchas relaciones presentan contenidos positivos y negativos mezclados, o se recalca así su diferencia con la servidumbre... Aunque luego en concreto sólo unas pocas relaciones encierran pretensión únicamente de cooperación positiva.

Deslinde y amojonamiento

Derivan obligaciones reales en primer lugar de la propia delimitación física del objeto. Es la problemática del **deslinde y amojonamiento**[1687], que presenta especial significado: se refiere a fundos colindantes, nos encontramos físicamente en la esfera común del reparto, mucho más cuando los límites son inciertos. POTHIER, y la doctrina francesa en general, sitúan esta cuestión en el pórtico del cuasicontrato de vecindad junto con la comunidad de

---

[1685]Cfr. LACRUZ, *Elementos..., cit., III-2-1*, 2ª ed., pp. 69-70. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, pp. 727, 729.

[1686]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, pp. 716-717; LIVER, "*Die Realobligation...*", *cit.*, pp. 279-280.

[1687]Cfr. LACRUZ, *Elementos..., III-1-2, cit.*, 2ª ed., p. 90 y ss.; ALBALADEJO, *Derecho civil, III-1*, p. 379 y ss.; PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, pp. 169-170; DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad..., cit.*, p. 295 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos..., III-1, cit.*, 3ª ed., 1989, p. 217 y ss.; ROCA JUAN, J., *Comentarios EDERSA, V-1*, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 478 y ss. Aunque el epígrafe del CC reza "Del deslinde y amojonamiento" (arts. 384 y ss.) los preceptos −observa LACRUZ− se refieren casi en exclusiva al deslinde. Igual ocurre en la LEC., arts. 2061 y ss.

medianería[1688]. La linde es límite de exclusión, pero también punto de comunidad[1689] donde tiene sentido la cooperación de las partes[1690], en primer lugar para marcarla. En sentido amplio buena parte de la reglamentación de la vecindad va en esta línea: marcar fronteras concretas ante unos límites abstractos, en el caso concreto inciertos.

Toda la normativa del deslinde muestra este carácter mixto, real y obligacional. Se trata de una cooperación para la exclusión[1691], con dos vertientes: estar a los criterios marcados para la determinación y hacer frente a los operaciones y gastos. El concurso para el deslinde[1692], los criterios y repartos proporcionales a que puede dar lugar su aplicación[1693] y la atención a los gastos, constituyen obligaciones reales.

La operación puede verificarse convencionalmente y será preciso entonces cumplir con las condiciones a que se hubiere llegado[1694], pero también a través de jurisdicción voluntaria

---

[1688]Cfr. POTHIER, *Société, cit.*, n. 231; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, *Traité..., VI, cit.*, n. 900 y ss.

[1689]La STS de 15 de junio de 1961 dice que "los linderos pertenecen a uno y otro terrenos colindantes".

[1690]Cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil, III-1, cit.*, p. 386.

[1691]La pretensión de deslinde "aun cuando pueda incluir el concurso del colindante, tiene un aspecto real, pues en definitiva persigue la determinación de los límites entre dos o varias fincas". Cfr. LACRUZ, *Elementos..., III-1-2, cit.*, p. 91. Este aspecto aproxima la acción de deslinde a la reivindicatoria, aunque sin llegar a confundirse con ella, por cuanto puede dar lugar a la devolución al demandado de una parte de terreno que poseía el demandante. Sobre esta relación entre deslinde y reivindicatoria, *vid.* PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 170; LACRUZ, *Elementos..., III-1-2, cit.* p. 91 y ss.

[1692]Hay obligación de citar a los colindantes interesados. El deslinde puede practicarse sin su concurso, sin que esa actitud pasiva exonere de someterse a sus efectos ni tampoco impida reaccionar en caso de abuso (cfr. art. 2064 LEC). *Vid.* LACRUZ, *Elementos..., III-1-2, cit.*, pp. 93-94; ROCA JUAN, *Comentarios..., V-1, cit.*, p. 489 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos..., III-1, cit.*, p. 223 y ss.

[1693]Significativas las reglas de los arts. 386 y 387 CC. Un ejemplo de aplicación de las reglas del Código en un supuesto de deslinde contencioso, en STS de 23 de diciembre de 1992. Acerca de estos criterios, *vid.* LACRUZ, *Elementos..., III-1-2, cit.*, p. 94 y ss.; HERNANDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad...", *cit.*, p. 152 y ss.; ROCA JUAN, *Comentarios..., V-1, cit.*, p. 503 y ss.

[1694]Cfr. por todos, LACRUZ, *ibidem*, p. 93; PEÑA, *ibidem*, p. 170. "El deslinde contractual −dice LACRUZ− cuando hay conformidad entre las partes en la determinación del lindero, asume la figura de un negocio de fijación: no crea ni modifica los respectivos derechos. Por el

o en contencioso[1695]. En cualquier caso, estar a lo acordado o resuelto afecta a quienes intervinieron (o pudieron intervenir) y a sus causahabientes, no se trata de un compromiso obligacional *inter partes*, sino de una decisión por cuyo cauce se han establecido en concreto límites de vecindad. Sólo el incumplimiento de los criterios legales o la inexacta colocación de los mojones, podría dar lugar a una reivindicatoria, a la revisión del amojonamiento o incluso a nuevo deslinde[1696].

Respecto a la pretensión de amojonamiento, explica LACRUZ, "se dirige a obtener la simple aposición de términos sobre la línea de confín actualmente cierta e indiscutida". Por ello "es eminentemente personal, porque el actor trata de conseguir la prestación de un hecho por parte del demandado, o sea el concurso de éste a las operaciones y los gastos de colocación de los mojones". La obligación corresponde a ambos colindantes y surge propiamente, como en la comunidad, cuando uno de ellos decide poner en conocimiento del otro su deseo de realizar la operación y de que lógicamente, coopere a ello[1697].

En cuanto a los gastos, SCAEVOLA ha pensado que debían correr a cuenta de quien promovió el deslinde[1698]. La facultad de deslindar o amojonar no representa, sin embargo, una actividad del propietario en el ámbito de su finca[1699]. La ubicación del deslinde en la

---

contrario, si se parte de la discrepancia de los colindantes sobre el lugar de separación de sus fincas y éstos llegan a un acuerdo a fin de evitar el pleito y cediendo cada uno de sus pretensiones originales, el negocio representa una transacción, con todas las dificultades que conlleva esta suerte de contrato para revocar lo convenido si sobrevienen nuevos datos y elementos de juicio". *Vid.* ROCA JUAN, *ibidem*, p. 492.

[1695]Sobre las distintas formas de practicar el deslinde, *vid.*, LACRUZ, *ibidem*, pp. 93-94; HERNANDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad...", *cit.*, p. 156 y ss.; ROCA JUAN, *ibidem*, pp. 491 y ss.

[1696]Cfr. ALBALADEJO, *ibidem*, pp. 386-387; LACRUZ, *ibidem*, p. 94; ROCA JUAN, *ibidem*, pp. 492-495; STS de 30 de septiembre de 1955, 2 de abril de 1965.

[1697]Cfr. LACRUZ, *ibidem*, pp. 91-92; HERNANDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad...", *cit.*, p. 159 y ss.

[1698]Su argumento se funda en la supresión, en el Código civil, de la referencia del Proyecto de 1951 a que se practicaría "a expensas comunes", siguiendo el modelo del art. 646 *CCF*. Cfr. SCAEVOLA, *Código civil..., VII, cit.*, 1892, p. 43 y ss.

[1699]Aunque en este punto pueda ser más expresivo el art. 646 CCF que nuestro art. 384 cc. Por ello, puede plantearse una duda imaginando un supuesto de actuación libre del propietario, sin intervención ni oposición de los vecinos. Sin embargo, en este caso, no cabría hablar de

normativa del reparto de vecindad ha de conducir a otra solución. Y en efecto, la mayor parte de la doctrina acepta que los gastos que resultan del deslinde como operación de vecindad, y del amojonamiento, forman parte de la pretensión que obliga en la frontera común, y se repartirán a partes iguales. Sólo si las cualidades particulares de una finca determinaran un gasto mayor habría que aplicarse el criterio de la proporcionalidad[1700].

Por último, las peculiaridad de la pretensión de deslinde o amojonamiento conducen, entiendo, a que, durante la temporada en que se realiza, no afecten al acreedor los cambios de titularidad que puedan acaecer en el fundo vecino. El propietario puede tener la iniciativa de solicitar el deslinde en cualquier tiempo, la persona con que se entabla la relación resulta indiferente, porque se trata de atender a necesidades del *status* de los fundos, con independencia de quién sea en aquel momento el vecino concreto. De la misma forma, el gasto que resultó necesario no se vincula tanto a la relación con éste o aquél cuanto a la atención de una necesidad en la esfera común. Por ello, al menos, hay que entender que, en la época en que se realizan las operaciones y hasta que se conoce la cantidad concreta a pagar, siempre puede solicitarse el pago al titular actual. En cierta medida, el deslinde no se ha cumplido aún. Sólo se plantea la duda, cuando se pretendiera el pago de un nuevo titular que adquiere en una época completamente distinta de aquella en que toda la operación tuvo lugar.

Criterios de vecindad

A falta de precepto concreto, sabemos que el «criterio de vecindad»[1701] comúnmente admitido es el resultante de combinar la tolerancia normal y el uso normal, que "nos da la clave de las inmisiones (o mejor, influencias) soportables. Se entiende que el uso de la propiedad es anormal cuando el grado de incomodidad causado por él supere el nivel de las

---

relación de deslinde, y sus gastos serían irrelevantes. Esto no cabe plantearlo para el amojonamiento.

[1700]Cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil, III-1, cit.*, pp. 385-386; ROCA JUAN, *Comentarios..., V-1, cit.*, pp. 509-511; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, *Traité..., VI, cit.*, n. 918.

[1701]Acerca de los criterios generales de vecindad, *vid.* ALGARRA PRATS, *op. cit.*, p. 327 y ss.; BONFANTE, P., *Las relaciones de vecindad*, trad. García Valdecasas, Madrid, 1932, p. 17 y ss.; ALONSO PEREZ, "Las relaciones de vecindad", *cit.*, p. 357 y ss.; LACRUZ, *Elementos..., III-1-2, cit.*, p. 69 y ss.; DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad..., cit.*, p. 277 y ss.; HERNANDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad...", *cit.*, p. 101 y ss.

molestias que suelen acompañar necesariamente a la convivencia[1702]“. He aquí, condensadas, las obligaciones generales de vecindad: la tolerancia de los inconvenientes ordinarios que modera la facultad abstracta de excluir[1703], y como reverso una serie de limitaciones que tratan de evitar el daño y especiales responsabilidades cuando aquél se ha producido.

“La actividad del dueño u ocupante −concluye LACRUZ− no podrá ser anormalmente molesta para el vecino o los circunstantes, habida cuenta de la naturaleza de la finca, de las vecinas y del entorno”, criterio que se aproxima al de IHERING de la tolerancia normal[1704]. No está consagrado de modo expreso por precepto alguno, pero lo deduce la doctrina de algunas reglas concretas, como hacen PEREZ GONZALEZ y ALGUER a partir de los arts. 590 y 1908 CC: “el CC prohíbe toda inmisión que no sea conforme al uso o a los reglamentos o, en último extremo, al criterio de la buena vecindad, basado en la buena fe”[1705].

DIEZ PICAZO y GULLON relacionan el criterio con la prohibición del abuso del derecho (art. 7. 2º CC): en efecto, en la esfera común de vecindad el uso abstracto del derecho se puede convertir en abuso. Aunque no es necesario resumir o limitar el problema a la idea de abuso en sentido estricto. La utilización de este último concepto es una muestra más de que el núcleo del criterio se ha desplazado del «animus nocendi» para entrar en la esfera del ejercicio anormal del derecho[1706].

La existencia de los preceptos señalados por los anotadores de ENNECERUS y otros análogos, en el Código civil, “permite resolver el problema acudiendo a los principios generales del Derecho. En este caso, a una actualización de la doctrina de los «actos de emulación», reforzada por el criterio de la buena fe objetiva, cuyo paradigma en el ejercicio de los derechos reales y de las relaciones de vecindad, por extensión, es el comportamiento *civiliter*”. El derecho, la actividad, se tiene y ejercita en una relación que orienta por sus criterios (tolerancia, uso normal, abuso (art. 7.1 CC), buena fe (art. 7.2 CC)...[1707] En la

---

[1702]Cfr. LACRUZ, *Elementos..., III-1-2, cit.*, p. 73

[1703]Cfr. ALGARRA PRATS, *op. cit.*, pp. 420-421.

[1704]Cfr. LACRUZ, *Elementos..., III-1-2, cit.*, p. 72 y ss., p. 76.

[1705]PEREZ GONZALEZ, B. y ALGUER, J., *Notas a ENNECERUS, Tratado de Derecho civil, III-1*, Barcelona, 1971, p. 331.

[1706]*Vid.*, DIEZ-PICAZO, L.,-GULLON, A., *Sistema de derecho civil*, III, 4ª ed., Madrid, 1988, p. 161.

[1707]Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad..., cit.*, p. 280 y ss., espec. pp. 282-283.

Jurisprudencia encuentran eco estas doctrinas, de modo especial en la importante STS 12 diciembre 1980.

Responsabilidades, limitaciones y obligaciones concretas

Frente a la tolerancia normal se configuran diversas formas concretas de limitación o vinculación justificadas por el criterio de la obligación general de vecindad.

Las normas relativas a la prevención del riesgo y responsabilidades por razón de la cosa[1708]. "El dueño tiene que precaver diligentemente la eventualidad de que la cosa de su propiedad cause daños, y en el supuesto de causarlos ésta, responde de ellos. En relación con la ruina o derrumbamiento lo establecen así los arts. 389 y 390 para la situación de riesgo pendiente, y el 391 −mediante una remisión− para el supuesto de riesgo producido"[1709]. Estas normas obligan al propietario, antes que nada, a un especial cuidado en atención al entorno. Si lo omitiera cabe imponérselo a través del interdicto de obra ruinosa[1710] o de un expediente incoado ante la autoridad municipal[1711], procedimiento más utilizado, para el que la legitimación es amplia y cuya resolución, aunque no suponga declaración de ruina, puede ordenar las necesarias reparaciones[1712].

Con independencia de la actividad preventiva concreta que se imponga como obligación, si por la omisión de cuidado se produjera daño habría que indemnizar. Sólo si el dueño puede demostrar que se habían hecho las oportunas reparaciones (art. 1907 CC) se tomaron las precauciones adecuadas (art. 1908-1 y 4) o intervino fuerza mayor (1908-3) resultará eximido. No se prescinde, por tanto, del elemento subjetivo, no resulta indiferente

---

[1708] *Vid.* HERNANDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad...", *cit.*, p. 152 y ss.; LACRUZ, *Elementos..., III-1-2, cit.*, p. 82 y ss.; ROCA JUAN, *Comentarios..., V-1, cit.*, p. 518 y ss.

[1709] Cfr. LACRUZ, *Elementos..., III-1-2, cit.*, p. 82.

[1710] Cfr. arts. 1676 a 1685 LEC. ROCA JUAN, *ibidem*, p. 523 y ss.

[1711] Cfr. arts. 21, 245 y 247 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana RDL 1/1992, de 26 de junio. *Vid.* VICENTE FERRANDO, J., *Edificios ruinosos. Supuestos de declaración y procedimiento*, 2ª ed., Madrid, 1990, p. 371 y ss.

[1712] Sobre las diferencias y semejanzas entre el interdicto y el expediente administrativo, su compatibilidad y la mayor utilización del expediente, *vid.* VICENTE FERRANDO, *op. cit.*, p. 374 y ss., y STS de 12 de febrero de 1975. Acerca de la legitimación de los propietarios vecinos como interesados, *ibidem*, p. 412, y STS 27 de junio de 1978. Respecto a la imposición de las obras de reparación necesarias, *ibidem*, p. 432.

el cuidado o no, pero el criterio de vecindad obliga y responsabiliza especialmente *propter rem* con independencia de quién o cuál sea la causa del riesgo[1713].

Ahora bien, en el supuesto del 1908-2 relativo a los humos y extensivo −según doctrina y Jurisprudencia− a los restantes supuestos de inmisión "el Código se limita a señalar la responsabilidad cuando sean excesivos o nocivos (...) sin ningún otro requisito que acredite falta de diligencia o culpa por parte de su autor, lo que da base para afirmar el carácter objetivo de la responsabilidad por inmisiones. En este sentido pueden verse las STSs de 14 de mayo de 1963, 30 de octubre de 1963 y la de 15 de marzo de 1993, que sin ninguna duda afirma la responsabilidad, de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado"[1714]. La inmisión, realizada o consentida, manifiesta ya una opción del propietario en el ejercicio de su dominio, y si produce luego daño no hay más remedio que responder de él. Además, habrá que adoptar las medidas que imponga la Sentencia para evitarlo o disminuirlo en lo sucesivo, lo que puede llevar incluso a la supresión de una instalación y cesación de la actividad[1715].

Las normas relativas a «Distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones» (arts. 589 y ss. CC)[1716]. Suponen, en sentido parecido, una reglamentación relativa a la actuación próxima a los linderos de la finca. Contienen limitaciones concretas (resulta evidente en el art. 591, distancias para plantación de árboles) igual que sucede en materia de luces y vistas (arts. 580 y ss. CC[1717]) Pero asimismo encauzan la facultad de excluir (art. 591. 2, 592). Y, en su virtud, el propietario, y también, en general, el empresario que tenga una explotación de las características allí reseñadas, puede ser

---

[1713]El que la amenaza de ruina se haya producido por agentes naturales o la actuación de otros, no exime al propietario de su obligación de cuidado preventivo. Y sólo para el daño producido por fuerza mayor actual le exime de responsabilidad. Cfr. LACRUZ, *Elementos..., III-1-2, cit.*, p. 83; ROCA JUAN, *Comentarios..., V-1, cit.*, pp. 521-522; HERNANDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad...", *cit.*, pp. 144-146; ALGARRA PRATS, *op. cit.*, pp. 451-452.

[1714]Cfr. ALGARRA PRATS, *op. cit.*, pp. 451-453; *Vid.* HERNANDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad...", *cit.*, p. 167 y ss.

[1715]Cfr. ALGARRA PRATS, *op. cit.*, pp. 429 y ss., 441 y ss.

[1716]*Vid.* LACRUZ, *Elementos..., III-1-2, cit.*, p. 79 y ss.; HERNANDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad...", *cit.*, p. 127 y ss.; ROCA JUAN, J., *Comentarios EDERSA, VII-2*, 2ª ed., 1990, p. 241 y ss.

[1717]*Vid.* HERNANDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad...", *cit.*, p. 133 y ss.; ROCA JUAN, *Comentarios..., VII-2, cit.*, p. 219 y ss.

obligado a la actuación de una serie de precauciones (especialmente, art. 590[1718]). En esta cuestión el propio Código se remite a la normativa administrativa, indicando el engarce entre el derecho privado y la esfera del derecho público en esta materia[1719], sin olvidar que, en el caso concreto, el vecino perjudicado no tiene por qué detenerse en la protección de sus intereses por el hecho de que el inmitente haya contado, en un momento dado, con una autorización administrativa derivada del cumplimiento de ciertas reglas o requisitos[1720].

El criterio de vecindad no se muestra tanto en el deber de indemnizar cuanto en la actuación preventiva. Las obligaciones reales se concretarán aquí por el ajuste a la normativa administrativa (lo más normal) o a través de la actuación del vecino (interdicto, declarativo ordinario) y la correspondiente resolución judicial que, aparte de los eventuales daños anteriores, concrete las medidas positivas de protección a cumplir[1721].

En la frontera de vecindad, el art. 592 CC combina reglas de facultad, limitación y pretensión obligacional para establecer límites concretos en materia de ramas y raíces. Mientras el propietario puede por sí mismo (facultad) cortar las raíces que invadan su

---

[1718]"Se discute si esta norma es de derecho dispositivo o bien imperativa. La solución más acertada distingue: si se trata de peligro de incendio o exhalaciones nocivas probablemente la norma es inderogable, sobre todo por cuanto también las reglamentaciones administrativas prevén esta hipótesis. Si se trata sólo de la humedad, y, en general, de daños más limitados que interesan exclusivamente al propietario contiguo, la disposición no es inderogable". Cfr. LACRUZ, *Elementos..., III-1-2, cit.*, p. 80.

[1719]Respecto al art. 589, tener en cuenta especialmente la Ley de 12 de marzo de 1975 sobre zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional. Para el art. 590, ante todo, el Decreto de 30 noviembre 1961 y Orden de 15 marzo 1963 sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. Más normativa en LACRUZ, *Elementos..., III-1-2, cit.*, p. 63 y ss. Si la norma administrativa prevé los cauces para fijar las actuaciones obligatorias habrá que acudir a la jurisdicción contenciosa; esto no significa que el derecho civil se desentienda de la cuestión, pero los criterios generales y la jurisdicción ordinaria intervienen cuando el específico cauce administrativo resulta insuficiente. *Vid.* STS 18 marzo de 1992, y comentario por BARRAL Y VIÑALS, I., CCJC, 29, 1992, p. 433 y ss. *Vid*. HERNANDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad...", *cit.*, pp. 129-130.

[1720]Cfr. LACRUZ, *Elementos..., III-1-2, cit.*, pp. 77-78; ALGARRA PRATS, *op. cit.*, pp. 450-451. Como ejemplo de la prolija Jurisprudencia en este sentido, *vid.* STS de 30 de octubre de 1963, 12 de diciembre de 1980, 16 de enero de 1989.

[1721]Cfr. ROCA JUAN, *Comentarios..., VII-2, cit.*, p. 243; HERNANDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad...", *cit.*, p. 130.

heredad, en cualquier tiempo, respecto a las ramas puede solicitar el corte (igual que con los árboles plantados a menor distancia de la prevista en el art. 591). Se trata de pretensiones dirigibles siempre contra el vecino actual, aunque podría adquirir éste una servidumbre por prescripción, lo que se discute en el caso de las ramas: al menos, cabe pensar que la oposición del vecino, en un momento dado, puede detener la adquisición respecto al ulterior crecimiento[1722].

Igual que ocurre en derecho suizo, como ha interpretado la Jurisprudencia respecto al art. 679 CCS y señala DESCHENAUX, el exceso en el ejercicio de la propiedad frente a que el vecino reaccionará, puede consistir también en una omisión[1723]. El Código, como vemos, desciende a consecuencias concretas del reparto de vecindad en forma de limitación y orientación del ejercicio del derecho, y, en ocasiones, puede llevar consigo exigencia marginal de cooperación positiva. Conectadas con determinado riesgo o actividad (orientación, actuación preventiva) o bien, sin más, para atender a ciertas eventualidades habiendo valorado el equilibrio de intereses en la «*situation des lieux*» −obligaciones recíprocas, dice LACRUZ[1724], aunque no con la reciprocidad del art. 1124 CC− u ordenar y resolver un intercambio surgido acaso con ocasión de la vecindad[1725].

En el primer sentido la omisión del propietario se tiene en cuenta, de entrada, en relación con una especial responsabilidad por el criterio de vecindad. Lo hemos visto en relación con los arts. 1907 y 1908 CC. También es interesante la norma del art. 1906

[1722]Cfr. LACRUZ, *Elementos..., III-1-2, cit.*, pp. 80-82, y doctrina allí citada; HERNANDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad...", *cit.*, pp. 139-142.

[1723]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 744. *Vid.* Jurisprudencia en relación con los arts. 679 CCS, y también 41 CO, en SCYBOZ-GILLIERON, *Code civil suisse et Code des obligations annotés*, 5ª ed., Lausanne, 1993, pp. 25 y ss., 351 y ss.

[1724]Cfr. LACRUZ, *Elementos..., III-1-2, cit.*, p. 74, nota 20.

[1725]También en ciertas pretensiones reconocidas en la resolución de conflictos de accesión puede verse una *ratio vicinitatis* −así, GONZALEZ ALEGRE− además de la *ratio* básica de equilibrio entre un *habere* y un *facere*: en la relación de «reparto de accesión» (que constituye otra vicisitud de la propiedad, en parte vinculada a la vecindad, en parte propia e independiente) la pretensión dirigida de acuerdo con la cosa constituye la forma de ordenar el intercambio y atender el interés de quien no va a obtener o va a perder una atribución en la finca.

(vecindad cinegética)[1726]. Frente a la responsabilidad general por daños causados por animales del art. 1905, el 1906 tiene en cuenta el criterio de vecindad tanto para atenuar el rigor en consideración del interés cinegético del dueño como para sancionar su pasividad ante las exigencias del interés vecino[1727]. Después, en esta misma línea, se imponen al propietario deberes de actuación, no sólo se tiene en cuenta su pasividad para modular su responsabilidad. Por esto, dice HERNANDEZ GIL, es preciso observar distancias, realizar las obras de resguardo (art. 590) etc. Y aún así, cumplidas estas obligaciones básicas cabría la posibilidad de incurrir en responsabilidad, el efecto indemnizatorio del art. 1908-2, ó 4 puede ser independiente del cumplimiento de actuaciones concretas reseñadas en el art. 590[1728].

En cuanto a esas otras obligaciones recíprocas, que se nutren sobre todo de abstención o limitación pero manifiestan la cooperación de vecindad consagrada por la ley, y pueden obligar u orientar ciertas actuaciones, cabe señalar la llamada servidumbre natural de aguas del art. 552 CC y la prohibición del desagüe en finca ajena, del art. 586[1729]; el derecho de paso para construir o reparar, del art. 569[1730]; o la norma sobre persecución del enjambre de abejas, del art. 612[1731].

La servidumbre forzosa

Otro aspecto sumamente interesante en el reparto de vecindad: la ley al contemplarlo detecta situaciones en que para una finca, por su situación, resultaría conveniente un

---

[1726]"El propietario de una heredad de caza responderá del daño causado por ésta en las fincas vecinas, cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación o cuando haya dificultado la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirla".

[1727]*Vid.*, HERNANDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad...", *cit.*, pp. 170-173. LACRUZ, *Elementos..., III-1-2, cit.*, p. 77.

[1728]Cfr. HERNANDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad...", *cit.*, pp. 169-170.

[1729]*Vid.* ROCA JUAN, *Comentarios..., VII-2, cit.*, pp. 134 y ss., 236-237; PEREZ PEREZ, *Propiedad, comunidad..., cit.*, p. 156; HERNANDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad...", *cit.*, p. 146 y ss.

[1730]*Vid.* ROCA JUAN, *ibidem*, pp. 195-197; HERNANDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad...", *cit.*, pp. 150-151.

[1731]*Vid.* PANTALEON PRIETO, F., *ad*. art. 612, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, I, p. 1556 y ss.

servicio de la contigua; pero con ello no se está propiamente dentro del equilibrio del reparto de vecindad, va a suponer un gravamen nuevo correlativo a un derecho de servidumbre; es el caso de las servidumbres legales (verdadera servidumbre) llamadas forzosas[1732].

Para estos casos, lo que la ley sí considera ajustado al equilibrio del reparto es conceder a quien será titular dominante la posibilidad de obligar al sirviente al establecimiento de la servidumbre en su favor, aunque en el acuerdo correspondiente (obligatorio) el acreedor de la servidumbre ha de pagar una indemnización, significativa de que se está desequilibrando el reparto. Desequilibrio que la ley considera sin embargo justo, por cuanto el beneficio para el titular dominante es mucho más significativo que el posible quebranto o molestia del sirviente. Así pues, dentro del equilibrio de vecindad, propiedades independientes, la ley prefija algo que no podrían hacer los particulares (prever la posibilidad de exigir −obligación real− el establecimiento de un derecho real)[1733].

De acuerdo con las características del supuesto, como ha señalado la doctrina, la acción (salvando la cuestión de los eventuales gastos de un proceso) puede siempre dirigirse contra el titular vecino actual, pues sólo el está en situación de otorgar la constitución de la servidumbre, de realizar la prestación de consentimiento y formalidades correspondientes. Aunque se hubiera solicitado esa prestación a un propietario anterior, siempre puede reiterarse cara al actual[1734].

La pretensión, dirigida al titular actual

En general, esta posibilidad de dirigirse y exigir siempre al titular actual parece característica de las obligaciones reales de vecindad, y así lo reconocen incluso quienes,

---

[1732]*Vid.* sobre este punto REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 301 y ss. En la doctrina extranjera, la sugestiva explicación de WIELAND, *Les droits rèels..., cit.*, p. 306.

[1733]Sí pueden hacerlo en el Título constitutivo de un derecho real limitado como uno de los instrumentos de equilibrio de intereses para servir a la finalidad concreta del negocio, así ocurre en el caso de la previsión de posible petición de hipoteca garantizando el canon superficiario, en el derecho suizo.

[1734]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 742.

como DESCHENAUX[1735], rechazan que tal sea la norma general para el funcionamiento de toda obligación real.

En conexión con esto, cabría observar algunos matices que particularizan muchas de estas obligaciones: la personalización de la obligación en un sujeto determinado es en la vecindad especialmente tenue. La conexión entre cooperación y exclusión-atribución se muestra particularmente estrecha. Se trata frecuentemente del mantenimiento del *status* de los inmuebles, respecto al cual siempre está justificada la pretensión frente al titular actual. Sus prestaciones están enfocadas al futuro y, por tanto, en la relación de obligación real no tiene por qué tenerse en cuenta el pasado, las relaciones con titulares anteriores. El *cuasi-contrat de jouissance*, idea que utiliza MICHON para explicar la vinculación de prestaciones concretas al titular que lo fuera en un momento dado, escasamente interviene en este ámbito. Aunque, sin duda, la relación con el titular anterior resulta decisiva cuando un incumplimiento o, sobre todo, los daños producidos por él pueden vincularse sólo a aquél.

Por ello, por ejemplo, el arranque de ramas, y sus gastos, podrá exigirse al vecino actual[1736], aunque el desarrollo de la planta se haya correspondido con distintas titularidades. La iniciativa para el deslinde corresponde al vecino en cualquier tiempo, y le asiste el derecho a que el colindante, en abstracto, participe en el gasto. La situación de riesgo por mal estado de edificios o árboles permite dirigirse al propietario actual, aunque el deterioro se viniera produciendo a través de sucesivas titularidades. En el expediente de ruina no altera la relación el cambio de titularidad[1737], aunque, como es lógico, si por negligencia o incumplimiento se verifica el daño, habrá que atender al responsable concreto.

Un ejemplo del juego de tales criterios particularmente significativo aunque referido a preceptos concretos, lo encontramos en la STS de 1913[1738]. Se trataba de molestias producidas por un horno de pan que durante años venía soportando el demandante; durante este tiempo, desde que en 1901 se construyera y comenzara a funcionar tal instalación, por un lado, el perjudicado no acudió a los tribunales, y, por otro, la instalación fue cambiando de manos, hasta cuatro titularidades distintas. El demandado adujo que, si bien la actividad

---

[1735]*Vid.* DESCHENAUX, "*Obligations propter rem...*", *cit.*, pp. 743-744.

[1736]Cfr. BALBI, *Le obbligazioni..., cit.*, pp. 149-150.

[1737]Cfr. VICENTE FERRANDO, *op. cit.*, pp. 451-452.

[1738]La doctrina suele presentarla como relevante y pionera. Cfr. SANTOS BRIZ, J., *Derecho civil, Teoría y práctica*, II, Madrid, 1973, pp. 526-528; ALGARRA PRATS, *op. cit.*, p. 443.

podía ser dañosa, nada había reclamado el demandante a los anteriores propietarios, que podían considerarse tan responsables como él de la situación. El TS, sin embargo, manifestó que objetivamente el hecho de que, por las razones que fueren (incluso de paciencia) el demandante no hubiera actuado hasta ese momento, y el haber recibido la instalación de otros, comenzando a explotar el local de la misma forma que se venía haciendo, no podía eximir al propietario de la tahona de su obligación de ejecutar a su costa las obras necesarias para evitar las molestias a partir de ese momento; aunque, respecto a los daños causados, sólo se le condenó a los producidos el último año, interpretando así la normativa sobre prescripción, año que, efectivamente, sólo contemplaba la titularidad del demandado.

El titular actual, señala DESCHENAUX, puede ser considerado responsable del estado de cosas creado por el precedente propietario, por lo que se refiere al compromiso vecinal de no dañar y de tomar las precauciones necesarias[1739]. No tanto en lo relativo a los daños ya causados. Aquí, habría que analizar caso por caso. Incluso, recién llegado el adquirente, cabría plantear que pudiera sustraerse a obligaciones y gastos si la reclamación se produce en el propio momento de su adquisición cuando no hubiera tenido contacto posesorio material con la situación, lo que plantea una distinción entre la tradición por escritura, y la asunción de responsabilidades ligadas al *status* de los fundos. En otro caso, puede ser conveniente demandar a ambos titulares sucesivos, para que en el proceso se deslinden responsabilidades.

Obligaciones reales en la situación de copropiedad

El contenido de la copropiedad presenta un aspecto real y otro de carácter obligatorio que, dice BELTRAN DE HEREDIA, no lleva consigo la elisión del elemento real, sino como es lógico, su complemento[1740].

Hay que aclarar, sin embargo, que no todas las obligaciones a que pueden encontrarse sujetos los copropietarios son reales. La normativa del Código civil aparece como

---

[1739]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 744.

[1740]*Vid*. BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 170 y ss., espec. pp. 174-175; ROCA JUAN, J., "La renuncia...", *cit.*, p. 91 y ss., p. 114; BONFANTE, P., "*Il regime positivo e le costruzioni teoriche nel condominio*", *Scritti Giuridici varii*, III, Torino, 1926, p. 454 y ss., p. 476 y ss.

supletoria de la regulación proveniente de «contratos o disposiciones especiales»[1741]. El pacto vendrá a establecer el «cómo» de cada comunidad concreta, pero vinculará a quienes en un momento dado se encuentran en la situación de cotitularidad y la organizan. Después, ciertas obligaciones van más allá de la esfera de lo relativo, vincularán a cualquier sucesivo comunero. En este campo, hemos de estudiar primero ejemplos que establece la propia ley, pero sin soslayar plantearnos la posibilidad y los presupuestos de la existencia de obligaciones reales de carácter convencional.

La obligación de contribuir a los gastos de conservación

Es doctrina común que el art. 395 CC. establece −o mejor, tiene prevista− una obligación real[1742]. Complementado con el art. 397 persigue la conservación de la cosa común de acuerdo con el interés de cada uno de los comuneros[1743]. Cada copropietario "podrá obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común". Es posible hablar de un deber genérico de conservación o, mejor, de contribución de acuerdo con el interés de los demás (se concretará, por tanto, cuando un comunero «obligue» a los demás)[1744].

Con la pertenencia a la comunidad, lo que hay son los presupuestos para que surja la obligación. No es la cosa misma la que exige ser conservada, sino el interés de los demás

---

[1741]Cfr. art. 392 CC.

[1742]Por todos CASTAN, *Derecho civil..., II-1, cit.*, ed. 1984, p. 514; ATARD Y GONZALEZ, R., "Algunas de las construcciones jurídicas que exige el desenvolvimiento técnico de nuestro sistema hipotecario y su mayor eficacia práctica", *RDP*, XI, 1924, p. 273 y ss., p. 274; BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 253; ROCA JUAN, "La renuncia...", *cit.*, p. 115 y nota 98; MIQUEL, *Comentarios..., V-2*, 1985, p. 104; SALIS, L., *La comunione, Trattato VASSALLI*, Torino, 1939, p. 129 y ss.; BARASSI, *Proprietà..., cit.*, p. 752 y ss.; NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, p. 123.

[1743]"Estamos ante derechos individuales de los comuneros resistentes a los acuerdos de la mayoría. No sería vinculante el acuerdo que impidiera a un comunero realizar gastos de conservación y con derecho al reintegro. Como no lo sería el acuerdo en contra de un solo comunero de alterar las cosas comunes (...) Ambos derechos son caras del mismo interés: mantenimiento del *status quo* de la cosa, o si se prefiere del destino de la misma". Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, pp. 103-104.

[1744]ROCA JUAN habla de obligaciones que «protegen el deber asociativo de contribuir a los gastos de conservación». *Vid.* ROCA JUAN, "La renuncia...", *cit.*, pp. 105-106, 113.

copropietarios el que puede venir a obligar. La obligación "surge dentro del organismo asociativo que entraña la comunidad". "No puede producirse para el titular único, que bien puede no realizar tales gastos, si no lo tiene por conveniente"[1745]. "Tal obligación no existe tampoco frente a la comunidad como tal ente". El que la cosa se vaya deteriorando no implica el deber de poner remedio a ello, con independencia del interés de los propios comuneros. Podrían dejar que aquella se deteriorase, sin más[1746].

El nacimiento de la obligación concreta

Teniendo todo esto en cuenta, se plantea MIQUEL cuál sea el momento de nacimiento de la obligación. No es el momento en que surja la necesidad de conservación, sino "desde que cualquiera de los comuneros lo exija"[1747]. En mi opinión, es necesario atender a lo que se podría llamar los momentos en que se concreta la iniciativa de conservación. La obligación nace, o comienza a nacer, en relación con el momento en que un comunero toma esta iniciativa, realizando el gasto, tomando las medidas que determinarán la necesidad de un desembolso, convocando a los demás para que constaten y contribuyan a la solución del problema[1748]...

[1745]Cfr. ROCA JUAN, "La renuncia...", *cit.*, p. 115.

[1746]Cfr. MIQUEL, *Comentarios...*, *V-2*, *cit.*, p. 103 y ss.

[1747]Esto tiene importantes consecuencias: "Supuesto que la cosa común necesite una reparación y que ninguno de los comuneros se haya preocupado de ello, en caso de venta de la parte de un comunero, no parece adecuado que, exigiendo después otro la reparación, resulte obligado el vendedor y no el comprador, al margen de la posible acción de este último por vicios o defectos ocultos" Cfr. MIQUEL, *ibidem*. He aquí característicos criterios de obligación real, que no miran tanto a la efectiva necesidad o conveniencia de cierto comportamiento, sino a la voluntad de los partícipes (cualquiera de ellos) en un momento dado, en relación al *status* de la cosa y a su futura utilización (no tanto a las consecuencias o vicisitudes del goce pasado). Por consiguiente, el desembolso no tiene tanto que ver con el sucesivo producirse del deterioro durante cierta utilización cuanto con la necesidad de reparar, actual y cara al futuro. Por ello, hay que tener cautelas en relación con la idea de *cuasicontrat de jouissance* (obligaciones correlativas al goce pasado) presentada por MICHON.

[1748]En todo caso, entiendo que es necesaria una notificación puesto que el comunero, cualquiera que sea su actuación, «podrá obligar» o no.

En cualquier caso, en la práctica, las circunstancias conectadas con el nacimiento de la obligación se presentan cambiantes[1749]. Las situaciones pueden ser diversas, y estas características materiales de las relaciones conviene tenerlas en cuenta: las soluciones no pueden venir (a no ser que el legislador nos ofreciera pronunciamientos terminantes, como hace en materia de propiedad horizontal) de modo abstracto y general, pues éste no tiene porqué ser el sentido de la obligación real[1750].

Ante el comunero interesado se presentan varias posibilidades (cuya utilización va a depender también del grado de urgencia del gasto y del sistema de actuación ordinario de la comunidad, conforme a los dictados de la buena fe o en virtud de reglas concretas[1751]). Lo importante es que, mientras frente a los terceros puede uno solo de los comuneros situarse como deudor, en la relación interna, si pagara el gasto por completo, va a beneficiarse de la

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

[1749]El copropietario puede convocar una reunión de la que saldrá la decisión de gasto. A su vez, la contribución concreta de cada cual se puede fijar en ese momento, o más adelante, así como también preverse una época para el pago. La iniciativa individual puede manifestarse también de otro modo: el comunero adelanta el gasto antes de que se evidencie la realización de las obras, o cabe iniciar la gestión conservatoria o reparatoria, y exigir después a los demás la contribución (no reembolso) o esperar a que tras la reparación, se concrete la cantidad a pagar.

Si el cuidado de conservación no fuera urgente, las medidas a tomar parece que deben decidirse en reunión de comuneros, porque la conservación puede afrontarse de distintas maneras y con diversos costes. Una decisión por libre del copropietario, tanto más si define el modo de conservación y lo compromete por un tiempo, chocaría con las exigencias de la buena fe.

Este criterio de la buena fe, plasmada en una notificación, recibía en las Partidas una gran importancia: si quien tuviera una iniciativa no lo hace saber previamente a los demás, pagará cualquier gasto por sí sólo. *Vid.* P. III, 32, 26. MANRESA, sin embargo, no piensa que tal régimen esté vigente. Cfr. *Comentarios..., III, cit.*, p. 380 y ss.

Todos los sucesivos pasos en los diferentes procesos antes aludidos merecerían, parece, tenerse en cuenta respecto al nacimiento de la obligación, hasta poder llegarse a la conclusión de que, en ciertas situaciones, resulta difícil definir un momento concreto, puntual, sino que más bien existe una temporada en que la obligación está naciendo y se está concretando.

[1750]La propia STS de 26 de octubre de 1929 utiliza criterios que pueden parecer ajenos a los argumentos de la obligación *propter rem*, como entiende MIQUEL, y sin embargo nos indican la opción y necesidad de atenerse a las circunstancias del caso concreto.

[1751]Es preciso tener en cuenta el sistema de administración establecido, expresa o tácitamente. *Vid.* STS de 7 febrero 1956.

previa contribución de todos, o puede exigir el posterior reembolso, de acuerdo con el sistema utilizado o elegido[1752].

Entonces, parece que la obligación nace (o comienza a nacer) en el caso en que el comunero anticipe todo el gasto, en conexión con ese momento[1753]. Cuando exija contribución para un gasto que se ha de hacer, en el momento de plantear esa exigencia. Y, aunque normalmente sea anterior la necesidad al nacimiento de la obligación, podría incluso ocurrir lo contrario[1754].

[1752]Acerca de la esta doble posibilidad, *vid.* MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 110 y ss.; ROCA JUAN, "La renuncia...". *cit.*, p. 114. La STS de 3 julio 1929 utiliza la expresión «derecho de adelantar» cantidades para gastos de conservación y pedir el reembolso de su parte a los demás. Este modo de explicar no le resulta convincente a ALBALADEJO, *Derecho civil, III-1, cit.*, p. 400-401, pero la posibilidad existe: el comunero no tiene por qué esperar a un acuerdo de la mayoría, por más que tal sea el proceder ordinario. *Vid.* BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 245 y ss. Aquí, acaso ROCA JUAN no explicita con la suficiente nitidez (MANRESA sí) la posibilidad de cada uno de exigir a los demás −sin contar con el respaldo de la mayoría− la contribución a un gasto subsiguiente. (*Vid.* ROCA JUAN, *op. cit.*, pp. 114-115). Lo normal va a ser una decisión comunitaria tomada por mayoría y, lógicamente, la apreciación de la necesidad del gasto puede dar lugar a controversia u oposición por parte de diversos comuneros, incluso la mayoría, lo que impondría acudir al Juez, o a un arbitraje, o dará lugar finalmente a la extinción de la comunidad; pero no significa que sea necesario obtener un acuerdo, basta que se constate el carácter necesario del gasto, su encaje en lo que la doctrina viene entendiendo como gastos de conservación. Cfr. MANRESA, *Comentarios..., III, cit.*, p. 380 y ss.; MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 111; BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 246.

[1753]Aunque el comunero exija después la contribución, parece que el momento de la efectiva realización del gasto o de las obras adquiere especial relevancia, aunque haya de ir acompañado de una notificación, que, por ello, habrá de hacerse en el tiempo oportuno. (*Vid.* STS de 1929) En las Partidas, como hemos visto, reviste especial importancia.

[1754]MIQUEL señala que "una interpretación meramente literal del artículo (395 CC) y como tal, mala, podría dar a entender que esa obligación nace una vez efectuado el gasto. No obstante, parece claro que tal interpretación es insostenible, no sólo porque «contribuir a los gastos» también es aportar las cantidades para gastarlas, sino sobre todo porque de ese modo la conservación de la cosa común peligraría en muchas ocasiones al imponer a uno solo (al interesado en la conservación) la carga de anticipar las cantidades necesarias. La obligación, pues, nace antes". Es más, lo normal ha de ser esta contribución previa de acuerdo a un

Después de estas consideraciones acerca del nacimiento de la obligación concreta, puede tener interés determinar cuando comienza la situación de mora para el obligado. Si mantuviéramos −explica MIQUEL− que la obligación surge desde el mismo momento en que aparece la necesidad, entonces "la reclamación del comunero interesado en la conservación podría ser el momento de poner en mora al otro. Pero me parece que debe tenerse en cuenta el art. 1100 CC, no en sus términos propios (último párrafo) porque aquí no estamos ante una obligación recíproca, pero sí hay que aplicar que mientras ninguno de los comuneros no cumpla o no se allane a cumplir no empieza la mora para los demás. Las consecuencias de no haber aportado las cantidades necesarias pueden ser intereses, daños y perjuicios (aplicación analógica del art. 1682, 1º)"[1755].

Parece que cabe también aquí discernir distintos supuestos, de acuerdo con la variada gama de posibilidades antes contemplada. Cuando la iniciativa de conservación se concreta en un gasto por parte del comunero[1756], y en consecuencia se trata de reembolso, y la

---

presupuesto revisado en junta de comuneros, en la que se constata y concreta el nacimiento de la obligación, con la decisión de gasto y compromiso de contribución, salvo abandono.

Estoy de acuerdo con MIQUEL en que no se puede hacer una interpretación restringida del art. 395 que suprimiera la doble facultad del comunero, pero parece preciso afirmar que cuando la iniciativa se exterioriza por el gasto, la obligación nace en conexión con tal momento. No «nace antes», pues hasta ese momento no tiene porqué haber exigencia, notificación o interpelación alguna, aunque sea muy conveniente hacerla cuanto antes. Es inadecuada, pues, una interpretación conforme a la cual la obligación nace, en todo caso, «sólo» una vez efectuado el gasto.

Incluso, la obligación pudiera nacer antes de que exista la necesidad, en los casos a que se refiere el propio MIQUEL (*Comentarios..., V-2, cit.*, p. 109) en que se verifica el acuerdo y exigencia de pago en previsión de un daño inminente o inmediato. O, de acuerdo con el sistema de atención a la conservación de la cosa común que haya podido fijarse por acuerdo comunitario. Nada impediría establecer para una comunidad ordinaria un sistema de contribución a gastos comunes similar al que se produce en la propiedad horizontal, de forma que se fuera contribuyendo por mensualidades, con posibilidad para el encargado de la administración de presentar a los demás recibos derivados de la realización de algún gasto extraordinario, para el que no pudiera bastar el eventual fondo de reserva.

[1755]Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 111.

[1756]Esta iniciativa del comunero puede parecer que daría nacimiento a la obligación, pero hay que recordar aquí cómo diversos autores consideran siempre necesario para la «constitución» de la obligación un requerimiento de uno de los comuneros a los demás. Cfr.

cantidad se ha concretado, la mora parece empezar en el momento del requerimiento posterior para tal reembolso, porque además un comunero «ha cumplido» lo que le incumbe. Cuando la exigencia de contribución resulta previa, no comenzará la mora hasta que, determinada la cuantía a pagar, cualquiera de los comuneros contribuya.

La cuestión tiene interés porque aunque el comunero, como veremos, pueda servirse de la renuncia para liberarse, esto no le va a exonerar, si ha incurrido en mora, de la responsabilidad inherente[1757]. Como responsable será también si como consecuencia de su negativa a contribuir, o de su retraso en manifestar su decisión de contribuir o renunciar, ha dado lugar a perder un tiempo tal que el estado de la cosa empeora y perece o se deteriora gravemente[1758]. Para BRANCA, se da un incumplimiento cuando, requerido un comunero para cumplir tales gastos, rehusa hacerlo, y "la relación de causalidad no puede negarse cuando el daño no se hubiese producido si hubiese dado pronto o comprometido su apoyo pecuniario"[1759]. El comunero oportunamente interpelado deberá resarcir a la otra parte, a menos que pruebe que ésta había podido evitar el daño a la cosa usando la diligencia ordinaria, con una intervención, dice MIQUEL, tempestiva fácil y no arriesgada ni gravosa. Para evitar toda responsabilidad, el comunero debe prometer su contribución o renunciar rápidamente a su derecho[1760].

NATUCCI, A., *La comproprietà nella giurisprudenza*, Padova, 1977, p. 182; BRANCA, *Comunione..., cit.*, p. 162. Y el propio MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, pp. 103-104, 112. Resulta adecuado conectar la iniciativa del gasto con una inmediata notificación a los demás, como uno de los elementos que completa el nacimiento de la obligación, con independencia de la posterior exigencia o requerimiento de reembolso.

[1757]Lo que nos indica que la obligación real, cuando nace, comienza a tener vida propia, produce unos efectos que se independizan del derecho real y no van a desaparecer con el abandono liberatorio.

[1758]Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 111. Otro ejemplo más de que los criterios relativos al cumplimiento de las obligaciones, buena fe en la relación, etc. colorean una relación que no puede concebirse esquemáticamente.

[1759]Cfr. BRANCA, *Comunione..., cit.*, p. 173 y ss.

[1760] Aunque la obligación del comunero parece limitarse a la contribución a los gastos −no se refiere a una actividad conservatoria−. La STS DE 1929 declara que la obligación de contribuir no impone deber alguno de realizar actos de conservación. Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 112. También BISCONTINI, G., *Codice civile annotato, a cura di Pietro Perlingieri*, Torino, 1980, *ad*. art. 1105, p. 468.

Prestación concreta y comuneros sucesivos.

La determinación del momento de nacimiento de la obligación ha interesado, especialmente, por cuanto puede tener importancia a la hora de fijar el sujeto obligado. Buena parte de la doctrina suele decir que va a quedar obligado el titular de la cuota en el momento en que surge la obligación concreta. Podrá liberarse, como veremos, pero la obligación una vez nacida tiene vida propia como relación obligacional y despliega consecuencias alguna de las cuales no van a desaparecer para aquel titular con la renuncia: piénsese en esos efectos indemnizatorios en caso de mora o en aquel caso en que, por el retraso en la cooperación, la cosa viene a perecer.

He aquí, por tanto, una obligación real y un deudor concreto. Como acreedor, cabe considerar a «los demás» y a cada comunero concreto que exige contribución o realizó el gasto[1761]. En cuanto al deudor... ¿qué pasará si después enajena su parte? En principio, no vemos, como MIQUEL, razón alguna para que deje de serlo[1762]. No resulta de la ley, ni tiene por qué derivar *a priori* de la naturaleza de las obligaciones reales[1763]. La obligación real también se personaliza, se trata de un vínculo de carácter personal por más que integrado en la relación de reparto, tiene vida propia, y en su desenvolvimiento corresponde el pago en principio al primer deudor. Para el adquirente aparecerá otra obligación nueva en el momento de una nueva concreción de aquél deber genérico relativo a la conservación,

---

[1761]"Al carecer la comunidad de personalidad, resulta que no puede ser ella la acreedora. Se da, pues, una situación muy peculiar en cuanto a los sujetos, todos están obligados frente a todos y todos son acreedores frente a todos". Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 112. Ahora bien, ROCA JUAN, para situarnos en el ámbito del art. 395, requiere "que el crédito lo exijan precisamente los demás o alguno de los comuneros, es decir, obligación nacida frente a la comunidad o frente al comunero, que por su iniciativa y a su costa realizó el gasto (...) Obligación de contribuir a los gastos de conservación que exijan los comuneros u otro comunero". Cfr. ROCA JUAN, "La renuncia...", *cit.*, p. 113.

[1762]Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 104.

[1763]BELTRAN DE HEREDIA sustenta esta misma idea, pero entiende que el hecho de que la obligación una vez nacida no se transfiera al nuevo adquirente es una excepción a la regla del carácter real. Cfr. BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 254. Mientras, BALBI, en opinión no compartida por la mayoría, atribuye al carácter real de la obligación la trasferencia de la condición de deudor al adquirente. Cfr. BALBI, *Le obbligazioni..., cit.*, p. 149. En contra, por todos, NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, p. 132, nota 50.

elemento de la ley de la comunidad que asume como un aspecto de la posición que adquiere.

Normalmente, la doctrina no encuentra justificación para nuestro derecho a la solución sugerida por BELTRAN DE HEREDIA, tomada del art. 1104 CCI, en cuya virtud el adquirente viene a quedar responsable, solidariamente con el primer deudor[1764].

Así pues, nacida la obligación, el deudor no queda liberado por la transmisión de su cuota. Aunque sería mejor decir que existe una época a partir de la cual la obligación se ha personalizado. Porque hemos de tener en cuenta que aquella no nace siempre de la misma

---

[1764]El auténtico deudor, para la doctrina mayoritaria. En cambio, en el planteamiento de BELTRAN DE HEREDIA el «verdadero deudor» ahora habría de ser el adquirente (*op. cit.*, p. 254). El art. 1104 CCI establece la adición de un nuevo responsable −responsabilidad *propter rem ex lege*− que puede resultar conveniente para la protección del acreedor. Y no sólo esto, puede resultar, en realidad, coherente con los criterios de obligación real, derivada de la situación de la cosa y deseo de los comuneros, en un momento dado, de conservar, sin atender al pasado o a lo ocurrido en tiempo de titularidad anterior. Aunque no hayan faltado críticas en la propia doctrina italiana (Cfr. FEDELE, *op. cit.*, p. 327: "La conclusión es evidentemente muy dura e injusta para el adquirente, dado que la adjunción de su responsabilidad es sancionada solamente para reforzar la protección del derecho de los otros partícipes acreedores"). MIQUEL critica esta solución también por la dificultad de regular o nivelar las relaciones internas entre adquirente y transmitente (*Comentarios..., V-2 cit.*, p. 105, aunque a decir verdad, dificultades en este sentido puede haber en cualquier caso).

Para BIGLIAZZI-GERI la solución del art. 1104 CCI es generalizable para cualquier situación de titularidades sucesivas que ofrezca dudas en orden a la exigibilidad de una prestación concreta encuadrada en una obligación real. Según esta autora, la ley consagra el nacimiento de una nueva obligación real del adquirente, que viene a añadirse a la originaria del transmitente. Parece claro, en cualquier caso, que esta solución no viene exigida por la naturaleza de la obligación del comunero como real, aunque esto podría discutirse en Italia. De todas formas, tampoco es una solución arbitraria, y puede encontrársele sentido reflexionando con criterios característicos de obligación real.

Lo que parece admisible es que una reglamentación de comunidad estable (acaso, en este caso, establecida por unanimidad) señale la adjunción del adquirente como responsable junto al transmitente. Así lo admite nuestro TS en un caso de normativa estatutaria de una propiedad horizontal. Con criterios de teoría de las obligaciones, el TS exige la presencia en cada caso de la voluntad conforme del acreedor para la liberación del deudor. Pero las responsabilidades se acumulan, sin liberación del transmitente (cuyo carácter de deudor personal, en el caso, resulta claro y no ofrece dudas). *Vid.* STS de 29 de marzo de 1989.

forma: por ejemplo, cuando la iniciativa de conservación viene definida por la realización del gasto por un comunero, nacería en conexión con tal momento y no cuando, acaso tiempo después, se exija el reembolso. Afirma SALIS[1765] que la naturaleza *propter rem* o ambulatoria de la obligación implica que quien sea propietario en el momento en que es exigida, está obligado en proporción a su cuota al reembolso. No está claro si aquí SALIS trata de determinar el momento del nacimiento de la obligación o, sin más, afirmar, una vez nacida, su constante ambulatoriedad. En todo caso, en efecto, el nacimiento requiere la notificación o exigencia de contribuir, pero en los casos de reembolso, estos actos han de presentar conexión con un evento ocurrido antes. Y, a partir de entonces, indicó RAMPONI, no puede admitirse ya la transmisión al causahabiente particular, sino sólo a los herederos[1766]. De acuerdo con RAMPONI, y apartándose de la aparente doctrina de SALIS, está la STS 26 octubre 1929[1767].

A MIQUEL le parece acertada la solución de la Sentencia, pero no el argumento utilizado, porque entonces "resultaría que el adquirente a título gratuito estaría obligado, lo cual hace depender el derecho de los otros comuneros de cuestiones ajenas a ellos, de las relaciones entre adquirente y transmitente, y es, por tanto, inadmisible"[1768]. Pero, aunque el de la sentencia no sea el argumento principal, no conviene olvidarlo. También en un acto liberal podría considerarse la cuantía de aquel gasto y el correcto *status* de conservación actual, como comprendidos en la liberalidad. Y porque, además, nos indica la variedad de consideraciones que cabe tener en cuenta en el caso concreto, y la dificultad de fijar un criterio general, al menos durante la temporada que va desde constatación de la necesidad del gasto hasta el momento en que, realizadas las obras y concretadas las cantidades a pagar, ha quedado la deuda como propia de cierto deudor[1769].

[1765]Cfr. SALIS, *La comunione, cit.*, p. 129.

[1766]Cfr. RAMPONI, L., *Della comunione di proprietà o comproprietà*, Napoli-Torino, 1922, p. 1115, nota 2.

[1767]"... La obligación... en nada afecta a un condueño que adquirió su participación en la cosa común **después de ejercitarse en ella las obras** a cuyo pago se le quiere compeler de nuevo, toda vez que... ya se tuvo en cuenta para la determinación del precio el estado en que se hallaba la cosa vendida al tiempo del contrato de compraventa".

[1768]Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, pp. 105-106.

[1769]MANRESA señaló en su día las dificultades de esta materia, que sólo puede tener adecuado desarrollo en una relación presidida por la buena fe. Cfr. *Comentarios..., III, cit.*, pp. 377, 424.

Porque, en efecto, parece que hay un momento a partir del cual ha quedado claro, sin lugar a duda, que el pago corresponde a un determinado titular. Coincide así nuestra postura con la de BONET CORREA: "El carácter ambulatorio de esta obligación lleva a que el sujeto pasivo venga determinado por la titularidad y poder derivados del título de copropietario de la cosa, pero, no obstante, los gastos de conservación de la cosa se han de referir a los realizados durante la época en que fuese titular"[1770]. Comprobamos aquí una vez más la afirmación de un momento a partir del cual la deuda no «ambula», pero también la cierta indeterminación en el caso concreto. No habla este autor del momento del nacimiento de la obligación, ni se refiere a la necesidad, o a la exigencia o requerimiento[1771], al adelanto del pago o la decisión de gasto, sino a «haberse realizado».

Si en el caso de reembolso, se considera obligado aquel al que, en definitiva, se exige tal reembolso (de acuerdo con la pretendida eficacia de una obligación *propter rem*, y con una interpretación de la idea conforme a la cual la obligación nace −y podría nacer para varios titulares sucesivos− con la exigencia de contribuir) quizá resultara así más protegido el interés del acreedor. Pero no veo porqué haya de dotársele de esa protección especial. Lo lógico entiendo, será que, quien toma la iniciativa, exija el reembolso inmediatamente, precisamente a quien es titular en tal momento; permitirle esperar y exigir a un titular posterior podría suponer −salvo especiales normas de actuación que rijan expresa o tácitamente en esa comunidad concreta− pactar con su posible negligencia o aún mala fe.

Piénsese además en el caso en que el primer obligado (titular en el momento del gasto) transmite parte de su cuota a un tercero. Parece que, al menos cuando ha pasado la época de concreción de la deuda, es justo que siga sujeto por toda la obligación. En tal transmisión, además, lo lógico es que se habrá tenido en cuenta el nuevo valor de la cosa a consecuencia del gasto, lo que sin duda es un criterio más, que nos ayuda a valorar de modo distinto la situación en que, decidido el gasto o nacida la obligación, la actividad conservatoria aún no se ha plasmado en el bien, o por el contrario esto ha sucedido, con independencia incluso de que se haya determinado la deuda concreta, y fijar la atención, una vez más, en esa época «intermedia». Por otro lado, el transmitente de una parte de la cuota, en este momento, normalmente, ha de resultar solvente a resultas de la venta.

[1770]Cfr. BONET CORREA, J., "La renuncia exonerativa y el abandono liberatorio en el Código civil", *RGLJ*, 1961 (II), pp. 3 y ss., p. 16 y ss.

[1771]La STS de 11 de junio de 1987 sitúa el nacimiento en el requerimiento. *Vid.* MIQUEL, J.M., *Comentario del Código civil, Ministerio de Justicia*, Madrid, 1991, p. 1079.

La obligación concreta, en ocasiones, no nace en un momento definido: existen varios acontecimientos que contribuyen a su definitiva fijación: en este período sigue viva su capacidad de vincular a quien, en tal momento, ingresa en la comunidad. En esta época resultan adecuadas y justificadas soluciones como la italiana, y de su relevancia resulta también un indicio la norma que, en sede de propiedad horizontal, establece la afección del piso por un tiempo, para, pasado aquél, dejar la deuda a cargo del titular originario, no del actual. Porque, una vez que la obra se ejecutó, que el gasto se realizó, la prestación concreta pertenece al pasado, y al titular pasado ha quedado vinculada.

La renuncia liberatoria

"Sólo podrá eximirse de esta obligación el que renuncie a la parte que le pertenece en el dominio", establece el art. 395 CC. Al plantearse esta renuncia liberatoria, señala ROCA JUAN[1772] la necesidad de llegar a un concepto estricto, trascendiendo de aquel sentido amplísimo en que todo negocio de transmisión implica una renuncia, para quedarnos con otro más corto de «verdadera y propia renuncia»: "dejación de un derecho por su titular sin intención de transmitirlo a otro"[1773]. La verdadera renuncia es extintiva, no es acto dirigido a aumentar la esfera de acción de otro. Luego, podrá tener otros efectos, finalidades indirectas aunque en la práctica pudieran ser, como en este caso, decisivas, pero, nos dice ROCA JUAN de acuerdo con la doctrina más autorizada, "si hay un beneficio no es por virtud de la renuncia, ya que ésta no es título del beneficio, sino condición de su eficacia"[1774].

Se trata de "uno de los actos que cada propietario puede realizar libremente, como muestra de la naturaleza autónoma de su derecho, no vinculado"[1775]. Pero la declaración del Código adquiere una particular significación: el comunero puede renunciar precisamente para liberarse. No sólo le corresponde aquella facultad −si sólo fuera esto, el art. 395 supondría una repetición del art. 6.2º− sino que se le permite por este medio liberarse, independientemente del interés que pudieran tener los demás comuneros en que no

---

[1772]Cfr. ROCA JUAN, "La renuncia...", *cit.*, p. 107 y ss.

[1773]Cfr. ROCA JUAN, "La renuncia...", *cit.*, p. 108; RUGGIERO, R., *Instituciones de derecho civil, I*, Trad. SERRANO SUÑER-SANTA CRUZ TEIJEIRO, Madrid, 1929, p. 240.

[1774]Cfr. ROCA JUAN, *ibidem*. *Vid.* REYNAUD, P., "*La renonciation a un droit. Sa nature et son domaine en droit civil*", *RTDC*, 1936, p. 763 y ss.

[1775]Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 256.

renunciara. Viene a ser el único modo de liberarse de una serie de obligaciones −nacidas y exigibles− de que no podría exonerarse el comunero a no concederle la ley tal facultad[1776]. Como ha visto MIQUEL[1777], el comunero no se libera por el solo hecho de dejar de serlo −por ejemplo, como hemos visto, cuando transmite su cuota−. «Sólo» (art. 395) se libera el que renuncia −aunque actúe sin la intención, ni siquiera tácita, de liberarse[1778].

La liberación por la renuncia tiene así un carácter claramente económico −fuera del sentido de «castigo» propio de Roma, de perder la cuota quien no quisiera contribuir[1779]− como medio para el equilibrio de los intereses en presencia en orden a la conservación[1780]. Como la otra cara que se tiene presente al ordenar el equilibrio, la renuncia determina (más que un acrecimiento en sentido propio[1781]) la natural expansión del derecho de los demás, una modificación de los efectos divisibles del condominio y la desaparición del límite

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

[1776]*Vid.* ROCA JUAN, "La renuncia...", *cit.*, p. 108. Para LACRUZ, sin embargo la renuncia "le libera de las obligaciones que pueda ulteriormente contraer la comunidad, pero no de las anteriores". Cfr. LACRUZ, *Elementos... III-2, 1980, cit.*, p. 274. Con esta interpretación parece que el art. 395 CC no alcanza todo su sentido, que se muestra también si miramos los **precedentes romanos** tanto en comunidad como en el usufructo, por más que en Roma se tratara de pérdida del derecho (sanción) por no estar dispuesto a cumplir, pero, eso sí, obligaciones actuales y exigibles. (Cfr. D. 17, 2, 52, 10; FERRINI, *Pandette, cit.*, n. 340). La opinión de LACRUZ no acepta la renuncia cualificada que en el seno de la comunidad libera también para el pasado y, como es lógico, respecto de prestaciones futuras. Otra cosa será plantearse esta cuestión en los censos, dado su carácter contractual. Sí resulta correcta aquella tesis si se refiere al vínculo existente del comunero con un tercer acreedor. *Vid.* ROCA JUAN, *ibidem*, p. 113.

[1777]Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, pp. 106 y 114.

[1778]Cfr. ROCA JUAN, "La renuncia...", *cit.*, p. 111.

[1779]Aunque éste es otro modo de expresar una idea semejante a la actual, y conviene tenerlo en cuenta. Cfr. BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 257; BARASSI, *Proprietà..., cit.*, p. 757 y ss.

[1780]Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 114.

[1781]Sobre este tema, *Vid.* ROCA JUAN, "La renuncia...", *cit.*, p. 94 y ss. Lo que sucede en caso de renuncia tiene estrecha relación con la propia naturaleza del condominio y de la cuota en tanto proporción: *Vid.* GONZALEZ, "La renuncia en el derecho inmobiliario", *Estudios..., III, cit.*, p. 42. DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 105-106.

impuesto a los efectos indivisibles[1782]. "Se da al comunero la posibilidad de eludir aquellas cargas que no le convenga soportar". Para ello "no bastaba la genérica facultad de renunciar al derecho, que encontraría el límite del interés en que no se renuncie de la comunidad a que el titular está vinculado, y por eso se le concede una renuncia a la total situación jurídica que le corresponde: como cotitular del derecho común y como comunero. Con ella el aumento en las cargas que para los demás ocasiona la renuncia se compensa teóricamente con el aumento, en la misma proporción, de los «beneficios», quedando así borrado el «perjuicio de tercero»: es la función «satisfactorio-liberatoria» que asigna BRANCA a la renuncia del condueño. Los demás comuneros pueden, a su vez, renunciar a su respectiva situación si no les conviene la permanencia ante la renuncia del otro, como ocurre en todo caso en que la compensación teórica del art 395 no se produzca prácticamente por ser mayores los gastos de conservación que los beneficios, haciendo excesivamente oneroso el ejercicio del derecho tenido en común; o bien pedir la división del objeto común acabando con la organización comunitaria, aunque este segundo medio sólo impediría el nacimiento de nuevas obligaciones sin liberarlos de las anteriores, para las que no hay otro medio liberatorio que la renuncia"[1783].

Así pues, el art. 395 CC no indica simplemente que para quien renuncia, no pueden surgir más obligaciones *propter rem*. Va más allá, y permite precisamente liberarse de las obligaciones nacidas y exigibles[1784]. Renuncia cualificada, cuyo efecto lo marca la ley. Libera para el pasado, y en sentido impropio para el futuro −pues no pueden nacer más obligaciones para el titular que dejó de serlo−. En este último sentido, libera de la ley de la comunidad, con arreglo a la cual eventualmente surgiría la obligación. En otros casos parece que la renuncia sólo va a tener este efecto liberatorio para el futuro: en relación con obligaciones ya nacidas, pero que terminan su ciclo para el obligado con la renuncia (obligaciones de comportamiento) o porque la genérica ley de la relación no va a producir más obligaciones para él.

¿Cuáles son los presupuestos de esta renuncia liberatoria?

[1782]Cfr. ROCA JUAN, "La renuncia...", *cit.*, p. 107; BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 257. *Vid.* también SALIS, *La comunione, cit.*, p. 183 y ss.

[1783]Cfr. ROCA JUAN, "La renuncia...", *cit.*, p. 110.

[1784]Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 114 y ss.

En primer lugar, se refiere al ámbito de la comunidad, pero no puede ir más allá[1785]. Si se ha originado un crédito cuyo titular es un tercero, no opera contra él la renuncia como excepción liberatoria. Sus derechos van a quedar protegidos aún para el caso de división, conforme al art. 405 CC[1786].

En segundo lugar, ha de tratarse de gastos de conservación. Aunque el Código no habla de «gastos necesarios»[1787], hay que entender comprendidos aquí los que requiera la conservación de la cosa −reparaciones, etc.− y también los requeridos por su explotación o goce, de acuerdo con el destino de la misma[1788]. Es importante este criterio del destino para la determinación de qué gastos sean de conservación. Puede ser el natural de la cosa −el que exige su naturaleza− o el fijado por los comuneros, en este caso por unanimidad, pero

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

[1785]Cfr. ROCA JUAN, "La renuncia...", *cit.*, pp. 109 y 113; MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 114

[1786]" (...) Conservarán igualmente su fuerza los derechos personales que pertenezcan a un tercero contra la comunidad" (art. 405 CC). En este punto, tratándose de gastos aprobados por mayoría, MIQUEL defiende, como veremos, que no quede comprometido por la mayoría el patrimonio de la minoría. Ahora bien, particularmente tratándose de gastos de conservación, parece que con cierta facilidad va a entrar aquí en juego el mandato tácito o presunto.

[1787]A diferencia de los demás códigos latinos, inspirados directamente en el derecho romano. Cfr. BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 247.

[1788]Nuestros comentaristas, explica ROCA JUAN, concretan el alcance de la facultad liberatoria sólo a los gastos necesarios, sin los cuales la cosa no puede conservarse y son indispensables a su sostenimiento. El concepto se extiende no sólo a los destinados a evitar su ruina sino también a «defender el derecho» y «mantener su ejercicio». Pero la expresión de nuestro Código permite incluir también aquellos precisos para mantener el *status quo* económico y jurídico del objeto: destinados a mantenerla útil y productiva de acuerdo con el destino a que está afectada. Cfr. BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 248 y ss.; ROCA JUAN, "La renuncia...", *cit.*, p. 114; MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 106; BRANCA, *Comunione..., cit.*, p. 156.

Todo esto, señala la doctrina, con independencia de que el gasto provenga del acto de un tercero o de un sólo comunero, aunque después habrá que proceder a los correspondientes reembolsos (o sea, salvo la reclamación al verdadero responsable). Para BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 248 sin embargo, sólo concierne la cuestión a los comuneros causantes del desperfecto; MIQUEL, *ibidem*, p. 110, por el contrario, entiende que han de atender todos a la situación, salvo la obligación del responsable de reembolsar por cuota.

incluso tácitamente[1789]. El criterio sirve para resolver algunos problemas: por ejemplo, cuándo la reconstrucción pueda considerarse conservación[1790]. También resulta adecuado para el caso de que la necesidad de reparación o gasto provenga de causas anteriores a la comunidad, sin que podamos aceptar −en esto acierta MIQUEL[1791]− que siempre vaya a tener sentido hacer el gasto, como parece entender BELTRAN DE HEREDIA[1792].

Son también gastos de conservación aquellos tendentes a evitar o prevenir un daño, siempre que sea inminente[1793], diversos gastos judiciales[1794], e incluso impuestos[1795]. Pero no estarán comprendidos en el ámbito del art. 395 los gastos útiles −mejoras− o suntuarios, ni aquellos destinados al mejor disfrute que han de realizarse si lo decide la mayoría.

[1789]Cfr. BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 246 y ss.; ROCA JUAN, "La renuncia...", *cit.*, p. 114; MIQUEL, *ibidem*, p. 106 y ss.

[1790]Para ello vendrá bien tener en cuenta factores como la autonomía o no de la parte destruida, o la relación entre el valor residual del bien y el de aquella parte. *Vid.* BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, pp. 249-250; MIQUEL, *ibidem*, p. 107 y ss.; FEDELE, *op. cit.*, p. 319; BRANCA, *Comunione..., cit.*, p. 171 y ss. La reconstrucción, señala MIQUEL, puede entrar en el ámbito de la conservación del art. 395, de la decisión mayoritaria del 398, o de la alteración que requiere unanimidad del 397. Hay que fijarse en el destino que se está dando a la cosa o en el que puede dársele a partir de este momento, si resultara ser distinto, pero de acuerdo con su naturaleza y los usos del lugar. En este último caso, y para otros supuestos dudosos, apunta MIQUEL, habrá que estar al criterio de la mayoría. Según BRANCA, para valorar la necesidad o no de los gastos, se prescinde totalmente de consideraciones de oportunidad y utilidad. "Necesarios son aquellos gastos sin los que la cosa perecería o se deterioraría o no podría servir, cualitativa o cuantitativamente, al uso al cual ha servido hasta ahora. Incluso si la restauración indispensable a la conservación de la cosa no se viera ya conveniente (p. ej., por razones de mercado que aconsejaran otro tipo de utilización) los comuneros estarían igualmente obligados con tal que, bien entendido, se mantengan las antiguas posibilidades de goce. Los partícipes que no quieran contribuir pueden renunciar a la cosa o provocar una decisión colegial que cambie, mejorándolo, el sistema de gestión". Cfr. BRANCA, *Comunione..., cit.*, p. 157 y ss.

[1791]Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 109.

[1792]Cfr. BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 249.

[1793]Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 109.

[1794]Cfr. MIQUEL, *ibidem*; BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*,p. 251. STS de 30 de octubre de 1907.

[1795] Cfr. BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, pp. 252-253. STS 30 de octubre de 1907.

Igualmente por mayoría se decidirán aquellos gastos derivados de una determinada manera de llevar la administración que así se hubiera acordado.

Así pues, existen gastos exigibles por un comunero, y otros por mayoría, e incluso otros, acaso, por unanimidad (reconstrucción cuando lleve consigo una alteración de la cosa o su destino, siempre que éste no sea el que viniera exigido por la naturaleza misma de las cosas en caso de reconstrucción tras una ruina). La renuncia liberatoria se refiere también a los decididos por mayoría, pero cuando sean de conservación[1796]. Si no fuera así, sólo con las matizaciones que veremos a continuación.

En tercer lugar, es preciso, para poder beneficiarse de la renuncia, que el comunero no haya asumido el gasto "con independencia de su cualidad de titular-comunero (expresión de ROCA JUAN[1797]). Respecto de este punto, es claro el art. 1104 CCI, párrafo 2º: "*La rinuncia non giova al partecipante che abbia anche tacitamente approvato la spesa*". No encontramos algo semejante en nuestro Código, pero la doctrina admite tal criterio: "La aprobación del gasto −indica MIQUEL− impide liberarse de la obligación de contribuir a él[1798]".

Pero esta afirmación precisa algunas matizaciones: da la impresión de que no cualquier aprobación del gasto privaría de la facultad de liberarse por la renuncia. La doctrina italiana

---

[1796]MIQUEL, sin embargo, le da un alcance mayor, y lo aplica a gastos de mejora y en general mejor disfrute. Utiliza el argumento, de entrada, para algunos casos de reconstrucción en que, junto al destino, piensa que hay que estar a la decisión de la mayoría. "En estos casos en que aparecen contrapuestos los intereses de los comuneros de modo difícil de conciliar y no puede afirmarse que se trata de conservación, parece más adecuado remitir la decisión a la mayoría. Aún en este caso, parece que debe reconocerse al comunero que no quiera estar a la reconstrucción la posibilidad de liberarse mediante la renuncia del art. 395. Es decir, este artículo, aunque literalmente se refiera a la renuncia a los gastos de conservación, *a fortiori* parece que debe ser admitida respecto a otros gastos acordados por mayoría". Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 108.

[1797]Cfr. ROCA JUAN, "La renuncia...", *cit.*, p. 122.

[1798]Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 118. También, ROCA JUAN, "La renuncia...", *cit.*, p. 121; BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 254 y ss. "La facultad de eximirse de tal obligación −razona MIQUEL− está basada en que el comunero puede quedar obligado en contra de su voluntad a la conservación de la cosa. Tal razón desaparece si el comunero está de acuerdo en efectuar el gasto. Por otra parte, el cambio de opinión del comunero respecto de los gastos puede lesionar la confianza de los demás".

señala que no es «aprobar» la simple expresión de un parecer técnico sobre la necesidad del gasto, ni aún menos el silencio del partícipe que interpelado no haya contestado. La aprobación tiene que ser una asunción implícita del deber de contribuir[1799]. La doctrina española llega un poco más allá (tampoco viene condicionada por una disposición legal). BELTRAN DE HEREDIA habla de una "aprobación y aceptación expresa, demostrando de modo evidente la intención de querer asumir personalmente aquella obligación. Caso contrario, aunque exista o haya existido aprobación, no por ello puede privarse al copropietario de su derecho a renunciar a su parte en la copropiedad para liberarse de la obligación"[1800]. Esto lo matiza MIQUEL, considerando excesivo exigir la aprobación de una manera expresa[1801]. Y ROCA JUAN, siguiendo a SALIS, entiende que el mero consentimiento a los gastos necesarios no lleva consigo, por fuerza, la renuncia a la facultad de abandono. Sería necesario para ello que el comunero haya asumido el cumplimiento "con independencia de su condición de tal"[1802].

Relacionada con esta cuestión, hay otra que plantea MIQUEL: para este autor la renuncia del art. 395 CC también sería posible respecto de los gastos de administración y mejor disfrute acordados por la mayoría. En este caso no sería posible la renuncia respecto de los gastos acordados y efectuados ya. "Sí, en cambio, de los gastos acordados, recurrido el acuerdo o no recurrido si la renuncia es inmediata. En ninguno de estos casos se lesiona el interés ni la confianza de los otros partícipes". El art. 395, a su juicio, no está limitando a los gastos de conservación la facultad liberatoria. Sólo trataría de "delimitar −al hablar sólo de gastos de conservación− el poder o facultad del comunero para obligar a los demás, aún

---

[1799]Cfr. FEDELE, *op. cit.*, p. 330; BRANCA, *Comunione..., cit.*, p. 167.

[1800]Cfr. BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 255.

[1801]"Estas afirmaciones hay que compartirlas, excepto en lo relativo a que la aprobación debe ser expresa; cabe perfectamente una aprobación tácita que demuestre de modo evidente la intención de querer asumir la obligación". Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 119.

[1802]Cfr. ROCA JUAN, "La renuncia...", *cit.*, pp. 121-122. "Respecto a las obligaciones anteriores, la renuncia no libera, bien cuando existe una aceptación expresa −también ROCA JUAN sigue a BELTRAN DE HEREDIA en este punto− con evidente intención de asumir la obligación personalmente, bien cuando el pacto que rige la comunidad obligue a los partícipes a responder personalmente de los gastos de conservación". Tal pacto, parece, entraña una obligación personal. Acaso también pudiera establecerse, por unanimidad, como obligación real voluntaria de la que cabe liberarse, pero con la renuncia ordinaria, efectiva hacia el futuro. Sobre este pacto, *vid.* BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 255.

en contra de su voluntad, sin un acuerdo de la mayoría". Además "no parece tener sentido permitir al comunero liberarse de los gastos de conservación, y no, en cambio, de los gastos de mejoras acordados en contra de su voluntad (...) Si de los gastos de conservación cabe eximirse mediante la renuncia, más aún de los gastos de mejoras". Como cabe la renuncia respecto de los gastos de conservación cuando se han deliberado y decidido por mayoría "¿por qué no aplicar la posible renuncia al resto de los gastos realizables en virtud de una decisión de la mayoría?"[1803].

Hasta aquí los argumentos de MIQUEL. Sin embargo, no conviene olvidar a este respecto la opinión de ROCA JUAN, apoyada en SCAEVOLA. Aunque MIQUEL trata de convencernos de que ROCA JUAN[1804] está de acuerdo con él, lo cierto es que este autor se refiere a decisiones de la mayoría relativas a gastos de conservación. "Cualesquiera otra obligación (que no sea la de contribuir a gastos de conservación) no comprendida en este ámbito, ya nacida y exigible, no se extingue por la renuncia del comunero, lo que al menos constituye un criterio práctico"[1805]. En efecto, cuando el art. 395 exime del cumplimiento tratándose de obligaciones nacidas y exigibles, está fijando una excepción, un privilegio, aunque adecuado a los criterios de obligación real y acorde con las circunstancias e intereses en juego. Y, por ello, pienso, con SCAEVOLA que "el Código limita el privilegio, por decirlo así, al caso concreto de los gastos de conservación[1806]".

[1803]Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 119.

[1804]"Aceptando el sistema de mayorías para cuanto se refiere a la administración y disfrute, por el solo hecho de ser cotitular se es comunero y se está sometido a dicho régimen, circunstancias éstas que motivan el que puestos en conflicto el interés de la comunidad y el del comunero (respecto a decisiones que en orden a la conservación del objeto común fueron adoptadas por mayoría sin su voluntad e incluso contra su voluntad) se da al comunero la posibilidad de eludir aquellas cargas que no le convenga soportar, apareciendo con mayor fuerza el argumento cuando tales gastos los realiza un comunero por su sola iniciativa". Cfr. ROCA JUAN, "La renuncia...", *cit.*, p. 110. De aquí deduce MIQUEL: "Se ve claro que ROCA JUAN admite que la facultad de liberarse por medio de la renuncia existe también, aunque el gasto haya sido aprobado por mayoría; si esto es así, entonces debe admitirse que también de las obligaciones por los otros gastos aprobados por mayoría pueda eximirse el comunero por renuncia liberatoria". Cfr. MIQUEL, *ibidem*, p. 120.

[1805]Cfr. ROCA JUAN, "La renuncia...", *cit.*, p. 119.

[1806]Cfr. SCAEVOLA, *Código civil..., VII, cit.*, p. 205.

Ahora, poniendo en relación esta cuestión con el problema anterior de la aprobación del gasto, entiendo que, tratándose de un gasto de conservación decidido por mayoría, respecto de él cabría también la renuncia liberatoria, y el haber formado parte de la mayoría que decidió no priva al comunero de aquella facultad, que tendría igual que el comunero disidente. MIQUEL amplía la posibilidad de renuncia al caso de gastos establecidos por mayoría. Pero parece como si en este caso no pudieran renunciar los que hayan aprobado el gasto (incluso aunque fuera de conservación). ROCA JUAN permite (con SCAEVOLA) la liberación para gastos de conservación del art. 395 (que no se hayan asumido personalmente) y, para el caso del art. 398 (mayorías) sólo cuando se trate de gastos de conservación, pero, parece, caso de que el comunero no haya votado a favor del gasto.

Respecto de todo ello, hay que recordar que el art. 395 ofrece una posibilidad que habría que interpretar restringidamente para caso de conservación. Y, por otro lado, en caso de acuerdo por mayoría, el haber votado a favor del gasto no constituye una aprobación que suponga haber asumido la obligación más allá de la cualidad de titular-comunero.

Cabe decir entonces que si se trata de un gasto de conservación, puede eximirse el comunero del art. 395 y también el del art. 398, tanto si ha votado a favor como en contra[1807].

En caso de mayoría, respecto, ahora, de gastos de administración, ésta vincula al comunero −*ex* art. 398 CC− tanto al que la forma como al disidente. En este caso sólo cabría la liberación, si la renuncia ha sido inmediata al acuerdo, de modo que aquella mayoría, de algún modo, no ha llegado a vincular[1808]. Y, en principio, no puede ya liberarse el que aprobó. La solución, en realidad, puede parecer igual que la apuntada por MIQUEL, más el argumento, pienso, es un poco diferente. Esto no quiere decir que no puedan existir otras obligaciones reales de uso, disfrute y administración, del art. 398; respecto de ellas el obligado se desligará con la renuncia, pero no podrá servirse del carácter excepcional que reviste la renuncia cualificada del art. 395 CC.

[1807] Un interesante argumento *a contrario* resulta a través de la Ley de Propiedad Horizontal, y su regulación de mayorías y disidencias.

[1808] Teniendo en cuenta además que tratándose de decisiones mayoritarias, habrá que valorar, en general y caso por caso, hasta qué punto la mayoría puede obligar a efectuar o contribuir a gastos a los disidentes, y no sólo a quienes la formaron, pero esto es otro problema, fuera de las cuestiones de liberación por abandono.

En este punto, es interesante recordar la explicación de MICHON, relativa al sentido de las obligaciones reales. Sólo obligan por la cosa, y, entonces, es posible liberarse. Ahora bien, el abandono puede devenir imposible si, por ejemplo, los comuneros llegan a un acuerdo para hacer ciertas obras o mejoras en común. Quien ha formado parte de tal acuerdo, no podría desligarse del mismo mientras dure ese especial «estado de sociedad»[1809]. En efecto, en esta materia hay que combinar adecuadamente dos criterios que se entremezclan: la *lex* de la comunidad, que vincula *propter rem*, y la fuerza del convenio: por ello, me parece, quien formó parte de la mayoría, habrá de afrontar los gastos iniciales directamente vinculados con ese acuerdo, con el establecimiento de la mejora (aunque el pago se haya fraccionado en algunos plazos), aunque después podría liberarse, sólo para el futuro, de ulteriores cuidados de conservación. Si transmitiera su cuota, no se desliga de los elementos personales del convenio. Ahora bien, en este caso, el adquirente, para los pagos previstos en el tiempo posterior, del tipo que sean, entiendo que resulta vinculado, en virtud, no ya de la *lex contractus*, sino del vínculo cuasisocial.

Es posible el pacto por el que el comunero renuncia a la facultad de liberarse por medio de la renuncia. Su eficacia ha producido discusiones en la doctrina italiana[1810]. Parece claro que, por su virtud, el comunero se verá privado de la posibilidad de eximirse de la contribución mediante la renuncia[1811]. Puede siempre renunciar a su derecho con efecto extintivo, aunque no liberatorio de la obligación[1812]. Lo que no priva de la facultad de renuncia liberatoria es el pacto de indivisión[1813].

[1809] *Vid*. MICHON, *op. cit.*, *passim*, y espec., nn. 65-66.

[1810] *Vid.* FEDELE, *op. cit.*, p. 329; BRANCA, *Comunione..., cit.*, p. 165; SALIS, *La comunione, cit.*, p. 186 y ss.

[1811] Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 117 y ss.

[1812] Cfr. BRANCA, *Comunione..., cit.*, p. 166. Según este autor, la renuncia no tendrá tampoco efecto extintivo si se ha hecho con el sólo propósito de liberarse de la obligación.

[1813] BARASSI, *Propietà..., cit.*, p. 755, duda de ello. FEDELE, *op. cit.*, p. 329 y ss. entiende que si el pacto de indivisión ha sido establecido para excluir la facultad de realizar actos que comportan la extinción de la comunidad, y los partícipes son solamente dos, o −si son más− la renuncia pretende hacerse por todos excepto uno, en estos casos carecería de eficacia. En mi opinión, siempre es posible renunciar, y el pacto no puede suprimir esta característica del derecho subjetivo.

La renuncia es un acto unilateral, y −entiendo, de acuerdo con MIQUEL− recepticio[1814]. Ahora bien, en este caso, parece irrevocable[1815]. Sí será posible su anulación, como consecuencia de algún vicio de la voluntad; por ejemplo cuando después los demás comuneros no verifican el gasto que originó tal decisión, podrá el comunero exigir que se deje la renuncia sin valor por dolo o actuación de los demás contraria a la buena fe.

¿Y el momento de la renuncia? Lógicamente, podrá realizarse una vez nacida la obligación; como dice SCAEVOLA[1816], cuando sea requerido un comunero para contribuir a gastos todavía no efectuados, o −haya precedido o no requerimiento− después que los gastos se hayan efectuado. "La renuncia no tiene que efectuarse en un momento determinado, pero sí habrá que excluir aquella que conforme a la buena fe sea hecha en tiempo intempestivo[1817]. Será especialmente valorable la confianza que se haya suscitado en los otros de que se va a contribuir a los gastos, siempre que sea imputable al que después pretende liberarse por medio de la renuncia"[1818]. Entiendo que aquí tampoco es posible

---

[1814]BRANCA considera la renuncia no recepticia, porque su "eficacia *ipso iure* excluye que sea relevante su conocimiento". Cfr. BRANCA, *Comunione..., cit.*, p. 169. Para FEDELE, es recepticia y por tanto revocable hasta que llegue a conocimiento de los otros partícipes. El acrecimiento *ipso iure* sólo significa que no requiere el consentimiento de aquellos, ni un comportamiento de apropiación de la coposesión relativo a la cuota del renunciante (Cfr. FEDELE, *op. cit.*, p. 328). MIQUEL enfoca la cuestión desde otro punto de vista: es más adecuado el carácter recepticio para proteger los intereses de los demás comuneros, pues es conveniente que se tenga una idea clara de quiénes van a contribuir y quienes no. "El hecho de que *ipso iure* hayan aumentado sus partes en la cosa común, no les protege respecto a las consecuencias de sorpresas respecto a la contribución en los gastos de conservación". Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 115.

[1815]MIQUEL piensa que cabe la revocación por falta de causa. En mi opinión, esto no está tan claro. Cfr. MIQUEL, *ibidem*, p. 116. En contra, ROCA JUAN, "La renuncia...", *cit.*, p. 122 y ss.; BRANCA, *Comunione..., cit.*, p. 170.

[1816]Cfr. SCAEVOLA, *Código civil..., VII, cit.*, p. 205.

[1817]Vemos que, en cuestión tan importante relacionada con la propia esencia de la obligación real, hay que tener en cuenta criterios relacionados con la buena fe, ejercicio *civiliter* de los derechos... y derivados de la teoría de las obligaciones y el cumplimiento de los contratos (por más que estas obligaciones puedan no considerarse, propiamente, contractuales) sin que se puedan marcar reglas fijas *a priori*. Esto, como es lógico, no se plantearía si la renuncia fuera sólo liberatoria para deudas futuras.

[1818]Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 119.

establecer una solución fija, *a priori*. En muchos casos, me parece, cabrá la renuncia intempestiva, pero entrañará un abuso del derecho que puede llevar consigo consecuencias indemnizatorias, y entonces también se tendrán en cuenta las reglas de la mora, y la responsabilidad en caso de deterioro o pérdida de la cosa[1819].

Un supuesto peculiar de obligación real legal en la comunidad: el artículo 597 del Código civil

Aparte de la regla del art. 395, el Código civil nos ofrece, en la regulación de las servidumbres, un interesante ejemplo de la utilización variada que la ley hace de la obligación *propter rem*, alrededor de problemas correspondientes al ámbito del derecho de bienes. El supuesto no pertenece propiamente a las obligaciones derivadas de la concurrencia en comunidad, pero precisamente a raíz de la situación que origina la propia concurrencia, tiene sentido su previsión por el legislador para atender a un problema concreto, estableciendo un «sucedáneo» de derecho real a través de la obligación *propter rem* (igual que cuando el legislador utiliza así la vinculación real de un contenido obligacional en la accesión, o para la protección del arrendatario).

"Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios.

La concesión hecha solamente por algunos, quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los participes o comuneros.

Pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido."

El negocio ha de completarse con la manifestación favorable de todos los comuneros, pero la de uno solo de ellos, mientras aquel negocio no se complete o si no se completa, da

---

[1819]Cuando se renuncia, aunque no se contribuye al gasto, se está transfiriendo a los otros la cuota en el aumento de valor también derivado de aquél. Por ello, cabría exigir una compensación al comunero que antes de renunciar ha disfrutado por un tiempo la cosa común en las mejores condiciones derivadas de la reparación.

lugar a una relación jurídica obligatoria *propter rem*. Supone, explica ROCA JUAN[1820]que el obligado no va a poder ejercitar una acción negatoria de servidumbre ni oponerse al acuerdo de los demás para concederla.

"Cabe, sin embargo, la posibilidad de que el consentimiento prestado por alguno de los comuneros no le obligue en la forma expuesta: tal creo ocurriría si el consentimiento prestado por él lo hubiera subordinado expresamente al hecho de que los demás comuneros actuales consintieran posteriormente, que actuaría como un presupuesto de eficacia del consentimiento prestado por él. En tal caso, la posterior negativa de los otros comuneros a consentir la servidumbre, lo dejaría sin efecto también para el comunero que consintió previamente.

Cabe también el supuesto de que el comunero que consintió la servidumbre separadamente, sin contar después con el consentimiento de todos los demás, llegue posteriormente a adquirir la totalidad de las cuotas, caso en el que el consentimiento ya prestado sería título suficiente, al desaparecer la situación comunitaria, y, en consecuencia, el interés de los demás comuneros".

La comunidad como situación organizada

Nuestra doctrina más autorizada ha puesto de relieve cómo "la pluralidad de titulares produce, en la propiedad, de una parte, la modificación de las facultades que ésta habitualmente otorga, y que en la copropiedad confieren unas posibilidades de actuación distintas, de modo que la suma de todos los atributos inherentes a cada uno de los dueños conjuntos no recompone el derecho de un dueño único del mismo objeto. Y, de otra, genera una interrelación que vincula a los partícipes, y señala cauces para la expresión de una voluntad colectiva que elimina, en la gestión de la cosa común, las voluntades individuales. Todo lo rudimentario que se quiera, la ley predispone un órgano de gestión que, a fin de cuentas, va a ser la réplica de la junta directiva o el consejo de administración de una persona moral"[1821].

[1820]Cfr. ROCA JUAN, J., *Comentarios EDERSA, VII-2, 1978*, p. 224. *Vid*. también GUILARTE GUTIERREZ, V., *La constitución voluntaria de servidumbres en el derecho español*, Madrid, 1984, p. 96 y ss.

[1821]Cfr. LACRUZ, *Elementos..., cit.*, III-2, 1980, pp. 267-269.

El Código civil no ofrece un dibujo de la comunidad equivalente al que la doctrina vincula al Derecho romano clásico, más bien habría que tener presente la orientación del derecho justinianeo. En el Código, la comunidad no es sólo una forma de denominar cierta situación en que se encuentran varios titulares extraños unos a otros, transitoriamente. En tal momento, y con mayor vigor cuanto mayor sea su estabilidad, la comunidad misma, como «propietario plural», sin pretensión de reflejar, en abstracto, un interés distinto al de los propios comuneros, adquiere cierta identidad propia y abre un cauce muy concreto en que ha de discurrir el desarrollo del interés individual en concurrencia[1822].

La ordenación por mayoría del uso y los acuerdos para la administración y mejor disfrute

BIBLIOTECA VIRTUAL

"Las facultades de administración y mejor disfrute de la cosa común −explica BELTRAN DE HEREDIA− corresponden a todos y cada uno de los copropietarios, porque deben considerarse comprendidas dentro del derecho que todos tienen reconocido legalmente, de usar, disfrutar y servirse de la cosa común, en el art. 394 del CC. No puede concebirse prácticamente la facultad de usar, disfrutar, percibir utilidades y beneficios de que habla, también, el art. 393, si no es reconociendo a todos el derecho de intervenir en aquella administración y mejor disfrute".

Ahora bien, el artículo 398 CC señala que en orden a la administración y mejor disfrute serán obligatorios los acuerdos tomados por la mayoría de los condóminos. El sistema constituye una novedad en la regulación de la indivisión, en la línea de lo indicado más arriba[1823]. Y "no supone la negación o suspensión de la facultad que todos tienen de administrar. Antes bien, lo confirma. Lo único que hace es limitarla en su ejercicio, con el fin de hacer posible, en este punto, la concurrencia de los derechos de los partícipes"[1824].

[1822]Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, pp. 227-229; MIQUEL ofrece un resumen de estas cuestiones, aunque con planteamientos prudentes. Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, pp. 7 y ss., 36 y ss., 521 y ss.

[1823]Una STS DE 12 de julio de 1877 exige todavía el consentimiento de todos como corolario de la idea de que todos tienen iguales facultades para administrar.

[1824]El precepto aparece por primera vez en art. 400 del Proyecto de 1882, inspirado, parece ser, en el art. 678 del CCI de 1865. Cfr. BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 297-298. *Vid.* también RAMPONI, *op. cit.*, p. 890 y ss.; BARASSI, *Proprietà..., cit.*, p. 782; SALIS, *La comunione, cit.*, p. 134 y ss.

Es la ley la que otorga fuerza obligatoria a los acuerdos de la mayoría, en principio, como si fueran unánimes: expresan, si cabe hablar así, la voluntad de la comunidad[1825]. Por ello cuando encontramos a la minoría sujeta al acuerdo, podemos afirmar la existencia de una obligación de carácter, si bien inmediatamente «mayoritario» −intervención de la voluntad con el designio de obligar− mediatamente legal. No es su voluntad la que viene a obligar al copropietario eventualmente disidente, sino la fuerza de la mayoría, prevista y apoyada por la ley.

Con relación a la fuerza obligatoria de los acuerdos respecto a terceros adquirentes −propia de las obligaciones reales− no existe en nuestro Derecho una norma semejante al art. 1107.2 CCI[1826], que confiere eficacia respecto al causahabiente a título particular a la regulación de la administración y mejor disfrute[1827]. Podría llegar a pensarse, entonces, que el acuerdo sólo va a vincular a los actuales comuneros.

Según BRANCA, aquel precepto no representa "como se ha pretendido por algunos, una norma excepcional, sino, al contrario, la reafirmación de un principio general: el que se hace comunero debe someterse a la ley de la comunidad"[1828]. Nosotros, sin aquel apoyo legal expreso, podemos utilizar el argumento para fijarnos en esa «ley de la comunidad» que, valga la redundancia, establece la propia ley. ¿Cuál es?: Sin duda, la vinculación del comunero al acuerdo mayoritario[1829]. Esta es la obligación real de carácter general, igual que se podría hablar de la obligación real general de contribuir a los gastos de conservación, que se concretará cuando el comunero concreto lo exija a los demás. Después, habrá que fijarse en la propia fuerza de la mayoría.

[1825]Cfr. LACRUZ, *Elementos..., III-2, cit.*, pp. 269, 273.

[1826]"*Decorso il termine indicato dal comma precedente senza che il regolamento sia stato impugnato, questo ha effetto anche per gli eredi e gli aventi causa dai singoli partecipanti*".

[1827]§ 646 BGB : "Si los partícipes han regulado la administración o el uso de la cosa común, la disposición acordada tiene eficacia a favor y en contra de los adquirentes a título particular". Y, tras la reforma introducida por la LF de 19 de diciembre de 1963, el art. 649a CCS dispone, con carácter general: "*Le règlement d'utilisation et d'administration convenu par les copropiétaires, les mesures administratives prises par eux, de même que les décisions et ordonnances judiciaires, sont aussi opposables à l'ayant cause d'un copropriétaire et à l'acquéreur d'un droit réel sur une part de copropriété*".

[1828]BRANCA, *Comunione..., cit.*, p. 78.

[1829]No sólo son válidos tales acuerdos o actuación de una mayoría, que la minoría no puede impedir, sino que «serán obligatorios», es decir, obligarán.

Y la conclusión habrá de ser la siguiente: el nuevo comunero, tercer adquirente de cuota, se encuentra, respecto a una decisión relativa a la administración, uso y disfrute... con una mayoría ya formada, que le vincula como mayoría −no, acaso, porque lo acordado tenga en sí carácter real estatutario− en el sentido de que, sin necesidad de reiterarse el acuerdo en el momento de su ingreso, se entiende que sigue vigente para él, y, por ello, queda ahora obligado. He aquí, cabría decir, una obligación real en la esfera del goce y disfrute, que no modifica el derecho del comunero, pero le obliga, aunque puede dejar de hacerlo en cuanto consiga la modificación de aquella mayoría, o acuda, en su caso, al Juez[1830].

Ordenación y reparto del uso

En cuanto a los pactos relativos al uso de la cosa, se ha planteado la doctrina si la reglamentación que se desvíe de la regulación legal deberá adoptarse por unanimidad o por mayoría. Aunque, de entrada, habría que discernir hasta qué punto un acuerdo mayoritario que no se limite a organizar el uso solidario sino que lo reparta, está desviándose de lo que quiere el Código. Las discusiones que sobre estos puntos se han dado en la doctrina italiana[1831] han tenido escaso eco en la nuestra.

Sólo parece estricta la opinión de ALBALADEJO: "No puede imponerse por mayoría un uso discrepante del que establece la ley, a un condueño que no está conforme"[1832]. Mas, como se ha apuntado, la cuestión radica en saber si la ley garantiza o no un uso directo a cada condueño en todo caso[1833]. La opinión de ALBALADEJO hay que ponerla en relación más bien con el límite que supone el destino de la cosa (expreso o tácito). Puede ocurrir −explica MIQUEL− que tal destino presuponga el uso directo y por entero de la cosa.

[1830]Este, parece, es también el criterio de MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 421. En derecho suizo, resulta significativo que esta reglamentación o acuerdos tenga prevista simplemente la mención informativa en el Registro fundiario, sin que su eficacia esté subordinada a una inscripción. Cfr. art. 647 CCS.

[1831]Se trata de la controversia entre BARASSI, BRANCA, FRAGALI y FEDELE, entre otros, a que hicimos referencia en el capítulo precedente.

[1832]Cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil, III-1, cit.*, p. 399.

[1833]Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, pp. 74-76; LACRUZ, *Elementos..., III-2, cit.*, pp. 269-270. Para BRANCA (*Comunione..., cit.*, p. 83) el uso directo es la regla, aunque se trata de una regla relativamente flexible.

Igualmente entiende LACRUZ que un acuerdo de uso por turnos "puede ser abusivo si, por ejemplo, el uso simultáneo de la cosa por todos es posible sin molestia notable para cada uno, en cuyo caso cabría el recurso judicial del partícipe minoritario a que se refiere el art. 398. 3º del CC"[1834].

Con estas salvedades, conforme al art. 398 CC cabe modular el derecho que concede el 394 CC, estableciendo por mayoría una utilización, por ejemplo, por turnos[1835]. Si el criterio de la cuota no tiene por qué entrar en juego cuando es posible el uso solidario, en caso de reparto habrá de tenerse en cuenta, aunque podría hacerse de otra manera si resulta razonable, estableciendo acaso compensaciones[1836], y, por otra parte, no sirve más que para concretar la medida en que, en abstracto, el uso individual no perjudica al interés de la comunidad ni al derecho de los demás, permitiendo en concreto un uso más amplio si continúan a salvo estos que son los auténticos límites en cuestión de uso[1837].

Ahora bien, esta característica del reglamento, que no cristaliza el derecho de cada partícipe ni afecta, en principio, a la coposesión, ha de manifestarse también en el sentido que señalaba FEDELE: obliga, y afecta al adquirente el reglamento abstracto, cuyas reglas, flexibles, y su aplicación no puede suponer una distribución fija de los turnos[1838]. También en esta línea, acepta MIQUEL una utilización por zonas o por turnos "siempre que no se

---

[1834]La fijación de destino, que va a tener, indudablemente, trascendencia respecto a la posibilidad de ciertos acuerdos sobre uso, administración, o qué gastos hayan de considerarse de conservación, no es asunto de la mayoría.

[1835]Cfr. LACRUZ, *Elementos..., III-2, cit.*, p. 270; MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, pp. 76-77; BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 238 y ss.; DIEZ-PICAZO-GULLON, *Sistema..., III*, 1995, p. 88; PAU PEDRON, "La multipropiedad...", *cit.*, p. 47; MENCHEN, B. y F. "Dictamen sobre uso y disfrute de plazas de garaje. Copropiedad", *RCDI*, n. 541, p. 1493 y ss.

[1836]Estas fórmulas de compensación pueden resultar adecuadas en caso de uso fraccionado materialmente. Aunque, sin duda, esta modalidad muchas veces no es posible o sólo puede establecerse *inter partes*, por no permitir la cosa misma una distribución en el uso que ordene con arreglo a la cuota y satisfaga los intereses en el uso de acuerdo con las características del objeto. Cfr. FRAGALI, *La comunione..., II, cit.*, p. 291 y ss., 301 y ss.

[1837]Es un error, señala BARASSI, creer en la cristalización cuantitativa de los singulares derechos de los comuneros. Cfr. *Proprietà..., cit.*, pp. 722-724. FRAGALI habla de un reparto *gestionis causa*, que no afecta a la cuota abstracta, criterios provisorios, aproximativos y elásticos... Cfr. FRAGALI, *La comunione..., II, cit.*, p. 291-293. *Vid* BRANCA, *Comunione..., cit.*, p. 84 y ss. En sentido opuesto, FEDELE, *op. cit.*, p. 169 y ss.

[1838]Cfr. FEDELE, *ibidem*, pp. 178-180.

traspasen los límites de lo que pueda considerarse administración o mejor disfrute. Por ello, no puede regularse por mayoría tal uso de modo permanente, sino por analogía con lo dispuesto para los arrendamientos, con un límite máximo de seis años (art. 1548 CC)".

Acuerdos para la administración y mejor disfrute

Respecto a la administración, la obligación real legal general de estar a la ley de la comunidad y sujetarse a las decisiones de la mayoría, puede llevar, por ejemplo, a aceptar la sustitución del uso directo por el arrendamiento. E incluso a dejar la cuestión a cargo de un administrador, miembro de la comunidad o ajeno a ella.

La sujeción al acuerdo mayoritario no implica, señala MIQUEL siguiendo a la doctrina alemana, que luego, en el ámbito de las relaciones externas, la minoría esté representada por la mayoría, "con la consecuencia de ser, por ejemplo, todos arrendadores, aunque algunos no hayan querido serlo"[1839]. Igualmente, LACRUZ plantea un supuesto en que "de tres comuneros, dueños, por iguales tres partes de un vehículo, dos de ellos, contra la opinión del tercero, deciden alquilar una plaza de garaje. En este caso, los dos contratantes son los únicos que deben la renta al garajista, ante quien no responde el disidente". Este disidente, sin embargo se encuentra obligado ante los otros dos a contribuir al pago del garaje "pues contrajeron la deuda en virtud de una decisión de la mayoría para la administración de la cosa común, vinculante para todos los comuneros[1840]".

De todas formas, en esta actividad contractual, parece que resultará más fácil que en otro ámbito encontrar supuestos de mandato tácito, y en aquellas formas de comunidad voluntaria próximas a la sociedad pudiera plantearse la aplicación analógica del art. 1695. 1 CC, igual que es posible tener en cuenta los criterios del cuasicontrato de gestión de negocios ajenos sin mandato. Por otro lado, el nombramiento de administrador entiendo que normalmente va a ir acompañado del otorgamiento de poderes para vincular a los comuneros en el ámbito de la administración. Acaso fuera éste otro argumento que abonara la duda acerca de la suficiencia del acuerdo mayoritario en tal sentido.

LACRUZ considera después "cuestionable que pueda quedar obligado un comunero por los gastos que ocasione una mejora de la cosa acordada contra su voluntad". Ciertamente, "el art. 395 no excluye que el comunero pueda ser obligado a contribuir a

---

[1839]Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 413.

[1840]Cfr. LACRUZ, *Elementos..., III-2, 1980*, p. 273.

otros gastos distintos (fuera de la estricta conservación) por la mayoría, con arreglo al art. 398.1 CC. Pero en favor de una consideración estricta de los supuestos en los que la mayoría puede obligar a la minoría a contribuir a los gastos de las innovaciones hechas en la cosa común cabe alegar, en primer lugar, el término «cargas» que para las deudas a las que deben concurrir los comuneros emplea el art. 393. 1º, y, sobre todo, el argumento de que la comunidad no constituye un ente dirigido a la consecución de ganancias, como la sociedad, por lo cual, faltando en ella la *affectio societatis*, la obligación de los miembros del colectivo por las deudas no podría extenderse a cualquiera de ellas contraída para la mejor explotación de los bienes comunes, sino sólo a las conservativas y a las indispensables para obtener frutos.

Esto no impide, con todo, que los partícipes, por mayoría, puedan acordar mejoras sobre la cosa que aumenten su productividad y proporcionen un mejor disfrute: sólo que las deudas contraídas con tal fin no se podrán reclamar directamente al comunero disidente y en lo que no puedan pagarse con los frutos (que, éstos sí, parecen quedar obligados) habrán de adelantar las cantidades precisas los comuneros que adoptaron el acuerdo. El disidente, pues, no podrá oponerse a la realización de las mejoras, pero, según me parece, sólo queda obligado en cuanto a su parte de frutos"[1841].

La explicación de LACRUZ resulta, al menos, opinable. En primer término, aunque para ciertas mejoras el argumento parece valioso (un apoyo puede encontrarse en la LPH, art. 10.2) existe todo un territorio de actuaciones que sin comportar estricta conservación, reflejan opciones de diligente administración, sin olvidar el «mejor disfrute». Y, en general, igual que ocurre con la organización del uso, no tendría sentido establecer como obligatorios los acuerdos de la mayoría, sin que sus consecuencias afecten a todos los comuneros. Los disidentes podrán siempre renunciar, pedir la división, propugnar otro acuerdo o acudir al Juez[1842].

El acuerdo para realizar un gasto de administración o mejor disfrute nos ofrece un momento muy concreto al que podríamos referir el nacimiento de una obligación y su personalización en un deudor concreto. Sin embargo también aquí, el carácter real de la obligación, la conexión del acuerdo con la vida de la comunidad, despliega un efecto parecido al que encontrábamos en materia de gastos de conservación. Ya vimos que la

---

[1841]Cfr. LACRUZ, *Elementos..., III-2, 1980, cit.*, p 274.

[1842]Esta parece la doctrina aceptada por BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 300 y ss.; MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 403 y ss.

posibilidad de abandono liberatorio no funciona exactamente igual, el comunero puede renunciar para desvincularse del acuerdo y sus ulteriores consecuencias, pero, por esto mismo, ha de hacerlo inmediatamente.

En lo que se refiere al sucesor a título particular, igual que en gastos de conservación encontrábamos, junto a un momento concreto en que la obligación comenzaba a nacer, la idea de una temporada en que pudiera no haber agotado su ciclo de personalización, la mejor doctrina aplica ideas parecidas al acuerdo de la asamblea para la realización de un gasto que pudiera encuadrarse en este nuevo ámbito. El acuerdo de afrontar, por ejemplo, tareas de saneamiento, sucesivamente a la deliberación o en varias fases, obliga al adquirente cuando ingresa en la comunidad mientras no sea posible afirmar que la realización del gasto pertenece al pasado, incluso si se trata de un único gasto. Sólo deja de afectarle cuando todo el ciclo del gasto se realizó, aunque el pago a realizar se haya distribuido por los comuneros, normalmente de acuerdo con el acreedor, en varios plazos[1843].

Si no se trata de un único gasto, sino de organización de cuidados de administración pactada que distribuye las tareas a realizar y las correspondientes contribuciones en el tiempo (saneamiento en varias fases, sustitución periódica de elementos, remuneración de un administrador, etc.) el adquirente, aunque no hubiera intervenido en la asamblea, habrá de atender a los pagos que corresponda exigir durante el tiempo de su titularidad[1844], por más que pudiera conservar las acciones pertinentes contra el transmitente. En este caso, cabe también plantear la liberación por abandono del titular (también quien lo era al tomarse la decisión) si bien, acaso, sólo con vistas a deudas futuras.

Estabilidad de la comunidad e indivisión voluntaria. Acuerdos modificativos por unanimidad

Como sabemos, la comunidad ordinaria presenta un carácter transitorio o inestable, y esto va a arrastrar a las obligaciones reales (revisten menos importancia en la medida en que

---

[1843]Cfr. NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, p. 142.

[1844]Incluso, quizás, a tapar los agujeros que la comunidad deba eventualmente afrontar a consecuencia de la morosidad de comuneros anteriores.

la situación se revela incidental, próxima al final) dada la posibilidad de solicitar en cualquier momento la división[1845].

Pero los acuerdos obligacionales de que se trate pueden venir vinculados a un compromiso de indivisión por espacio hasta de diez años, lo que otorgaría a aquellos especial estabilidad. Aquí resulta preciso distinguir entre las reglas de administración que continúan teñidas de provisionalidad y flexibilidad, fruto de acuerdo mayoritario, y aquellas otras que están, suele decirse, modificando los derechos del comunero, y permanecerán durante el período de indivisión. Requieren el consenso unánime.

Respecto aquel pacto, se ha discutido si afecta a los terceros adquirentes o sólo a quienes lo realizaron. Son posturas extremas las de MANRESA o GULLON, en el sentido de la oponibilidad a terceros adquirentes, y ALBALADEJO o BELTRAN DE HEREDIA, eficacia sólo *inter partes*[1846].

En mi opinión, hay que aceptar aquí la doctrina mayoritaria, que reconoce la eficacia del pacto más allá de los comuneros originarios, como encontramos en varios textos romanos y recogen diversas legislaciones[1847]. Dicho esto, parece de menor importancia

---

[1845]Esto no significa que la acción de división vaya a utilizarse, ni desvanece la eficacia de las obligaciones reales. Siempre constituirá un remedio extremo para situaciones en que no se consigue atemperar adecuadamente los intereses en presencia.

[1846]"El cesionario no está vinculado al cumplimiento del pacto de indivisión, a no ser que así lo hubiese él estipulado con el cedente, al verificar la transmisión. No en el caso contrario, pues el pacto fue una obligación que contrajo, personalmente, el anterior copropietario, y el nuevo es totalmente extraño al mismo; y cuando pide la división de la cosa común ejercita un derecho suyo, propio, que le concede el art. 400. Cierto que esto pudiera perjudicar a los demás, los cuales, para resarcirse de los daños que se les puede producir, no tendrán más remedio que dirigirse contra el cedente, que fue quien personalmente se comprometió a no pedir la división, y quien, por tanto, les causó el daño". Cfr. BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 340; BARASSI, *Proprietà..., cit.*, p. 764; SALIS, *La comunione, cit.*, p. 205; ALBALADEJO, *Derecho civil, III-1, cit.*, p. 411 y ss. En contra MANRESA, *Comentarios..., cit., III*, p. 427; GULLON, "La disolución...", *cit.*, p. 380. *Vid.* un resumen reciente de la cuestión y más referencias en CRESPO ALLUE, F., *La división de la comunidad de bienes*, Valladolid, 1993, p. 105 y ss.; MORENO TRUJILLO, E., *La indivisión voluntaria en las comunidades de bienes por cuotas*, Barcelona, 1994, p. 139 y ss.

[1847]*Vid.* MORENO TRUJILLO, *La indivisión voluntaria..., cit.*, p. 144 y ss.; CRESPO ALLUE, *op. cit.*, p. 108 y ss.; MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 460 y ss. En Derecho Romano, D. 10, 3, 14, 3 y D. 17, 2, 16, 1, excluyen la división pedida por el comprador del

diferenciar, como plantean algunos, si el pacto de indivisión establece una obligación real, o una modificación jurídico real (eliminación temporal de la facultad de pedir la división). Porque, en cualquier caso, frente a quien, vinculado por el pacto, la solicitara, los demás podrían reaccionar trayendo a colación su compromiso[1848].

El pacto de indivisión y las reglas estatutarias que pueden acompañarlo implican una modificación del derecho del comunero, incluida dentro de las posibilidades previstas por la ley para una relación de comunidad, y, por tanto, así se transmitirá al adquirente, pues «*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipso haberet*». La integración de tal esquema en la amplia previsión legal permite incluir este pacto en aquel ámbito en que el contrato, acompañado de tradición, deja de instrumentar una relación *inter partes*, para convertirse en modelador de una relación jurídico-real. Esta idea general otorga cobertura a situaciones de comunidad recayentes sobre inmuebles no inmatriculados, o sobre bienes muebles[1849].

Ahora bien, en materia inmobiliaria, habrá que tener presente la conveniencia de su inscripción en el Registro, sin la que no podrá afectar al tercero protegido por el art. 34 LH[1850]. Incluso, cabe plantearse hasta qué punto una o un conjunto de obligaciones reales, que se integran en el título pero sólo relativamente circulan a través del modo, por no tener

---

otorgante del pacto. En la Compilación Navarra, Ley 374. 2, el pacto obliga "no sólo a los copropietarios sino también a sus causahabientes". Acaso convenga, como parece sugerir MIQUEL mantener la posibilidad, y habrá que discernir en el caso concreto, de que los comuneros establezcan el acuerdo sólo *inter partes*, o con pretensión de eficacia también para el causahabiente.

[1848]Aunque la Compilación Navarra ofrece apoyo para construir una eficacia «meramente obligacional» (el pacto podría incumplirse, produciendo sólo la obligación de indemnizar, Ley 374 CN), la exclusión de acción de división puede catalogarse, como hace CRESPO ALLUE, como obligación *propter rem*, y, al mismo tiempo, instrumento modificador del derecho de cada partícipe con trascendencia real. Sobre este punto, *vid.* MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 460; MORENO TRUJILLO, *La indivisión voluntaria..., cit.*, p. 148 y ss.; CRESPO ALLUE, *op. cit.*, p. 110-111. Es interesante la explicación de DESCHENAUX, que cataloga el pacto de indivisión como un compromiso obligacional *propter rem* de permanecer (mientras no se renuncie o transmita) sujeto a los vínculos cuasi-sociales. Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 727.

[1849]Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, pp. 461-462; CRESPO ALLUE, *op. cit.*, pp. 110-111.

[1850]Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 461; CRESPO ALLUE, *op. cit.*, p. 111.

reflejo posesorio, no precisarán obtener a través del Registro aquella manifestación y trascendencia externa que garantiza su oponibilidad como realidad jurídico-real.

Respecto de las reglas estatutarias configuradoras de la relación, obligaciones reales estructurales, pueden ser variadas. Hay que valorar aquí la indicación de la doctrina mayoritaria en el sentido de que no todas las normas legales de la comunidad son dispositivas[1851]. Fuera de tal problema, en caso de pactos modificativos del disfrute, para MIQUEL la trascendencia real tendría un cauce propio, que no es otro que el derecho de usufructo[1852]. Por otra parte, el acuerdo unánime puede ordenar de modo estable el reparto del uso[1853], o fijar reglas especiales de administración, mayorías cualificadas para innovaciones o cambio de destino, sometimiento a arbitraje[1854]. Incluso se ha planteado si el nombramiento de administrador requeriría sólo una mayoría o el acuerdo unánime. Acaso

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

[1851]Por todos, *vid.* MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 55 y ss.; BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 192 y ss. Se señalan como imperativas las normas del art. 398. 3, el art. 400,2º (BELTRAN DE HEREDIA); también los arts. 403 y 405 (MIQUEL) por referirse a los derechos de los terceros. Y se discuten otros supuestos. Así MIQUEL, en contra de MANRESA, no cree que deba considerarse imperativa la norma del art. 393; y en contra de BELTRAN DE HEREDIA niega tal carácter al art. 395. Para este autor, el art. 399 parece en alguna medida imperativo, en cuanto no cabe a los comuneros excluir, con eficacia real, la transmisibilidad de los bienes en comunidad. Algo parecido entiendo que hay que aplicar en el caso del art. 395: es posible su derogación por las partes, pero no con carácter real. BELTRAN DE HEREDIA lo admite en p. 255, lo que parece una contradicción con lo que él mismo dice antes (p. 192).

[1852]"A mi juicio, lo que hay que preguntarse es: cuando las partes establecen que uno de ellos tendrá derecho a las ventajas que le corresponderían al otro, y que tal pacto debe tener una eficacia real ¿no es eso un usufructo? si se trata de un usufructo no hay ningún inconveniente: es claro que un comunero puede dar su parte a otro comunero en usufructo, pero ¿es eso lo que las partes quieren? No creo que quieran algo diferente, si pretenden que el derecho a las ventajas tenga eficacia real; por lo demás, el usufructo puede venir modalizado en su contenido por el Título de su constitución, con lo que no hay inconveniente en que tal pacto se aparte del esquema legal del usufructo. Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 62.

[1853]Cfr. MIQUEL, *ibidem*, p. 77.

[1854]Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 420.

esta última idea haya de tenerse en cuenta, sobre todo si el nombramiento reviste carácter duradero y entraña un especial régimen de funcionamiento y representación[1855].

También son interesantes las modificaciones que entrarán en juego en el momento de la división. Aquí, la DGRN ha reconocido carácter real al pacto sobre la forma de llevar a cabo la división material de una finca[1856]. También respecto a la división explica ALBALADEJO[1857]: "Los gastos que la división ocasione, en primer término se sufragan según los interesados hubieran pactado por acuerdo unánime. A falta de pacto, son de cargo, no sólo del que la pide, sino de todos los partícipes, en proporción a sus cuotas, si no se hizo judicialmente. En cuanto a los de la judicial, según lo que sobre gastos y costas determine el fallo correspondiente".

Comunidad funcional

Con arreglo al art. 401 CC y a una interpretación del mismo que se va abriendo paso cada vez con más fuerza en la doctrina, es posible la existencia de indivisiones llamadas a continuar indefinidamente, en tanto no cambien las circunstancias, porque la cosa común tiene determinado destino, de carácter estable, y de verificarse la división "resulta inservible para el uso a que se destina". Se habla de comunidades estables, funcionales, económicas[1858]...

[1855]En apoyo de la unanimidad, cabe argumentar con el inciso final del art. 398.3, que, al formular la posibilidad que tiene el Juez de «incluso nombrar un administrador», parece situar esta medida como un recurso un tanto excepcional. La administración exigiría acuerdos mayoritarios en cada caso. En apoyo de la opinión contraria cabría utilizar el propio texto del art. 398 que deja las cuestiones de administración a la mayoría, y fijarse en las situaciones en que el destino dado al bien resulta conforme con la delegación del cuidado de administración ordinaria en quien pueda ocuparse de ello. *Vid.* a favor de la mayoría BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad..., cit.*, p. 301 y ss.; en contra, ALBALADEJO, *Derecho civil, III-1, cit.*, p. 403.

[1856]*Vid.* la interesante doctrina que contiene la RDGRN de 1 de abril de 1981.

[1857]Cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil, III-1, cit.*, p. 418.

[1858]Acerca de la interpretación de los artículos 401-404 CC favorable a las comunidades estables sin acción de división, cfr. MANRESA, *Comentarios..., III, cit.*, pp. 428-429. La postura de este autor y su utilización posterior quedó un tanto desdibujada por el tratamiento de SANCHEZ ROMAN. *Vid.*, por todos, PEREZ PEREZ, *Propiedad, comunidad..., cit.*, p. 171 y ss.; MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, pp. 49 y ss., 467 y ss.; CRESPO ALLUE, *op. cit.*, p. 121 y ss.

De la misma forma que, por ejemplo, en derecho suizo, la propiedad horizontal se organiza sin salir del sistema de la copropiedad, con reglas estructurales que organizan el uso y disfrute privativo de los apartamentos, a partir de una comunidad es posible fijar cierta estructura en que la cuota atribuida presenta interés y utilidad como tal, llevando consigo un especial derecho de uso y disfrute que puede así negociarse como bien independiente, sin salir de la comunidad.

En este ámbito, encontramos un recorrido que conduce a la ruptura relativa de la cotitularidad (la propiedad horizontal se construye como ruptura, en la medida posible, completa[1859]) con la −relativa− construcción, en parte objetiva y en parte jurídica, de bienes independientes, pero manteniendo sobre el sustrato común aquella indivisión cuya estabilidad resulta imprescindible[1860] La fórmula se ha reconocido por la jurisprudencia y postulado su utilización para formas de «multipropiedad», garajes en comunidad, utilización de puntos de amarre en puertos deportivos...[1861].

La aceptación de estas posibilidades ha requerido mostrar, lo que particularmente hace MIQUEL, apoyándose en FRAGALI, que la comunidad no tiene por qué ser una realidad

---

[1859]En el recorrido que, de la comunidad ordinaria, a través, primero, de la reglamentación convencional del uso, y después, del supuesto que recoge el art. 68 RH, conduce a la Propiedad Horizontal, este último supuesto respondería a la ruptura de la comunidad, no tanto el anterior, que constituye ejemplo de comunidad funcional. Sin embargo, la cercanía de ambos es evidente. Resulta interesante comparar a este respecto la STS de 26 de septiembre de 1990, que recoge la doctrina de la propiedad horizontal como peculiar modo de división, y la STS de 24 de diciembre de 1990. Esta última, en relación con un supuesto de garaje, se pronuncia inequívocamente por el carácter indivisible de la comunidad funcional, por remisión analógica al sistema de propiedad horizontal, sin referencia expresa al art. 68 RH. Llega a hablar de asignación de elementos susceptibles de aprovechamiento separado e independiente, y copropiedad de elementos comunes. Esto, señala PEREZ PEREZ, sólo cabe entenderlo con referencia al ejercicio del derecho de propiedad, pues en otro caso estaríamos en presencia de conversión en propiedad horizontal, solución distinta. *Vid*. PEREZ PEREZ, *Propiedad, comunidad..., cit.*, p. 205; ARNAIZ EGUREN, *Los aparcamientos subterráneos..., cit.*, p. 148 y ss.

[1860]No tanto, acaso, la supresión del derecho de retracto, que podrá regularse de acuerdo con las circunstancias y finalidad perseguida.

[1861]*Vid*. PAU PEDRON, "La multipropiedad...", *cit.*, p. 44 y ss.; PEREZ PEREZ, *Propiedad, comunidad..., cit.*, p. 201 y ss. ; ARNAIZ EGUREN, *Los aparcamientos subterráneos..., cit.*, pp. 140 y ss., 158-160.

antieconómica[1862]. En ciertos supuestos, puede afirmarse que no se da la *ratio* que fundamenta la acción de división[1863], y es posible establecer por pacto la indivisión permanente, pero no tiene su fundamento sólo en ese pacto. Resulta decisivo, indica MIQUEL, que las partes indivisas puedan circular mejor aisladamente que a través de una venta conjunta. Y concluye: "Los pactos de exclusión de la acción en atención a un fin que resulte objetivamente de la misma cosa (garaje) pueden ser admisibles en cuanto aquella carezca de sentido desde un punto de vista típico socialmente, reconociendo que renazca su viabilidad cuando la indivisión carezca de utilidad"[1864].

La doctrina, en comentario a varias resoluciones de la DGRN, ha puesto de relieve que el esquema a que se refiere el art. 68 RH, aunque implique una «vinculación institucional» (PAU PEDRON) entre cuota y aprovechamiento privativo, no es idéntico a la propiedad horizontal. Aunque responda al mismo criterio de desarrollo de bienes privativos a partir de la cotitularidad, la particularización de éstos a través de fronteras materiales y jurídicas resulta completa sólo en la figura de la propiedad horizontal[1865].

Y también, en conexión con tal aspecto, la doctrina recuerda los problemas de seguridad jurídica a que la comunidad funcional puede dar lugar, si no se determina con precisión su contenido. Parece claro que la viabilidad práctica de la nueva estructura

---

[1862]Cfr. MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 49 y ss. Siguiendo a FRAGALI, M., *La comunione, III, Trattato CICU-MESSINEO*, Milano, 1983, p 262. Entiende que el legislador, no es que vea con disfavor la situación de comunidad −si así fuera, no se comprende cómo puede admitir la validez de un pacto para mantenerla, aunque sea por diez años, además de que puede establecerse a través del contrato de sociedad, en aras de un cierto fin− sino que el ordenamiento lo que no permite es que se sustraigan a la circulación los bienes sin una razón suficiente. "Por consiguiente, cuando la comunidad no impide la circulación de los bienes, sino que la potencia, no tiene sentido impedir la indivisión permanente, porque lo que es contrario al orden económico no es la indivisión, sino las rémoras que pone a la libre circulación de los bienes ".

[1863]*Vid.* MIQUEL, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 474 y ss.

[1864]Cfr. MIQUEL, *ibidem*, pp. 480-481; *Vid.* PAU PEDRON, *ibidem*, pp. 45-46. RRDGRN de 18 y 27 de mayo de 1983, 30 de marzo de 1992, y 4 de marzo de 1993.

[1865]"Cuando señalamos que prevalece la comunidad de tipo indivisible, no queremos afirmar que se trate de un supuesto típico de propiedad horizontal. Evidentemente esta posición resultaría peligrosa, puesto que podría dar lugar a determinadas manifestaciones de fraude a la Ley. Por otra parte, la plaza de garaje, tampoco responde de forma idéntica en el supuesto del art. 68 RH y en el de su configuración como finca independiente en sentido estricto". Cfr. ARNAIZ EGUREN, *Los aparcamientos subterráneos..., cit.*, pp. 147-151.

requiere el apoyo del Registro, y en esta línea el art. 68 RH prevé la apertura de folio a la cuota que lleva consigo un particular derecho de uso y aprovechamiento[1866]. Sin embargo, señala ARNAIZ EGUREN, sólo "debe considerarse como un primer intento reglamentario, que supuso un avance importante, pero que está necesitado de una reforma que, en algunos puntos, debe ser profunda"[1867].

Sólo con la adecuada reforma, o a través de una prudente interpretación, va a ser posible asegurar que la inscripción de cuota signifique siempre una realidad más concreta, perfilada de modo estable, que el simple formar parte del grupo de comuneros en cierta proporción, cuestión que, en definitiva, es la única que terminaría por asegurar el precepto en su redacción actual, sin la interpretación adecuada. Sería conveniente la exigencia, previa a la inscripción de cualquier cuota, de la descripción de la finca en su conjunto especificando zonas privativas y superficies comunes de acceso y distribución. Habría que unificar el sistema de determinación de las cuotas transmitidas e inscritas, que habrán de referirse al local común, siempre dentro de las posibilidades que ofrezca. Y, para esto último, en la propia finca matriz habría que concretar el número y denominación de cada una de las participaciones posibles, que correspondería al asignado a cada una de ellas en su folio propio[1868].

En general, garantizando que la cuota inscrita forma parte y corresponde a las posibilidades que la finca común ofrece, resulta posible después, sin temor a conflictos, una rica variedad en la práctica, pues no todos los garajes en comunidad tienen por qué determinar y asignar el derecho privativo de uso y disfrute de la misma forma. La práctica puede ir, desde la cuota que asigna un territorio concreto, a la que permite un aparcamiento que se deja a cargo de personal especializado[1869].

[1866]Cfr. ARNAIZ EGUREN, *ibidem*, pp. 140-143.

[1867]Cfr. ARNAIZ EGUREN, *ibidem*, pp. 151-152.

[1868]Sobre estas cuestiones, *vid.* ARNAIZ EGUREN, *ibidem*, p. 152 y ss.

[1869]ARNAIZ EGUREN presenta la posibilidad de una comunidad funcional sin asignación a la cuota de espacios determinados. Pero con una reglamentación estructural (no se trata de simple reparto del uso en comunidad ordinaria) que se ordena a y permite en cualquier caso el estacionamiento del vehículo. El comunero tiene asegurada la atribución del uso de una plaza abstracta. También aquí tiene sentido la posibilidad de abrir folio a cada cuota. Para ARNAIZ EGUREN, el supuesto acaso esté más próximo a la técnica del art. 66 RH que a la del 68. Ahora bien, tiene en cualquier caso su propia peculiaridad. "En el folio originario de la finca deberá constar previamente inscrito el propio estatuto de esta comunidad peculiar..." En este caso, al

Obligaciones reales y su sentido

"En la organización de este tipo de comunidades −explica ARNAIZ EGUREN− tiene importancia esencial el estatuto negocial que lo regule, sobre todo en la medida en que no existen normas legales supletorias, como ocurre con los artículos 396 y 401 del Código civil y con la ley de 21 de julio de 1960 en relación con la propiedad horizontal típica".

Resulta interesante, por tanto evocar la evolución que a partir de la comunidad condujo al particular régimen de la propiedad horizontal, pues en el primitivo art. 396 del Código encontramos el modelo esquemático de comunidad estructurada, con ordenación de obligaciones reales[1870], y durante mucho tiempo el estatuto negocial vino a concretar las determinaciones que luego recogería la propia ley. Algo parecido habrá de ocurrir aquí, y, por otro lado, habrá que remitirse a las propias normas y estatutos de propiedad horizontal o conjuntos inmobiliarios para encontrar el modelo de muchas reglas obligacionales que podrán aparecer en la comunidad funcional. También puede servir fijarse en otras comunidades organizadas, con la salvedad de sus particularidades, como las de aguas.

El sentido de la reglamentación negocial, de acuerdo con la razón de ser del propio esquema de reparto, no puede ser otro que la obtención del mayor grado posible de satisfacción del interés individual a través del bien propio, pero sin menoscabar, al contrario, garantizando el mejor *status* del bien común, en condiciones de servir a su destino, y los correlativos derechos de cada uno de los concurrentes.

Con este criterio, pueden estar justificadas las reglas relativas al modo de utilizar el aprovechamiento particular; limitaciones o modalización del derecho a ceder y arrendar,

---

lado de la descripción de la finca, el estatuto se configura como un elemento decisivo para la determinación del contenido de la atribución. *Vid.* ARNAIZ EGUREN, *ibidem*, pp. 164-168.

[1870]"Cuando los diferentes pisos de una casa pertenecen a distintos propietarios, si los títulos de propiedad no establecen los términos en que deban contribuir a las obras necesarias y no existe pacto sobre ello se observarán las reglas siguientes:

1. Las paredes maestras y medianeras, el tejado y las demás cosas de uso común, estarán a cargo de todos los propietarios en proporción al valor de su piso.

2. Cada propietario costeará el suelo de su piso. El pavimento del portal, puerta de entrada, patio común y obras de policía comunes a todos, se costearán a prorrata por todos los propietarios.

3. La escalera que desde el portal conduce al piso primero se costeará a prorrata entre todos, excepto el dueño del piso bajo; la que desde el primer piso conduce al segundo se costeará por todos, excepto los dueños de los pisos bajo y primero; y así sucesivamente".

estableciendo modificaciones de la participación en los gastos comunes de mantenimiento si aquellos negocios suponen una mayor utilización (varias personas) del elemento común. Régimen de actividades molestas, peligrosas... a cargo de titular u ocupante. Y reglamentación de aquellos aspectos del uso en que resulta más estrecha la concurrencia entre «vecinos»: linderos entre las plazas de garaje, inicio y fin de período en la multipropiedad...

Obligaciones reales en la propiedad horizontal

No es posible desarrollar aquí un análisis pormenorizado de todos los aspectos que conectan con el contenido obligacional de los conjuntos inmobiliarios. Sería materia suficiente para una completa monografía, y, de hecho, existe abundante bibliografía reciente sobre la materia. Hemos de contentarnos con el repaso de algunas cuestiones, ante todo en relación con la propiedad horizontal. Porque, por otra parte, lo tratado sirve como ejemplo y modelo de lo que ocurrirá, con las salvedades oportunas, en otras realidades, como las urbanizaciones privadas.

Régimen jurídico legal y estatutario del conjunto inmobiliario

La propiedad horizontal es por naturaleza terreno propicio para las obligaciones reales[1871]. En esta institución podría atribuírseles en sentido amplio carácter legal, incluso las reglas establecidas en los Estatutos y Ordenanzas, por cuanto su existencia y función está prevista en la propia ley[1872]. La doctrina suele señalar que la ordenación detallada que ofrece

---

[1871]Cfr. DE LOS MOZOS, "*La obligación real...*", *cit.*, p. 354; ALONSO PEREZ, "La propiedad horizontal...", *cit.*, *passim*.

[1872]Cfr. TORRALBA SORIANO, O.V., "Las obligaciones derivadas de la situación de propiedad horizontal", *Documentación Jurídica*, julio-diciembre 1975, p. 138 (638). "El título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad". Cfr. art. 5. 3 LPH. "Para regular los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes, y dentro de los límites establecidos por la ley y los estatutos, el conjunto de propietarios podrá fijar normas de régimen interior, que

la Ley de 1960 hizo perder importancia, desde el punto de vista de la organización del conjunto inmobiliario, al estatuto negocial, en relación con la época posterior al Código civil y a la primera Ley de 1939[1873].

Pero volver la mirada a aquella época ha de servir como punto de referencia para recordar cómo, aún antes de la previsión legal, la relación de reparto que divide el edificio por pisos está requiriendo un especial negocio de configuración jurídica y una regulación estatutaria[1874], relativa a dos grandes cuestiones: el régimen de utilización de elementos privativos y comunes en coexistencia y vecindad, y la organización de las prerrogativas colectivas, gastos y decisiones de administración[1875]. Todo esto otorga perspectiva para

---

obligarán también a todo titular mientras no sean modificadas en la forma prevista para tomar acuerdos sobre la administración". Cfr. art. 6 LPH.

[1873]*Vid.* GONZALEZ, "Propiedad sobre pisos...", *cit.*, p. 349; BATLLE, *op. cit.*, p. 91; MONET ANTON, F., "Estatutos de propiedad horizontal", *AAMN*, XII, 1961, p. 61 y ss. *Exposición de Motivos de la Ley 49/1960*, de 21 de julio. Aunque en época más reciente, la aparición de relaciones complejas ha vuelto a dar protagonismo a estatutos negociales otra vez minuciosos. Cfr. VENTURA-TRAVESET, A., *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., Barcelona, 1992, pp. 212 y ss., 229 y ss.; RAMS ALBESA, en LACRUZ, *Elementos..., cit.*, III-2, 2ª ed., Barcelona, 1991, p. 528 y ss.

[1874]Aunque, como sabemos, basta un negocio de disposición que origine la existencia de dos o más titularidades dominicales sobre el edificio dividido en apartamentos susceptibles de aprovechamiento independiente, para que venga a la existencia la propiedad horizontal, de hecho, y resulten aplicables al supuesto buena parte de las normas reguladoras de la institución. Pero, para la constitución «plena» que configura y divide la propiedad del edificio, «erga omnes», y hace operativa la totalidad del especial régimen jurídico, es preciso el título configurador, uno de cuyos eventuales contenidos será el estatuto. Cfr. GOMEZ CALLE, E., voz "Propiedad horizontal", *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, Madrid, 1995, pp. 5292-5293.

Sobre el significado del Título constitutivo y el Estatuto de reglas organizadores del conjunto inmobiliario, *vid.* BATLLE, *op. cit.*, nn. 17 y ss., 21 y 23; ALVAREZ ALVAREZ, J.L., "El título constitutivo de la Propiedad Horizontal", *Centenario de la Ley del Notariado*, 2ª sección, II, Madrid, 1965, pp. 429-582. RIVERO HERNANDEZ, "Estatuto jurídico...", *cit.*, p. 64 y ss.; GOMEZ CALLE, "La significación del título constitutivo...", *cit.*, p. 1564 y ss.; BADOSA COLL, "*La multipropietat...*", *cit.*, p. 17 y ss.; DIAZ MARTINEZ, A., *Propiedad horizontal. El título constitutivo y su impugnación judicial*, Pamplona, 1996, p. 29 y ss.

[1875]Para esta distinción *vid.* DIAZ MARTINEZ, A., *Propiedad horizontal y Registro de la Propiedad: Título constitutivo y responsabilidad patrimonial* Madrid, 1996, p. 58 y ss. En realidad, ambas parcelas están estrechamente relacionadas, porque, como indica CORNU, el

situar el supuesto análogo de las urbanizaciones privadas[1876] y, en general, los conjuntos inmobiliarios, donde encontramos la obligación real puramente convencional por el hecho de la ausencia de normativa específica aplicable, aunque, hoy en día, siempre con el apoyo de la consideración de analogía con la propiedad horizontal, que puede, y es conveniente, recalcar y ajustar en el caso concreto, en el propio Título constitutivo.

Ahora bien, "la voluntad de los interesados, como fuente reguladora de la Propiedad Horizontal, puede revestir dos formas o manifestaciones: *secundum legem* y *praeter legem*, entendiendo esta última no sólo como forma de completar la ley colmando sus lagunas, sino también como posibilidad de modificar derechos y deberes sin contravenir las prescripciones legales"[1877]. Las normas legales son susceptibles de desarrollo y modificación mientras no entremos en la esfera del derecho imperativo.

La obligación real convencional va a tener, por consiguiente, un juego notable a través de los estatutos[1878], respecto de los cuales se ha planteado, en primer término, hasta dónde llega lo imperativo y lo dispositivo en la normativa legal[1879]. Tanto la doctrina como el TS o

---

desarrollo de las prerrogativas del propietario en cuanto partícipe del dominio del edificio se canaliza, en buena medida, a través de su intervención en la organización colectiva, aspecto irreductible del particular régimen fundiario. Por eso resulta, al menos, cuestionable la opinión de DE LA CAMARA, cuando entiende que las reglas relativas a la organización corporativa de la comunidad poco o nada tienen que ver con la publicidad que proporciona la inscripción registral y todos los efectos que derivan de ella, vinculando a todos los miembros de aquella, tanto originarios como sobrevenidos, aunque los estatutos no estén inscritos ni sean conocidos por ellos. Cfr. DE LA CAMARA, M., "Estudio sobre la propiedad horizontal", (nueva presentación de su "insuficiencia normativa..."), en *Estudios de derecho civil*, Madrid, 1985, pp. 368-340. Precisamente la inscripción en el Registro se utilizará para evitar problemas. Ahora bien, otra cuestión sería diferenciar las restricciones y determinaciones estatutarias trascendentes para las prerrogativas del propietario, de otras reglas asimilables a la ordenanza de régimen interior.

[1876]Cfr. RAGEL, *Las urbanizaciones..., cit.*, espec. pp. 22 y ss., 59 y ss., 88 y ss.

[1877]Cfr. FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, *Comentarios EDERSA, V-2,* Madrid, 1985, p. 166.

[1878]Cfr. FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 220 y ss.

[1879]Cfr. FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, *Comentarios..., V-2, cit.*, pp. 223-224; BATLLE, *op. cit.*, pp. 91-94; VENTURA-TRAVESET, *op. cit. Vid.* ESCRIVA DE ROMANI, F., "Lo imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal", *RCDI*, septiembre-octubre 1967, p. 1246 y ss.; DIAZ MARTINEZ, *Propiedad horizontal..., cit.*, p. 461 y ss.

la DGRN, han oscilado entre la concepción de que la ley, en cuanto trata de proteger los intereses del pequeño propietario que busca establecer su hogar, y obligó incluso a los edificios anteriores a adecuarse a sus reglas, tiene en general carácter imperativo[1880]; o por el contrario, reconocer que son amplios los márgenes que el propio texto legal deja a ciertas determinaciones estatutarias[1881].

En mi opinión, constatado que en la propia Ley se pueden extraer argumentos en uno u otro sentido[1882], hay que tener muy en cuenta cuáles son las líneas estructurales básicas de la institución, de acuerdo con los fines previstos por el Legislador y el destino del inmueble[1883]. Fuera de ahí, no deberían existir especiales motivos para rechazar la eficacia de cualquier determinación negocial[1884] acorde con la mejor utilización de los bienes, que no suponga riesgo para la conservación del valor atribuido ni pueda interpretarse como cláusula abusiva establecida por el promotor en su único beneficio, prevaliéndose de su

---

[1880]Cfr. VENTURA-TRAVESET, *op. cit.*, pp. 218-219, 231-232; COCA PAYERAS, M., "Comentario a la STS de 10 de octubre de 1985", *CCJC*, 9, 1985, p. 2981 y ss.; DIAZ MARTINEZ, *Propiedad horizontal..., cit.*, p. 463; STS de 7 de febrero 1976, 31 enero 1987; RDGRN 16 de septiembre de 1967.

[1881]*Vid.* RRDGNR 16 de septiembre de 1967 y 26 de febrero de 1988, entre otras. Concretamente, por ejemplo, en cuanto a la distribución de gastos y organización corporativa, entiende DIAZ MARTINEZ, coincidiendo con ESCRIVA DE ROMANI, que existe amplia libertad en esta materia. Cfr. DIAZ MARTINEZ, *Propiedad horizontal y Registro..., cit.*, p. 60 y 68; ESCRIVA DE ROMANI, *op. cit.*, pp. 1254-1255.

[1882]El art. 5, por ejemplo, establece que los estatutos podrán contener "... disposiciones no prohibidas por la ley". Sin embargo, el párrafo final del art. 396 señala que la institución "se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados".

[1883]Las disposiciones legales de carácter necesario serán las referidas a la configuración institucional de la propiedad horizontal: elementos privativos y comunes, su existencia y su vinculación, inexistencia de acción de división, normas básicas de organización y voto...

[1884]Muchas cuestiones son susceptibles de determinación estatutaria: adjudicación de uso de algunos elementos comunes con la obligación de conservación y mantenimiento, servicios de calefacción o ascensores, régimen de ciertas obras o modificaciones, régimen especial para ciertos gastos, provisión anticipada de fondos, disfrute de fachadas y huecos, normas sobre aspecto exterior, utilización de elementos comunes o servicios dedicados al ocio y esparcimiento, notificaciones, sanciones, etc.

especial posición[1885]. Para la síntesis de las reglas básicas ineludibles, entiendo particularmente útil atender al desarrollo de la institución en otros ordenamientos: es de suponer que parecidos móviles a los que animan a nuestro legislador operan en derecho comparado. Si encontramos una flexibilización, en esos otros sistemas, de ciertas reglas legales, puede ser un indicio significativo de que la normativa estatutaria en esa dirección no debería resultar, de entrada, sospechosa de contravención al núcleo legal imperativo.

El Estatuto privativo, dice la Ley, "no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad". Esta previsión legislativa ha suscitado la reflexión acerca de quiénes sean esos terceros y sobre la eficacia que puede tener un estatuto no inscrito[1886]. Parece que no se trata sólo de una referencia al tercero hipotecario, pues en tal caso el precepto no aportaría nada. Indudablemente, si el adquirente amparado en lo que el Registro publica inscribe su derecho, el eventual régimen extrarregistral no le es oponible. Aunque, incluso en este caso, va a afectarle si se demuestra que conocía el estatuto al tiempo de la adquisición[1887].

Pues bien, hay que adherirse aquí a la doctrina mayoritaria, según la cual el legislador está pensando, de manera general, en los terceros adquirentes[1888]. Teniendo presente el

---

[1885]El problema es que, frecuentemente, se descubre que la cláusula estatutaria reviste ese matiz o pretende fijar ciertos beneficios para determinados adquirentes, en detrimento de los intereses de otros. Cfr., para la descripción de este conflicto, DIAZ MARTINEZ, *Propiedad horizontal...*, *cit.*, p. 464. Sobre la aplicación de las normas para protección de consumidores y usuarios, cfr. VENTURA-TRAVESET, *op. cit.*, p. 238. *Vid.* SAEZ DE SANTAMARIA, A., "Dictamen. Estatutos de propiedad horizontal; abuso de derecho; defensa de los consumidores", *RCDI*, 588, 1988, p. 1661 y ss.; un tratamiento general, en CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M., *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*, 2ª ed., Madrid, 1993.

[1886]*Vid.* en general, DIAZ MARTINEZ, *Propiedad horizontal y Registro...*, *cit.*, p. 53 y ss.

[1887]En cualquier caso, los estatutos afectan a los terceros que conocían las modificaciones. Cfr. STS 6 de junio de 1979.

[1888]En este punto coincido sustancialmente con DIAZ MARTINEZ, *Propiedad horizontal y Registro...*, *cit.*, p. 62 y ss. También en este sentido, entre otros muchos, PEÑA, *Derechos reales...*, *cit.*, p. 247; PONS, M. y DEL ARCO, M., *Régimen jurídico de la Propiedad Horizontal*, 6ª ed., Granada, 1995, p. 538; DE LA CAMARA, "Estudio...", *cit.*, p. 367; SOTO NIETO, F., "Virtud modeladora de los estatutos", *Cuestiones jurídicas. Jurisprudencia creadora*, I, Madrid, 1976, p. 325-358, p. 344; FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, *La ley de*

peculiar carácter de estas reglas que, configurando los derechos en juego, no tienen, sin embargo, trascendencia posesoria, y atendiendo a la conveniencia de que la institución discurra por el cauce del Registro −aunque ello no resulte ineludible en nuestro sistema− trata de vincular el «carácter real» del estatuto a ese «acontecimiento externo» que refleja la inscripción[1889]. De este modo, a través del Registro se zanjan las posibles discusiones acerca de la eficacia del régimen estatutario[1890]. Y entonces, un tercero, aunque nos encontremos

---

Propiedad horizontal en el derecho español, 3ª ed., Madrid, 1983, pp. 836-837. *Vid.* STS 29 abril 1970.

[1889]Se ha hablado de la eficacia constitutiva de la inscripción, no en cuanto al nacimiento de la propiedad horizontal, pero sí respecto del efecto *erga omnes* de las reglas estatutarias. Cfr. RIVERO HERNANDEZ, "Estatuto jurídico...", *cit.*, p. 113. Los hipotecaristas en general se inclinan a pensar, como AMOROS GUARDIOLA, que esta eficacia debiera requerir, siempre que se trate de reglas de trascendencia real pero sin reflejo posesorio, la publicidad registral. "¿Pueden existir limitaciones a la propiedad, principalmente si son de origen estatutario o convencional, si carecen de contacto posesorio con las fincas a que afectan (...) y no están sujetas a publicidad? ¿Son admisibles cargas o limitaciones reales no posesorias sin publicidad...? Personalmente, me inclino a pensar que no, y que en tales casos, la publicidad registral funciona con carácter constitutivo?". Cfr. AMOROS GUARDIOLA, "Aspectos registrales...", *cit.* p. 40 y ss.

Este será el régimen normal, y sería lo deseable (quizá también que viniera unido a la inscripción constitutiva para la relación completa de reparto, que PEÑA ha propuesto, por ejemplo, para derechos reales sin especial trascendencia posesoria −no sólo la hipoteca− (cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 38) y se aplicaría también a los conjuntos inmobiliarios y todas aquellas situaciones en que van a aparecer peculiares e individualizados objetos de derecho «*collegati*», y una serie de obligaciones reales −sin evidencia posesoria− para posibilitar y completar la relación de reparto, que parecen necesitar, para que en el tráfico no existan problemas y vincular a los terceros, la publicidad registral. *Vid.* ARNAIZ EGUREN, "Algunas consideraciones...", *cit.*, p. 75 y ss. Esta idea por supuesto se extiende a las urbanizaciones −*Vid.* también RIVERO HERNANDEZ citando a AMOROS, quien ha defendido, para una hipotética configuración de las urbanizaciones como persona jurídica, que esta exigencia de inscripción se aplique a la adquisición de tal personalidad, del tipo que haya de ser, como mecanismo de publicidad necesario para su nacimiento y cognoscibilidad. Cfr. RIVERO HERNANDEZ, *ibidem*, p. 79-80.

[1890]No es necesario ya plantearse hasta qué punto el tercer adquirente es «parte en el contrato». El art. 5.3º LPH "parece imponer a los que quieran favorecerse con la oponibilidad de las reglas estatutarias la carga de inscribirlas en el Registro". Cfr. DIAZ MARTINEZ, *Propiedad horizontal y Registro..., cit.*, pp. 64-65.

fuera del territorio del juego de la protección registral, se encuentra, frente al estatuto no inscrito, protegido como si se tratara del tercero hipotecario.

Sólo encuentro, en este momento, estas dudas: mientras el tercero del art. 34 LH viene protegido por una especial presunción de buena fe (habría que demostrar su conocimiento efectivo de la inexactitud del Registro para que le afectara) cabría plantearse si tal es exactamente la situación del tercer adquirente en general. Acaso bastaría constatar que se habían predispuesto los medios suficientes para que el adquirente pudiera conocer los rasgos estructurales que configuraban su derecho, para entender que el título, en esta esfera «cuasiposesoria», había sido transportado en su totalidad suficientemente (*cuasitraditio*) al adquirente[1891]. Sin embargo, cabe pensar que, si el legislador se ha tomado la molestia de prever, específicamente, la inscripción, para que el estatuto cumpla el requisito de trascendencia externa, no sólo en lo concerniente al juego de la protección del tercero hipotecario, es preciso aplicar, en este caso, al adquirente, las mismas consideraciones que al tercero hipotecario[1892].

Ahora bien, cuando se trata de una urbanización privada, se plantea si ante la ausencia de ley específica, cabe entender aplicable de igual modo esta regla registral. Acaso, en el silencio del legislador, no es posible, aunque fuera conveniente *de lege ferenda*, aceptar esta idea. Aquí, basta atenerse a la especial protección del tercero hipotecario, y a la vinculación del adquirente afectado por la suficiente cognoscibilidad del régimen estatutario, conforme

---

[1891]Y por ello, basta para vincular al adquirente, sin necesidad de ulteriores consideraciones, la fijación del Estatuto en el documento de constitución, y referencia a tal cuerpo normativo en la correspondiente escritura de compraventa. Y ello, no tanto porque el tercero se haya constituído en «parte», de esta manera, sino porque es posible dar a estos hechos el valor de «*cuasitraditio*», por lo que, frente al adquirente concreto, no es necesaria entonces la suplencia de reflejo externo objetivo que asegura la inscripción. Esta, parece, sería la doctrina general aplicable de acuerdo con los principios de nuestro sistema. *Vid.* ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, III, 7ª ed., 1979, p. 396; DIEZ-PICAZO-GULLON, *Sistema..., cit., III*, 1993, p. 262; MONET ANTON, F., "Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de propiedad Horizontal", *Centenario de la ley del Notariado*, sec. 2ª, I, pp. 243 y ss., p. 298-299; SOTO NIETO, "Virtud modeladora...", *cit.*, p. 342.

[1892]Con otra argumentación, se muestra DIAZ MARTINEZ reticente a aceptar la eficacia vinculante del conocimiento presunto o supuesto que el adquirente pudiera tener del estatuto no inscrito. La idea parece particularmente aplicable cuando la propiedad horizontal consta registralmente, y sin embargo, el estatuto permanece fuera del Registro, aunque el adquirente no inscriba. *Vid.* DIAZ MARTINEZ, *ibidem*, pp. 64-65 y nota 129, y p. 77 y ss.

a lo dicho antes, de acuerdo con la doctrina[1893], y como se ha manifestado en la Jurisprudencia.

Hay que hacer una referencia, por último, a otros eventuales «terceros»[1894]. Ahora bien, el carácter de tercero en el sentido de no haber sido parte en un contrato, no puede intervenir, sin más matización, cuando se trata del adquirente de un derecho sobre bienes jurídicos sujetos a un estatuto fundiario. No resulta posible desligar la eficacia de éste frente al adquirente propietario, y la ulterior en relación con titulares de derechos reales o personales establecidos por él. Si en conexión con el adquirente el estatuto ha cumplido los requisitos (conocimiento, en este caso) para su eficacia real, entiendo que la tiene para quienes sustentan su derecho en una relación con él, o de él lo derivan[1895]. El problema se ha planteado para el arrendatario, por la tendencia jurisprudencial de protegerle[1896]; y, para el usufructuario, quizá pudiera plantearse por tratarse de un derecho real. Ahora bien, si en relación con el propietario se ha completado la eficacia real, el usufructuario adquiere su derecho determinado por concretas reglas que no podría eludir. Y, en cuanto al arrendatario, la carencia de información adecuada por el arrendador le otorgará, eso sí, una especial situación frente a él, en el momento en que la comunidad reaccione[1897]. En todo caso, no conviene olvidar que nos movemos en el particular y limitado ámbito de las conductas

---

[1893]*Vid*. doctrina citada en las notas precedentes.

[1894]Pues se trata de un concepto amplio, en que pueden luego establecerse ulteriores grados. Cfr. DIAZ MARTINEZ, *ibidem*, p. 62; RAGEL SANCHEZ, L. F., *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponobilidad*, Valencia, 1994, pp. 76-77.

[1895]*Vid*. de acuerdo con nuestra posición, por todos, FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, *Comentarios..., V-2, cit.*, pp. 222-223.

[1896]Lo que se manifiesta cuando el TS ha aceptado la no vinculación por al arrendatario cuando las reglas estatutarias se fijan con posterioridad al contrato. Cfr. STS 30 de diciembre 1986. Pero, incluso, DIEZ-PICAZO-GULLON, *Sistema..., cit., III*, p. 261, consideran «terceros» −citando una STS de 28 de abril de 1978 (referida a la obligatoriedad general de los estatutos inscritos)− a todos los adquirentes de derechos reales y personales, lo que parece acertado a DIAZ MARTINEZ, en mi opinión, sin motivo. Cfr. DIAZ MARTINEZ, *ibidem*, pp. 63-64. *Vid.* también p. 70 y ss., en que afirma tal doctrina, aunque después su argumentación discurre más bien en torno a otras cuestiones.

[1897]Cfr. DIAZ MARTINEZ, *ibidem*, p. 73 y ss.

obligatorias exigibles también al ocupante, arrendatario, usufructuario, sin que desaparezca la obligación y responsabilidad del propietario[1898].

Se suscita, por fin, cuál sea la trascendencia de la inscripción o no en el Registro de normas estatutarias relativas a la organización colectiva, en relación con el *penitus extraneus* que contrata con los órganos comunitarios, en especial con el Presidente. En la medida en que el estatuto, también en este ámbito, igual que la propia organización legal, determina el régimen fundiario, como se ha señalado en nota matizando la opinión de DE LA CAMARA[1899], no resulta indiferente al tercero en lo relativo, por ejemplo, a la exención de gastos para algún comunero, a la hora de reclamaciones y embargos. Ahora bien, cuando se trata de peculiares limitaciones a las facultades representativas del presidente, ni siquiera parece exigible al tercero el conocimiento de estas particularidades aunque consten en el Registro[1900].

Acaso cupiera plantear, para el futuro, el juego de la inscripción, incluso como constitutiva de una especial personalidad jurídica de gestión, delimitada con arreglo a lo que el registro publique[1901], igual que pudiera plantearse la inscripción constitutiva para la eficacia *erga omnes* de los estatutos, de manera que, sin ella, pudieran desconocerse, en general, por cualquiera. Sin embargo, hoy en día será preciso atender a estas cuestiones de acuerdo con criterios relacionados con la extralimitación y revocación de poderes, representación aparente...[1902] Parece que, si el presidente actúa dentro del ámbito de actuaciones en que su poder representativo típico e ilimitable como órgano, vincula a la

---

[1898]Cfr. FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 223, nota 31. En todo caso (art. 3.3 y 9.6ª LPH) el propietario resulta siempre afectado por las obligaciones sin perjuicio de las acciones directas procedentes. Entonces, sería absurdo que, estando aquél obligado, no recayera sobre el ocupante, en virtud de consideraciones del tipo que venimos analizando, la obligación y responsabilidad en los casos pertinentes. Responsabilidad que, eso sí, podría resultar inexistente.

[1899]Mientras DE LA CAMARA entiende que estas materias "poco o nada tienen que ver con la publicidad que proporciona la inscripción", hay que insistir que en los conjuntos inmobiliarios la atribución y la organización colectiva están íntimamente relacionadas. Cfr. DE LA CAMARA, "Estudio...", *cit.*, pp. 367, 369.

[1900]Cfr. DIAZ MARTINEZ, *ibidem*, pp. 69-70; GONZALEZ CARRASCO, *op. cit.*, pp. 149-150.

[1901]Así lo propone RIVERO HERNANDEZ, "Estatuto jurídico...", *cit.*, pp. 79-80.

[1902]Cfr. DIAZ MARTINEZ, *ibidem*, p. 69; GONZALEZ CARRASCO, *op. cit.*, pp. 149-150.

comunidad, no cabría exigir al tercero ni siquiera la consulta del Registro para constatar particulares limitaciones. Sólo sería posible exigir por la comunidad responsabilidades al Presidente[1903]. Ahora bien, si, por el contrario, en el Registro aparecen determinaciones estatutarias que amplían su facultad de contratación en nombre de la comunidad, el tercero que contrata confiado en el registro actúa de buena fe, aunque hubieran resultado modificadas aquellas reglas estatutarias.

En cuanto a la obligatoriedad de las ordenanzas de régimen interior[1904], deriva −como ocurría con los acuerdos tomados por mayoría en la comunidad de bienes− de la integración en el «régimen asociativo» de la comunidad[1905]. Son por tanto obligaciones reales de segunda categoría, de las que se refieren −en doctrina de COSTANTINO− a la esfera del goce, no de la utilización. Sólo afecta a la configuración del derecho real −explica PEÑA− la obligación genérica de atenerse a las reglas de régimen interior −las vigentes en cada momento− pero no cada una de estas reglas, en cuanto pueden ser modificadas en la forma prevista para tomar acuerdos de administración[1906]. En coherencia con estos criterios, han de vincular a todo aquel que participe de la vida comunitaria: propietario arrendatario, ocupante[1907]. Ahora bien, a quienes en general acudan al edificio, señala FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO −para él, estos serían los auténticos «terceros»− sólo cabe implicarles en cierta necesidad de cumplir, una exigencia ética, pero no les afectarán las

---

[1903]Cfr. GONZALEZ CARRASCO, *op. cit.*, pp. 149-150. *Vid.* en esta obra un resumen acerca de la peculiar naturaleza del poder de representación del presidente, pp. 49 y ss., 58 y ss. Acerca de la esfera en que actúa el contenido ilimitable de su poder de representación, *ibidem*, p. 119 y ss.

[1904]*Vid.* BATLLE, *op. cit.*, pp. 94, 116-118, 234 y ss.; VENTURA-TRAVESET, *op. cit.*, p. 244 y ss.

[1905]Pero, en mi opinión, no cabría decir que no son obligaciones *propter rem* por no tener acceso al Registro. *Vid.* BATLLE, *op. cit.*, pp. 117-118.

[1906]Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 247. Así se explica la aparente paradoja, que plantea PEÑA, de su mayor alcance, *prima facie*, respecto a las obligaciones contenidas en los Estatutos, pues si no se inscriben estos en el Registro no perjudican a terceros. Cfr. PEÑA, *ibidem*, nota 21.

[1907]Cfr. BATLLE, *op. cit.*, p. 94.

consecuencias jurídicas de una contravención[1908]. No asumen una verdadera obligación, sólo prevista para propietario y ocupante[1909].

Panorama de las obligaciones reales

Acaso cupiera hablar, de entrada, de una obligación, relativa al propio establecimiento del peculiar reparto, cuando la situación no ha llegado al Registro, correlativa a la pretensión de cualquier adquirente de un piso para exigir a los demás la formalización del Régimen y su inscripción en el Registro. Sería una obligación legal emparentada con el art. 1279, y cuando los pisos han sido vendidos a diversos propietarios (nacimiento de la situación de propiedad horizontal) parece lógica la exigibilidad a los demás de estas conductas, como obligación real, semejante a las acciones de deslinde y amojonamiento[1910].

Después, suele hacer referencia la doctrina a dos obligaciones de carácter general: la sumisión al régimen «asociativo» legal y convencional que rige el particular «reparto», y que BADOSA COLL califica «régimen jurídico inmobiliario». Y el deber jurídico de "usar los elementos privativos de su propiedad separada *civiliter*, y servirse igualmente de los elementos y servicios comunes"[1911].

El primer aspecto nos ha ocupado ya lo suficiente, aunque constantemente irá apareciendo, siempre habrá que tener en cuenta las determinaciones estatutarias del complejo inmobiliario. Hay que referir ahora, sucintamente, algunas cuestiones relativas a aquel comportamiento *civiliter*, aunque después habrá que entrar, con más calma, en algunos aspectos en que ambas cuestiones se muestran estrechamente vinculadas.

Diversas manifestaciones de esta idea configuran varias obligaciones reales recogidas en el art. 9 LPH. Configuran la libre actuación del propietario en su piso, en atención a su

---

[1908]En cuanto a la posibilidad de establecer un régimen especial de sanciones para caso de incumplimiento de las obligaciones estatutarias y ordenanzas de régimen interior, es algo normalmente admitido, con las matizaciones que señala, por ejemplo, FUENTES LOJO, J.V., *Suma de la propiedad por apartamentos*, I, Barcelona, 1969, pp. 692-693.

[1909]Cfr. FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 229.

[1910]En el Borrador de Anteproyecto de Conjuntos inmobiliarios, de diciembre de 1991, el art. 3.4 planteaba la siguiente previsión: "Cualquier propietario puede exigir la formalización e inscripción de la constitución y del régimen estipulado en los términos en que resulte oponible a todos los propietarios actuales".

[1911]Cfr. RIVERO HERNANDEZ, "Estatuto jurídico...", *cit.*, p. 91.

integración en el conjunto inmobiliario. Así, ha de "respetar las instalaciones generales o en provecho de otro propietario incluidas en su piso", pero no basta con tal actitud de abstención, pues debe "mantener en buen estado de conservación su propio piso e instalaciones privativas, en términos que no perjudiquen a la comunidad o a los otros propietarios" y está obligado a permitir ciertas actuaciones en su piso. Por fin, el número 6 del art. 9 LPH establece una obligación general de diligencia y responsabilidad por las infracciones cometidas por quien ocupe su piso[1912].

Esto significa, a mi modo de ver, que el titular actual se encuentra, siempre, en disposición de sufrir reclamaciones y exigencia de responsabilidades por daños o molestias derivadas del estado actual de su piso, con independencia de que el deterioro comenzara a producirse en tiempo de un titular anterior, o tuviera su raíz en actuaciones de arrendatarios u ocupantes. Mantener en buen estado significa una obligación, de algún modo, indivisible, siempre actual, con independencia de las posteriores acciones que pudieran corresponder al propietario frente a quien le transmitió el piso, o su arrendatario.

Destino y actividad en el propio piso. Limitaciones y prohibiciones

El art. 7.3º LPH trae a nuestra consideración una serie de prohibiciones. Después en los Estatutos es posible concretar un poco más este régimen de actividades o destinos proscritos para el piso. Respecto a las limitaciones relativas a las actividades o género de vida en los pisos o locales, es necesario ser prudente: es verdad que −tanto en propiedad horizontal como en urbanizaciones− el destino y carácter de la finca −supone algo más que un lugar físico, también un beneficio a repartir: habitabilidad, confort...− justifica este tipo de cláusulas, pues benefician al conjunto (todos y cada uno) y pueden estar en consonancia con la sensibilidad social del momento[1913]. Pero hay que combinar estos criterios con el otro,

---

[1912]Cfr. LACRUZ-RAMS, *Elementos..., cit.*, p. 548; VENTURA-TRAVESET, *op. cit.*, n. 664 y ss.

[1913]Acerca del criterio del destino del inmueble, especialmente valorado en el derecho francés, aparte de las referencias que se hicieron en su momento, *vid.* TERRE-SIMLER, *op. cit.*, n. 625. Y el resumen de GONZALEZ CARRASCO, *op. cit.*, p. 88 y ss. Según el art. 26 de la ley francesa, el *réglément de copropriété* podrá contener disposiciones que limiten el uso y disfrute del piso privativo, siempre que puedan justificarse con base en el destino del inmueble. Amplia exposición de diversos supuestos en TERRE-SIMLER, *op. cit.*, n. 663 y ss. No cabe después decisión alguna comunitaria que modifique, disminuyendo, las posibilidades del propietario en

básico en este ámbito, de facilitar la obtención de la máxima utilidad de los bienes, teniendo en cuenta además que si −como señala la propia Exposición de Motivos de la LPH− la normativa se basa en los criterios de las relaciones de vecindad[1914], precisamente en la vecindad existen aquellos «inconvenientes ordinarios» que no se puede pretender eliminar a toda costa.

Y así, ha reaccionado GIL RODRIGUEZ, en un interesante trabajo, contra la fácil admisión de prohibiciones y limitaciones de dudosa licitud e interés[1915]. Comentando la RDGRN de 25 de septiembre de 1991 que no permitió para un desván, espacio privativo, que aparecía descrito como tal, el acondicionamiento posterior y utilización como vivienda, decisión que, de estar hoy vigente un precepto como el art. 45. 1 BA, no sería posible[1916]. El propietario tiene como una de sus facultades esenciales el «poder de destinación»[1917] que sólo puede limitarse con arreglo a un interés suficientemente digno de protección, y de forma clara e inequívoca en los Estatutos[1918].

Y viene declarando la doctrina de la Dirección General −en contra de la acaso demasiado «optimista» aceptación inicial por parte del TS[1919]− que estas limitaciones hay que interpretarlas restrictivamente y deben aparecer con claridad en los Estatutos[1920]. Por

---

su piso. Sólo podría hacerse con la anuencia de todos, y si resulta justificable en relación con el destino general del inmueble, cfr. TERRE-SIMLER, *op. cit.*, n. 665.

[1914]Cfr. Exposición de Motivos de la LPH.

[1915]Cfr. GIL RODRIGUEZ, J., "La pretendida vinculación del uso o destino de los espacios privativos en el régimen de Propiedad horizontal", *RCDI*, 611, julio-agosto 1992, p. 1817 y ss.

[1916]"La simple expresión en el título de constitución del destino que de presente tiene un piso o local a vivienda, negocio o a otro uso no implica, sin más, que se haya establecido la prohibición de dedicarlo a cualquier otra actividad". Cfr. art. 45. 1. BALCI. No se trata de una norma vigente, pero indica, sin duda, el criterio actualmente aceptado.

[1917]Cfr. GIL RODRIGUEZ, *ibidem*, p. 1824.

[1918]En el mismo sentido, GIVORD, F y GIVERDON, C., "*Encore et toujours la destination des parties privatives*", Comentario a Versailles, 21 diciembre 1989, *RDI*, abril-junio 1990, 12, 2, p. 94.

[1919]Aunque el criterio con posterioridad ha cambiado. *Vid.* la evolución de la Jurisprudencia en DIAZ MARTINEZ, *Propiedad horizontal..., cit.*, p. 424 y ss.

[1920]*Vid.* en este sentido, RIVERO HERNANDEZ, "Estatuto jurídico..., *cit.*, p. 73 y ss.; DIAZ MARTINEZ, *Propiedad horizontal y Registro..., cit.*, pp. 59-60; *Propiedad horizontal..., cit.*, p. 424 y ss.; GONZALEZ CARRASCO, *op. cit.*, pp. 89-90.

otro lado, su carácter obligacional debería facilitar su revisión por el Juez, en vista de las circunstancias.

El sujeto obligado

La reglamentación relativa a actividades prohibidas se refiere tanto al propietario como (sin dejar de afectar a aquél) al ocupante. Esto nos sugiere hacer aquí un inciso relativo a quién sea el obligado, en general, en la propiedad horizontal. La expresión «titular», relativa al obligado, se ha interpretado en sentidos incluso contrapuestos. BATLLE señala que, cuando la ley −concretamente en relación a las ordenanzas de régimen interior− obliga a «todo titular», se refiere también al usufructuario, habitacionista, arrendatario[1921]... Para TORRALBA, las obligaciones corresponden a los propietarios, titulares por antonomasia, y sólo excepcionalmente al arrendatario. Lo que no impide que si el poseedor desarrolla una actividad perjudicial, la comunidad o cualquier propietario pueda exigirle responsabilidades *ex* art. 1902, también el propietario del piso que no deja de estar incumpliendo su obligación a consecuencia de la conducta del poseedor[1922].

No cabe duda de que algunas conductas en la esfera de la comunidad y reparto del goce de los bienes, resultan exigibles también al ocupante, sin dejar de vincular al propietario[1923]: quien actúa, en cierta medida, como intermediario entre la Comunidad y el arrendatario, pero pudiendo aquella dirigirse directamente contra éste y obtener su privación del uso del piso, y la resolución del contrato si el propietario no actúa (art. 19 LPH[1924]). La pretensión también puede dirigirse al ocupante para los supuestos establecidos en art. 9.4: “permitir la

---

[1921]Cfr. BATLLE, *op. cit.*, pp. 94, 136.

[1922]Cfr. TORRALBA, *op. cit.*, pp. 611 y ss., 615-616.

[1923]Es la doctrina de BATLLE, aceptada por la mayoría de la doctrina. Porque estamos, en buena medida (igual que en lo relativo a las ordenanzas de régimen interior) en la esfera del «goce», que diría COSTANTINO, y no en la más estricta de la «utilización». FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO señala que, si las obligaciones surgen directamente y permanecen vinculadas al propietario (el «titular ocupante» del art. 19), pues “la transmisión del disfrute no afecta a las obligaciones”, la propia ley pone de relieve en alguna ocasión la obligatoriedad para los ocupantes (el «ocupante no propietario», del art. 19). Cfr. FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 223, 270.

[1924]*Vid*. BATLLE, *op. cit.*, pp. 134 y ss., 168 y ss.; y FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 358 y ss.

entrada...”; quizá también la del art. 9.3 en su primer inciso: “consentir...”; la del art. 9.2: “mantener...” y la del art. 9.1: “Respetar...[1925]“.

En cuanto a las relaciones entre propietario y usufructuario, según la normativa de la relación usufructuaria, sabemos que serán obligación del usufructo todos los cuidados relativos a la vida ordinaria de la propiedad horizontal: especialmente, además de las señaladas, el pago de los gastos ordinarios. Y también, quizá, aunque esto es dudoso, los gastos derivados de las innovaciones a que se refiere el art 10 LPH[1926]. Respecto a los gastos ordinarios, suele decirse que nos encontramos en el seno de la relación interna entre propietario y usufructuario, pero que, frente a la comunidad, se presenta siempre como responsable el propietario[1927]. Yo no lo tengo tan claro.

Me parece que, en el ámbito de los gastos ordinarios, la comunidad puede dirigirse directamente contra el usufructuario o habitacionista[1928]. Puede parecer, entonces, que se le perjudica, en cuanto, por un lado, no le corresponde el voto en las asambleas y, por otro, se le irían a exigir pagos que habrán sido aprobados por ellas. Pero este problema en realidad queda minimizado, por cuanto el art. 14 LPH facilita que sea el usufructuario quien intervenga y vote en la Junta, para los asuntos ordinarios[1929].

[1925]Cfr. FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 253; BATLLE, *op. cit.*, p. 136.

[1926]Aquí, distingue FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, tanto si se trata de innovaciones requeridas por la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble como si no, entre las que suponen módico gasto y las demás. Para aquellas cuya cuota de instalación no exceda una mensualidad ordinaria, podría admitirse la implicación del usufructuario en la decisión y exigencia de gasto.

[1927]Cfr. BATLLE, *op. cit.*, p. 141. Una opinión más matizada tienen PONS-DEL ARCO, *Régimen jurídico de la propiedad..., cit.*, p. 162.

[1928]En este sentido se orienta parte de la doctrina más moderna. Cfr. VELASCO DOMINGUEZ, P., “El sujeto pasivo de las obligaciones de contribuir a los gastos comunes (notas en torno a los artículos 9.5 y 20 LPH)” *Actualidad civil*, 33, 1994, p. 636 y ss., espec. pp. 639-640; ZURILLA CARIÑANA, M. A., *La garantía real y la propiedad horizontal*, Madrid, 1995, pp. 180-181. En contra, DIAZ MARTINEZ, *Propiedad horizontal y Registro..., cit.*, pp. 180-181, nota 45.

[1929]En el art. 14-3 LPH, LACRUZ ha visto un criterio opuesto al del art. 490 CC (Cfr. LACRUZ, *Elementos..., III-2, 1980*, p. 330). Sin embargo, el régimen resulta semejante. Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos..., III-2*, 3ª ed., 1979, p. 111; BATLLE, *op. cit.*, p. 153.

Por último, en esta materia, volver a referirnos a Estatutos y Ordenanzas. Por éstas, viene obligado «todo titular» y parece que, por tanto, también cualquier poseedor, arrendatario, ocupante. Esto es comprensible tratándose de unas reglas pensadas para la adecuada convivencia y utilización de bienes y servicios comunes. Pero también en esas normas, e igualmente en los Estatutos puede convencionalmente especificarse hasta qué punto viene obligado el ocupante[1930].

Modificaciones físicas y jurídicas en el bien privativo, y en los elementos comunes

Aquel criterio de la máxima utilidad de los bienes ha de tenerse en cuenta cuando se estudian otras obras y modificaciones que pudieran realizar los propietarios[1931]. Al respecto hay que fijarse en los arts. 7, 8, 10 y 11, y las reglas acerca de acuerdos del art. 16 de la

---

[1930]Como explica FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, la obligatoriedad de los estatutos se refiere a las conductas que ordinariamente resultan exigibles en la esfera del goce, a usufructuarios, arrendatarios y ocupantes. Cfr. *Comentarios..., V-2, cit.*, pp. 228-229.

[1931]Antes que nada, en relación con obras y reparaciones, el art. 7 LPH establece la obligación de comunicar «sin dilación» la necesidad de reparaciones urgentes. Se ha planteado la doctrina qué hacer cuando sea necesaria la actuación inmediata en el piso del propietario, aunque pueda afectar a elementos comunes. Parece que si habiendo avisado la solución no llega, puede el propietario hacer las obras imprescindibles repartiéndose luego el gasto entre la comunidad y el propietario en la medida en que la actuación afecte y beneficie, por un lado, al propietario y, por otro, a instalaciones comunes. *Vid.* FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, *Comentarios..., V-2, cit.*, p. 238.

Respecto a las obras y modificaciones que se le permiten, el propietario debe dar cuenta previamente a quien represente a la comunidad. FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO entiende que dicha notificación se hace en vistas a una aprobación de la Junta, por mayoría. Pero parece que el propietario está autorizado a hacerlas, sin más, por la propia ley. Acaso en los Estatutos pudiera especificarse alguna modulación conectada con esta obligación de aviso, algún requisito: presentar un informe arquitectónico, o señalarse la preceptiva inspección pericial previa, para que la Junta constate su carácter y pueda oponerse en su caso. Queda por ver qué sanción podría tener el incumplimiento de tal obligación. Parece que va a resolverse en daños y perjuicios, sólo cuando después las obras pudieran resultar inconvenientes y su clandestinidad haya motivado molestias y gastos a la comunidad.

Ley. Pero, ahora que ha transcurrido suficiente tiempo, hay que reconocer[1932], como viene haciendo la doctrina y se manifiesta tímidamente en la jurisprudencia −aunque la cuestión merecería un retoque de la ley[1933]− que el desenvolvimiento de las relaciones de propiedad horizontal requiere una particular interpretación de la esfera de atribución dominical irreductible[1934]. Habría que hacer una parecida a la que sirve, en materia de actos de disposición o administración, para incluir ciertos actos dispositivos en la esfera de un concepto más flexible, y adecuado, de administración[1935].

Es verdad que el art. 397 del CC tiene carácter imperativo, y se concreta, en la PH, en una serie de especificaciones que vienen a prohibir a cada titular realizar modificaciones que, por afectar al Título Constitutivo, exigen aprobación unánime de la Junta. Además, la prohibición de menoscabar o alterar la seguridad del edificio, su estructura general... más que una obligación real es un límite propio del derecho de cada propietario, cuya infracción daría lugar a la nulidad y condena a reconducir las cosas a su estado primitivo (es la línea

---

[1932]En el orden del derecho de bienes, en que, como observa CARBONNIER, los hechos hablan lentamente, la institución de la propiedad horizontal es todavía joven, y los ajustes que requiere su peculiar naturaleza jurídica se vienen poniendo de manifiesto con el transcurso del tiempo. Cfr. CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, n. 181.

[1933]Además de las mínimas concesiones que puede encontrarse en la propia ley. *Vid.* RIVERA FERNANDEZ, M., y HORNERO MENDEZ, C., *Propiedad horizontal: ¿es siempre necesaria la unanimidad para alterar un elemento común?*, *Jurisprudencia Práctica*, 133, Madrid, 1997, pp. 12-13. Si bien, recientemente, nuevas normas introducen mayor flexibilidad.

[1934]Para una interpretación tradicional, aunque con algunas concesiones, *vid.* GONZALEZ CARRASCO, *op. cit.*, p. 87 y ss. Para la Jurisprudencia, *vid.* el resumen que presenta DIAZ MARTINEZ, *Propiedad horizontal..., cit.*, p. 369 y ss.

[1935]Esto se manifiesta en la legislación francesa, lo que observa con cierta perplejidad GONZALEZ CARRASCO, *op. cit.*, p. 88. Perplejidad paralela a la dificultad que presenta compaginar dos tendencias: el apego a la defensa del derecho intangible del propietario, valorando cualquier decisión modificativa de los estatutos o elementos comunes como contraria a la atribución de acuerdo con el destino del inmueble, cuando tal destino puede precisamente justificar cierta modificación; por otro lado, el reconocimiento de la conveniencia y tendencia legislativa a eliminar el requisito de la unanimidad para adoptar reglas y decisiones que no modifiquen los elementos estructurales básicos de la atribución, aunque afecten a los elementos comunes. *Vid*. GONZALEZ CARRASCO, *ibidem*, pp. 91-94.

constante del TS) con independencia de la mayor o menor dificultad de esa *rèmise en état*[1936].

Sin embargo, entiendo que es posible y deseable intentar matizar el rigor con que se viene afrontando toda esta problemática.

La cuestión se ha planteado, en primer término, en relación con las cláusulas estatutarias que permiten, especialmente para locales comerciales, la división, segregación y constitución de un local único a partir de varias fincas independientes[1937]. El Tribunal Supremo las ha declarado nulas en diversas ocasiones, aplicando el art. 8.2 LPH[1938], mientras la Dirección General se ha mostrado propensa a admitir su validez[1939]. Sin

---

[1936]Dificultad de *rémise en état* que, en Francia, no permite el Tribunal de Casación valorar a los tribunales inferiores, por la especial oponibilidad del derecho real, como explica LEVIS, extendiendo el criterio a la eficacia de las obligaciones reales. En estos puntos, la exigencia de unanimidad no representa tanto actuación del poder colectivo cuanto respeto al "absolutismo del derecho de propiedad, reconstituido por el acuerdo unánime". Cfr. KISCHINEWSKI-BROQUISSE, E., *La copropriété des immeubles bâtis*, 3ª ed., Paris, 1978, p. 211 y ss.

[1937]De entrada hay que matizar con PEÑA que la ley no prohibe las uniones meramente físicas de pisos o locales, siempre que se pueda, en caso de enajenación, por ejemplo, volver al estado primitivo. Por esto, hay que tener cuidado de que la alteración física no desemboque en una modificación jurídica, sin los requisitos previstos. Cfr. DIAZ MARTINEZ, *Propiedad horizontal...*, *cit.*, p. 431. Y, si se hace con la oportuna claridad, cabe modalizar o condicionar estatutariamente esta posibilidad de cambio material, cfr. RIVERO HERNANDEZ, "Estatuto jurídico...", *cit.*, p. 71.

Acerca de las alteraciones físico-jurídicas, *vid.* VENTURA-TRAVESET, *op. cit.*, p. 235; LACRUZ-RAMS, *Elementos...*, *cit.*, p. 544; RIVERO HERNANDEZ, "Estatuto jurídico...", *cit.*, pp. 72-73; ALBIEZ DOHRMANN, K.J., "Comentario a la STS de 19 de julio de 1993", *CCJC*, 33, 1993, 881, p. 933 y ss.; GONZALEZ CARRASCO, *op. cit.*, p. 90, nota 225; DIAZ MARTINEZ, *ibidem*, p. 459 y ss.

[1938]Cfr. STS de 7 de febrero de 1976. Fue objeto de comentario crítico por GARCIA GARCIA, J. M., en *RCDI*, 1977, p. 440 y ss. Este autor sugería admitir la cláusula siempre que la facultad de modificación apareciera bien precisa y depurada, previsto el número de locales futuros, distribución de la cuota entre los nuevos departamentos según criterios objetivos... sugerencias que han ido alcanzando general aceptación. Pero la Jurisprudencia sigue rechazando la cláusula en diversas ocasiones, cfr. STS 31 agosto 1987, 3 mayo 1989.

[1939]Cfr. RRDGRN de 31 de agosto de 1981, y 26 de febrero de 1988.

embargo, también la Jurisprudencia, últimamente, viene aceptándolas[1940]. Ahora bien, esta jurisprudencia, en lo que está de acuerdo la doctrina, viene a condicionar su validez y eficacia a ciertos requisitos materiales y jurídicos[1941]. Así, la constancia de concretas limitaciones y especificaciones para evitar que pueda alterarse fraudulentamente el *status* relativo a *quórums* para la adopción de acuerdos; previsión del criterio en la eventual fijación de las nuevas cuotas sin perjudicar el derecho de los demás propietarios[1942]... Y, lo que adquiere particular relieve también cara a la utilidad práctica de la cláusula, para ordenar la necesaria o conveniente alteración de elementos comunes conectada con la nueva distribución del inmueble.

Si esta última modificación requiriera en todo caso el permiso unánime, probablemente la cláusula no tendría utilidad. Por ello, la cuestión tiene relación directa no sólo con la modificación del título en sentido estricto, sino con la alteración de elementos comunes y el respeto a estructura general, seguridad, configuración y estado exterior[1943]... Y aquí una vez

---

[1940]Cfr. STS 30 de septiembre de 1988, 21 de diciembre de 1994, 22 de mayo de 1995.

[1941]Cfr. DIAZ MARTINEZ, *Propiedad horizontal...*, *cit.*, p. 467 y ss.; GOMEZ CALLE, "La significación del titulo constitutivo...", *cit.*, p. 1533-1589, 1564 y ss.; RIVERO HERNANDEZ, "Estatuto jurídico...", *cit.*, pp. 72-73.

[1942]Podría establecerse de antemano la cuota prevista para los nuevos departamentos. Doctrina y jurisprudencia suelen referirse al reparto sin alteración de las cuotas de los demás pisos o locales. Sin embargo, hace notar RIVERO HERNANDEZ, esto no es tan sencillo. Acaso la multiplicación de titulares debiera llevar a una contribución conjunta a ciertos gastos ahora mayor que la prevista para el local único originario; sin embargo parece, de entrada, que un aumento de cuota podría lesionar el derecho de los demás. En cualquier caso, podría establecerse un sistema de criterios sin previsión inicial de nuevas cuotas, para su aplicación por unanimidad, y, si no se obtiene, a través de un arbitraje o por el Juez, por un procedimiento semejante al que en derecho francés le permite revisar el reparto de cargas impugnado durante los cinco primeros años. Cfr. RIVERO HERNANDEZ, "Estatuto jurídico...", *cit.*, p. 63; ALBIEZ DOHRMANN, "Comentario...", *cit.*, pp. 945-950.

[1943]Si no se admite esta posibilidad de alteración por considerarla modificación del título constitutivo o alteración de los derechos intangibles de cada propietario, parece inútil la posibilidad de agrupación, segregación... Por ello, se han tratado de introducir atenuaciones frente a la línea conservadora de la Jurisprudencia (bloqueo a la actuación individual −art. 11 LPH− o a la decisión simplemente mayoritaria, indiferenciación entre alteraciones, afectación, utilización...) *Vid*. el amplio resumen de DIAZ MARTINEZ, *Propiedad horizontal...*, *cit.*, pp. 369 y ss., 376 y ss. En general, VATTIER había propuesto distinguir la alteración sustancial de elementos, de la simple modificación de escasa importancia, utilización o afectación, para no

más, hay que traer a colación las criterios generales que se han ido sugiriendo, y que tímidamente están reflejándose en diversas tendencias proclives a atenuar el rigor de la prohibición de ciertas actuaciones individuales, y de la regla de unanimidad para concretas decisiones comunitarias[1944].

En este punto, puede resultar fructífero fijarse en el derecho francés, cuya evolución presenta el interesante itinerario desde la defensa a ultranza de la irreductible posición de cada comunero[1945], a la comprensión de las peculiaridades de un régimen fundiario que precisa cierta flexibilidad para la actuación de los derechos individuales a través del poder

---

dejar sin efecto el art. 10 LPH, relativo a innovaciones. Cfr. VATTIER FUENZALIDA, C., "Tipología de las innovaciones en las cosas comunes en la disciplina positiva de la Propiedad Horizontal", *RGLJ*, septiembre 1976, pp. 251-268, pp. 267-268. En la materia que nos ocupa, se ha propuesto que en la cláusula estatutaria se prevean las alteraciones o utilización de elementos comunes adecuadas a la operación, lo que va teniendo tímida aceptación por el TS, aunque sólo sea para afirmar que tales posibilidades han de interpretarse y aplicarse de manera restrictiva. Cfr. STS de 8 de marzo de 1991, y 21 de noviembre de 1995. *Vid.* DIAZ MARTINEZ, *ibidem*, p. 459 y ss., espec. pp. 466-468; ALBIEZ DORHMANN, "Comentario...", *cit.*, pp. 945-950; HUERTA TROLEZ, A., "Reserva estatutaria de la facultad de dividir locales en régimen de propiedad horizontal. Comentario a la STS 30 de septiembre de 1988", *La Ley*, 1989-2, pp. 1188-1191.

[1944]*Vid*. RIVERA FERNANDEZ-HORNERO MENDEZ, *Propiedad horizontal: ¿es siempre necesaria la unanimidad..., cit.* En esta línea hay que situar la utilización de la doctrina del abuso del derecho para bloquear el veto injustificado de un comunero ante una decisión mayoritaria encaminada a cierta alteración o mejora, y podría utilizarse también para modificaciones propuestas por un sólo propietario, en su propio interés, habiendo constatado su inocuidad o incluso adecuación al interés común, sin obtener por la negativa de algún disidente el pretendido permiso. Sobre la utilización de este criterio y sus límites, *vid*. el amplio tratamiento de DIAZ MARTINEZ, *Propiedad horizontal..., cit.*, p. 381 y ss.

Asimismo, las propuestas doctrinales cada vez más generalizadas de sustituir el régimen de unanimidad por mayorías cualificadas para ciertas modificaciones y decisiones no esenciales, de acuerdo con la tendencia observada en derecho comparado. Por todos, cfr. PEÑA, *Derechos reales.., cit.*, p. 247, nota 20; LACRUZ-RAMS, *Elementos..., cit.*, p. 549 y ss., 544; VENTURA-TRAVESET, *op. cit.*, p. 235. Y el comentario a las novedades del BALCI, en esta materia, por RIVERO HERNANDEZ, "Estatuto jurídico...", *cit.*, p. 50 y ss.

[1945]En la comunidad ordinaria, bloqueó durante mucho tiempo, y sigue obstaculizando, la aceptación del poder mayoritario, cuando en nuestro ordenamiento ya era reconocido. *Vid*. doctrina y bibliografía citada en el capítulo 4, en materia de comunidad y propiedad por pisos.

colectivo. Los rasgos intangibles de la propiedad por pisos se reducen a la seguridad del edificio, enajenación de partes comunes y alteración de elementos considerados necesarios de acuerdo al destino del inmueble[1946]. Fuera de ahí, se prevén mayorías de diversa cualificación para innovaciones, mejoras, alteraciones, y siempre es posible acudir al Juez, si no se obtiene el acuerdo de la mayoría, para que, en su caso −lo que puede suceder por aplicación de la doctrina del abuso del derecho[1947]− autorice y señale las condiciones a cumplir para realizar cierta modificación[1948].

Pues bien, en nuestro derecho, lo que no es posible extraer de la ley, en esta línea, podría sin embargo derivarse de una normativa estatutaria, que, como es lógico, precisará especial cuidado y rigor en la redacción, y una interpretación estricta. Pero cuya admisibilidad viene avalada por las tendencias doctrinales y jurisprudenciales indicadas, y por su reflejo en diversos proyectos legislativos, señaladamente el comentado Borrador de Anteproyecto de 1991.

El régimen estatutario puede acudir a diversas técnicas: en primer término, la autorización para determinadas actuaciones, exigiendo estrictos requisitos de notificación, y ajuste a ciertas reglas de estética, seguridad[1949]... Para ello se establecería el control a través de informes periciales solicitados por la Junta, a cargo del interesado, etc. Si acaso, pudiera acompañarse con la exigencia de aprobación por una mayoría: en realidad, convergen aquí

[1946]*Vid*. ATIAS, *Les biens, II, cit.*, n. 197 y ss. El criterio del destino del inmueble se configura así como básico, y sirve tanto para frenar las iniciativas individuales como las decisiones de la asamblea. Al mismo tiempo, permite tener presente todas las cualidades del edificio que nutren su valor de acuerdo con el interés de cada propietario. Así, no tiene igual trascendencia la modificación de fachadas y aspecto externo en unos edificios que en otros: en algunos casos, no afecta al valor del inmueble, y la oposición a ciertos cambios no se justificaría. En otras situaciones, sólo cabría por acuerdo unánime. *Vid*. TERRE-SIMLER, *op. cit.*, n. 625.

[1947]La utilización del criterio en nuestra jurisprudencia no es, por tanto, original. Cfr. GAILLARD, E., *Le pouvoir en droit privé*, Paris, 1985, n. 248.

[1948]*Vid*. TERRE-SIMLER, *op. cit.*, n. 644 y ss.

[1949]En el BA de 1991 hay una interesante innovación: en el art. 46.2 se reconocería a los propietarios de locales situados en los bajos la posibilidad, previa notificación al Presidente, sin necesidad de acuerdo de la Junta (si otra cosa no dispone el título y, en su caso, en las condiciones establecidas por él) de abrir huecos a la calle y realizar las obras adecuadas, siempre que no afecta a la seguridad del edificio ni menoscabe instalaciones o elementos comunes, o la estética del conjunto. *Vid*. el comentario por RIVERO HERNANDEZ, "Estatuto jurídico...", *cit.*, pp. 49-50.

dos ideas distintas: el derecho privativo y directo del comunero, siempre que no esté haciendo peligrar la seguridad del edificio, su estructura... o la sumisión de esta posibilidad a autorización mayoritaria.

Las tendencias prelegislativas se orientan, sin más, a la sustitución de las unanimidades por mayorías cualificadas, y sin embargo, en ocasiones no debiera ser necesaria ni siquiera aquella autorización. Ahora bien, pudiera plantearse como mayoría de control, entendiendo que si determinada alteración no resulta perjudicial, el propietario no va a tener dificultades para obtener el permiso, lo que debiera completarse con la posibilidad de recurso al Juez para salvar un rechazo de autorización injustificado. Ciertas alteraciones podrían someterse, por su importancia o significación en el concreto edificio, a régimen ineludible de autorización unánime o por mayoría cualificada. Después, para realizar innovaciones, mejoras..., se podrían establecer determinadas mayorías que pudieran decidir también la alteración de elementos comunes exigidos por la innovación.

La obligación de contribuir a los gastos comunes

Respecto a las obligaciones a que se refiere el art. 9, conviene detenerse en la contribución a los gastos generales. De entrada, observa TORRALBA, no todos los gastos comunitarios son los «generales» a que se refiere al art. 9. 5º LPH. Sí los necesarios para el adecuado sostenimiento del inmueble. Pero no los que, decididos por la mayoría, corresponden al ámbito del art. 10, aunque pudieran incluirse aquellos requeridos por «la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble»[1950]. La diferencia tiene importancia en cuanto, siendo también real la obligación de contribuir con arreglo a la ley de la comunidad, no incidiría en éstos gastos la afección real del piso.

La obligación se refiere a gastos generales que «no sean susceptibles de individualización». "La frase es equívoca −dice TORRALBA− ya que es muy difícil que un gasto no sea susceptible de individualización, siempre será posible encontrar un criterio para individualizar el gasto. El mismo hecho de que tales gastos generales se distribuyan con arreglo a la cuota de participación, supone ya que en un momento determinado los

[1950]Cfr. TORRALBA SORIANO, O.V., "Las obligaciones derivadas de la situación de propiedad horizontal", *Documentación Jurídica*, 7-8, 1975, p. 131 y ss., pp. 142-143. Algunos, como FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, incluyen en la consideración de gastos generales (no sólo comunitarios) aquellas mejoras cuya cuota de instalación no exceda de una mensualidad, lo que parece aceptable también a TORRALBA.

mismos quedan individualizados". Parece mejor hablar de gastos que "se realizan y pagan normalmente al margen de los órganos de la comunidad". "Estando perfectamente individualizados vinculan directamente al propietario de cada piso con los terceros y serán exclusivamente de cuenta de cada cual". Fuera de este supuesto, y tratándose de gastos comunes que correspondan a los criterios del artículo 9 LPH, el que sean todos los propietarios o no (por haber quedado exento alguno) quienes paguen, o la existencia de criterios distintos a la cuota para la concreción del débito, no modifica la consideración de gastos generales y la conexión de tal obligación con la afección del piso[1951].

En cuanto a la obligación de pagar, en esta materia −ha señalado SIERRA PEREZ− se ha tratado de implicar apriorísticamente la noción de obligación real, para llegar a conclusiones a veces acertadas pero con argumentos dudosos y, otras veces, injustificadas. Se confunde la obligación real con la afección del piso, y se pretende venir a obligar a un propietario posterior por deudas que a él ya no le corresponden[1952]. Otros piensan que, como no obliga al adquirente, la de pagar los gastos comunes no es una obligación real (lo único real sería la afección de piso o una pretendida obligación derivada de ella)[1953].

[1951]Cfr. TORRALBA SORIANO, *op. cit.*, p. 14O y ss, espec. pp. 145-146; *Vid*. también ZURILLA CARIÑANA, *op. cit.*, pp. 172-176. Acerca de la doble individualización, absoluta y relativa, LACRUZ-RIVERO, *Elementos..., cit.*, p. 551.

[1952]Cfr. SIERRA PEREZ, I., "Propiedad horizontal: cambio de titularidad y gastos comunes", *ADC*, abril-junio 1990, p. 573 y ss., p. 577 y ss.

[1953]Por este argumento, se abandona en alguna doctrina francesa la calificación de obligación real. *Vid.* TERRE-SIMLER, *op. cit.*, n. 682. (*vid*., de todas formas, ATIAS, *Les biens, II, cit.*, nn. 117-118). Sin embargo, con buen criterio, ZURILLA indica que, antes de cualquier otra consideración "la obligación es *propter rem* en el sentido de que la condición de deudor no nace de un acto autónomo de obligación sino de la adquisición del derecho real producida en virtud del negocio por el que se adquirió el piso". Cfr. ZURILLA CARIÑANA, *op. cit.*, p. 184.

Para algunos, la afección real del piso parece implicar, mientras dura, una obligación *propter rem* del adquirente. Cfr. DE LA CAMARA, "Estudio...", *cit.*, p. 391 y ss.; PONS-DEL ARCO, *Régimen jurídico de la propiedad..., cit.*, 1990, p. 203 y ss. Prueba la inexactitud de la idea que al terminar el tiempo de afección, la deuda queda vinculada al obligado originario (no al actual, como ocurre en las *grundlasten*). Ahora bien, la solución podría facilitar más el cobro, al permitir por un tiempo exigir el pago al adquirente, sin necesidad de plantear la ejecución de una afección. Así ocurre en derecho italiano: en virtud de una especial obligación real *ex lege* que se suma a la anterior, la comunidad puede, durante un tiempo, exigir indistintamente el pago a uno u otro, dejando a salvo la atribución «interna» de la deuda. *Vid*. art. 63.1 Disp. para la

Lo que permite decir la ley, a la que hemos de atenernos, y a la que no contradice, en principio, la doctrina de la obligación real, es que el propietario asumirá la deuda en un momento dado y a partir de entonces sólo él es deudor, sin que venga obligado un propietario ulterior salvo que se den los presupuestos para una novación con asunción de deuda. Después, para los gastos del último año y parte vencida de la anualidad corriente, está prevista en beneficio de la comunidad y para solventar dudas y problemas, la afección del piso, que no supone obligación alguna para el adquirente ulterior ni responde a una exigencia de la teoría de las obligaciones reales[1954].

Otra cosa es que en la Reforma de 1988 se haya pretendido vincular al adquirente por deudas anteriores[1955]. Pero la falta de claridad en la redacción supone que sólo interpretando

---

ejecución del CCI. Se recoge en el art. 12.2 BA 1991: "Resultará personalmente obligado frente a la Comunidad a satisfacer su parte en los gastos quien en el día que haya de verificarse el pago, sea el titular de la respectiva propiedad separada. Responderá solidariamente en caso de transmisión: 1. El antiguo dueño por las cuotas que venzan después de la transmisión y que sean exigidas judicialmente antes de que tenga conocimiento de ella la comunidad. 2. El nuevo dueño, y hasta donde alcance la propiedad adquirida, por las cuotas vencidas durante los dos años anteriores a la enajenación forzosa". *Vid.* el breve comentario del precepto en ZURILLA CARIÑANA, *op. cit.*, pp. 190-191; RIVERO HERNANDEZ "Estatuto jurídico...", *cit.*, p. 92.

[1954]RDGRN de 18 de mayo de 1987: "Si en el momento de interponerse la demanda, el piso o local hubiese pasado a poder de un tercero en quien no concurra la condición de deudor personal de las mensualidades reclamadas, también contra él deberá dirigirse aquella, pero no en cuanto a la pretensión personal de obtención de una sentencia condenatoria al pago, sino en cuanto a la real por la que se pretende el reconocimiento y traslado al registro de una afección real ya existente por disposición legal (...)". *Vid.* también RDGRN de 9 de febrero y 1 junio 1989. Acerca de la afección real, *vid.* ZURILLA CARIÑANA, *op. cit.*, p. 191 y ss. Cierta jurisprudencia menor, aceptada por alguna doctrina, trata de distinguir entre el privilegio que se proyectaría sobre las deudas del último año y anualidad corriente desde la interposición de la demanda (y su constancia registral), y la afección del piso en caso de transmisión, que permitiría recuperar las deudas pendientes tomando ese año y pico, hacia atrás, desde la adquisición. Por mi parte, no entiendo en qué habría de justificarse esta opción, que permitiría a la comunidad dejar pasar el tiempo, tras la llegada de un nuevo propietario, para cobrar ciertas deudas.

[1955]Parece que se pretendía, no sólo, como entiende SIERRA, cuando en la escritura se consigna lo que marca la ley, también en los demás casos. *Vid.* SIERRA PEREZ, *op cit.*, p. 598 y ss. En este sentido trata de «salvar» la reforma, ZURILLA (*op. cit.*, pp. 210 y ss., 230-232) *Vid.* por el contrario, LASARTE ALVAREZ, C., "Una paupérrima reforma de la ley de propiedad Horizontal", *La Ley*, 1975, 1988, p. 1027 y ss.

la intención del legislador −lo que parece aventurado en este caso, por tratarse de una solución de carácter excepcional− pudiéramos vincular al tercer adquirente por una deuda que no le corresponde[1956]. Así y todo, SIERRA PEREZ sugiere entender que la información sobre la deuda en el momento de la trasferencia permite interpretar una vinculación, por aceptación tácita, del adquirente[1957]. Otros, como COCA PAYERAS, llegan más allá, y propugnan, con sinuosos argumentos, la sustitución de un deudor por otro[1958].

El momento en que se radica la deuda en un propietario concreto resultará entonces de gran importancia. El art. 20 LPH señala que las obligaciones serán cumplidas "por el que tenga la titularidad del piso o local, en el tiempo y forma determinados por la Junta". La doctrina se ha preguntado cuál es el tiempo en que surge, o se personaliza, la obligación de pago. "Debiendo estimarse −dice TORRALBA[1959]− que dicha obligación surge en el momento en que el gasto se produce"[1960]. En concreto, siguiendo a FUENTES LOJO[1961], "en el momento en que debieron hacerse las reparaciones".

Si se tiene en cuenta la vicisitud «natural» del gasto, con sus diversos momentos: deterioro de algún elemento y necesidad de reparación, constatación de la misma, decisión de afrontar el gasto, reparto del mismo y recaudación intracomunitaria, realización de la reparación, exigencia de cobro por quien repara, eventual exigencia ulterior, si no se hizo

---

[1956]Sin embargo, ZURILLA entiende que "el adquirente «asume» frente a la comunidad de propietarios la cualidad de deudor cumulativamente con el antiguo dueño por las deudas anteriores a la adquisición, si bien, en la relación interna, nada debe el nuevo adquirente que toma la posición de un garante". Cfr. ZURILLA CARIÑANA, *op. cit.*, p. 187. Esta solución, sin especial apoyo legal, resulta para esta autora más razonable que la transmisión de la obligación real con posibilidad de exigir sólo al adquirente, salvo repetición por éste al transmitente. ZURILLA trae a colación la analogía con los supuestos de compra de finca hipotecada con retención del precio, del art. 118.2 LH, y otros recogidos en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores.

[1957]Novación que puede ser aceptada o no por al acreedor. Cfr. SIERRA PEREZ, *op. cit.*, pp. 603-605.

[1958]*Vid.* COCA PAYERAS, M., "Comentario a la RDGRN de 18 de mayo de 1987", *CCJC*, 17, 1987, p. 4905 y ss. Para este autor, la obligación, *propter rem*, se transmite al adquirente, aunque la afección del piso que éste sufre sólo dure por un tiempo.

[1959]Cfr. TORRALBA, *op. cit.*, pp. 159-639.

[1960]*Vid*. VENTURA-TRAVESET, *op. cit.*, p. 305; DIAZ MARTINEZ, *op. cit.*, p. 165.

[1961]Cfr. FUENTES LOJO, *op. cit.*, p. 347.

antes, por el administrador, de su parte a los diversos propietarios... O bien, decisión de contratar un servicio o suministro, contrato, recepción de las prestaciones sucesivas... parece difícil concretar el momento en que surge la deuda[1962]. De ahí las discrepancias en la doctrina.

En realidad, es escasa la doctrina que acepta la anterior opinión de FUENTES LOJO[1963]. ZANON MASDEU[1964] aporta el criterio general de que el pago de los gastos "constituye una obligación «*a priori*» y no «*a posteriori*», lo que quiere decir que los condueños están obligados a abonar los antedichos gastos a partir del instante en que se produce el hecho que los motiva, y no una vez se han realizado las obras". LACRUZ se orienta a través de la doctrina de la comunidad de bienes: "el dueño del piso que lo fuere en el momento de contraer su deuda la comunidad, responde de ella en proporción a su cuota desde entonces y para lo sucesivo". Pero "esta obligación de contribuir incluye los anticipos para gastos a realizar que hayan de abonarse al contado. En la práctica la contribución a los gastos se realiza mediante entregas mensuales, trimestrales o anuales, anticipadas y a justificar"[1965].

Distintos autores han puesto de relieve la importancia del momento en que la reparación se ha realizado o el suministro se ha producido, con independencia del tiempo de la decisión intracomunitaria o del contrato celebrado. Hasta entonces, ciertamente, el titular no «disfruta» del beneficio que ha justificado el gasto. Hasta que, realizado el servicio, no se reclama el pago por el tercero o se verifica la recaudación por el administrador, la deuda

---

[1962]*Vid*. VENTURA-TRAVESET, *op. cit.*, nn. 692-694.

[1963]*Vid*. DIAZ MARTINEZ, *La propiedad horizontal y Registro..., cit.*, p. 168.

[1964]Cfr. ZANON MASDEU, L., *La propiedad de casas por pisos*, Barcelona, 1965, p. 327.

[1965]Cfr. LACRUZ, *Elementos..., III-2, cit.*, 1980, pp. 328-329. Su explicación, que en principio se atiene a una cierta ortodoxia de comunidad de bienes, contiene una mezcla de distintos elementos y perspectivas. Nos está indicando que puede haber un periodo de tiempo entre el nacimiento de la obligación y exigibilidad para cada propietario, y el momento en que la deuda de cada cual deja de *ambular* (para LACRUZ, cuando se contrae la deuda con el tercero): ahora bien, este último criterio (ortodoxia de comunidad) no parece el más adecuado, y el propio autor da la impresión de querer separarse de él. La mezcla y confusión de criterios y lenguaje se manifiesta cuando señala: "Además si la propiedad del piso se transmite a un nuevo dueño, éste responderá *propter rem* frente a la comunidad de propietarios (no al proveedor, contratista u operario) durante el tiempo indicado y no más".

no se personalizaría en un titular concreto[1966]. En este orden de ideas, pero con una perspectiva peculiar, en que al hecho concreto material y a la reclamación por el tercero se otorga gran importancia, VENTURA-TRAVESET, después de indicar que cuando se ha producido el hecho que da origen al gasto, todavía no se ha producido éste, señala que "una vez verificada la reparación, que es cuando se ha producido el gasto, el administrador debe exigir se pague inmediatamente y no dilatar el pago y cobro"[1967].

Sin embargo, tampoco en cualquier caso estos criterios resultan completamente satisfactorios, porque la reclamación por el tercero o la derrama intracomunitaria pueden llevar un ritmo que no se corresponda con la cadencia del suministro, por ejemplo... Lo que sí parece conjeturable, como se afirmó en el tratamiento de la comunidad de bienes, es que, a partir de un determinado momento en que la obligación comienza a concretarse en una deuda, puede exigirse al propietario el pago correspondiente, lo que afectará a eventuales propietarios sucesivos hasta la llegada de un posterior momento en que el período de personalización de la deuda ha terminado, con independencia del tiempo de la afección real que parece debe empezar a contarse desde entonces[1968].

[1966]Cfr. DE LA CAMARA, "Estudio...", *cit.*, pp. 392 y 397; DIAZ MARTINEZ, *La propiedad horizontal y registro..., cit.*, pp. 167-168; VENTURA-TRAVESET, *op. cit.*, n. 694.

[1967]En razón, dice, a que su negligencia libera al propietario vendedor y no afecta aún al comprador, que no es culpable de que se haya dilatado el pago de la reparación y cobro al propietario anterior. El responsable del pago en tal caso sería el propio administrador, porque, para VENTURA-TRAVESET, la deuda no se ha personalizado en el propietario anterior, pero ya no puede recaer en el nuevo: su radicación exige la conjunción de varios factores que no se ha completado para ninguno de los dos. Es una solución peculiar, pero que muy bien puede tenerse en cuenta para supuestos de particular negligencia por parte del administrador. No tanto cuando la reclamación al propietario se produzca en un tiempo razonablemente próximo a la vicisitud de gasto. Todo ello porque, como muy bien señala VENTURA-TRAVESET, este problema (como tantos otros en comunidad de bienes, según decía MANRESA) está sujeto a la buena o mala fe con que haya obrado cada uno de los que en él intervienen. Cfr. VENTURA-TRAVESET, *op. cit.*, nn. 693-694.

[1968]Cuando se plantea DIAZ MARTINEZ "precisar si el gasto se produce cuando la obra se realiza o cuando realmente exige el pago de la cantidad correspondiente el acreedor de la Comunidad", señala: "A nuestro juicio, debe tomarse en consideración que la finalidad de este precepto (se refiere al art. 9.5) es reforzar la posición de las Comunidades de Propietarios frente a los impagos de sus integrantes, que pueden paralizar el desarrollo de la vida ordinaria si no se adoptan medidas enérgicas encaminadas a obtener las cantidades adeudadas, por lo que la

Para solucionar estos problemas hay que tener en cuenta que la naturaleza de la propiedad horizontal parece imponer la sustitución del régimen «natural» de los gastos por un sistema de contabilidad cuasisocietario[1969] (es esta contabilidad de la comunidad, además, el modo ordinario de prueba de las deudas) y un concepto «jurídico» de producción del gasto[1970]. Lo que se manifiesta con especial claridad en el régimen de los gastos ordinarios, con arreglo a presupuesto anual (art. 13.2 LPH). La Junta lo aprobará y establecerá el reparto de tales gastos con periodicidad, normalmente, mensual (pudiendo además incluir la exigencia de una contribución para mantener un «fondo de conserva-

---

interpretación que se postula (el gasto se entiende producido cuando se procede al cobro efectivo, aunque la obra o servicio se hubiera realizado tiempo atrás) fortalece la vida comunitaria, por ampliar la afección real del piso o local objeto de transmisión, sin dejar tampoco totalmente inerme al adquirente, que podrá dirigirse después judicialmente contra el transmitente, repitiendo lo que él hubiese pagado. Esta interpretación tiene como contrapartida que el nuevo propietario debe responder, personalmente y sin límite alguno, de los recibos que se presenten al cobro después que él se convierta en titular dominical, aunque correspondan a obras realizadas cuando su transmitente era aún dueño". Cfr. DIAZ MARTINEZ, *ibidem*, p. 168 y nota 13. Esta doctrina permite ampliar el tiempo de personalización al momento en que el administrador procede al cobro, siempre que haya actuado con la ordinaria diligencia.

[1969]Igual que en materia de usufructo de acciones de sociedades anónimas (art. 475 CC), en un momento dado, cuando a la sociedad le parece conveniente, se reparte el fruto que ha ido produciendo la actividad societaria a lo largo del tiempo. Ese dividendo se le entrega al propietario actual, pero, en la relación interna, éste habrá que tenido que compartirlo con un anterior usufructuario.

[1970]En esta línea, por ejemplo, MONET ANTON entiende el concepto legal «gasto producido» en el sentido de surgido como obligación de pagar, no en la fecha del evento dañoso ni en la que fue conocido por la Junta, sino en la fecha en que se acuerda el gasto, antes o después del evento dañoso, con computación desde el último día en que tal pago se deba producir por el interesado. *Vid*. MONET ANTON, F., "Problemas de técnica notarial..." *op. cit.*, p. 307. Para LOSCERTALES lo que cuenta es el momento en que se establece la obligación de abonar las derramas, sin que sea relevante la fecha en que se efectuaron las reparaciones, si se adoptó el acuerdo de diferir a un momento posterior la exigencia de pago. Cfr. LOSCERTALES FUERTES, D., *Los gastos comunes y la reclamación a morosos*, Madrid, 1992, p. 12. Para VELASCO DOMINGUEZ (*op. cit.*, p. 640) la responsabilidad personal corresponde a quien fuere propietario del piso al tiempo de nacer la obligación de pagar los gastos a la Comunidad. Parece preferible manejar la idea de un tiempo en que la obligación, nacida, se puede personalizar.

ción»[1971] que llegue a cubrir algunas contingencias de tipo extraordinario). Aquí, resalta aquel carácter «*a priori*» de la obligación, en cuanto a su nacimiento, respecto al gasto, de que hablaban ZANON MASDEU y LACRUZ, lo que sirve como criterio general. Pero esto último no tiene por qué eliminar la posibilidad de que con la cuota mensual se estén pagando suministros o servicios que ya se realizaron[1972]. Acaso, mejor que *a priori* o *a posteriori*, habría que decir, según el sistema de cobros y pagos comunitario... Con independencia de que pueda considerarse que la obligación nace, en general, con la aprobación del presupuesto anual[1973], será deudor de cada mensualidad o pago trimestral el que ostente la titularidad del piso en el momento o hasta el momento que la junta haya fijado como día límite de vencimiento y exigibilidad, con independencia de la procedencia de los gastos, momento en que se hayan realizado las reparaciones o el acreedor de la comunidad presente la factura para su cobro, etc.[1974]

Esta organización se proyecta también sobre los gastos extraordinarios, no presupuestados: la Junta señalará un momento, un período o una mensualidad a la que va a ir vinculada la derrama correspondiente. Lo mismo ocurrirá cuando el administrador o cualquier propietario haya tenido que realizar algún cuidado extraordinario y urgente, dando cuenta inmediatamente a la Junta, que introduce el gasto en el cauce del régimen comunitario. Basta, entonces, que el momento o el período señalado para el pago venga vinculado razonablemente a la época de producción y realización del gasto. Entonces, si se trata de un periodo de tiempo, el pago podrá exigirse hasta el último día al titular actual, aunque se trate de un adquirente recién llegado, incluso que no hubiera disfrutado el

---

[1971]Lo que parece aceptable a la doctrina. Por todos, *vid*. FUENTES LOJO, *op. cit.,* p. 326.

[1972]En este caso cabría, en caso de transmisión del piso, una acción del adquirente contra el transmitente, si demuestra que, p. ej., la derrama extraordinaria para gastos de carbón −en un invierno especialmente frío− que le afecta ahora, se refiere a un servicio que disfrutó el transmitente en el invierno pasado.

[1973]"Cada propietario debe abonar las cargas comunes que le correspondan, aprobadas por mayoría, obligación que nace con la aprobación del presupuesto, sin necesidad de justificantes previos, sin perjuicio de que a su liquidación posterior deben presentarse los justificantes de los gastos realmente efectuados". Cfr. SAP Madrid, 30 septiembre 1971.

[1974]RRDGR de 17 y 30 de junio y 7 julio 1986: "Esta obligación de contribuir (...) incumbe a quien sea propietario del piso o local cuando tal obligación de contribuir vence según el acuerdo de la Junta determinando el tiempo y la forma de su cumplimiento".

eventual suministro, si bien conservaría siempre sus acciones contra el transmitente que no le informó de la deuda todavía en período de personalización.

Si no se ha fijado este momento decisivo, habrá que tener en cuenta que la producción de alguno de los eventos relacionados con el surgir de la obligación concreta, no significa que la deuda se haya radicado definitivamente en cierto deudor. Aquí, conviene recordar lo señalado en materia de comunidad, acerca de la existencia de una época en que la deuda está naciendo, se está concretando. Parece que la Junta ha querido que se pueda exigir la deuda al titular actual, en cualquier momento hasta la realización del servicio o suministro y reclamación de remuneración. Para estos casos, la reclamación del acreedor, realizada de acuerdo con los usos ordinarios del tráfico, determinará el momento límite en que el administrador puede acudir al propietario actual para el cobro, con independencia de la eventual titularidad existente en los momentos de decisión del gasto, suministro o servicio concreto, etc. Sólo una injustificada dilación de la reclamación por el tercero o cobro por el administrador podría variar esta solución.

En todo caso, la afección real del piso establecida por la ley puede solucionar algún problema práctico. Un ulterior propietario, aunque pudiera dudarse de su consideración como deudor, quedará involucrado en la necesidad de pago, si no quiere sufrir las consecuencias de aquella afección. Parece que, al establecerla, el legislador ha tenido presente la consideración de aquella cierta temporada intermedia y dudosa en caso de trasferencia[1975]. De todas formas, si se dejara pasar el tiempo, habría que contentarse con reclamar al originario deudor, que, insisto, no tiene por qué ser quien fuera titular al tiempo de hacerse necesario o decidirse un gasto, pero que, en un momento concreto, queda

---

[1975]Esta consideración se plasma con mayor perfección técnica en el art. 12 BA, a que hicimos referencia. Contiene la definitiva sustitución de la consideración natural del gasto por la idea de día de pago, pero complementada, con lo que se solventan muchos problemas, por esa efectiva obligación del adquirente, aunque su responsabilidad pueda venir limitada. Esta obligación del adquirente existe en todo caso con independencia de cuando se interponga la demanda. Por lo tanto, se está reconociendo la existencia de un tiempo en que podría involucrar la deuda a varios titulares sucesivos. Se solventa cualquier duda, obligándolos efectivamente en la forma que vemos. Todo ello, a salvo de la efectiva consideración de «verdadero deudor» para jugar en la relación interna (derecho de reembolso del nuevo propietario contra el vendedor por las cantidades que le incumban, lo que habrá que valorar teniendo en cuenta las condiciones de la transmisión...).

determinado sin posibilidad de cambio. Tal será el momento, también, para que empiece a contar el período a que se vincula la afección real..

Otra cosa sería la posibilidad de que los propios Estatutos concreten aún más las reglas para posibles situaciones dudosas. Incluso que establezcan la responsabilidad del adquirente por todas las deudas, como se manifiesta en la STS de 29 de marzo 1989. En este caso, sin embargo, el Tribunal Supremo no admite la liberación del transmitente para deudas que ya se han vinculado a su persona, y resulta de ello una asunción «cumulativa o de refuerzo»[1976]. De acuerdo con los criterios de obligación real (que no tienen por qué ser ya los de las obligaciones en general) no entiendo por qué habría que excluir la posibilidad de establecer estatutariamente la sustitución de un deudor por otro. Se dice que ello requiere el consentimiento del acreedor en cada caso, pero esta idea se enmarca en el análisis de la relación obligatoria ordinaria, en que vive el derecho personal. Sin embargo, aquí nos encontramos con una obligación, personal, sin duda, pero insertada en la vida de la relación real, que se caracteriza por la «impersonalidad»: el derecho de crédito no nace propiamente de un contrato en que el acreedor tenga en cuenta las cualidades o la identidad personal del que será su deudor; se es deudor porque, en un momento dado, se era titular del piso[1977]. Porque, además, entiendo que quien adquiere el piso, parece de entrada «solvente», característica que enseñorea las reglas de la novación en este caso.

En los Estatutos se puede prever también alguna solución para diversos importantes problemas, como el que plantea FUENTES LOJO: Teniendo en cuenta la obligatoriedad de las reparaciones extraordinarias "es interesante destacar los inconvenientes que supone una reparación importante en los elementos comunes, cuando el gasto que represente sea superior, por ejemplo, al valor del propio apartamento. Debiera permitirse el acuerdo mayoritario encaminado a la inutilización de ese elemento común, si no fuera imprescindible para el uso de la finca"[1978].

[1976]Como la que propugna en todo caso, ZURILLA CARIÑANA, *op. cit.*, pp. 186-187, 191. *Vid*. la descripción de esta modalidad en STS 27 junio 1991.

[1977]*Vid*. la explicación, en este mismo sentido, de DE LA CAMARA, "Estudio...", *cit.*, p. 398. Ahora bien, cabe pensar, como argumento a favor de la asunción cumulativa, que, si el transmitente va a quedar obligado frente al adquirente ¿por qué excluir que la comunidad pueda seguir dirigiéndose directamente contra el transmitente? No se vulnera ningún principio de justicia, y se otorga a la comunidad una posibilidad más.

[1978]FUENTES LOJO, *op. cit.*, p. 333.

Por último, es preciso hacer una referencia al abandono liberatorio, igual que hicimos en comunidad de bienes. Es posible, sin duda, aunque será muy extraño, el abandono de un piso para exonerarse de los gastos. En relación, parece claro, con los gastos generales, tanto ordinarios como extraordinarios, pero no a las mejoras e innovaciones, cuyo régimen responderá a las reglas de acuerdos mayoritarios que vimos al tratar de la comunidad. Y, en las obligaciones de comportamiento o resultado, el abandono no exonerará de las consecuencias de un previo incumplimiento, porque nos hallamos ante una vicisitud característica del aspecto personal de la obligación real, que la relación real no puede trasmutar. Sin embargo, en cuanto a la obligación de pago de gastos, se aplica (es norma supletoria) el especial criterio del art. 395 CC, que libera también del pago de deudas vencidas. Como contrapartida, el piso, a consecuencia de la aplicación de las normas de comunidad, pasará automáticamente a pertenecer a los demás comuneros, que podrán venderlo aplicando lo obtenido para gastos comunitarios, utilizarlo como elemento procomunal... En este sentido se han manifestado BATLLE y PUIG BRUTAU[1979], aunque, aplicando incorrectamente –en mi opinión– los criterios de obligación real que hemos visto, piensan que la exoneración no se refiere a las deudas previas.

También en la doctrina y jurisprudencia francesa se admite esta exoneración por abandono, con la consecuente adquisición del piso por la comunidad[1980]. Se trata de una muestra más de que no hemos salido del todo de la esfera de la comunidad.

En cuanto a los gastos derivados de innovaciones a las que se refiere el art. 10 LPH, también aquí cabe encontrar obligaciones reales, en la medida en que, tanto los que acordaron la mejora como los disidentes, cada cual a su nivel, habrán de someterse a las reglas que, en relación con la innovación y gasto, establece la ley[1981]. Pero ya no nos estamos refiriendo a gastos generales ordinarios (aunque se puedan considerar, como hace TORRALBA, gastos comunitarios). Una obligación surge "cuando se adopten válidamente

---

[1979]Cfr. BATLLE, *op. cit.*, p. 194; PUIG BRUTAU, *Fundamentos..., III-2, cit.*, 1979, p. 145.

[1980]Aunque ha existido alguna vacilación al respecto, se admite generalmente. *Vid*. ATIAS, *Les biens, II, cit.*, n. 117; TERRE-SIMLER, *op. cit.*, n. 682.

[1981]Reglas que han sido objeto de crítica, por no facilitar en absoluto la mejora, cfr. LACRUZ-RAMS, *Elementos..., III-2, cit.*, p. 549 y ss.

acuerdos para realizar innovaciones no exigibles[1982]“, diferenciándose aquellas cuya cuota de instalación no supere el importe de una mensualidad ordinaria (esto puede modularse en los Estatutos, aunque quizá sea dudoso, la ley concede un beneficio al disidente que acaso no quepa limitar) en cuyo caso todos habrán de contribuir, de aquellas en que se exceda, en que se permite la existencia de disidentes no obligados.

En el primer caso, la adopción del acuerdo obliga a todos *propter rem*, independientemente de la posición que adoptaron en la asamblea, y también a sus sucesores a título particular, de acuerdo con las reglas generales de personalización de las deudas, en cuanto a los gastos de instalación y mantenimiento de la innovación en adecuadas condiciones. Igualmente, podría considerarse obligado al usufructuario. En los demás casos, el causahabiente de quien propició el gasto entiendo que no puede ya convertirse en disidente. A los efectos de los ulteriores gastos que para la conservación de la mejora pudieran requerirse, viene vinculado el adquirente[1983].

El problema en relación con el tercero acreedor. La comunidad como acreedor y deudor

Al estudiar esta cuestión, esta faceta externa de la comunidad de propietarios, la doctrina pone de relieve que el legislador no la ha tenido en cuenta[1984], por lo que las soluciones habrán de basarse en el buen sentido y en la adecuada extracción de las consecuencias del peculiar carácter de la institución. Parece que el legislador hubiera querido que las cuestiones se fueran solventando de una manera empírica. Sus designios se

---

[1982]Para la introducción de nuevos elementos comunes básicos, así como la instalación de determinados elementos de seguridad, basta con el acuerdo de la mayoría, Cfr. STS 2 de octubre 1986 y 12 abril 1989.

[1983]Nos encontramos en el territorio donde convergen dos órdenes de criterios: la voluntad negocial de afrontar una mejora, y la ley de la comunidad. Por ello, da la impresión de que, quien originariamente participó en la decisión, no puede liberarse, transmitiendo, sin un especial acuerdo, del pago del gasto vinculado al establecimiento de la innovación. Aunque pudiera exigirse también al adquirente, no queda liberado el transmitente. Cuestión distinta serán los gastos ulteriores.

[1984]*Vid*. RAGEL, *Las urbanizaciones..., cit.*, p. 104 y ss.; RIVERO HERNANDEZ, “Estatuto jurídico...”, *cit.*, p. 76 y ss.; DE LA CAMARA, “Estudio...”, *cit.*, pp. 245-524, p. 394 y ss.; ZURILLA CARIÑANA, *op. cit.*, p. 252 y ss.; DIAZ MARTINEZ, *Propiedad horizontal..., cit.*, p. 107 y ss.; GONZALEZ CARRASCO, *op. cit.*, p. 236 y ss.

centran en asegurar esta peculiar atribución para el acceso a la vivienda. En lo demás, se da por supuesto que «la comunidad» irá atendiendo a sus compromisos.

El problema está estrechamente relacionado con la singular posición que ocupa la propiedad horizontal como situación intermedia entre la simple agregación de copropietarios y el grupo dotado de personalidad jurídica. La negación de esta última no debe suponer que se acepte el extremo opuesto. Todo lo contrario, en la ley encontramos suficientes indicios de que se ha querido dar un paso más, en cuanto a la idea de colectividad organizada, respecto a la comunidad ordinaria; y de que es preciso reconocer a la «comunidad», representada por sus órganos, como un filtro o pantalla sutil, en las relaciones entre los propietarios y los terceros[1985].

Las ventajas que esto va a suponer para el tercer acreedor que se relaciona con la comunidad, pueden tener su atenuación en algunos ligeros inconvenientes, pero no hay más remedio que aceptar todo ello si se ha de ser coherente con la naturaleza de esta institución, de acuerdo con los designios de política legislativa que la originan y orientan, y con las exigencias del tráfico. Su ubicación en aquel «territorio intermedio» a que se ha hecho referencia permite al tercero configurarse como «acreedor de la comunidad», y no sólo de quienes eran titulares en el momento en que con él se contrata[1986]; y, al mismo tiempo, acreedor de cada uno de los titulares (no puede ser de otra forma) pudiendo agredir cada uno de los patrimonios; pero, como contrapartida, es lógico que haya de estar a expensas del reparto interno de las responsabilidades, que no puede organizarse arbitrariamente −como es lógico− pero sí teniendo en cuenta la exoneración para determinados pagos de quienes no podrían considerarse deudores en la esfera intracomunitaria[1987].

Todo esto va a producir una situación, aparentemente extraña, pero sin embargo ajustada a los parámetros señalados: quien obtiene sentencia condenatoria contra la comunidad, al mismo tiempo, va a ver satisfecho su crédito por deudores concretos, y con los que resulten de una cierta consideración de la comunidad como «deudora» abstracción

---

[1985]*Vid*. sobre este punto, entre otros, ZURILLA CARIÑANA, *op. cit.*, p. 239 y ss.; GONZALEZ CARRASCO, *op. cit.*, p. 21 y ss. En relación con el sistema francés, que reconoce y proyecta esta realidad en el *syndicat*, y cómo funciona su condición de «intermediario» entre los propietarios y los acreedores, *vid*. ATIAS, *Les biens, II, cit.*, nn. 111-112, 117-118, 134-136.

[1986]Cfr. DE LA CAMARA, "Estudio...", *cit.*, pp. 396-397.

[1987]Porque, no lo olvidemos, quien no es deudor en la esfera intracomunitaria, tampoco lo es del tercero. En contra, DE LA CAMARA, "Estudio...", *cit.*, p. 398.

hecha de personas singulares[1988]. Ahora bien, en el interior de esa «comunidad deudora» no existe más que una forma de considerar a obligados personales concretos. Pero su determinación, y la cuantía en que pueden embargarse sus bienes representa, por así decir, una operación ulterior, dependerá de la fijación concreta de los propietarios responsables, en el proceso o en ejecución de sentencia[1989].

En realidad, los argumentos, tanto si tratan de incidir en la falta de personalidad jurídica de la comunidad como si se orientan en cualquier otro sentido, conducen a soluciones semejantes, porque de otra manera no hay se encuentra una viable solución[1990].

En primer término, cuando el Presidente, legitimado activamente, demanda a un copropietario moroso y a través de esta actuación la comunidad obtiene sentencia de condena, su falta de personalidad jurídica ha planteado el problema de la imposibilidad de anotación de embargo a su favor. A pesar de todo, la RDGRN de 19 de febrero de 1993 lo ha admitido. Cuando se argumenta esta solución, diversos autores señalan que la anotación

---

[1988]Esta idea, en el sistema francés, sirve, entre otras cosas, para garantizar que el acreedor siempre va a obtener el cobro en la esfera de su relación con la comunidad, sin necesidad de acudir a comuneros morosos que hubieran salido de ella. En caso de insolvencia de varios, por ejemplo, los restantes comuneros presentes deben pagar al acreedor, repartiendo por cuota o a partes iguales, la misma suma que habrían debido proveer al *syndicat* a título de complemento de recursos. Cfr. ATIAS, *Les biens, II, cit.*, nn. 112 y 136. En realidad, se trata de la forma ordinaria de funcionar en la práctica, con el fin de evitar problemas y pleitos con los proveedores.

[1989]"Actuando contra el *syndicat*, –explica ATIAS– los acreedores habrían invocado su crédito contra él y, simultáneamente, el crédito de éste contra sus miembros; si ejercitan directamente este último crédito, no pueden hacerlo sino respetando todas sus modalidades. Cada copropietario debe al acreedor lo que habría debido al *syndicat*". A su vez, "el acreedor debe reclamar a cada propietario lo que el *syndicat* habría podido exigir de él, puesto que su crédito tiene su fuente en la ley que reparte las cargas entre los copropietarios". Cfr. ATIAS, *Les biens, II, cit.*, n. 112 y 136.

En torno a los mecanismos para deslindar las concretas responsabilidades, se han barajado diversas opciones. *Vid*. DIAZ MARTINEZ, *Propiedad horizontal y Registro..., cit.*, pp. 118-161; GONZALEZ CARRASCO, *op. cit.*, pp. 236-246.

[1990]Aunque el argumento parta de la carencia de personalidad jurídica, las decisiones jurisprudenciales han de terminar por aceptar soluciones intermedias. Al revés, quienes insisten en la relativa personificación, deben detenerse ante los datos legales. *Vid*. GONZALEZ CARRASCO, *op. cit.*, p. 239.

de embargo no es más que una actuación a favor de todos y cada uno de los condóminos, pero no determinados de forma estática y absoluta, sino a favor de los que en cada momento ostenten la titularidad de los diversos elementos que componen la división horizontal[1991]. Pues bien, si se ha podido dar este salto que supera los obstáculos levantados por una cierta ortodoxia, la realidad exige no quedarse a mitad de camino: así ocurre cuando, después, se concreta la cuestión señalando que serán acreedores, favorecidos por la anotación, quienes eran propietarios en el momento en que se generó cada una de las deudas[1992]. Es fácil imaginar el problema a que esta idea, ciertamente acorde con la noción de comunidad ordinaria, puede conducir en edificios con multitud de propietarios, trasferencias de pisos y retrasos en la contribución que producen una deuda global resultado de diversos desajustes.

Parece que lo más conveniente será considerar acreedora a la comunidad, sin que en principio sea necesario concretar más, y, en todo caso, catalogándola como grupo compuesto por los actuales propietarios. En realidad, la deuda deriva de gastos y obligaciones a que se ha de atender para el adecuado sostenimiento del inmueble, y, si se consigue el cobro por parte de algún moroso, la cantidad se destinará al pago de deudas de la comunidad, o atención de nuevos gastos. No parece lógico un reparto de lo obtenido entre los «acreedores» condueños[1993].

Sólo, quizá, en determinadas situaciones habría que tener en cuenta al «acreedor originario»: cuando la morosidad de un propietario condujo a que ciertos comuneros hayan debido pagar más de la cuenta por un concreto y bien determinado concepto, parecería lógico compensar a éstos y no a ulteriores adquirentes, con el dinero recaudado. Y si un tercero ha obtenido sentencia de condena contra la comunidad y, en el reparto intracomunitario, ciertos nuevos adquirentes quedan a salvo de contribuir, sería lógico compensar sólo a los afectados con la cantidad eventualmente obtenida de los morosos[1994].

[1991]*Vid*. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M., "Propiedad horizontal: anotación preventiva de embargo a favor de la Comunidad de propietarios", *BCNR*, junio 1988, p. 1185 y ss.; ZURILLA CARIÑANA, *op. cit.*, pp. 250-251; DIAZ MARTINEZ, *ibidem*, pp. 116-117.

[1992]Cfr. ZURILLA CARIÑANA, *op. cit.*, p. 250.

[1993]ZURILLA sigue planteando la cuestión de otro modo (los comuneros acreedores y deudores unos de otros, en sentido estricto) lo que provoca problemas. *Vid*. ZURILLA CARIÑANA, *op. cit.*, p. 251.

[1994]Pueden surgir problemas si, a consecuencia de la reclamación por un acreedor, en un caso, por ejemplo, de negligente administración, resulta que se utilizan fondos comunes (o la

En otro orden de ideas, si estos últimos todavía fueran propietarios, se ha sugerido por alguno establecer que la acción del acreedor afectara sus bienes antes que al resto de los patrimonios obligados[1995]. Sin perjuicio de las acciones que a la comunidad compete contra ellos. Ahora bien, todo esto no es más que un conjunto de criterios aprovechables quizá en un determinado supuesto, pero no para otros casos.

En relación con la perspectiva de la reclamación por el acreedor frente a la comunidad, el carácter intermedio a que se ha hecho referencia constituye un criterio informador que habrá de permitirnos la difícil navegación entre los escollos que se van presentando. Este criterio se reviste de diversa envoltura doctrinal, según la cuestión planteada: por ejemplo, cuando se habla de la deuda «comunitaria» como mancomunada indivisible (indivisibilidad formal o jurídica) aunque sin dejar de ser nunca parciaria[1996]. O cuando se reconoce en la acción del acreedor contra cada propietario carácter directo y, al mismo tiempo, el matiz oblicuo o subsidiario[1997]. Y, en definitiva, a la hora de solventar el problema de la condena

---

acción del acreedor se dirige contra ellos) recaudados o correspondientes a nuevas mensualidades, originando con ello, a la larga, una derrama extraordinaria para hacer frente a esos desajustes de las cuentas comunitarias. Aquí también habría que ser cuidadosos con el propietario que ingresó después en la comunidad, y no tenía por qué soportar las consecuencias de esos hechos anteriores. Los propietarios que lo fueran al tiempo del gasto que da lugar a la reclamación, serán los que verdaderamente habrán de soportar el pago al acreedor, aunque en su día hubieran pagado al administrador por este concepto, con la posibilidad de exigirle después sus propias responsabilidades.

[1995]Cfr. RIVERO HERNANDEZ, "Estatuto jurídico..., *cit.*, p. 94, recogiendo la propuesta de un antiguo anteproyecto de conjuntos inmobiliarios, reiterada por GARCIA-VIDAL-ALVAREZ, *op. cit.*, p. 27.

[1996]*Vid*. ZURILLA CARIÑANA, *op. cit.*, p. 256 y ss.; GONZALEZ CARRASCO, *op. cit.*, p. 239 y ss. Sin embargo, para RAGEL, el acreedor debe dirigir su acción contra cada uno de los propietarios. Lo que, para una urbanización privada −especialmente si es numerosa− resulta "un obstáculo gigantesco". Por otra parte, según este autor, en la urbanización, ante la ausencia de legislación específica, el Presidente actúa como representante voluntario y produce efectos directamente en la esfera de cada cual. Cfr. RAGEL, *Las urbanizaciones...*", *cit.*, p. 109 y ss. No hay que olvidar, sin embargo, la posible aplicación estatutaria o analógica, de consideraciones extraídas de la propiedad horizontal.

[1997]Destaca el primer aspecto GONZALEZ CARRASCO, *op. cit.*, p. 239 y ss. RAGEL, *Las urbanizaciones..., cit.*, p. 114 y ss. El segundo está presente en las resoluciones de la DGRN, en diversas opiniones doctrinales, y tiende a plasmarse en proyectos legislativos. *Vid*. art. 13 BALCI. Esta ambivalencia se manifiesta también en la referencia a la utilización, por el

contra la comunidad y su resolución en eventuales ejecuciones y anotación de embargo, contra los copropietarios concretos.

El problema puede resultar más soportable cuando la acción del acreedor llega a los fondos comunes (dejando un poco en la oscuridad que estos fondos pueden haberse recaudado de quienes no eran propietarios al concretarse la deuda) pero resulta virulento si aquella acción se permite sobre los pisos privativos; cuando, sin embargo, la lógica de la no personalización de la Comunidad conduciría a admitir directamente estos embargos. Pero entonces esta misma lógica pone en cuestión una demanda contra la comunidad, la idea de órganos que actúen por ella, la consideración de ciertos bienes y fondos como propicios en primer término para la satisfacción de los acreedores... elementos todos ellos que indican su consideración como entidad que se relaciona con terceros...

Estas dificultades se reflejan en los argumentos de la RDGRN de 27 de junio de 1986. Esta Resolución, y otras posteriores[1998], no han admitido la práctica de la anotación preventiva de embargo sobre bienes privativos simplemente sobre la base de una sentencia condenatoria dictada contra la comunidad[1999]. Se afirma que las deudas de la comunidad no

---

acreedor, de los créditos que tenga la comunidad contra los propietarios, cuando al mismo tiempo se trata de deudores propios. Sobre la cuestión, en Francia, *vid*. GIVORD-GIVERDON, *La copropriété*, Paris, 1987, p. 246; TERRE-SIMLER, *op. cit.*, n. 682, p. 482. KISCHINEWSKI-BROQUISSE, *La copropriété..., cit.*, p. 284 y ss., y la jurisprudencia allí citada. En este país, encontramos una interesante combinación de la intervención del *syndicat* como destinatario de la reclamación, y la ulterior posibilidad de actuación contra los propietarios.

[1998]*Vid*. ZURILLA CARIÑANA, *op. cit.*, p. 252 y ss..

[1999]"Considerando que cuando por obligaciones contraídas se demanda a una comunidad de propietarios, se demanda y condena realmente a los propietarios que la constituyen, puesto que la comunidad en sí carece de personalidad jurídica; pero hay que tener en cuenta que la deuda que pueda establecer la Sentencia es una deuda que sólo lo es de los propietarios a través de la comunidad y únicamente puede hacerse efectiva sobre ellos de acuerdo con las peculiares normas que sobre gastos y deudas están contenidas en la LPH (...). Considerando que conforme a estas normas hay dos modos de hacer efectiva la Sentencia de condena dictada contra la comunidad: A) Actuando sobre los bienes comunes (dinero, créditos) que estén a disposición de los órganos colectivos de la comunidad demandada. B) Actuando sobre los bienes privativos de los mismos propietarios al ser obligación de cada uno contribuir con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización, tal como establece el art. 9. 5 LPH (...), cabía sin duda que el juez (...) ordenara el embargo del dinero líquido común (...) o la retención del saldo

son más que de los propietarios, pero «a través de la comunidad»[2000], cuyo «seudopatrimonio» (bienes comunes, créditos a disposición de la comunidad, dinero líquido común...) es lo que primero con que se ha de contar para hacer efectiva la deuda[2001]. Para que luego la acción de los acreedores llegue hasta cada propietario y su patrimonio es necesario concretar lo debido por cada uno, de acuerdo con las reglas de reparto «intracomunitario» (así suele decirse) y permitiendo, en esta esfera, que cada propietario actual concreto vea atendida su eventual alegación en torno al ajuste de lo que le corresponda o no pagar[2002].

En estas coordenadas, diferentes son las opiniones doctrinales en torno a la forma de combinar la condena abstracta y la determinación concreta para la ejecución[2003]. La DGRN se ha limitado a aludir a la celebración de una Junta en que se realice el reparto, determinando la cuantía de deuda por la que cada propietario puede, entonces, sufrir la ejecución. Ahora bien, esto no significa dejar el cumplimiento de la obligación al arbitrio

---

(...) en cuentas (...) o la entera retención de lo que debieran como cuota de gastos comunes los copropietarios (...) No sucede lo mismo cuando se trata de ejecutar sobre los pisos (...) a que la comunidad se refiere, ya que en cuanto a bienes privativos (...) no tienen ningún poder sobre ellos los órganos colectivos (...)".

[2000]Para una interpretación restrictiva de este criterio, cfr. GONZALEZ CARRASCO, *op. cit.*, pp. 239, 241, etc.

[2001]Cfr. DIAZ MARTINEZ, *Propiedad horizontal y Registro..., cit.*, p. 111 y ss. *Vid*. ORTIZ NAVACERRADA, S., "Apunte sobre la ejecución civil dineraria frente a comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal", *Revista Jurídica SEPIN*, julio 1994, pp. 8-15. Otro punto de vista en GONZALEZ CARRASCO, *op. cit.*, p. 244 y ss.

[2002]Resulta muy interesante la argumentación de la RDGNR de 24 de agosto de 1993, cuando establece que la Sentencia condenatoria contra la comunidad de propietarios no puede bastar sin más "(...) para afectar directamente a la esfera patrimonial privativa de cada comunero si éste no ha tenido intervención en las actuaciones judiciales, dado su interés legítimo −y como tal judicialmente tutelado− en cuestiones como las siguientes: 1º. Si la condena a la comunidad se produjo estando ésta debidamente representada en el procedimiento y si recayó sobre materias (deudas comunes) de la incumbencia de los órganos colectivos. 2º. Si el respectivo comunero era realmente el propietario del piso o local cuando el gasto común se produjo, o si es comunero que debe responder por razón de la afección real que sufre cada piso o local. 3º. Si la cantidad que se pretende hacer efectiva sobre cada piso o local es la que corresponde con arreglo a la cuota de participación".

[2003]*Vid*. DIAZ MARTINEZ, *op. cit.*, p. 123 y ss.

del deudor[2004]. Si la comunidad rehusara o retrasara el trámite, el Juez podrá suplir esta actuación, realizando la determinación concreta con arreglo a las bases legales y estatutarias[2005].

En opinión de otros autores, directamente determinará el Juez lo que a cada cual corresponde, utilizando el criterio de la cuota: no tiene sentido remitirse a aquella Junta porque la deuda surge desde el principio directamente entre cada dueño y el tercero, y sólo sería preciso realizar una sencilla operación de cálculo, de acuerdo con la cuota, o, en caso de duda, a partes iguales. Esta podría ser la descripción de una situación ordinaria, pero tal opinión no tiene en cuenta que en ocasiones el problema se complica: comuneros exentos del gasto, titulares presentes en el momento del contrato con el tercero y adquirentes posteriores, etc. Si el argumento de la relación directa se admitiera, habría que remitir al acreedor, en cada caso, a quienes eran propietarios cuando contrató, y no sería posible encajar adecuadamente una ejecución sobre fondos actualmente en poder de los órganos comunitarios, créditos contra morosos, retención de mensualidades... Sin embargo, hay que poner de relieve que la doctrina favorable a esta solución, es la misma que sostiene el traspaso de las deudas en el ámbito intracomunitario, asunción cumulativa de deuda. Proyectándolo al exterior, cada titular actual resulta, sin mayor dificultad, vinculado al reclamante. Por esto, el eventual trámite en ejecución de sentencia sólo tendría por objeto fijar el *quantum debeatur*, con arreglo a la cuota[2006].

No me parece, sin embargo, que, tal como se configuran los datos legales de que disponemos, y teniendo en cuenta la doctrina de la DGRN, la cuestión resulte tan sencilla. Por ello, revestirá especial importancia la información que los órganos comunitarios deben proporcionar a cada titular, que debiera dejar de tratarse como una cuestión interna para alcanzar categoría de trámite en el proceso. Después, no debiera llamar la atención ni entenderse contradictorio con la función representativa del presidente que cada propietario pueda intervenir en el declarativo. Por fin, el peculiar criterio intermedio que ha de orientarnos, permite considerar suficiente la condena de la comunidad como determinación,

---

[2004]Porque en definitiva ¿quién es el deudor...?

[2005]Cfr. COCA PAYERAS, "Comentario a la RDGRN...", *cit.*; DIAZ MARTINEZ, *Propiedad horizontal y Registro..., cit.*, pp. 127-128; ORTIZ NAVACERRADA, *op. cit.*, p. 15.

[2006]Cfr. ZURILLA CARIÑANA, *op. cit.*, pp. 395-396. Sería suficiente reconducir la fijación del importe de la deuda de cada comunero al proceso de integración del título en el trámite de liquidación en ejecución de sentencia. Cfr. GONZALEZ CARRASCO, *op. cit.*, pp. 242-244.

en abstracto, de que los comuneros deben; y, al mismo tiempo, al plantear el complemento para la ejecución, habría de ser posible que un comunero concreto saliera del ámbito del abstracto deudor, porque de algún modo en este caso el deudor resulta en parte fijado y, a la vez, no determinado en concreto. En relación con las bases para la liquidación cabría conectar la actuación de la Junta, y, en todo caso, como garantía final, la decisión por el Juez con eventual audiencia de cada copropietario interesado, de acuerdo con los criterios legales y estatutarios[2007].

Nuestra argumentación está, pues, en la línea de la opinión de DIAZ MARTINEZ. "En definitiva, como puede fácilmente comprobarse, en primer término la Sentencia condenatoria de la Comunidad afectará tan sólo de manera plena e ilimitada, desde el punto de vista patrimonial, al que adviene propietario (*sic*) de un piso o local perteneciente a ella, en la medida en que pueda tenérsele como deudor, por lo que las precisiones de mayor relevancia a éstos efectos habrán de ser las relativas al momento de nacimiento de la deuda en cada caso, sin que la protección de los terceros que contrataron con aquélla o sufrieron daños derivados de una conducta culposa o negligente de sus miembros pueda superponerse a la legítima posición de los nuevos propietarios a quienes la deuda no les sea imputable"[2008].

Así pues, también frente a las reclamaciones del acreedor, o ante una sentencia condenatoria, habrá de tenerse en cuenta la real condición o no de deudor, porque tales son cada propietario, con arreglo a su cuota o a lo especialmente establecido. Para el acreedor

---

[2007] *Vid*. sobre estas cuestiones, DIAZ MARTINEZ, *op. cit.*, p. 143 y ss. Aparte de la intervención del propietario en el declarativo, esta autora plantea la apertura de un incidente en el trámite de ejecución de sentencia, en que pudieran los propietarios plantear someramente sus alegaciones. *Vid*. pp. 155-157.

[2008] "Al hacer referencia al hecho de que el propietario sea deudor, aludimos a las situaciones en que él asume directamente, *ab origine*, la deuda, por surgir la obligación de satisfacer los gastos después de la transmisión del piso o local, en la terminología legal por haberse «producido el gasto» cuando él era ya titular dominical de la unidad privativa. No se olvide, sin embargo, la conflictiva cuestión de si al realizarse dicha transmisión se produce una novación por cambio de deudor, convirtiéndose en tal el adquirente, una asunción cumulativa de la deuda o si, por el contrario, como creemos, el negocio traslativo celebrado no incide en absoluto en el sujeto pasivo de la obligación, que sigue siendo el anterior propietario, sin perjuicio de que el nuevo responda, con el límite del piso o local, de los gastos adeudados por el transmitente, correspondientes a la parte vencida de la anualidad corriente y al año anterior". Cfr. DIAZ MARTINEZ, *op. cit.*, p. 171, nota 23.

resulta adecuado y justo que no quede cristalizado como deudor el que fuera propietario en el momento del contrato. Pero, ante su reclamación, resultan deudores los propietarios, como dice la DGRN, de acuerdo con las normas que sobre gastos y deudas se dan en la comunidad.

"En nuestra opinión, si en tales circunstancias el acreedor hubiese optado por dirigir su acción contra la comunidad, una vez obtenida a su favor, en su caso, la correspondiente resolución judicial condenatoria, será precisa una ulterior operación especificadora de quienes son realmente los condóminos condenados, a los efectos de soportar el embargo, si fuera necesario, de sus bienes privativos, lo que, de acuerdo con la tesis expuesta sobre la apertura de un cauce, en un incidente de ejecución de sentencia, para que los afectados puedan hacer oír sus alegaciones, determinará, en primer término, la notificación del embargo a los nuevos propietarios, a fin de que puedan discutir si a ellos corresponde o no responder de la parte de deuda prefijada"[2009].

Consideraciones conclusivas acerca de la obligación de atender a las deudas de la comunidad en la esfera de los gastos generales

Ahora bien, antes de terminar, no me resisto a reflejar algunas inquietudes personales, si se quiere, *de lege ferenda*, respecto a todo este asunto. Hemos hablado de «comunidad deudora», como un modo de hablar, y del «reparto intracomunitario», y en realidad −como se dijo− nos hemos tenido que salir, como hace ver DE LA CAMARA, de cierta «ortodoxia». Aquí, en este mundo de soluciones empíricas, va a ser difícil encontrar situaciones extremas: pensemos en el caso de un acreedor que contrató y prestó a la comunidad, y al tiempo de reclamar, se encuentra, por ejemplo, que los doce propietarios que lo eran en aquellos momentos, han ido siendo sustituidos por doce adquirentes... En esta misma línea, pero más cerca de supuestos de la vida práctica, pudiera ocurrir que por un desfase en las cuentas y pagos, el acreedor tenga que reclamar cierta cantidad que corresponde a diversos suministros realizados durante los últimos años... ¿Resulta que ninguno de los titulares actuales es deudor...? ¿Habrá que hacer complejas operaciones de cálculo para fijar lo que le debe cada uno de los titulares, y los que ya han abandonado la comunidad?

[2009]Cfr. DIAZ MARTINEZ, *op. cit.*, pp. 170-171.

Cuestiones como estas obligan a decidir de forma un poco más radical si se ha de seguir optando por la búsqueda del «originario» deudor en cada caso, o será mejor admitir que, frente al acreedor, se sitúa siempre la «comunidad deudora», el edificio y sus actuales titulares, dejando a salvo eventuales compensaciones «internas» (a pesar, también, de que esta referencia a lo «interno» parezca no tener sentido en aquella cierta «ortodoxia»).

También para el acreedor es posible plantear la idea de reclamación a los propietarios actuales durante el tiempo en que todavía la deuda no se ha personalizado del todo −aunque habría que seguir considerando que llega un momento en que a un nuevo propietario no podrá considerarle deudor− utilizando este criterio en la relación con el tercero con más amplitud: aunque la derrama intracomunitaria se hubiera verificado previamente. Sólo quedaría exento de la responsabilidad ante el acreedor un copropietario cuando de forma clara e inequívoca resulta que su titularidad actual no tiene nada que ver con el tiempo del gasto y deuda que aquél está reclamando.

Incluso hay quien quiere llegar más lejos. Para RAGEL SANCHEZ, "aun siendo conscientes de que pueden oponerse ciertas objeciones a la opinión que vamos a exponer, somos partidarios de arbitrar una solución abierta, en defensa de los intereses del acreedor, que podrá considerar deudores tanto a los que tenían la condición de propietarios en el momento en que tuvo origen la obligación como a los posteriores adquirentes. Para ello, debe considerarse que las transmisiones en la titularidad de las fincas privativas, producidas desde el momento en que nace la obligación hasta el momento en que se produce el pago son alteraciones subjetivas pasivas de la relación obligatoria −novación, en la terminología tradicional−, y que el nuevo titular asume las deudas nacidas con anterioridad, siempre que estén relacionadas con los elementos comunes de la urbanización. No es obstáculo el artículo 1205 CC., que exige el consentimiento del acreedor para liberar al primitivo deudor, pero no impide que pueda producirse una acumulación subjetiva pasiva"[2010]. E incluso el TS ha llegado a propugnar la fijación de la deuda en los titulares actuales, como en 1968, en un caso de responsabilidad extracontractual, lo que ha sido objeto de crítica, a mi modo de ver, justificada[2011]. Pienso que no es posible llegar tan lejos.

[2010]Cfr. RAGEL, *Las urbanizaciones..., cit.*, p. 108.

[2011]La STS de 6 de junio de 1968, en un caso de responsabilidad extracontractual, considerando que "la obligación de pagar surge no en la fecha del evento dañoso, sino cuando se acuerda el pago, es indudable que éste ha de hacerlo el propietario del piso o local actual". La solución se critica por DE LA CAMARA (la obligación de indemnizar nace cuando se incurre en

Sin embargo ¿qué decir, por ejemplo, del supuesto en que, por el desfase a que antes nos referíamos, se hace necesario pagar a un proveedor una cierta deuda que se ha ido formando a través de sucesivos años, en virtud de un contrato de suministro...? No parece que el acreedor tenga que esperar a que se concrete qué ha ido dejando a deber cada titular a lo largo del tiempo. Aunque proceda de las vicisitudes de una relación a lo largo del tiempo, la reclamación configura la deuda como un gasto actualmente necesario para la comunidad, al que habrán de atender los dueños actuales en proporción a sus cuotas.

Y es en este orden de ideas donde alcanzan relevancia algunos datos particularmente significativos: me parece que, en la comunidad, los morosos no deben tanto a acreedores concretos intracomunitarios, en cada momento, como a la comunidad en abstracto. Cuando ésta consigue el cobro de una de aquellas deudas, no creo que haya que ir a buscar a los comuneros de aquella época para repartirles lo obtenido. Así, siempre se va compensando, pero en abstracto, la eventual mayor aportación de algunos, con la deuda que pagan otros. Siempre que los pagos correspondan al régimen ordinario de gestión del edificio, todo, lo debido y lo pagado, forma parte de un patrimonio de gestión concebido, no como realidad actual y tangible, sino como una idea abstracta, en cuyo interior recaen y se compensan los diversos desembolsos. El tercero está aprovechando esta idea abstracta de patrimonio, por más que ello no le impida, todo lo contrario, agredir bienes privativos concretos[2012].

---

la acción u omisión culposa de la que deriva el daño, y aquí además, resulta inequívoco un momento de nacimiento y personalización de la obligación) aunque nos manifiesta el problema y cómo trata de solucionarlo el TS, aunque sea de forma radical. Después, DE LA CAMARA adopta, aunque no sin vacilaciones, una posición más cercana a la del TS, para los casos de responsabilidad contractual. PARA MARTIN, por su parte, entiende que el comprador de un piso o local deberá, en justicia, salir indemne de cualquier condena derivada de un accidente producido por un elemento común cuando la transmisión de propiedad de la unidad privativa todavía no había tenido lugar, ya se entablara la acción antes o después de tal negocio traslativo. Cfr. PARA MARTIN, A. *La comunidad de propietarios y sus órganos. (Estudio práctico jurisprudencial)* Barcelona, 1992, pp. 168-169.

[2012]Acerca del «patrimonio de la comunidad», con reflexiones parecidas, entiendo, a las reflejadas en el texto, aunque con la facilidad derivada de la construcción del *syndicat*, en el sistema francés, *vid*. ATIAS, *Les biens, II, cit.*, n. 110 y ss. Es cierto que, en nuestro derecho, no se ha construido la personalidad jurídica de este *syndicat*, ni su patrimonio. Pero pienso que en el territorio intermedio en que se mueve la propiedad horizontal, es posible aplicar criterios como estos; pues también en Francia −valga la referencia anterior a ATIAS− la doctrina insiste en la

En el derecho francés, cada propietario asume, *propter rem*, una *obligation générale de couverture* de las deudas del *syndicat*. Cuando la comunidad asume una obligación, automáticamente se convierte en acreedora, por la misma cantidad, respecto a los propietarios concretos actuales. Así, el balance de ese «patrimonio» −no es más que una abstracción− siempre resulta, por definición, en equilibrio[2013]. Aquella obligación general real y permanente, se prolonga entonces, en una «*obligation de règlement*» personal y puntual[2014]. Pero la obligación general de cobertura no sólo se concreta en la deuda personal repartida con arreglo a la cuota, como carga de la propiedad; también, en tanto miembro del *syndicat* que ha de atender a sus compromisos, el propietario puede verse eventualmente obligado a participar en una recaudación dirigida a tapar el agujero motivado por la insolvencia, momentánea o definitiva, de otro propietario[2015].

Aquí, doctrina y Jurisprudencia insisten en que no se trata tanto de una carga de la propiedad (si así se calificara, cabría un recurso por reparto irregular) sino de una obligación vinculada a la cualidad de «socio», siempre subordinada a la diligente actuación, por la comunidad, de los mecanismos que el ordenamiento pone a su disposición para el cobro de morosos[2016]. Por tanto, teóricamente, no es más que un adelanto que se verá compensado cuando se cobre la deuda al moroso, que podrá ser además condenado a los daños y perjuicios[2017].

Sin embargo, si la diferencia de calificación (cargas de la propiedad, obligación de complemento de recursos) tiene importancia a ciertos efectos, es importante poner de

---

débil personalización, establecida sólo por economía de medios, y la realidad sólo abstracta del patrimonio sindical.

[2013]Cfr. ATIAS, *Les biens, II, cit.*, n. 111.

[2014]"Esta última deuda tiene por origen, a la vez, el reparto de cargas entre los copropietarios y el hecho generador de la deuda del sindicato hacia un tercero". A su vez, el acreedor puede pretender del propietario el pago que éste habría debido hacer al *syndicat*. Cfr. ATIAS, *Les biens, II, cit.*, nn. 111 y 117; MOULY, C., *Les causes d'extinction du cautionnement*, Paris, 1980, nn. 236 y 261.

[2015]Cfr. ATIAS, *Les biens, II, cit.*, n. 111, 118, 136.

[2016]Cfr. ATIAS, *Les biens, II, cit.*, n. 118. *Cass. civ. 3e*, 10 juin 1970: *JCP*, 70, II, 16465, comentario de GUILLOT, E. J., *RTDC*, 1970, p. 796, Comentario de BREDIN, J.D. Sobre los criterios de reparto de cargas y su aplicación, *vid*. TERRE-SIMLER, *op. cit.*, nn. 627, 674 y ss.

[2017]Un ejemplo de admisión de una demanda suplementaria de daños y perjuicios contra un propietario recalcitrante, *Civ. 3e*. 27 noviembre 1970.

relieve que, en este régimen fundiario, la cualidad de «miembro» de la comunidad es una realidad estrechamente imbricada en la cualidad de propietario. Por ello, la obligación general de cobertura abraza las contribuciones a aportar en virtud de ambos criterios.

Todo esto permite al acreedor que ha contratado con la comunidad ocupar una posición muy especial, cuya consecuencia más importante es que puede esperar que su deuda se vea satisfecha por completo en el interior de la esfera comunitaria, siempre actual, sin tener nunca que llegar a perseguir a un eventual deudor que no fuera ya propietario. El acreedor puede exigir de cada propietario exactamente lo que aquél deba como deudor intracomunitario; pero "si uno de los copropietarios es insolvente, los otros deben pagar al acreedor la misma suma que habrían debido al *syndicat* a título de complemento de recursos"[2018].

Sólo queda, entonces, resolver qué ocurrirá cuando, ante la reclamación concreta del acreedor por deudas pasadas, alguno de los copropietarios actuales resulta completamente ajeno al tiempo de producción de la deuda. Puede ocurrir, por ejemplo, que, realizada la derrama intracomunitaria, por negligencia o comportamiento ilícito del administrador el dinero se perdiera; después, ante la reclamación, entiendo que habrán de atender al pago −salvo la acción contra el administrador− los propietarios que permanezcan, de aquellos que decidieron en su día y realizaron el gasto. Pero habrán de repartir entre ellos la parte de deuda que corresponda a aquél que haya sido sustituido por un nuevo titular.

Si se trata de un desfase derivado de la morosidad de algunos propietarios, que después transmitieron su piso, entiendo que, cuando sea posible identificar y deslindar perfectamente el concepto de que se trate y vincularlo en plenitud a un momento pasado concreto, al agujero tendrán que taparlo quienes eran propietarios (cumplidores) en aquel momento, aunque aquí habría que plantear su compensación cuando después se obtuviera el cobro, daños y perjuicios, de los morosos.

[2018]Cfr. ATIAS, *Les biens, II, cit.*, p. 132. "*Tout se passe donc comme si la totalité des copropriétaires était solidairement responsable des dettes du syndicat. (...) Le créancier doit réclamer à chaque copropriétaire ce que le syndicat aurait pu exiger de lui, puisque sa créance a sa source dans la loi qui répartit les charges entre les copropriétaires, c'est dire qu'il agira pour la quote-part des charges afférente a chaque lot*" (régimen ordinario). Pero... "*en cas d'insolvabilité d'un copropriétaire, tous les autres devront le remplacer*". Cfr. ATIAS, *Les biens, II, cit.*, n. 136. *Vid*. también TERRE-SIMLER, *op. cit.*, n. 682.

Ahora bien, salvo estos supuestos claros de personalización[2019] el comunero actual asume (en cuanto a la deuda) y a la vez recibe, en abstracto, al servicio del inmueble (en cuanto al crédito) lo debido por morosos (que también se pone por los titulares, eventualmente, a disposición del acreedor extracomunitario). Por ello, habrá de participar en la aportación que, por cuotas o a partes iguales, rellene el agujero dejado en el balance comunitario.

Precisamente este esquema de funcionamiento es el que justifica que la ley se haya preocupado especialmente de la recaudación de las deudas intracomunitarias a través de la afección real, y en general estableciendo mecanismos para garantizar que en todo momento el «patrimonio» común venga a recibir todas las aportaciones previstas[2020]. Por eso, cualquier otro desembolso ulterior necesario por la reclamación de un tercero, hay que situarlo como eventualidad actualmente sobrevenida para los propietarios actuales, siempre a salvo de sus acciones contra el administrador, etc.

Por si esto no valiera, CABELLO DE LOS COBOS[2021] ha propugnado, y parece asumible, afirmar en los Estatutos el carácter *propter rem* por el que se asume por el adquirente esta posición. Tal podría hacerse en cuanto a las deudas en la esfera intracomunitaria, aunque esta idea no ha adquirido general aceptación. Concretamente, en la doctrina y Jurisprudencia francesa, no sin vacilaciones y discusión, ha terminado por rechazarse la posibilidad de que los estatutos prevean la asunción por al adquirente de las deudas dejadas por el transmitente[2022]. Ahora bien, si la necesidad de atender a los compromisos comunitarios puede llevar, como hemos visto, a una aportación complemen-

---

[2019]Como ocurre en una comunidad ordinaria cuando un comunero que después transmite su cuota había pagado por completo un gasto común.

[2020]Aquí sí hay que situar una reflexión relativa a si la afección real y la preferencia establecida por la LPH a favor de la comunidad, son mecanismos suficientes. Instrumentos como los previstos en el sistema italiano, o el art. 12 del BALCI, son muy útiles. Y también parece muy interesante el mecanismo de la retención del precio, en caso de compraventa de piso, que permite resolver el problema de las deudas precisamente en el momento en que el moroso va a recibir una importante cantidad, al tiempo que es sustituido por el adquirente. *Vid*. sobre este mecanismo previsto en el art. 20 de la ley francesa, ATIAS, *Les biens, II, cit.*, n. 138; TERRE-SIMLER, *op. cit.*, n. 682.

[2021]Cfr. CABELLO DE LOS COBOS, "Propiedad horizontal: anotación...", *cit.*, p. 1185 y ss.

[2022]*Vid*. la jurisprudencia comentada por ATIAS, *Les biens, II, cit.*, p. 138, nota 209; TERRE- SIMLER, *op. cit.*, n. 682.

taria (adelanto eventualmente recuperable, como hemos visto, pero aportación obligatoria, en definitiva) de quienes no deberían hacerlo, para repartir el agujero, no veo porqué sería rechazable vincular especialmente al sucesor a título particular a ese «cuidado», también él podrá reaccionar contra su vendedor. En cualquier caso, sí me parece que responde a un régimen normal de funcionamiento, establecer, para la resolución de problemas y facilitar el cobro, un período en que las deudas vencidas se puedan reclamar también al adquirente, parecido al que contempla el art. 12 del reciente Borrador de Anteproyecto de Conjuntos Inmobiliarios[2023].

De todo esto, resulta una interesante consecuencia: hemos insistido con frecuencia en que la obligación real aparece en la relación de reparto, entre los implicados en él. Ahora bien, en la propiedad horizontal encontramos, da la impresión, una nueva dimensión del concepto: pues el acreedor, ajeno a la comunidad, puede tener frente a él, como obligado, a persona distinta del «contratante originario», determinada *propter rem* con arreglo a las reglas de funcionamiento de la propia comunidad. Y es que la propia ley, igual que ocurre en la liquidación posesoria, o para créditos relacionados con la accesión, sitúa al acreedor en una especial posición en conexión con la relación de reparto. Aquí se cumple especialmente la observación de CARBONNIER, de que la finca, el inmueble, de alguna manera, en ocasiones tiende a una especie de personalización y desarrolla cierta vida propia en las relaciones jurídicas[2024].

En nuestro derecho, lo que aparece esbozado para la comunidad de bienes (consideración de acreedores de la comunidad) tiene aquí pleno desenvolvimiento y una orientación bien concreta. El entramado de relaciones que, legal y convencionalmente, sustenta obligaciones reales entre los comuneros, se proyecta al tercero acreedor, porque, aunque no se utilice la idea de persona jurídica, la ley ofrece suficientes datos a la interpretación para poder configurar al tercero como vinculado legalmente a la relación de reparto, relacionado no con personas concretas, sino con quienes forman el organismo que se está repartiendo la propiedad. En este caso, nos movemos en el ámbito, no de la

---

[2023]De la misma forma, aunque se trate de ideas distintas, que la doctrina admite sin problemas que el adquirente asume las cargas no todavía líquidas y exigibles en el momento de la cesión, aunque correspondan a prestaciones anteriores. Por todos, cfr. TERRE-SIMLER, *op. cit.*, p. 480, nota 2. Aix, 19 *avril* 1988, *JCP* 1990, *N*, II, 136.

[2024]Cfr. CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, nn. 46, 159.

obligación real, sino de la obligación *propter rem* legal, a través de la interpretación de la ley.

El contenido obligacional de la relación usufructuaria

La armonización de la atribución conferida a uno y otro de los implicados en la relación usufructuaria exige del legislador una particularización de derechos y obligaciones, corolario y complemento de los límites estructurales del reparto, y concreción de sus criterios para supuestos especiales. Todo ello en ausencia de una reglamentación convencional adecuada al caso concreto, en el Título constitutivo[2025]. La riqueza de matices de la multiforme relación usufructuaria nos obliga a reducir aquí el análisis a algunos aspectos concretos, remitiendo al lector a la bibliografía específica sobre el particular[2026].

Establece el Código, ante todo, una serie de obligaciones para el usufructuario, que suelen clasificarse por la doctrina atendiendo al momento en que se encuentra la relación[2027]. Aunque las clasificaciones pueden ser variadas. Siguiendo la sistematización de PUGLIESE[2028] podemos señalar dos grandes grupos: las que se refieren a la conservación y disfrute de la cosa, y las relativas a cargas y contribuciones por razón del usufructo.

Respecto a las primeras, señala que "el interés a la conservación de la cosa, en su sustancia y destino económico, está ya protegido por los límites (*salva rerum*) en que

---

[2025]"Los derechos y las 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 las dos secciones siguientes". art. 470 CC. *Vid*. STS 3 octubre 1979. MANRESA, J. M., *Comentarios al Código civil español*, IV, 5ª ed., Madrid, 1931, p. 338 y ss.

[2026]*Vid*., entre las obras más recientes, DOMINGUEZ PLATAS, *op. cit.*, pp. 107-152; MARIN GARCIA DE LEONARDO, T., "Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario", *ADC*, 1989, pp. 813 y ss.; BELUCHE RINCON, I., *La relación obligatoria de usufructo*, Madrid, 1996; CATALA ROS, *El abuso..., cit.*; y la bibliografía allí citada.

[2027]*Vid*. por todos, BELUCHE RINCON, *op. cit.*, que deslinda las obligaciones anteriores al goce de la cosa, del art. 491 CC. (pp. 19 y ss.) coetáneas al mismo (pp. 113 y ss.) y las que han de cumplirse al final del usufructo (pp. 221 y ss.). Ahora bien, en la liquidación final entran en juego y sedimentan distintas consecuencias relacionadas con las obligaciones iniciales (en torno a la devolución de la fianza) y coetáneas (reembolsos).

[2028]Cfr. PUGLIESE, *Usufrutto..., cit.*, pp. 404-405. Un criterio parecido sigue PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 268.

vienen circunscritas las facultades y pretensiones del usufructuario, pero (...) recibe una más segura tutela a través de las específicas prestaciones que la ley impone a cualquier usufructuario, o al de determinadas cosas. A su vez, estas obligaciones pueden subdistinguirse en dos ulteriores grupos, según que aseguren solamente la observancia de los límites antedichos, o bien constriñan a gozar la cosa en un determinado modo o incluso verificar sobre ella ciertos particulares actos".

En el primer subgrupo se incluirían las obligaciones de inventario y fianza[2029]. Se ha discutido si se trata de obligaciones o requisitos, inclinándose hoy en día la doctrina por la primera consideración[2030] aunque alguno, como PEÑA, las denomina más bien cargas[2031]. Lo que parece seguro es que el propietario −si no existe dispensa de fianza, y no ha renunciado[2032]− en los casos en que ésta deba darse (no viene requerida en todos los usufructos) puede pedir el cumplimiento de la obligación incluso después de haber puesto al usufructuario en el goce de los bienes[2033] y, según explica ALBALADEJO[2034], exigir el cumplimiento forzoso por más que la ley tenga previstas de antemano consecuencias para el incumplimiento[2035].

[2029]Arts. 491 y ss. CC. *Vid*. el extenso tratamiento de BELUCHE RINCON, *op. cit.*, p. 19 y ss. También DORAL, J. A., *Comentarios EDERSA, VII-1*, 1ª ed., Madrid, 1980, p. 281 y ss.; DOMINGUEZ PLATAS, *op. cit.*, pp. 127 y ss.

[2030]Cfr. GARCIA CANTERO, G., *Comentario del Código civil, Ministerio de Justicia, ad.* art. 491, p. 1313. ALBALADEJO, *Derecho civil, III-2, cit.*, p. 26. DOMINGUEZ PLATAS, *op. cit.*, p. 128. "Hablar de obligaciones −hace notar este autor− supone estar considerando un usufructo ya constituido". Y pone de relieve su particular engarce (se manifiesta también en las razones de la frecuente dispensa, renuncia o exención legal) con el sentido del usufructo, la cooperación obligacional que requiere y la obligación de diligencia impuesta por el art. 497 CC.

[2031]Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 271.

[2032]Acerca de dispensa y renuncia de inventario y fianza, *vid.*, por todos, BELUCHE RINCON, *op. cit.*, pp. 86 y ss.; DORAL, *Comentarios..., cit., VII-1*, 1980, pp. 302 y ss.

[2033]*vid.* STS de 3 de octubre de 1979 entre otras.

[2034]Cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil, III-2, cit.*, p. 26; También BELUCHE RINCON, *op. cit.*, pp. 33-34, especialmente respecto del inventario.

[2035]Mientras no se realice el inventario, la doctrina entiende, interpretando el art. 491 CC, que no es posible entrar en el goce personal y directo de los bienes. Acerca de esta situación, y la que, caso de no prestarse la fianza, regula el art. 494 CC, *vid.* el amplio tratamiento de BELUCHE RINCON, *op. cit.*, pp. 35 y ss., y pp. 51 y ss.; DORAL, *Comentarios..., VII-1, cit.*,

En el segundo subgrupo, hay que incluir de entrada la obligación de cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia (art. 497 CC) que se proyecta y concreta en los diversos deberes del usufructuario, y actúa como principio y criterio informador de su actuación en todo aquello que no reciba específica ordenación legal[2036]. Aunque no implica que el usufructuario haya de proceder siempre «como lo haría el propietario» cuyo interés se centra en el capital, el destino y el futuro de las cosas. Existen actuaciones que siendo propias de un buen propietario, no cabría exigir al usufructuario. Pero ha de actuar como quien, interesado en el rendimiento de las cosas, debe mantenerlas sin embargo, en la medida posible, en condiciones de que sigan sirviendo a su destino económico[2037].

En cierto modo, el resto de las obligaciones que marca la ley son consecuencia o expresión de aquella, en conexión con la atribución propia del usufructuario[2038]. Así, las

---

pp. 305 y ss. Por lo tanto, nos encontramos, especialmente en el caso de la fianza, no sólo ante una obligación sino ante una condición o requisito de la posesión efectiva de las cosas (aunque no de la fruición. Cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil, III-2,* pp. 24-25 y nota 22; BELUCHE RINCON, *op. cit.*, pp. 52-54). Acerca de este doble carácter, cfr. DORAL, *ibidem*, p. 285-286.

[2036]Cfr. PUGLIESE, *Usufrutto..., cit.*, 1954, p. 452 y ss.; GARCIA CANTERO, *Comentario..., I, cit.*, p. 1325; BELUCHE RINCON, *op. cit.*, pp. 118-119. BADOSA COLL, en unas interesantes páginas, prefiere ver esta diligencia, no tanto como obligación, sino como criterio legitimador de uso y delimitador de la responsabilidad. Ahora bien, las diversas facetas del art. 497 CC no son incompatibles, y, por cierto, en materia de obligación real −como vimos, por ejemplo, en la vecindad− la actitud que se exige al titular se encauza también en particulares matices de responsabilidad. *vid.* BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, pp. 611 y ss. Para DOMINGUEZ PLATAS (*op. cit.*, pp. 132 y ss.) la obligación de diligencia constituye un criterio característico de la relación obligacional que se entabla entre ambas partes.

[2037]*Vid.* diversas interpretaciones de este criterio en BELUCHE RINCON, *op. cit.*, pp. 115 y ss. Según esta autora, como regla general, la diligencia y cuidado exigible ha de llevar a usufructuario a asegurar los bienes. No me parece que el art. 497 conduzca necesariamente a ello. Sí resulta razonable cuando se trata de cosas expuesta a particulares riesgos, y, está claro, cuando lo concreta el título. La ausencia de un deber estricto en tal sentido se deduce también del art. 518, aunque este precepto se refiera a otros problemas. *vid.* BELUCHE RINCON, *op. cit.*, pp. 119 y ss. Cercanos a nuestro criterio, *LACRUZ-RIVERO, Elementos..., III-2, 1991, cit.*, p. 43-44; BERCOVITZ, R., "El seguro de usufructo en el Código civil", *Estudios Homenaje a DE CASTRO*, I, Madrid, 1976, pp. 188-189. Más estricto, GARCIA CANTERO, *Comentario..., I, cit.*, p. 1334.

[2038]Así lo plantea, especialmente, DOMINGUEZ PLATAS, *op. cit.*, p. 132 y ss.

relacionadas con la custodia de la cosa, dar aviso al propietario de la necesidad de reparaciones urgentes (art. 501 CC) o de "cualquier acción de un tercero de que tenga noticia, que sea capaz de lesionar los derechos de propiedad"[2039]. En cuanto a la conservación, le competen las reparaciones ordinarias (art. 500 CC). Su diligencia se ha de extender *in vigilando* e *in eligendo* (art. 498 CC[2040]) y, si el usufructo recae sobre cosas que se deterioran por el uso, es responsable del deterioro derivado no sólo de dolo, también de negligencia[2041].

Respecto a las cargas o contribuciones por el usufructo, le corresponden los pagos que se consideren gravámenes de los frutos[2042]. La obligación está clara para, por ejemplo, pensiones censales, o la del art. 508 CC, que puede constituirse además como carga real atípica, con o sin garantía real. Y, respecto a las contribuciones, la regla juega en la relación con el propietario, con independencia de cómo se organice el impuesto por la ley fiscal correspondiente[2043].

Obligaciones especiales corresponden al usufructuario, en aras al equilibrio en la relación, cuando verifica el propietario reparaciones extraordinarias o ha tenido que satisfacer contribuciones impuestas sobre el capital (art. 502 y 505 CC, crédito por los intereses contra el usufructuario[2044]). Y puede haber otras situaciones especiales que den lugar a obligaciones previstas por la ley, aparte de las peculiares que pueden haberse incluido en el negocio constitutivo, porque el usufructo no es una situación plana, por así

[2039]Si no lo hiciere, responderá de los daños y perjuicios como si hubieran sido ocasionados por su culpa. Cfr. art. 511 CC. Se trata de responsabilidad contractual. *vid.* DOMINGUEZ PLATAS, *op. cit.*, p. 139-140; MANRESA, *Comentarios..., IV, cit.*, p. 456 y ss.; BELUCHE RINCON, *op. cit.*, pp. 135 y ss.; MARIN GARCIA DE LEONARDO, *op. cit.*, p. 845. DORAL, sin embargo, piensa que "el fundamento se basa en las obligaciones del usufructuario por razón de custodia, pero es análogo, por consiguiente, al de la responsabilidad aquiliana, artículo 1902 CC". Cfr. DORAL, *Comentarios..., VII-1, cit.*, p. 392.

[2040]Cfr. MANRESA, *Comentarios..., IV, cit.*, pp. 422-424; DOMINGUEZ PLATAS, *op. cit.*, p. 136.

[2041]Cfr. art. 481 CC.

[2042]Cfr. art. 504 CC.

[2043]Cfr. DIEZ-PICAZO-GULLON, *Sistema..., III, cit.*, 1995, p. 408; LACRUZ, *Elementos..., III-2, 1980, cit.*, p. 31; ALBALADEJO, *Derecho civil, III-2, cit.*, p. 28, nota 31.

[2044]Acerca del sentido de esas obligaciones, *vid.* ALBALADEJO, *Derecho civil, III-2, cit.*, p. 33.

decir, sino cambiante. Pensemos en el caso de perecimiento y reconstrucción del edificio[2045] o en el régimen de gastos y eventual remuneración que detraerá el propietario en los supuestos de administración puesta a su cargo (arts. 494 y 520 CC)[2046].

También tiene previstas la ley determinadas reglas y especiales obligaciones cuando el usufructo se proyecta sobre ciertos bienes, que ofrecen criterios para comprender hasta dónde llega la diligencia exigible, acerca de las reparaciones ordinarias o respecto a los riesgos, renuncia o abandono, dignos de tenerse en cuenta para distintas situaciones en otros usufructos.

Así, en el usufructo de viñas, olivares y otros árboles o arbustos (arts. 483 y 484 CC) está prevista la obligación del usufructuario de reemplazar los árboles muertos, y tronchados o arrancados por accidente, por otros. Discutiendo la doctrina si también en el caso del art. 483 puede el usufructuario que no desee aprovecharlos, desentenderse de esos pies muertos o, en realidad, la obligación existe siempre y sólo cabe el abandono liberatorio en el supuesto, más gravoso y excepcional, del art. 484. La doctrina se inclina por esta última solución[2047] y, como veremos, es conforme con los criterios generales que rigen en materia de cuidado diligente y reparaciones. Ahora bien, cabe plantear si la solución habría de ser la misma cuando el usufructuario decide renunciar completamente al usufructo[2048]. A

[2045]Cfr. arts. 517-518 CC. Desde esta óptica de la relación obligacional y el equilibrio de intereses, cfr. DOMINGUEZ PLATAS, *op. cit.*, pp. 148 y ss.

[2046]Cfr. CATALA ROS, *El abuso..., cit.*, p. 117 y ss.

[2047]Cfr. MANRESA, *Comentarios..., IV, cit.*, p. 386; LACRUZ, *Elementos..., III-2, 1980, cit.*, p. 41; BELUCHE RINCON, *op. cit.*, pp. 164-165. En contra, SCAEVOLA, *Código civil...,VIII-IX, cit.*, 3º ed., Madrid, 1911, *ad* arts. 483-484, p. 959.

[2048]Entramos en la cuestión de hasta qué punto es posible privar al usufructuario de la decisión de abandonar sin aprovechar, para liberarse de preocupaciones o gastos más o menos gravosos. Pensemos, por ejemplo, en el caso de que los árboles caídos presentaran especial interés por su valor o rareza... En realidad, el abandono −del usufructo− liberatorio en este caso, se justifica en la misma línea de argumentos que se desarrollaran al tratar la renuncia liberatoria respecto a reparaciones ordinarias. Por otra parte, si en el Título se hubiera establecido alguna modulación o agravación respecto de sus ordinarias obligaciones, en tal caso, según explicaba MICHON, el abandono liberatorio se configura como último recurso cuando después la prestación concreta se revela inadaptada al equilibrio del reparto.

su vez, como manifestación de las obligaciones del propietario, encontramos la de retirar los pies muertos y dejar el suelo expedito[2049].

Análoga reglamentación −pone de relieve MANRESA[2050]− proporciona el Código, en al art. 499, para el llamado «usufructo de rebaño», que proyecta en un supuesto concreto la distinción entre reparaciones ordinarias, integradas en el «*cuasicontrat de jouissance*» de que hablaba MICHON, y extraordinarias[2051]. Con la particularidad de mostrar de manera plástica la vinculación del fruto a la reposición del capital, tal como haría un administrador diligente.

En cuanto al usufructo de montes (art. 485) el Código ofrece además criterios orientadores de la explotación por el usufructuario, con atención especial a la actividad prevista del dueño, y en su defecto, a los usos del lugar... Es evidente la posibilidad de un concreto estatuto obligacional en el Título constitutivo[2052].

No podemos detenernos aquí en el análisis de las interesantes particularidades obligacionales que se presentan en otras modalidades, como el usufructo de minas, el de un crédito o el usufructo relativo a acciones de sociedades[2053]... Con este breve repaso, basta

---

[2049]Que tiene su precedente en D. 7, 19, 1, interesante porque proporciona otro ejemplo, análogo al *reficere parietem* en la servidumbre *oneris ferendi*, en que la *actio confesoria* sirve para evitar la inactividad del propietario, considerada contraria, en este caso concreto, al *ius utendi fruendi*. Cfr. GROSSO-DEJANA, *Le servitù..., I, cit.*, p. 53.

[2050]Cfr. MANRESA, *Comentarios..., IV, cit.*, pp. 425-427.

[2051]Cfr. BELUCHE RINCON, *op. cit.*, pp. 166-168.

[2052]*Vid*. BELUCHE RINCON, *op. cit.*, pp. 168-170; SANCHO REBULLIDA, F. J., *Usufructo de montes*, Barcelona, 1960.

[2053]Este supuesto, de gran relevancia práctica, está regulado, no sólo en el Código (art. 475 y referencia en 494), sino en varios preceptos específicamente dedicados a la cuestión en la LSA (arts. 67-71) y la LSRL (art. 36). Con independencia de las facultades que la ley o los estatutos sociales otorguen a propietario o usufructuario en relación con la actividad societaria, en la relación interna su actuación habrá de sujetarse a las exigencias impuestas por el interés protegido del otro implicado en el reparto. La propia LSA contiene reglas de liquidación y compensación (art. 68) aplicables en defecto de regulación concreta en el negocio constitutivo. El usufructuario tiene derecho a recibir el incremento de valor de las acciones que corresponda al beneficio de explotación durante el usufructo, aunque se hayan llevado a reservas, incluso después convertidas en capital con asignación gratuita de acciones. *Vid*. el amplio resumen de GIL RODRIGUEZ (que, como PANTALEON PRIETO, se ha ocupado especialmente del asunto) en CASTAN, *Derecho civil..., II-2, cit.*, 15ª ed., 1994, p. 76 y ss.

para comprender cómo la propia ley ofrece para la regulación del usufructo, la descripción de una relación en que se insertan diversos contenidos obligacionales: unos, de carácter muy general, criterios de comportamiento, responsabilidades; otros, de sentido concreto, en relación con particulares bienes o con peculiares momentos de la vida de la relación... En definitiva, la regulación del usufructo constituye, no el único, pero sí un interesante observatorio para el estudio de la obligación real.

Por fin, el usufructuario tiene la obligación de devolver la cosa (el propietario no sólo cuenta con la acción reivindicatoria si no pudiera recuperarla de otra manera, también del crédito correspondiente a la obligación del usufructuario, con posibilidad de solicitar indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento[2054]). Al final, pueden entrar en juego algunas peculiares formas de relación características de la liquidación del usufructo: la compensación de mejoras y deterioros, y el derecho de retención por el usufructuario[2055].

Posibilidades del usufructo y contenido obligacional establecido en el negocio constitutivo

Mientras la ley se ocupa de establecer el marco mínimo y general de contenido obligatorio con algunas especificaciones (para los llamados usufructos especiales) el usufructuario y también el propietario pueden venir obligados a determinados comportamientos, o sus incumplimientos tener aparejado un régimen especial de responsabilidad, de acuerdo con la reglamentación dispuesta en el Título constitutivo (art. 470 CC).

En realidad, es muy grande la variedad de formas y posibilidades que es capaz de ofrecer el usufructo[2056], aunque su utilización concreta suele reducirse a aquella forma cuasialimentaria legal, vinculada a la sucesión[2057]. De acuerdo con esa variedad tanto en cuanto a su origen y modo de constitución como respecto a las finalidades perseguidas y los

---

[2054]Para COSSIO, junto a la acción real, el propietario dispone de la acción personal para reclamar la devolución, no sólo del usufructuario, también de cualquier tercero. Cfr. COSSIO, "La nuda propiedad", *cit.*, p. 745 y ss., p. 768.

[2055]Acerca de esta obligación, y especiales formas que puede revestir todavía la relación, *vid*. por todos, BELUCHE RINCON, *op. cit.*, pp. 221 y ss.

[2056]"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..." cfr. art. 469 CC.

[2057]Cfr. ATIAS, *Les biens, I, cit.*, n. 114.

bienes objeto de la relación, el contenido clausular (*sic*) del título −señala DORAL− puede ser muy amplio, siempre que se respeten los límites intrínsecos (ley, moral, orden público) y extrínsecos (constitución de usufructo en perjuicio de terceros) de la autonomía de la voluntad[2058].

Según este autor, entre las cláusulas que de ordinario figuran en el usufructo, se comprenden: aquellas que guardan relación directa con el principio *salva rerum sustantia* (principal criterio valorativo); cláusulas relativas a la vinculación positiva de la restitución; *restitutio*; cláusulas de garantía (se insertan normalmente cautelas o garantías dirigidas a impulsar el cumplimiento de las obligaciones y a fijar anticipadamente la eventual cuantía de los daños); relativas al contenido y al objeto del usufructo (modo de aprovechamiento, mejoras... combinado con la posible participación del propietario en el disfrute de la cosa); relativas a las funciones ordenadoras del Título, concordancia entre el uso y el abuso; cláusulas relativas a la conducta exigible, de modo preciso en el usufructo de créditos, donde la confianza exige particular diligencia en «cuidar de las deudas»; cláusulas de responsabilidad referentes al daño deducido de la deficiente conservación de las cosas; relativas a la mejora o ampliación, etc.[2059]

La garantía de la fianza, se ha discutido si se extiende sólo a las obligaciones contenidas en la sección 3ª (arts. 491 y ss. CC), como podría deducirse del art. 491.2º, o a las contenidas en otras secciones (secc. 4ª, art. 519 y devolución de la cosa, art. 522) y a todas en general, aún derivadas del título. Parece que esto último es lo procedente, teniendo en cuenta además que en esta sección 4º se contemplan preceptos de suficiente generalidad (diligencia en cuidado y conservación...) como para comprender todas las demás en tanto concreciones o aspectos de ellas[2060]. Igualmente, señala DORAL, el contenido obligacional puede ser modificado por las partes de común acuerdo, en cualquier momento.

La obligación de atender a las reparaciones ordinarias y la renuncia al usufructo

La problemática del abandono liberatorio, característica del tratamiento doctrinal de las obligaciones reales, parece presentar matices especiales tratándose del usufructo. Vamos a

---

[2058]Cfr. DORAL, *Comentarios..., VII-1, cit.*, 1992, p. 89 y ss.

[2059]Cfr. DORAL, *ibidem.*

[2060]Cfr. DORAL, *Comentarios..., VII-1, cit.*, 1992, p. 400-401.

fijarnos en un caso específico, la renuncia en relación con la obligación de realizar las reparaciones ordinarias, aunque después pueden hacerse algunas consideraciones más generales.

No plantea problema la renuncia cuando la cosa se devuelve en correcto estado y las necesidades pasadas de mantenimiento se han ido atendiendo. En el futuro ningún vínculo personal sujeta al usufructuario a ocuparse de los bienes[2061]. Otra cosa ocurre, sin embargo, como veremos, en caso de cesión o enajenación de su derecho. Sin embargo, cuando, al tiempo de la hipotética renuncia (es un supuesto, como veremos, un poco de laboratorio) están siendo necesarias reparaciones o gastos ¿qué ocurrirá? Parece haber aquí dos tendencias distintas.

Para la primera de ellas, muestra BELUCHE lo establecido por el art 1472.3 del Código civil portugués de 1966, que reitera la solución de 1867: "*O usufrutuário pode eximir-se das reparaçoes (ordinárias) ou despesas a que é obrigado, renunciando ao usufruto*". Significa, explica esta autora, que se otorga a la renuncia un efecto liberatorio de la obligación concreta de reparar, que en todo caso ya ha nacido y es exigible por el nudo propietario, pues de otro modo el precepto resultaría ocioso, y así parece interpretarlo además la doctrina portuguesa[2062] basándose en la calificación de obligación *propter rem*, y en la aplicación del mismo principio de abandono liberatorio que entra en juego para el comunero. Todo ello le parece a BELUCHE sorprendente[2063].

Encontramos, sin embargo, algunos textos romanos que parecen concordar con esta solución, y que llevan a GROSSO a suponer esta liberación por renuncia en todo momento, para deudas de reparación actualmente exigibles, también si la iniciativa de gasto la tomó el propietario[2064]... Daría la impresión de que nos encontramos ante un abandono entendido bajo el prisma del sentido de «responsabilidad de las cosas». De algún modo la solución romana sería comprensible porque este fue el ejemplo originario de abandono liberatorio y después el influjo de tal idea se va proyectando en diversos supuestos[2065]. Pero queda la

---

[2061]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 70

[2062]Cfr. PIRES DE LIMA, F. y ANTUNES VARELA, J., *Código civil anotado*, III, 2ª ed., Coimbra, 1987, p. 525; NETO, A., *Código civil anotado*, 8ª ed. Lisboa, 1993, p. 1002.

[2063]Cfr. BELUCHE RINCON, *op. cit.*, pp. 177-178.

[2064]Cfr. D. 7, 1, 48 y D. 7, 1, 64. *vid.* GROSSO, *Usufrutto..., cit.*, pp. 169-171.

[2065]La liberación de lo actualmente exigible por obligación real se produce, sin embargo, en la *servitus oneris ferendi*, en un ejemplo y con un sentido enteramente correspondiente a la

duda de si tal será el sentido de esta obligación real, despojada de la conexión con aquella idea de *obligatio rei* y conectada con las características de la relación usufructuaria.

Frente a esta tendencia, de acuerdo con la idea del *cuasicontrat de jouissance*, explica MICHON −trayendo a colación los textos romanos con evidente intención polémica, como contrarios, aunque acaso la diferencia no sea tanta− que en el derecho tradicional francés, el usufructuario debe devolver la cosa (así ocurre, en general, para cualquier abandono en las relaciones de concesión de tierras propias del derecho intermedio) *en bon état de réparations*. No es posible, por lo tanto, cuando se renuncia, liberarse de la obligación de atender a las reparaciones ordinarias, más que para el futuro[2066]. La idea se recoge mayoritariamente en la doctrina comparada, y en la nuestra desde MANRESA hasta BELUCHE: la renuncia no podría liberar de la deuda por gastos y reparaciones ordinarias actualmente necesarias[2067]. Y, me parece, hay que aceptar esta doctrina, aunque pienso que no se debe abandonar la cuestión sin antes hacer algunas observaciones pertinentes para la comprensión de esta materia.

Conviene observar cuáles son las reparaciones a que está obligado el usufructuario. En los textos romanos, su actividad obligatoria, como ha ilustrado GROSSO, se centra en torno a la idea de *modica refectio*. Debe hacer las reparaciones necesarias para tener en buen estado el edificio −la mayoría de los textos se refieren a esta hipótesis típica− aunque no responde ni nada debe por los deterioros producidos por el natural envejecimiento de las cosas (límite negativo de la obligación). Pero al plantearse en qué medida el usufructuario viene obligado a mantener aquel buen estado, interviene (límite positivo) aquel concepto de *modica refectio*, que, significativamente "*viene avvicinato a quello dello stipendium, del tributum, del solarium e degli alimenta ab ea re relicta*". Resulta, de estos y otros textos, que nos encontramos ante "*riparazioni che rientrano nella ordinaria manutenzione della*

---

esfera propia de las obligaciones reales. En la *cautio damni infecti*, y sobre todo en materia de comunidad, se presenta como liberación y también sanción a quien se desentiende de una obligación-responsabilidad real.

[2066]Cfr. MICHON, *op. cit.*, nn. 68 y ss., 94-96.

[2067]Cfr. DEMOLOMBE, *Cours..., cit.*, X, n. 576; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, *Traité..., VI, cit., n. 680*; RIEG, A., voz "*Usufruit*", *Enciclopedia DALLOZ, IX*, 1991, n. 363; VENEZIAN, G., *Usufructo, uso y habitación*, II, Madrid, 1928, p. 531; NICOLO, R., y GIORGIANNI, M., voz "*Usufrutto*", *Nuovo Digesto Italiano*, XII-2, p. 794; MANRESA, *Comentarios..., IV, cit.*, pp. 431-432; MARIN GARCIA DE LEONARDO, *op. cit.*, pp. 834-835; BELUCHE RINCON, *op. cit.*, p. 176 y ss.

cosa, che rientrano in quelle spese di ordinaria amministrazione che si intendono incidere direttamente sul reditto dell'anno"[2068].

En algunos códigos modernos se ha utilizado un sistema casuístico a la hora de determinar la distinción, ya consagrada, entre reparaciones ordinarias y extraordinarias[2069]. En nuestro Código, sin embargo, con un criterio que ha sido bien valorado en la doctrina, se consideran ordinarias, en general, las reparaciones que procedan del uso natural de las cosas y sean necesarias para su conservación[2070].

Para concretar estos criterios en primer término se ha distinguido este supuesto del recogido en el art. 481 CC[2071]. Y después, la doctrina recoge características como las propuestas por DEMOLOMBE o PUGLIESE[2072]: La normalidad del gasto, según la previsión consentida por la experiencia común, para un administrador cuidadoso que destina parte del rendimiento a las reposiciones previstas; su finalidad *ad utilitatem praesentis temporis* (más que *ad perpetuam utilitatem*[2073]) y su cuantía moderada, en relación con la renta[2074]. Si tenemos esto en cuenta, difícil será imaginar un usufructuario abandonante frente a una situación de gasto ordinario, cuando le resultaba previsible y

---

[2068]Cfr. GROSSO, *Usufrutto..., cit.*, n. 24.

[2069]Cfr. art. 606 *Code civil*; art. 504 CCI de 1865. Sin embargo el art. 1005 del CCI vigente presenta una lista de reparaciones extraordinarias sólo a título de ejemplo, sin concluir, como hacía el anterior igual que el CCF, que los supuestos no comprendidos en la lista de reparaciones extraordinarias se consideren ordinarias.

[2070]Cfr. art. 500 CC. *vid.* MARIN GARCIA DE LEONARDO, *op. cit.*, p. 832; BELUCHE RINCON, *op. cit.*, pp. 158-159, 198-200.

[2071]Cfr. MANRESA, *Comentarios..., IV, cit.*, pp. 380-381; DORAL, *Comentarios..., VII-1, cit.*, 1992, p. 284.

[2072]*vid.* BELUCHE RINCON, *op. cit.*, pp. 162-163; PUGLIESE, *Usufrutto..., cit.*, 1954, pp. 464-466.

[2073]Aunque este criterio, resaltado por VENEZIAN, no termina de convencer a PUGLIESE.

[2074]Esta correlación con la renta enlaza con la justificación económica de la obligación de acuerdo con el *cuasicontrat de jouissance*, y puede tener su virtualidad como criterio interpretativo. Pero no ha de entenderse en sentido estricto, como sí hace el art. 1472 del Código civil portugués: "*Nao se consideram ordinárias as reparaçoes que, no ano em que forem necessárias, excedam dois terços do rendimento líquido desse ano*". Porque la escasez de frutos, en un momento dado, no impediría al administrador diligente ir destinando una parte de los que obtenga en años sucesivos, a esos cuidados. Cfr. BELUCHE RINCON, *op. cit.*, p. 157; PUGLIESE, *Usufrutto..., cit., 1954*, p. 466.

puede afrontarlo normalmente con los frutos. Es más, no tendría sentido su liberación por abandono, pues resulta evidente la conexión de esta obligación (gasto previsible, utilización del rédito) con la diligencia que se le impone en todo momento. Si el gasto procede del uso natural de las cosas, natural resulta, conforme al *cuasicontrat de jouissance*, que tiene aquí especial aplicación, que las rentas en primer término solventen esta cuestión[2075].

Ahora bien, como ha explicado la doctrina más autorizada, en el uso natural de las cosas no se comprende sólo el deterioro producido «personalmente» por el usufructuario (más allá del natural «envejecimiento» −a pesar del uso diligente− del art. 481 CC), sino aquellos acontecimientos relativamente imprevistos, pero que pueden o suelen acaecer de acuerdo con las características de las cosas en explotación[2076]. Lo acontecido naturalmente, no está al margen de los cuidados que se esperan del usufructuario, como ocurre, por ejemplo, con situaciones de inundación o tormenta que, si bien no habituales, puedan producirse de cuando en cuando en la región en que se encuentra la finca[2077].

¿Cabría postular un espacio intermedio, relativo a ciertas reparaciones ordinarias que entrañaran mayor importancia económica (arreglo de vidrieras rotas, escaleras...[2078]) y producidas por cierto acontecimiento menos ordinario, aunque responda a las circunstancias de una cierta normalidad? Es cierto que la obligación a que venimos refiriéndonos se integra en el *cuasicontrat de jouissance*, pero también que, en sentido estricto, el deber no

---

[2075]Sobre el engarce de esta obligación en el *cuasicontrat de jouissance*, y su relación con la obligación de diligencia, *vid.* DEMOLOMBE, *Cours..., X, cit.*, n. 552 bis; MANRESA, *Comentarios..., IV, cit.*, p. 422; MARIN GARCIA DE LEONARDO, *op. cit.*, p. 834. Un resumen de la cuestión, en BELUCHE RINCON, *op. cit.*, pp. 153 y ss., y allí, más referencias. La diligencia exigida por el art. 497 CC no se refiere sólo al estilo del goce, nos da la medida de los cuidados de mantenimiento que ha de afrontar el usufructuario, como explica, de forma admirable, PUGLIESE, *Usufrutto..., cit., 1954*, p. 461 y ss.

[2076]Por ello, respecto a la primera de las características antes señaladas, DEMOLOMBE señalaba que las reparaciones ordinarias son «en alguna medida» regulares y periódicas, y «es posible que un propietario inteligente pueda preverlas». También PUGLIESE se orienta en el sentido de la relativa previsibilidad.

[2077]*vid.* MANRESA, *Comentarios..., IV, cit.*, p. 430; MARIN GARCIA DE LEONARDO, *op. cit.*, p. 833.

[2078]Son algunos de los ejemplos que pone BELUCHE RINCON, *op. cit.*, p. 163. Aunque por ejemplo, la STS de 30 septiembre 1987 considera reparación extraordinaria el arreglo de un ascensor.

va conectado a la recepción de frutos tal o cual año[2079]. Para un administrador cuidadoso, que en un momento dado el bien no haya producido tanto, no le impedirá dedicar parte de los rendimientos de los ejercicios siguientes a atender esa reparación concreta, si no puede destinar lo obtenido con anterioridad. Ahora bien, ¿no sería posible aquí abandonar y liberarse...? Puesto que, en puridad, el usufructuario no viene obligado a ir apartando parte del fruto para eventuales gastos «menos previsibles», y las rentas las va a obtener en adelante el nudo propietario...

Pienso que sería posible, en teoría, defender ese territorio intermedio, de gastos ordinarios de conservación respecto de los cuales, sin embargo, producida la necesidad del gasto, el usufructuario podría renunciar, inmediatamente, y no tendría que hacerlos. No se habría formado, respecto de ellos, el *cuasicontrat de jouissance*. Aunque, en la práctica, resulta difícil imaginar un abandono para eludir un gasto que, de cualquier manera, ha de ser módico. Ahora bien, para esto es preciso que la renuncia fuera inmediata. Si el usufructuario continuara su disfrute, automáticamente estaría integrando ese gasto en el ámbito de aquel *cuasicontrat*, en la esfera de su gestión diligente.

Cuestión muy distinta sería que el usufructuario pretendiera terminar el usufructo, sin haberse ido ocupando de las ordinarias reparaciones, del tipo que fueren, hasta ese momento. Lo que resulta evidente cuando el propietario hubiera tenido que ocuparse de la reparación, generando un crédito que puede exigir inmediatamente (no ha de esperar al fin del usufructo)[2080]. En derecho romano, como hemos visto, algún texto señala que el usufructuario dispuesto a abandonar puede exonerarse incluso tras la reclamación o una demanda. Sin embargo, la solución parece referirse a supuestos en que manifiesta su intención inmediatamente, o bien un caso de ausencia en que se hubiera ocupado el propietario del cuidado de los bienes. Por ello, también en estos casos el abandono se produce en el tiempo adecuado. Ahora bien, ¿que pasaría si el usufructuario no ofreciera el abandono, continuara su disfrute y pretendiera luego devolver la cosa en mal estado? Para esta cuestión, aunque un texto concreto de POMPONIO nos habla, sin más, de la imposibilidad de exonerarse de los pagos debidos por comportamiento negligente o doloso del usufructuario en el goce de la cosa, GROSSO, profundo estudioso del usufructo, entiende que puede deducirse, en general, que ha ido más allá del criterio de *uti frui*

[2079]Cfr. PROUDHON, *Traité..., IV, cit.*, n. 2190.

[2080]Cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil, III-2, cit.*, p. 27, nota 29; BELUCHE RINCON, *op. cit.*, p. 184.

arbitratu boni viri quien pretende devolver la cosa sin haber ido cumpliendo las reparaciones ordinarias[2081]. Por tanto, de acuerdo con esta visión, la solución moderna no está alejada de la que ofrecen los textos romanos.

En la doctrina francesa próxima a la codificación, en línea distinta a la contraposición que, con intención de resaltar el efecto vinculante del *cuasicontrat de jouissance*, realiza MICHON, algún autor, como PRODHON, trata de combinar los criterios, me parece, de forma semejante a como aquí se ha hecho[2082]. Ahora bien, este autor recibe el influjo de POTHIER. Frente a LOYSEAU, que no admitía abandono sin dejar los bienes en perfecto estado de reparaciones[2083], POTHIER intenta cierta flexibilización, aunque en realidad, parece mínima: se plantea si, dado que son carga del disfrute, podría el usufructuario exonerarse de los gastos necesarios hasta ese momento abandonando la cosa y todos los frutos percibidos, y así lo ha discutido a veces la doctrina hasta hoy[2084]. Pero, por un lado, como explica BELUCHE, que los gastos desde el punto de vista económico, se detraigan de la renta, como *ratio* del criterio, esto no significa que haya de llevarse hasta las últimas consecuencias esta idea, para la interpretación; porque el usufructuario que pretendiera, como parece defender POTHIER, solventar su negligencia e incumplimiento durante el usufructo devolviendo todo el fruto, además del *fructus* ha tenido el *usus*, y la simetría no se cumpliría[2085]. Esto, considerando la cuestión en abstracto. Pero, en concreto, entiendo que POTHIER expresaba, sólo que de otra manera, una negativa a la exoneración, dada la

---

[2081]Cfr. GROSSO, *Usufrutto..., cit.*, pp. 170-171.

[2082]*vid.* el tratamiento de la cuestión, en PROUDHON, *Traité..., IV, cit.*, n. 2182 y ss., especialmente, nn. 2188-2192.

[2083]En línea con la *Coutume de Paris*. *Vid*. MICHON, *op. cit.*, n. 95-96.

[2084]Cfr. POTHIER, *Oeuvres, cit., Traité du Douaire*, n. 237. Aunque −señala MICHON− a la vista de otros pasajes de POTHIER, se comprueba que no era una idea firme. Cfr. MICHON, *ibidem*, n. 96. Entre los exégetas, la idea de POTHIER se acoge por LAURENT, *Principes..., VI, cit.*, n. 547.

[2085]Es el argumento, para la crítica de POTHIER, de la mayoría de los exégetas. Cfr. DEMOLOMBE, *Cours..., X, cit.*, n. 578; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, *Traité..., VI, cit.*, n. 680; y lo recoge BELUCHE, junto con otros más generales expuestos en el texto, cfr. BELUCHE RINCON, *op. cit.*, pp. 173, 180-181. Además, señala con agudeza que si la devolución final de frutos permitiera al usufructuario despreocuparse de las reparaciones ordinarias, estaría haciendo un daño al propietario, entregándole al final bienes acaso poco productivos para lo sucesivo.

dificultad real de devolver todos los frutos percibidos en una situación de defecto de reparación. Si sólo es posible liberarse así, parece que resulta, *in concreto*, imposible.

Ahora bien, si de lo que se trata, como aquí se ha sostenido, es de aquel usufructuario diligente que abandona inmediatamente después de cierto deterioro concreto, cabe pensar que, como mucho, bastaría entregar los frutos del último ejercicio, y aún ni eso, pues corresponden al dueño los frutos pendientes[2086].

Por último, al reflexionar sobre el abandono liberatorio en general, resulta interesante aquí observar que, a diferencia de lo que ocurre en otras relaciones, no funciona igual el abandono liberatorio para el pasado, lo que comprobamos en diversos casos y por distintas razones, todas conectadas con la propia caracterización del usufructo. En primer lugar, como se ha visto, no cabe o es muy dudoso, hablar de exoneración en las reparaciones ordinarias, y en esto acierta BELUCHE cuando, criticando la doctrina portuguesa, no admite la aplicación de los criterios del art. 395 CCE para este caso[2087]. En segundo lugar, cuando se nos está hablando de obligaciones que se cumplen «al fin del usufructo», qué sentido tiene abandonar para liberarse, si precisamente las prestaciones han de realizarse porque el usufructo toca a su fin.

De todas formas, en cambio, sigue siendo muy útil aquí la idea de abandono liberatorio como «criterio» de la obligación real, en el sentido que explica MICHON, para los casos de agravación convencional de las obligaciones ordinarias de esta forma de reparto. Adquiere toda su virtualidad la distinción que mostró también, después, BRETON, entre obligaciones reales vinculadas a la propiedad, y al goce.

Mientras la ley establece un marco obligacional mínimo, las partes, o el constituyente pueden muy bien, utilizando el usufructo para variados fines, establecer un sistema complejo de obligaciones. La agravación del régimen ordinario se manifiesta especialmente cuando el propietario las asume. Entonces, solamente llegado el caso y el instante de la prestación concreta, el propietario o usufructuario pueden calibrar si la obligación negocial, en principio acorde con el equilibrio de intereses concreto en el reparto −sólo esta adecuación justificaría su fijación como obligación real− resulta desproporcionada. Poder

---

[2086]Acaso esta era la línea de pensamiento de DE BUEN, D., voz "Usufructo", *Enciclopedia Jurídica Seix, cit.*, XXX, 1964, p. 599. Mientras que SANCHEZ ROMAN parece decantarse por la solución de POTHIER, cfr. SANCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho civil, III*, Madrid, 1900, p. 586.

[2087]Cfr. BELUCHE RINCON, *op. cit.*, pp. 177-179.

entonces desligarse de atribución y débito, es la prueba de que nos encontramos en presencia de un reparto, y no de una relación contractual personal. La posibilidad de abandono es la frontera. Y esto ocurre aunque la contraparte haya tomado la iniciativa del gasto o la prestación, y solicite después el reembolso. Estaríamos en presencia de una *ratio* similar a la del art. 395 CC.

Otra cosa es que, si en ese momento en que, siendo la obligación nacida y exigible, el obligado no abandona y genera una expectativa que, por ejemplo, da lugar a un desembolso, ya no podría, por esta vez, liberarse, o habría que pensar en otras consecuencias. En casos de utilización del usufructo para ordenar peculiares repartos de uso y goce, lo lógico es que en el Título se concrete todo esto un poco más, pero entiendo que siempre hay que dejar un momento para la posible liberación por abandono.

El contenido obligacional y la enajenación del usufructo

Hay que analizar también qué ocurre con las obligaciones del usufructuario en caso de transmisión. No es fácil encontrar referencias acerca de esta cuestión, porque además, hasta hace relativamente poco tiempo, como sabemos, la relación usufructuaria desplegaba un influjo tan decisivo sobre el derecho que éste era intransmisible, pudiendo sólo concebirse la cesión de su ejercicio, o el arrendamiento de finca usufructuada. Sin embargo, los codificadores tratan de modificar un poco, parece, esta construcción, y se plantean un usufructo objeto de tráfico. Por ello, a partir del *Code civil*, se nos habla de la posibilidad de transmitir, de enajenar, de hipotecar, por más que en la realidad puedan parecer escasos estos fenómenos[2088].

En nuestro derecho, aunque se admite la enajenación del derecho de usufructo (arts. 480 y 498 CC) la transmisión presenta muy particulares características, por cuanto la relación usufructuaria originaria sigue desplegando un influjo innegable, aunque pueda «ingresar» en ella un nuevo usufructuario: la duración del derecho se conecta −aunque en el título otra cosa podría decirse− con la vida del «usufructuario por antonomasia» (el primero), y éste permanece respondiendo del cumplimiento de las obligaciones por la

[2088] *Vid*. el resumen de estas cuestiones en MARIN GARCIA DE LEONARDO, *op. cit.*, p. 857 y ss.; DORAL, Comentarios..., VII-1, cit., p. 267 y ss.; PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "Enajenación del usufructo y el Código civil", *Centenario del Código civil, II*, Madrid, 1990, p. 1593 y ss. El planteamiento de nuestro legislador en este punto puede rastrearse en MANRESA, *Comentarios..., IV, cit.*, p. 370 y ss.

persona que le sustituya (no sólo en caso de arrendamiento, también para la enajenación, e incluso −según algunos− para la hipoteca). Esto trata de explicarse, en un modo de razonar característico de relaciones personales, como un contrapeso a la facultad de enajenar, para no perjudicar los intereses de un propietario que no tendría por qué manifestar o no su beneplácito a ese «cambio de deudor»[2089].

Aunque la relación usufructuaria siga viva respecto del titular primigenio, o con él (porque no se ha «marchado» del todo y por esto, es muy dudoso que pueda −salvo intervención del propietario en tal sentido, o previsión en el título constitutivo− retirar su fianza), en opinión de buena parte de la doctrina, en realidad, este precepto excepcional (el art. 498 CC) no impediría una auténtica transmisión. Para algunos otros, sin embargo, estas peculiaridades están significando que no se produce más que la cesión del *émolument*[2090], de tal manera que el primitivo usufructuario, con quien se traba la relación, está presente a todos los efectos hasta el final, con independencia de la acumulación de obligación y responsabilidad para el cesionario, en lo que pueda corresponderle.

Es doctrina mayoritaria, sin embargo, la primera. En consecuencia, habría que afirmar que "en la enajenación onerosa o gratuita del usufructo hay algo más que una cesión de su ejercicio: las obligaciones y los derechos nacen directamente en contra o a favor del cesionario, nuevo usufructuario, relacionándole con el nudo propietario: es el cesionario quien, si no se ha otorgado el inventario o prestado garantía, habrá de hacerlo (y muy

---

[2089]Cfr. MARIN GARCIA DE LEONARDO, *op. cit.*, p. 864, citando a GARCIA GOYENA, F., *ad*. art. 453 del Proyecto de 1851, Concordancias..., *cit.*, I, Madrid, 1852, p. 401. La doctrina mayoritaria acepta la idea de enajenación, pero presenta las dudas que ofrecen estas particularidades. Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 265; ALBALADEJO, *Derecho civil, III-2,* pp. 37-39; LACRUZ-RIVERO, *Elementos..., cit.*, pp. 35-36. ATIAS, *Les biens, I, cit.*, n. 124. Siguiendo la orientación de DE CASTRO, la doctrina explica que nos encontramos ante una transmisión peculiar, en que quien enajena el derecho no desaparece sin embargo de la relación usufructuaria de la que el derecho depende, y que le sigue vinculando al propietario. Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 577-578; ORTEGA PARDO, G.J., "La hipoteca del usufructo y su extinción", *RDP*, 1946, pp. 822-838; MADRIDEJOS SARASOLA, J., "Los derechos personalísimos", *RDP*, 1968, pp. 270-285; PEREZ DE VARGAS, "Enajenación...", *cit.*, p. 1612 y ss.

[2090]Cfr. PLANIOL, M., RIPERT, G., PICARD, M., *Traité pratique de droit civil français*, III, 2ª ed., Paris, 1952, n. 813; BELTRAN DE HEREDIA, J., "Usufructo sobre usufructo en la legislación española", *RDP*, 1941, p. 299; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, IV, 6ª ed., p. 398.

verosímilmente, esta última aunque la haya prestado ya el cedente). El usufructuario cesionario responderá directamente en concepto de tal, según el art. 497, y liquidará con el nudo propietario todos los daños, deterioros y reparaciones al acabar el (su) usufructo, siquiera sea con la responsabilidad adicional (subsidiaria) del cedente"[2091].

No contamos, sin embargo, en nuestro derecho con un precepto semejante al del CCI de 1942, que tiene la particularidad de intentar plantear e imaginar una verdadera transmisión[2092], lo más parecida posible, entiendo, a la de cualquier elemento patrimonial traficable, pero sin olvidar la presencia de la relación usufructuaria[2093]. La transmisión −explica PUGLIESE− hace pasar al cesionario también las obligaciones de carácter personal conectadas con el usufructo. Son obligaciones reales. Aunque, sigue PUGLIESE, esto era contestado por la antigua doctrina, que "*non si era forse resa ancora conto*" de la diferencia entre cesión del ejercicio y del derecho. Ahora bien, en Italia, una vez notificada la enajenación al propietario, el usufructuario primitivo sale de la relación y es verdaderamente sustituido por el nuevo. No encontramos aquí precepto con igual alcance que nuestro art. 498, y sin embargo, sí se trata de buscar la solución a las posibles dudas acerca del cumplimiento de las obligaciones.

De acuerdo con este régimen, distingue PUGLIESE tres momentos[2094]: antes de la transmisión, único obligado para con el nudo propietario es el cedente. Está claro que si en tal tiempo se producen incumplimientos por su parte, él solo queda responsable frente al propietario. Verificada aquella, pero mientras todavía no se haya dado notificación al propietario, se establece una responsabilidad solidaria de cedente y cesionario. Para PUGLIESE, en este momento, en la relación interna entre ambos, las obligaciones están, sin embargo, a cargo del cesionario. Después de la notificación, las obligaciones se concentran en el cesionario, salvo responsabilidad del cedente por incumplimientos anteriores. La ley libera al cedente con la notificación al nudo propietario, aunque "si el legislador hubiese meditado mejor sobre esta materia −sigue PUGLIESE− habría

---

[2091]LACRUZ-RIVERO, *Elementos..., III-2, cit.*, p. 36.

[2092]Nuestro legislador ha considerado más probable el arrendamiento que la transmisión.

[2093]"*L'usufruttuario può cedere il proprio diritto per un certo tempo o per tutta la sua durata, se ciò non è vietato dal titolo costitutivo.*

La cessione dev'essere notificata al proprietario; finché non sia stata notificata, l'usufruttuario è solidalmente obbligato con il cessionario verso il proprietario". Art. 980 CCI.

[2094]Cfr. PUGLIESE, *Usufrutto..., cit.*, p. 396 y ss.

establecido que el cedente deba quedar obligado solidariamente con el cesionario, no sólo hasta la notificación sino hasta la prestación de nuevas garantías"[2095].

Como vemos, se están planteando las consecuencias de una verdadera transmisión, y, en la medida en que esto es posible también en nuestro derecho, la doctrina ha echado en falta un precepto semejante al del Código italiano[2096]. La transmisión, entiende ALBALADEJO, habría de dar lugar a la sustitución de la fianza anterior por otra prestada por el nuevo[2097]. En definitiva, parece lógica en este caso la notificación e intervención del propietario, que podrá valorar el estado de las cosas en tal momento, exigir al cedente las responsabilidades procedentes, e iniciar la «nueva» relación con el adquirente, por más que la relación que marca el usufructo sea la primigenia.

Sin embargo, en nuestro sistema, mientras no se diga otra cosa (todas estas cuestiones podrán sólo tener resolución en el título constitutivo) la relación primigenia pervive de forma muy especial, manteniendo la presencia −aunque pueda considerarse, en segundo plano[2098]− del usufructuario primitivo. Por ello, por más que encontremos datos legales e interpretativos que permitan sostener la enajenabilidad del derecho, sigue faltándole algo para equipararse a cualquier otra verdadera transmisión[2099]. RIPERT-PICARD han podido

---

[2095]Cfr. PUGLIESE, *Usufrutto..., cit.*, p. 399.

[2096]Cfr. MARIN GARCIA DE LEONARDO, *op. cit.*, p. 863.

[2097]Cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil, III-2*, p. 22. En sentido parecido, aunque con otros argumentos, PROUDHON, *Traité..., II, cit.*, n. 851.

[2098]Según MANRESA, "las reparaciones ordinarias, gastos de contribución, devolución de los bienes son obligaciones que pesan directamente sobre el nuevo usufructuario, aunque el que enajenó quede como una especie de fiador suyo". Cfr. MANRESA, *Comentarios..., IV, cit.*, p. 423. Hablan de responsabilidad adicional subsidiaria, LACRUZ-RIVERO, *Elementos..., cit.*, p. 36, y ALBALADEJO, *Derecho civil, III-2, cit.*, p. 41. Por el contrario, MARIN GARCIA, igual que PROUDHON piensa que ambos son responsables por el todo, dejando a salvo el reparto interno, pues el usufructuario cedente sigue directamente obligado con el propietario, y el cesionario ha ingresado en la misma relación. Cfr. MARIN GARCIA DE LEONARDO, *op. cit.*, pp. 864-865; PROUDHON, *Traité..., IV, cit.*, n. 2194. Por fin, PEREZ DE VARGAS sostiene que el usufructuario originario siempre es el «primer obligado», "Enajenación...", *cit.*, p. 1613.

[2099]Así, por ejemplo, si el bien ha sido puesto en administración del propietario, en el supuesto del art. 520 CC, existe la tendencia a pensar que quien transmite sólo puede ceder el derecho a recibir los rendimientos de esa administración, sin que el adquirente pueda exigir la posesión de los bienes argumentando que el abuso que motivó la situación correspondía al anterior titular. Sin embargo, si hay que aceptar la idea de una auténtica transmisión, parece que

afirmar que discernir si se trata de enajenación o cesión del contenido económico, ante la peculiaridad de la específica normativa en la materia, es sólo una *question de mots*[2100]. Y por ello, LACRUZ-RIVERO entienden, igual que la mayoría de la doctrina francesa, que no tiene sentido la cancelación de la fianza, aunque puede solicitarse otra garantía al adquirente[2101].

Podemos extraer de lo dicho dos conclusiones. En primer lugar, la posibilidad de una transmisión radical, pero subordinada a las previsiones del Título constitutivo (en éste puede destinarse el usufructo para una o varias personas, simultánea o sucesivamente...) En segundo lugar, que en nuestro régimen legal el usufructuario primitivo permanece presente hasta la liquidación final, manifestación de la influencia de la relación sobre el derecho, que despliega una serie de consecuencias susceptibles de unificación como corolarios de lo que sería posible denominar característica *unicidad del usufructo*[2102].

Este criterio decisivo habrá de combinarse adecuadamente con el de la personalización de los contenidos obligacionales, para obtener la guía de las soluciones concretas en esta materia.

La enajenación del derecho sitúa al adquirente como obligado, y le vincula directamente con el propietario, para todas las cuestiones y contenidos que no correspondan a un incumplimiento de que deba responder únicamente el cedente. Ciertas obligaciones (devolución de las cosas) o derechos relacionados con ellas (derecho de retención) tienen sentido para el último usufructuario, y en conexión con quien fuere propietario en tal momento[2103]. De acuerdo con la idea de transmisión, pero también con el peculiar sentido

---

sería posible hacer la reclamación, aunque, es curioso, incluso los autores italianos que defienden esta posibilidad entienden que el adquirente puede exigir la posesión de las cosas si está dispuesto a dar garantías y pagar los daños y perjuicios. Cfr. PUGLIESE, *Usufrutto..., cit.*, p. 397, nota 7.

[2100]Cfr. PLANIOL-RIPERT-PICARD, *Traité Pratique..., III*, 2ª ed., Paris, 1952 n. 813.

[2101]Cfr. LACRUZ-RIVERO, *Elementos..., cit.*, p. 36; DIEZ-PICAZO-GULLON, *Sistema..., III, cit.*, 1995, p. 405; MARIN GARCIA DE LEONARDO, *op. cit.*, p. 864, citando a CORNU. Sin embargo, para PROUDHON, la fianza legal hay que interpretarla en sentido estricto, y no tendría sentido su mantenimiento tras la transmisión. Cfr. *Traité..., cit.*, II, n. 851.

[2102]Idea apuntada por COSSIO, "La nuda propiedad", *cit.*, p. 769.

[2103]Mientras en las relaciones de reparto por tiempo indefinido, al no vislumbrarse el final de la relación resulta más acuciante plantear cortes en el tiempo para asignar cada cumplimiento al deudor concreto, existen otras (usufructo, derecho de superficie) que aparecen como un

del usufructo, hay que sostener que el adquirente viene llamado a resolver las relaciones en la liquidación final, con quien fuere entonces propietario, pero también estará presente el usufructuario primigenio, a quien se devolverá, en su caso, su fianza[2104].

Esta presencia de ambos implicados en la relación, permite en ese momento un deslinde de ciertas responsabilidades. Ahora bien, siempre, la ley sitúa al usufructuario primigenio, frente al propietario, como obligado por cualquier incumplimiento de quien le sustituya. El propietario podrá dirigirse al final contra cualquiera de los dos en caso de incumplimiento por parte del adquirente.

Pero no sucede lo mismo al revés. Habrá que plantearse entonces, qué ocurre cuando, por no haber realizado en su momento, el primer usufructuario, los pertinentes gastos de reparación, el propietario, después de exigírselo, hubo de afrontarlos. La deuda surgida en este caso, parece que se ha personalizado suficientemente en el primer obligado, y ha de separarse de las demás en el balance general de la liquidación. La situación (requerimiento y actuación del dueño) revela un específico incumplimiento del usufructuario concreto respecto a la diligencia exigible, será a este a quien debe exigirse tal reembolso, lo que, no olvidemos, puede hacer el propietario desde el primer momento[2105]. Igual ocurriría en relación con el pago de intereses *ex* art. 502, o cuando en el Título se concretó una cantidad anual a pagar para reparaciones. O para responsabilidades que, derivadas del incumplimiento de obligaciones, recaen en el titular anterior, como las consecuencias de no haber dado aviso al propietario, cuando fuere necesario.

A pesar de la idea de enajenación, como hemos indicado, los datos legales de que disponemos no permiten solventar las cuestiones como si, verdaderamente, un

---

intermedio entre dos propiedades, en que se abre un paréntesis de participación en las utilidades de la cosa y se cerrará con la liquidación correspondiente. En estos casos, buena parte de las obligaciones van como arrastrándose en el tiempo y permanecen en la relación hasta su exigencia definitiva en la liquidación final. Otras se transmiten siempre, porque, de acuerdo con su sentido, sólo interesa que cumpla y pueden exigirse siempre al titular actual (igual que la constitución de servidumbres forzosas) o, sencillamente, entran en juego al final de la relación de reparto (obligación de devolver...).

[2104]Para una descripción general de la liquidación final, *vid*. ALBALADEJO, *Derecho civil, III-2, cit.*, p. 59 y ss.; RODRIGUEZ MARIN, *Liquidación de gastos..., cit.*, p. 104 y ss.

[2105]Ahora bien, ¿habrá que contar desde el momento de la actuación del propietario, el plazo de prescripción? Entiendo que, afirmada la presencia del usufructuario primigenio en la liquidación final, pudiera sostenerse que la prescripción empezara a correr desde ese momento.

usufructuario hubiera sido sustituido por otro. Si, interpretando la actuación de los implicados, hubiera que llegar a esta conclusión, sería lógico entender que el usufructuario transmitente ha traspasado al adquirente todas sus pretensiones por razón del usufructo, para la liquidación final, y, en contrapartida, que el propietario puede exigir a ese adquirente las sumas (intereses, etc.) previstas en la ley, por todo el usufructo. Al último usufructuario correspondería cobrar los créditos contra el propietario por reparaciones extraordinarias (art. 502 CC) realizadas en cualquier tiempo del usufructo, porque, además, hay que esperar al final para calibrar el aumento de valor de los bienes, compensar desperfectos con mejoras... Igualmente, salvo que el incumplimiento personalice la deuda a través de un gasto concreto verificado por el propietario[2106], si se trata de pequeños deterioros que no motivaron su intervención, el adquirente asume el incumplimiento que derivara del cedente, y lo continúa como responsable al final.

Por ello, es interesante el sistema italiano, que desde la notificación al propietario, clarifica las responsabilidades, quedando mientras tanto, frente a aquél, transmitente y adquirente como deudores solidarios. En nuestro derecho, siempre aparece en la liquidación el usufructuario primigenio, junto al cesionario. De acuerdo con MARIN GARCIA, hay que pensar que frente al propietario, en la liquidación, aparecen ambos responsables por el todo: el usufructuario por la vía del art. 498 y el cesionario "porque ha subentrado en la posición del usufructuario obligándose a lo mismo"; ahora bien −y aquí entraría la exención de las responsabilidades que pueda probarse corresponden exclusivamente a incumplimientos del cedente− "dependiendo su cuantía de la aplicación adecuada de la dogmática general de las obligaciones"[2107].

No conviene olvidar, sin embargo, la dificultad que puede tener una situación en que el usufructo pase por sucesivas transmisiones. En este caso, los criterios señalados sitúan como personajes decisivos, frente al propietario, al usufructuario primigenio y al último[2108]. Para estos supuestos, parece imprescindible que el título constitutivo que haya previsto estas posibilidades, contenga reglas concretas de trasferencia o personalización de los

---

[2106]En la compensación de desperfectos con mejoras, me resisto a pensar que este desembolso sea compensable, me parece que la regla se dirige a los deterioros actuales al finalizar el usufructo.

[2107]Cfr. MARIN GARCIA DE LEONARDO, *op. cit.*, pp. 864-865.

[2108]La liquidación parece que se realiza con el último. Pero está presente la responsabilidad del primero... ¿Y el segundo, quien ha sido usufructuario en el intermedio...?

deberes. Así ocurrirá en el usufructo sucesivo «impropio» (encadenamiento de sucesivos usufructos distintos) que DORAL distingue del propio (sustitución fideicomisaria en el mismo usufructo)[2109]. Como existen varios usufructos sucesivos, entiendo que lo lógico será, al final de cada uno, verificar la liquidación correspondiente con cancelación de la fianza anterior y constitución de una nueva por quien inicia el nuevo usufructo.

Construcciones de este tipo, u otras, podrían prestarse a la utilización del usufructo para variados fines. Pensemos, por ejemplo, en un usufructo compartido y dividido en el tiempo para utilizar y explotar una finca. El nudo propietario, que podría ser una persona jurídica, controlaría así a través de su crédito a la conservación de la sustancia, la actuación de los usuarios, sin poder, a su vez, perturbar (igual deber de conservar la sustancia) por cambios en los estatutos sociales, la seguridad del derecho de todos. Lo lógico será entonces que en el Título constitutivo se concreten exactamente las normas que regirán la sucesión en los goces, deudas, responsabilidades, rompiéndose aquel principio de la unicidad del usufructo, porque habría terminado de emanciparse definitivamente de su carácter personal y familiar. Pero para ello es necesario contar con alguna concreción más en el régimen, a través del título constitutivo, para hacerlo viable.

Posición del propietario

También el propietario tiene obligaciones en la relación, aunque "no es un deudor personalmente obligado frente al usufructuario, sino simplemente el dueño de un bien sometido a un gravamen"[2110]. Las que le afectan, en el esquema legal, no engarzan con el *cuasicontrat de jouissance*, se vinculan a la propiedad y a la idea de evitar un enriquecimiento injustificado o compensar el eventual aumento de valor de la cosa a causa del usufructo. Por esto su sentido «real», si se quiere, resalta aún más.

Dado el carácter residual de la nuda propiedad, en principio las obligaciones a ella vinculadas tendrán escasa importancia comparadas con las del usufructuario[2111]. Y algunas

---

[2109]Sobre usufructo sucesivo propio e impropio, cfr. DORAL, *Comentarios..., VII-1,* 1980, pp. 452-453; ALBALADEJO, *Derecho civil, III-2, cit.*, pp. 45 y ss.

[2110]Cfr. LACRUZ-RIVERO, *Elementos..., cit.*, p. 51.

[2111]Aunque parece exagerar −lo que resulta lógico si tenemos en cuenta el esquematismo real que domina la cuestión de las atribuciones en la Codificación− señala PLANIOL que "el usufructo es una carga real y no puede imponer obligación alguna al propietario". Cfr. PLANIOL, *Traité Pratique..., cit.*, n. 857. Respecto a las reparaciones, "sería poco lógico obligar

de las que se citan es dudoso que se puedan calificar propiamente o solamente de tales, como ocurre con el art. 489 CC, que básicamente −así lo entiende la generalidad de la doctrina− es un límite, no propiamente obligación[2112], aunque presente componentes o consecuencias, como criterio de concurrencia en el reparto, obligacionales[2113]. De todas formas, el esqueleto legal podría venir completado por otros contenidos en el título constitutivo, por ejemplo, en materia de cooperación con el usufructuario en la mejora de los bienes, donde el silencio del legislador, primero en el *Code civil* y después en el nuestro[2114], ha sido objeto de crítica y reflexión doctrinal[2115].

Normalmente −explica PUGLIESE− se trata de obligaciones sólo eventuales, por corresponder a situaciones en que el usufructuario ha afrontado determinadas actuaciones a que, estrictamente, no viene obligado: la ejecución de reparaciones extraordinarias, el pago de impuestos que gravan el capital...

Sin embargo, "*siccome il nudo proprietario può ancora compiere alcuni atti riguardo alla cosa e può disporne, egli deve valersi di tale facoltá in modo da no interferire con la*

---

al nudo propietario a hacer las reparaciones que vienen a ser necesarias durante el usufructo, y que corresponden a un período en el que no ha tenido el goce de la cosa". Menos maximalista, aunque también restrictivo, DE DIEGO, F. C., *Instituciones de derecho civil español*, I, 2ª ed, Madrid, 1941, pp. 417-418: "Las obligaciones del nudo propietario, o proceden del título constitutivo o de la naturaleza misma del usufructo, en cuanto éste es desmembración de la propiedad. Estas últimas son todas negativas, como corresponde a un derecho real respecto al dueño de la cosa gravada".

[2112]Por todos, ALBALADEJO, *Derecho civil, III-2, cit.*, p. 31, nota 37.

[2113]COSSIO, que trata de profundizar y resaltar la importancia de la nuda propiedad frente a su tratamiento en general bastante plano en la doctrina, indica el art. 489 como obligación, pero parece un tanto exagerado. Otra cosa será decir, como hace PUGLIESE, que expresa este artículo la relación de reparto usufructuaria, la exclusión pero también la concurrencia, como ocurre en la vecindad, o en la ordenación del uso de la cosa común... En definitiva, no es un límite rígido de exclusión, expresa también cooperación y tendrá corolarios y consecuencias obligacionales.

[2114]Sólo contempla la compensación con los desperfectos al final del usufructo, lo que paradójicamente puede llevar al usufructuario a comportamientos poco inspirados en la buena fe, en la última temporada del usufructo. Sobre este punto, *vid.* ALBALADEJO, "Compensación de desperfectos con mejoras en el usufructo", *ADC*, 1963, p. 1035 y ss.

[2115]Pudiera fijarse negocialmente un sistema como el previsto en el CCI de 1942, por ejemplo. Cfr. por todos LACRUZ-RIVERO, *Elementos..., cit.*, p. 38 y ss.

sfera dell'usufruttuario... Ecco allora la possibilitá di delineare un'obbligazione negativa che, limitando l'esercizio delle facoltà conservate al nudo proprietario, rappresenta un suo vincolo costante, anzichè soltanto eventuale". En esta línea, nuestro art. 489 CC presenta también la imbricación del límite de exclusión con un criterio obligacional simétrico al de la diligencia para el usufructuario del art. 497 CC. Como hemos visto, PUGLIESE habla sin ambages de una específica obligación (*obbligo*) que "estaba expresamente previsto en el art. 495, 1º CCI de 1865, siguiendo la huella del art. 599 del *Code civil*", norma que a VENEZIAN pareció superflua porque no hacía sino recordar un "*obbligo di tutti i membri della comunanza sociale*". "*A me sembra invece che si potesse e si possa tuttora individuare un obbligo specifico del nudo proprietario, il quale, pure nell'ambito in cui sono conservate facoltà di godimento e di disposizione, deve aver cura di non diminuire nè disturbare il godimento dell'usufruttuario. In linea generale il principio sembra ovvio e banale, ma i corollari, che nei luoghi opportuni se ne trarranno, hanno la loro importanza*"[2116]. Todo ello, que, en definitiva, supone el reconocimiento legal de la especial relación usufructuaria, y la imbricación en ella del límite legal y los contenidos obligacionales, como criterio que tiene desenvolvimiento en distintos corolarios, dependiendo de los usufructos concretos y del mayor o menor juego de las facultades del propietario, viene, a mi modo de ver, perfectamente plasmado en nuestro art. 489, mejor que en los códigos francés o italiano.

Las obligaciones concretas establecidas en el título, podrán tener mayor importancia en la medida en que el propietario, si así se ha previsto, participe en algún aspecto del goce y disfrute[2117]. Entre las previstas en la ley, varias están dirigidas a facilitar el goce y actividad del usufructuario: modo de realizar las obras y mejoras de que fuera susceptible la cosa usufructuada −art. 503 CC, concretado o no en el Título− obligación de facilitar el ejercicio y eventual éxito de la acción (art. 486), retirada de árboles en caso de siniestro (art. 484); otras se refieren a reembolsos a realizar al final, en la liquidación, que parece una concreción para el usufructo −con particularidades− de las reglas generales respecto a la

---

[2116]Cfr. PUGLIESE, *Usufrutto..., cit.*, pp. 401-402 y nota 2; 405 y nota 7.

[2117]Esto habría de dar lugar a revisar, por ejemplo, el reparto de ciertas cargas e impuestos... cfr. PUGLIESE, *Usufrutto..., cit.*, p. 404.

liquidación de la gestión posesoria[2118]. Reembolsos relativos a reparaciones extraordinarias hechas por el usufructuario, o impuestos pagados por él[2119].

Y no conviene olvidar la especial situación obligacional en que se encuentra el propietario cuando, ante determinadas circunstancias, se hace cargo de la administración de los bienes. En estos casos, el entramado obligacional es nada menos que el cauce concreto previsto por la ley para que discurra la relación y se satisfaga el interés del usufructuario. No sólo cuando su abuso obligue a tomar estas medidas (art. 520 CC), también en caso de falta de la obligada fianza (art. 494. 3 y 495)[2120]. Y, concretamente, tiene el propietario obligaciones de este género en caso de perecimiento del edificio (art. 517.3), expropiación (art. 519) o cuando fuere ejecutada la finca hipotecada (art. 509).

Se ha discutido si el propietario está obligado a hacer las reparaciones extraordinarias[2121]. Aunque cierta doctrina muy autorizada apunta esta idea[2122], no es este el

---

[2118]*Vid*. RODRIGUEZ MARIN, *Liquidación de gastos..., cit.*, p. 104 y ss.; ALBALADEJO, *Derecho civil, III-2, cit.*, p. 59 y ss.

[2119]Cfr. COSSIO, "La nuda propiedad", *cit.*, pp. 762-763. Respecto al pago de impuestos y contribuciones que graven al capital, puede plantearse si es verdaderamente una obligación frente al usufructuario, y no una obligación, sin más, que podrá tener luego sus consecuencias obligacionales en el usufructo. (En realidad, la obligación existiría también sin usufructo, lo único «novedoso» que hace la ley es obligar para los impuestos sobre la renta al usufructuario).

[2120]*vid.* el amplio tratamiento de los perfiles que reviste la relación en estos momentos, en BELUCHE RINCON, *op. cit.*, pp. 36 y ss., 58 y ss.; CATALA ROS, *El abuso..., cit.*, pp. 80 y ss.; 107 y ss.

[2121]*vid.*, por todos, BELUCHE RINCON, *op. cit.*, p. 186 y ss.

[2122]En Francia POTHIER, refiriéndose al *douaire*, cfr. *Oeuvres, cit., Traité du Douaire*, n. 276. Y la opinión aislada de LAURENT, *Principes... VI, cit.* n. 548. *Vid*. ATIAS, *Les biens, I, cit.*, n. 121. En España COSSIO, "La nuda propiedad", *cit.*, p. 762; GARCIA CANTERO, *Comentario..., I, cit.*, p. 1334; DOMINGUEZ PLATAS, *op. cit.*, p. 134; PUIG BRUTAU: "tratándose de reparaciones extraordinarias, surgen derechos de crédito tanto en el caso de cumplimiento normal de la obligación, o sea, por parte del propietario, como en el caso de suplir la omisión de éste el usufructuario". Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos..., III-2,* 3ª ed., 1979, *cit.*, pp. 328-329. DORAL presenta una argumentación oscura, tratando de combinar, parece, ambas opiniones: El nudo propietario no tiene, en principio, obligación de hacerlas, pero si su falta impide u obstaculiza el goce al usufructuario, sí tiene esta obligación. Después, sin embargo, es difícil encontrar la idea de obligación en DORAL. Solamente, en caso de

parecer mayoritario de la doctrina ni de la Jurisprudencia, ni en Francia o Italia, ni en España. PLANIOL argumenta que, si no se obliga al propietario a disponer en buen estado los bienes al inicio del usufructo, tampoco se le ha querido obligar a afrontar gastos acaso considerables para asegurar un derecho cuando no tiene el goce del bien y que acaso sólo se extinguirá −si el usufructuario es joven− después de su muerte[2123]. Entre nosotros, según LACRUZ "el nudo propietario no viene obligado a practicar las reparaciones extraordinarias, sea porque *servitus in faciendo consistere nequit*, sea porque él no tiene el goce de la cosa, y no sería justo imponerle una obligación que por el momento trasforma su capital y le obliga a invertir un dinero que acaso no posee sin beneficio inmediato, es decir, sin que aumente sus rentas"[2124].

Para ALBALADEJO, "quien no disfruta de la cosa no puede ser forzado a emplear dinero en ella, aunque, si lo emplea otro, cuando aquel recupere el goce, deba abonárselo para evitar que se enriquezca a costa ajena". Parece que el Código no ha querido obligarle: por ello «permite» hacerlas al usufructuario, y si obligara al nudo propietario da la impresión de que le impondría reembolsar el gasto, no al final el aumento de valor[2125]. El derecho que el propietario tendría si hiciera las reparaciones, que para algunos es un estímulo[2126], no lo parece tanto: "No ya el dueño puede carecer de la suma necesaria para sufragar la reparación, sino que, incluso pudiendo disponer de ella, cabe que no le interese invertirla en aquella, ya que −sacándola, a lo mejor de un negocio altamente rentable− sólo tiene derecho a que el usufructuario le abone el interés legal"[2127].

---

reparaciones urgentes, si se ha lesionado la confianza porque el usufructuario pensaba que las haría, quizás daños y perjuicios... Cfr. DORAL, *Comentarios..., VII-1, cit*, 1992, p. 453 y ss.

[2123]Cfr. PLANIOL-RIPERT-PICARD, *Traité pratique..., III, cit.*, 2ª ed. 1952, n. 857. *vid.* AUBRY y RAU, *Cours..., II*, §§ 233 y 245.

[2124]Cfr. LACRUZ, *Elementos..., III-2, 1980, cit.*, p. 30. En sentido semejante, *vid.* GARCIA GOYENA, *Concordancias..., cit.*, p. 239.

[2125]"La acción de enriquecimiento (...) no se ejercita contra el que fuera nudo propietario en el momento de la ejecución de las reparaciones extraordinarias, sino (...) en el momento de la liquidación del usufructo que es el que se enriquece. El sujeto pasivo de la obligación es por lo tanto el último nudo propietario, hecho que sería irrazonable si el legislador hubiera pretendido que la ejecución de las reparaciones extraordinarias fuera una propia obligación del nudo propietario". Cfr. BELUCHE RINCON, *op. cit.*, pp. 193-194.

[2126]Cfr. MARIN GARCIA DE LEONARDO, *op. cit.*, p. 838.

[2127]Cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil, III-2, cit.*, p. 32 y nota 40.

MANRESA plantea reticencias a las soluciones del Código, aún admitiendo que no se trata de una obligación: el pago del interés legal podría ser injusto contra el usufructuario[2128]. Por ello, prefiere en este punto lo que determinaba el art. 2230 del Código portugués de su tiempo[2129]. También critica que, en caso de hacer las reparaciones el usufructuario, sólo reciba −al final− el aumento de valor[2130]. Cuestiones estas que se ha planteado y ha debatido la doctrina[2131].

Por fin, se plantea COSSIO que ocurrirá si el nudo propietario ha transferido su derecho (no será lo normal en la práctica, esta es la verdad) o, en general, cambia la titularidad. De forma paralela a lo que expusimos en su momento, entiende que todos los créditos o deudas que están surgiendo por causa de la relación usufructuaria, se transferirán al sucesor en la propiedad, hasta solventarse las distintas cuestiones a la hora de la liquidación final, con quien sea propietario en ese momento, frente al usufructuario originario y, eventualmente, el sucesor actual[2132].

Para llegar a esta conclusión, se apoya en la calificación de obligación *propter rem*[2133], pero también −descendiendo del terreno de los conceptos− en lo que hemos denominado la unicidad de la relación usufructuaria, que determina la necesidad y conveniencia −manifes-

---

[2128]Si la reparación extraordinaria no genera un aumento de utilidad para el usufructuario, aunque el supuesto es difícil. De ahí la función «incentivadora» que justificaría la solución del crédito por intereses en cualquier caso.

[2129]"*Se o proprietário fizer as reparaçoes, mencionadas no artigo precedente, terá o usufrutuário direito ao usufruto delas, sem ser obrigado a pagar juros das somas desembolsadas pelo proprietário. No caso, porém, de aumentar, com essas reparaçoes, o rendimento líquido da coisa usufruída, o aumento pertencerá ao proprietário*".

[2130]Cfr. MANRESA, *Comentarios..., IV, cit.*, p. 432 y ss.

[2131]Un panorama general de la crítica suscitada por el régimen legal, en BELUCHE RINCON, *op. cit.*, p. 203 y ss.

[2132]Cfr. COSSIO, "La nuda propiedad", *cit.*, pp. 768-770.

[2133]Aunque para COSSIO esto es consecuencia del carácter real de las obligaciones, ya hemos visto otros supuestos en que la deuda no por ello se transfiere de esta manera. Por ello, determinados créditos −por ejemplo, si el propietario hubo de ocuparse de un cuidado de conservación, por negligencia del usufructuario− parecen haberse personalizado de manera suficiente y no *ambular*.

tada en la ley− de que diversas cuestiones sólo se liquidarán al final del usufructo, con quien está vinculado en la relación[2134].

Sólo queda plantear una última cuestión: ¿qué ocurre si, al final del usufructo o en un momento dado, es el nudo propietario quien pretendiera, «ofreciendo» el abandono al usufructuario (aquí no existen automatismos de consolidación) liberarse del pago de, por ejemplo, impuestos sobre el capital que haya ido satisfaciendo el usufructuario, o el reembolso debido por reparaciones extraordinarias afrontadas por éste? ¿El usufructuario habría de recibir, como pago, tal abandono, o podría rechazarlo...? Parece que en cuanto al mayor valor residual de las cosas por reparaciones extraordinarias, va incorporado a los bienes mismos, y con ello se satisfaría el usufructuario; quizás pueda decirse lo mismo para los pagos de contribuciones, al referirse al capital y conectar con el destino y permanencia de las cosas...

Obligaciones reales en las servidumbres

En el interior de la relación de servidumbre se encuadra ejemplo tradicional y más característico de obligación real en las fuentes romanas. En la *servitus oneris ferendi* (D. 8. 5.6.2) derecho a apoyar la viga propia en la pared del vecino, el dueño de este muro se encuentra obligado a *reficere parietem* −a sus expensas− para que siempre se encuentre en buen estado de sostener aquella viga. Lo que se ha visto como excepción a la regla *servitus in faciendo consistere nequit*, cuyo reconocimiento por los juristas clásicos, también por este dato, ha sido puesto en duda y, en todo caso, no existió sin polémica (se traduce en el propio texto de ULPIANO, en que triunfa la opinión de SERVIO −con el añadido de

[2134]Los «desembolsos» de que debe ser reintegrado, con derecho de retención (aumento de valor por reparaciones extraordinarias, pago de contribuciones sobre el capital) corresponden al último propietario. Pero una indemnización propiamente dicha, se pagaría por el propietario responsable. Y también, me parece, los atrasos del producto líquido de los bienes que debiera entregar el propietario en los casos de arts. 494 y 520. En este punto, discrepo de la opinión de COSSIO, “La nuda propiedad”, cit., p. 769. Acerca del derecho de retención y los desembolsos a que se vincula, *vid.* la discusión doctrinal en BELUCHE RINCON, *op. cit.*, p. 235 y ss.

LABEON sobre abandono liberatorio− frente a la contraria de GAYO). Aunque, en todo caso, puede pensarse que se trata de la excepción que confirma la regla[2135].

La doctrina romanística ha intentado de diversas formas explicar el engarce de esta obligación en la servidumbre, y su justificación. Según explica SCIALOJA −en lo que está de acuerdo buena parte de la doctrina contemporánea y posterior− la obligación resultaba exigible mediante la propia acción real fundada en la servidumbre[2136]. Se dirigía siempre contra el titular actual, que en todo caso tenía la posibilidad de exonerarse abandonando[2137]. En opinión de este autor, no derivaba de una posibilidad plasmada en el Título constitutivo (con opción de establecerla o no) apareciendo como un elemento integrante del tipo de esta servidumbre[2138], lo que ha llevado a diversos autores a apuntar que la reparación se debe "no por una obligación especial, sino por virtud de la propia servidumbre"[2139]. Pero no deja de tratarse de una obligación de hacer, que, siguiendo la regla general, debería corresponder al dueño del predio dominante[2140].

[2135]Cfr. SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, trad. Santa Cruz Teijeiro, Barcelona, 1960, n. 667. *Vid*. SCIALOJA, *op. cit., passim.* RUSSO, A., "*Servitù di appoggio e «refectio parietis»*", *LABEO*, 1984, 30, p. 71 y ss.

[2136]Cfr. D. 5, 6, 3.

[2137]Cfr. SACIALOJA, *op. cit.*, p. 84.

[2138]Cfr. SCIALOJA, *op. cit.*, pp. 87-88. La mayoría de la doctrina anterior, fundándose especialmente en D. 8. 2. 33, entendían que la obligación derivaba de la fórmula de constitución (Así, la Glosa, autores como OTON, THOMASIO, GLUCK, y otros citados por SCIALOJA). Para algunos, se incluía siempre en la fórmula; según otros, era facultativo. SCIALOJA no lo acepta, entre otras razones, porque no se explicaría entonces por qué no era posible establecer una cláusula semejante en otro tipo de servidumbre. A lo que contestará RUSSO, como veremos, que, en realidad, la *oneris ferendi* sólo es una modalidad de la *tigni immitendi*, con esta peculiaridad. En cuanto a D. 8. 2. 33, para SCIALOJA sólo se refiere a la construcción de un nuevo muro, y obligaciones de carácter personal que podían asumirse en relación con este punto.

[2139]Cfr. SCIALOJA, *op. cit.*, doctrina citada en pp. 86 y 91; RUSSO, *op. cit.*, p. 73. GROSSO, en GROSSO-DEJANA, *Le servitù..., I, cit.*, pp. 52-53. Según BOCKING, PUCHTA, y, después, SEGRE, no se trata de una obligación especial, sino de la fuerza de la propia servidumbre cuyo objeto era un *paries* siempre en perfectas condiciones para el apoyo.

[2140]Respecto a la doctrina presentada en la nota anterior, indicó SCIALOJA y, hoy en día, RUSSO, no es más que una forma de tergiversar la cuestión. "Porque decir que el objeto de la servidumbre debe ser un muro idóneo (...) no significa sino que el propietario debe repararlo. Pero ¿por qué no ha de repararlo quien tiene la servidumbre? ¿no cumpliría el propietario del

Son muchos los que, igual que WINDSCHEID, explican el *reficere parietem* como una obligación accesoria, íntimamente vinculada a la relación de manera que los romanos la han tratado según las reglas de la servidumbre[2141]. Pero además, recogiendo una idea aceptada desde la Glosa, aunque luego criticada por SCIALOJA, cierta doctrina moderna considera "verosimil que, en tal tipo de servidumbre, la carga del mantenimiento, a cargo del propietario sirviente, haya sido introducida a través de cláusulas añadidas al acto constitutivo de la servidumbre"[2142].

La servitus *oneris ferendi*, explica RUSSO, igual que la *tigni immittendi*, resultan *il portato* de una nueva tipología de relaciones estructurales entre edificios y, en general, del desorgánico incremento edilicio que, desde el siglo II a C., modifica profundamente el cuadro urbanístico de la *civitas*[2143]. La búsqueda de mejor aprovechamiento de los espacios edificables, utilizando nuevas técnicas de construcción −necesitadas de adecuado apoyo vertical− sedimenta en la difusión de un tipo de edificio, la *insula*, estructura urbanística idónea para la creciente exigencia de habitación[2144]. Esta evolución[2145] comporta "una nueva tipología de relaciones de vecindad cuya reglamentación, realizándose, probablemente, en una primera fase, en sede convencional, tiende a estandarizarse en un arco cronológico dilatado"[2146].

---

fundo sirviente con su *pati* con permitir tales reparaciones? Por más que se adopten otras palabras, quedará siempre en pie que ser constreñido a reparar el muro no es un simple *pati*, sino un *facere*". Cfr. SCIALOJA, *op. cit.*, p. 86.

[2141]Cfr. WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 5ª ed., Stuttgart, 1879, I, § 211-a, nota 3, citado por SCIALOJA, *op. cit.*, p. 91. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, Milano, 1945, p. 57 y ss.; BIONDI, B., *Le servitù prediali in diritto romano*, 2ª ed., Milano, 1969, p. 122.

[2142]Idea recogida por ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, Marburg, 1856, p. 3 y ss. Cfr. BIONDI, *Le servitù prediali..., cit.*, p. 116 y ss.; RUSSO, *op. cit.*, p. 73-74 y doctrina allí citada.

[2143]Cfr. RUSSO, *op. cit.*, p. 77.

[2144]Acerca del desarrollo urbanístico y técnico, sobre la *insula* y la técnica de la *maeniana*, *vid.* la bibliografía reseñada por RUSSO, *op. cit.*, pp. 75-77.

[2145]Que conduce, como vimos, a la abolición del *ambitus*, aparición de la *paries communis*... Cfr. RUSSO, *op. cit.*, pp. 75-76; BRUGI, B., "*L'ambitus ed il paries communis*", *RISG*, 4- 1887, *cit.* p. 161 y ss.

[2146]Cfr. RUSSO, *op. cit.*, p. 76.

En concreto, el derecho de apoyo, desde un punto de vista técnico, podía garantizar en ciertos casos notable ahorro de material y de costes, acelerando los plazos de construcción cuando la demanda de alojamiento se hacía particularmente acuciante. Y en este nuevo panorama urbanístico, cuya fluidez escapaba a una previa y oportuna disciplina legislativa, la respuesta a nuevas situaciones de hecho sólo podía surgir a través de soluciones negociales diferentes.

Así, "cuando la carga de la conservación funcional del muro de sostén a cargo del propietario sirviente, cristaliza hasta convertirse en verdadero y propio «*status dei immobili*» y cláusula de estilo del negocio constitutivo, se delinea una nueva figura de servidumbre de apoyo, a través de la trasformación de la *servitus tigni immittendi* en la *servitus oneris ferendi*". El texto del Digesto no sería más que la «consagración legislativa» de la novedad que la reglamentación privada había introducido[2147].

Resulta evidente, entonces, el interés de la figura. No sólo como muestra concreta de la obligación real, también desde el punto de vista de su accesoriedad instrumental en la evolución del derecho de bienes y la adaptación de los tipos hasta cristalizar en nuevas modalidades de relación de reparto.

¿Y, por lo que respecta a la explicación de la accesoriedad material? En este punto es interesante el fundamento que encuentra SCIALOJA para la especialidad: El jurista romano capta la injusticia que entraña imponer unos gastos al titular dominante, que iban a beneficiar injustificadamente al propietario sirviente. La columna o muro de apoyo, comenta SCIALOJA "no sirven sólo de apoyo a este peso, tienen variadas utilidades, de las que aprovecha su propietario. Si no tuvieran tales utilidades, el propietario, en vez de conceder sobre él una simple servidumbre, buscaría enajenarlo enteramente"[2148]. Si se aplicara entonces la regla general (reparaciones a cargo del dominante) el propietario se lo va a encontrar gratuitamente restaurado. Constriñendo al otro, para salvar la ruina del muro dominante, a mantener siempre en buen estado el muro sirviente. La mayor, la verdadera ventaja en la relación de servidumbre no sería ya la del fundo dominante, sino la del sirviente. Frente a tal resultado injusto, no se podía por menos de eximir al titular dominante de tal obligación. Si eran necesarias las reparaciones, no quedaba otra vía que constreñir a hacerlas al propietario del fundo sirviente, como mayor interesado en ellas. "El propietario del fundo sirviente es constreñido a hacer las necesarias reparaciones, porque de

---

[2147]Cfr. RUSSO, *op. cit.*, p. 78.

[2148]Cfr. SCIALOJA, *op. cit.*, p. 91.

otro modo vendría a enriquecerse injustamente, volviendo en ventaja suya la servidumbre"[2149].

Estos criterios no encuentran proyección en este supuesto nada más. SCIALOJA trae a colación, como había visto ELVERS, una aplicación de la misma regla en D. 7, 1, 23, 1, en materia de usufructo, cuando se obliga al propietario actual a retirar los árboles abatidos por el viento, salvo abandono, pretensión encauzable a través de la acción real[2150]. Y una aplicación parecida debería darse para D. 8, 3, 38 (obligación de mantener un puente, en la servidumbre de paso por él). Si bien en este, como en otros supuestos −indica SCIALOJA− el principio operante en la *Oneris ferendi* −que sería común a otras servidumbres− por la concurrencia de otros principios, puede, o bien desplegar todos sus efectos, o bien quedar eclipsado en parte, o totalmente ineficaz[2151].

Hoy en día, tal como recogen los códigos, esta regulación de intereses se permite verificarla a los particulares para toda servidumbre, a través del título constitutivo (art. 698-699 CCF; art. 1030 CCI; art. 730 CCS, etc.[2152]. Y, respecto al abandono liberatorio, en Roma, precisamente porque se trata de un derecho real, constatada la necesidad de reparación y exigido el gasto puede liberarse el dueño abandonando, y entonces todo el problema recae sobre el titular de la servidumbre, dueño total. Abandono que resulta criterio de obligación real para diferenciar el supuesto del compromiso contractual, y especialmente, aunque la obligación haya nacido, cuando estamos ante un agravamiento de las obligaciones ordinarias, o la obligación no es correlativa del goce, o son obligaciones de propietario.

La regulación del Código civil

Entrando en nuestro Código civil, encontramos un primer problema a resolver. Resulta que el art. 533 habla de servidumbre −positiva− que "impone al dueño del predio sirviente

---

[2149]Cfr. SCIALOJA, *op. cit.*, p. 91 y ss.

[2150]La *Glosa*, *ad* l. 23, 1 (19, 1) *de usufructu*, 7, 1, aplica también aquí la facultad de abandono. Cfr. ELVERS, *op. cit.*, p. 64, *cit.* por SCIALOJA; GROSSO, *Le servitù..., I, cit.*, p. 53.

[2151]Cfr. SCIALOJA, *op. cit.*, pp. 93-94.

[2152]Sobre la generalización del criterio, con posibilidad para toda servidumbre, *vid.* LAURENT, *Principes..., cit.*, *VIII*, n. 242.

la obligación de dejar hacer alguna cosa, o de hacerla por sí mismo". Esta redacción permisiva de la servidumbre *«in faciendo»*, que contrasta, por ejemplo, con la más ajustada del art. 730 CCS, ha llevado a algún autor a defender para nuestro derecho la posibilidad abierta de constituir servidumbres cuyo contenido básico fuera una obligación de hacer[2153]. No es este sin embargo el parecer de la doctrina mayoritaria ni de la Jurisprudencia[2154], ni encontramos paralelo a esta posición en legislaciones cercanas a la nuestra, en que se habla de «prestaciones accesorias» integradas para unos en el contenido de la servidumbre, mientras que otros prefieren hablar de relación conexa pero independiente o externa a la servidumbre[2155].

Es necesario por tanto interpretar el art 533 CC como ha hecho ALBALADEJO[2156]. Si la servidumbre fuera solamente de hacer, nos introduciríamos en el terreno de las cargas reales. "El *hacer* en que puede consistir una servidumbre, ha de ser un *hacer* en orden a mantener en forma la cosa sirviente, es decir, un *hacer* como medio para que aquella sirva al dueño de la dominante, o, si se quiere, un hacer como contenido secundario de la servidumbre"[2157]. Como ha señalado DE LOS MOZOS, por tanto, el art. 533 CC plantea un problema, pero "bastante es que no estorbe"[2158].

El contenido de la servidumbre se determina por el título constitutivo[2159] y también por la posesión, aunque aquí interesa lo primero, no sólo respecto a las servidumbres

---

[2153]*Cfr*. OSSORIO MORALES, "Las servidumbres *in faciendo...*", *cit.*, *passim*. Más referencias en CASTAN, *Derecho civil..., I-2,* 14ª ed. (GARCIA CANTERO), 1992, pp. 58-60.

[2154]Por todos, *vid.* PONS, M. y DEL ARCO, M., *Régimen jurídico de las servidumbres*, Granada, 1989, p. 93 y ss.

[2155]*Vid*. GROSSO, *Le servitù..., I, cit.*, p. 57 y ss. La noción de prestación accesoria permite integrar la actividad humana en el contenido de la servidumbre, según CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, nn. 41, 151, 163.

[2156]Cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil, III-2, cit.*, pp. 108-109.

[2157]Cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil, III-2, cit.*, p. 109. Una buena explicación de este carácter accesorio-secundario de la obligación (a diferencia del esquema de la carga real), en PIOTET, *Traité..., cit.*, pp. 40-41.

[2158] Cfr. DE LOS MOZOS, "La obligación real...", *cit.*, p. 346.

[2159]Sentado el principio de libertad para la constitución de servidumbres (art. 394 CC, *vid.* RDGRN de 18 de mayo de 1984, PONS-DEL ARCO, *Régimen jurídico..., cit.*, p. 528 y ss.) el art. 598 CC expresa la importancia del título constitutivo. Es abundante la Jurisprudencia en

voluntarias, también para las forzosas[2160], pues la ley autoriza a los interesados para modificar el modelo legal. La voluntad de los constituyentes puede jugar con aquellas reglas que la ley permite incluir o no en el título, y también establecer obligaciones puramente convencionales. Pues, como señala ALBALADEJO, de algunas figuras "la ley bosqueja un modelo, pero a otras ni siquiera hace referencia en particular"[2161].

Es posible, por tanto, incluir en el Titulo constitutivo diversos comportamientos obligatorios, adecuados al equilibrio de intereses en el reparto de servidumbre: entregar unas llaves, realizar determinadas notificaciones, llevar a cabo reparaciones... (obligaciones de carácter positivo) y, también, abstenerse de usar la servidumbre cuando concurran determinadas circunstancias, o abstenerse el propietario sirviente de ciertos comportamientos, regulación del uso de la servidumbre por varios, empezando por el propio dueño del fundo sirviente...[2162]. Comportamientos que pueden resultar concreción de la obligación general de ejercicio *civiliter* de la servidumbre, manifiesta, por ejemplo, en el art. 543 CC. Y puede dejarse ordenada en el Título la cuestión de la *mutabilité* de la servidumbre, para evitar conflictos posteriores cuando cambian las circunstancias[2163].

Vamos a estudiar algunos aspectos de concretas obligaciones reales en la servidumbre, aprovechando el reciente trabajo de REBOLLEDO sobre la servidumbre de paso, que contiene doctrina aplicable a diverso tipo de servidumbres.

---

relación con este punto. *Vid.* STS 13 de mayo de 1987; PONS-DEL ARCO, *ibidem*, p. 541; REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 119 y ss. Sobre la interpretación del título, *ibidem*, p. 127 y ss.

[2160]Cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil, III-2, cit.*, p. 114.

[2161]Cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil, III-2, cit.*, p. 113.

[2162]Obligaciones que pueden reforzarse con cláusula penal. Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 294, citando una STS de 27 de junio de 1955.

[2163]Sobre la mutabilidad de las servidumbres, REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 230 y ss. En la doctrina francesa, ATIAS, "*La mutabilité...*", *cit.* La Jurisprudencia francesa −y ATIAS− muestran una posición avanzada en este punto acerca de modificaciones derivadas de nuevos modos de explotación del fundo dominante, mientras para REBOLLEDO la posibilidad de adaptación ha de verse con más rigidez, tratándose además de servidumbres voluntarias, pues según este autor "el desarrollo económico deberá llevarse a través de la servidumbre coactiva".

Las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre

En explicación referida a la servidumbre de paso, pero generalizable, ha señalado REBOLLEDO: "Para ejercitar el tránsito a que da derecho la servidumbre puede ser necesario realizar obras en el predio sirviente, tanto iniciales para hacer posible desde el principio el ejercicio, como posteriores o de mera conservación o reparación para posibilitar su continuidad; obras que, en una servidumbre voluntaria, estarán regidas por lo dispuesto por las partes en el negocio jurídico de constitución que podrá establecer cuáles han de realizarse, en qué momento y condiciones y quién ha de sufragar su coste. En defecto de previsiones en el título sobre este extremo, el derecho a la realización de las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre estaría incluido dentro del art. 542 como una de las facultades accesorias y, sin embargo, el Código recoge expresamente este derecho en el art. 543 más que nada para regular la forma de su realización y, en especial, sobre quién recae la obligación de soportar su coste (arts. 543 y 544)"[2164].

Constituye una facultad del titular de la servidumbre, pero habrá de ejercerse *civiliter*, lo que puede tener concreción en el título[2165]. Y además puede convertirse en una obligación o un aspecto del contenido obligacional de su derecho. Un este sentido obligacional, las obras necesarias de conservación presentan una triple vertiente: la actuación del titular dominante, el supuesto de comunidad de uso de la servidumbre (art. 544) y la posible obligación del propietario sirviente (art. 599).

Respecto del titular dominante, el Título puede imponerle expresamente, pero también deducirse de su interpretación, la obligación de realizar o contribuir a las obras de conservación[2166]. Ahora bien, en ocasiones la no realización de tales obras y gastos irá en contra del ejercicio *civiliter* (arts. 565-566 para servidumbre de paso) y podrá colocar además al titular dominante en la infracción del art. 543 CC, en cuyo caso la doctrina le

---

[2164]Cfr. REBOLLEDO, *op. cit.*, pp. 148-149.

[2165]Tanto en lo relativo a las obras y construcciones necesarias a la servidumbre como a las tareas de conservación, su modo y momento de realización, normalmente, se determinará por acuerdo entre titular dominante y propietario sirviente, aunque habrá que tener en cuenta posibles determinaciones en el título. *Vid*. REBOLLEDO, *op. cit.*, pp. 169-172; SCAEVOLA, *Código civil..., X*, 5ª ed., 1955, p. 461.

[2166]Cfr. STS 25 de noviembre de 1986.

considera obligado a realizarlas[2167]. El § 1020 BGB prevé expresamente: "cuando, para el ejercicio de una servidumbre, el titular del derecho posee una obra sobre el fundo gravado, está obligado a mantenerla en el buen estado que exija el interés del propietario de este fundo". Obligación real que se impone también −al menos, si se trata de las reparaciones ordinarias− a quienes, conforme al art. 545 CC, tienen derecho al uso de la servidumbre (usufructuario, enfiteuta[2168]...).

Respecto a estas obras de conservación −en principio, facultativas, pero que pueden ser obligatorias− el art. 544 CC[2169] presenta un supuesto de combinación de las reglas de las servidumbres y comunidad[2170]. Mientras por un sector de la doctrina se consideró ejemplo de verdadera comunidad[2171], hoy se tiende a ver también como pluralidad de servidumbres[2172], bastando para la aplicación del art. 544 CC que incidan sobre el mismo fundo y se ejerciten en un mismo lugar (obra, instalación o parte del fundo que exigirá después conservación y cuidado) en cuyo caso se habla, no de estricta comunidad, sino de

---

[2167]Cuando para el ejercicio de la servidumbre son necesarias obras en el fundo gravado tal facultad lleva consigo la carga de tenerlas en condiciones de producir el menor daño y efectuar las reparaciones necesarias. Cfr. GROSSO, en GROSSO-DEJANA, *Le servitù..., I, cit.*, I, p. 239; *Vid*. también PERLINGIERI, *Codice civile..., III*, Torino, 1980, p. 413; MANRESA, *Comentarios..., IV, cit.*, p. 787; ROCA JUAN, *Comentarios..., VII-2, cit.*, p. 94-96; REBOLLEDO, *op. cit.*, pp. 156-158.

[2168]Sobre esto, *vid.* SCAEVOLA, *Código civil..., X, cit.*, pp. 456-458.

[2169]"Si fuesen varios los predios dominantes, los dueños de todos ellos estarán obligados a contribuir a los gastos de que trata el artículo anterior, en proporción al beneficio que a cada cual reporte la obra. El que no quiera contribuir podrá eximirse renunciando a la servidumbre en provecho de los demás.

Si el dueño del predio sirviente se utilizare en algún modo de la servidumbre, estará obligado a contribuir a los gastos en la proporción antes expresada, salvo pacto en contrario".

[2170]Aprovechamos también aquí el cauce marcado por el amplio tratamiento de REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 158 y ss.

[2171]Unidad en el derecho, aunque exista pluralidad de fincas. Para MANRESA existiría una sola servidumbre, una "verdadera comunidad del derecho". Cfr. MANRESA, *Comentarios..., IV, cit.*, pp. 574-576; DE BUEN, D., voz "Servidumbres", *Enciclopedia Jurídica Española*, XXVIII, p. 625 y ss., p. 633; BONET CORREA, *op. cit.*, p. 270.

[2172]Cfr. ROCA JUAN, *Comentarios..., VII-2, cit.*, p. 99; REBOLLEDO, *op. cit.*, pp. 159-160; GUILARTE GUTIERREZ, *La constitución voluntaria..., cit.*, pp. 115 y 156.

«comunidad de intereses»[2173]. En todo caso, una u otra calificación dependerá de cómo se haya construido el supuesto en el caso concreto, pues cabría como verdadera comunidad, aunque la regla del art. 544 suponga cierta especialidad respecto de los arts. 392 y ss[2174]. Precisamente la existencia de una pluralidad de servidumbres y aquella «comunidad de intereses» presenta relevancia en materia de renuncia liberatoria, proporciona la explicación al último inciso del art. 544[2175].

Antes de entrar en esa cuestión, se plantea el problema de si será necesario el acuerdo de los usuarios de la servidumbre para realizar las obras. En este punto, LUCAS FERNANDEZ y REBOLLEDO entienden necesario un acuerdo mayoritario como iniciativa para tareas y gastos que, no olvidemos, son sin embargo «necesarias de conservación»[2176]. Cabría paralizar la obra iniciada unilateralmente, a través de la protección interdictal. Pero entiendo que tal cosa no puede tener simplemente como base la falta de aquel acuerdo. El propio REBOLLEDO reconoce que "realizada la obra sin oposición, parece que una negativa a la contribución no podría fundamentarse simplemente en la falta o ausencia de consentimiento previo, sino en la innecesariedad de la obra, cuantía excesiva o falta de beneficio de la realizada por los demás titulares..."[2177]. Por tanto, si se podrá paralizar la obra cuando se evidencia que no se trata de una actuación conservativa, o perjudique a los demás el momento o modo de realizarse[2178], no es posible cuando la tarea o

---

[2173]"La obligación de contribuir a las obras de conservación no es inherente (en principio) a la servidumbre, sino a la comunidad de los medios materiales de ejercicio surgida de actuar las distintas servidumbres en un mismo lugar". Cfr. ROCA JUAN, *Comentarios..., VII-2, cit.*, p. 100 y ss. Los exégetas utilizan la expresión «*communauté d'usage*». Cfr. AUBRY y RAU, *Cours..., III, cit.*, § 254; DEMOLOMBE, *Cours..., XII, cit.*, n. 888; LAURENT, *Principes..., VIII, cit.*, n. 274; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, *Traité..., VI, cit.*, n. 1142.

[2174]Entre otras cosas, porque la contribución será «en proporción al beneficio» que a cada cual reporte la servidumbre. Sobre la controversia sobre este criterio de distribución, *vid*. REBOLLEDO, *op. cit.*, pp. 163 y ss., y doctrina allí citada.

[2175]Cfr. ROCA JUAN, *Comentarios..., VII-2, cit.*, pp. 97 y 101.

[2176]Cfr. REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 160-162; LUCAS FERNANDEZ, F., *La servidumbre predial de paso en el derecho civil común español*, Murcia, 1963, p. 175.

[2177]Cfr. REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 162, nota 75.

[2178]No sólo al propietario sirviente −ejercicio *civiliter*− sino a los otros titulares −buena fe−.

el gasto se revele indudablemente necesaria y de conservación[2179]. Sin embargo, por las especiales circunstancias del supuesto, quizá se revele aquí con particular importancia como exigencia de buena fe y para evitar problemas, al menos la notificación previa y deliberación de los participantes[2180].

Por fin, es posible que las circunstancias del equilibrio del reparto aconsejen que sea el propietario del fundo sirviente quien tome a su cargo −en nuestro Código− costear las obras y gastos de conservación. Lo que hamos encontrado en Roma en la servidumbre *oneris ferendi* es posible establecerlo convencionalmente, en general, en nuestro derecho como prevé el art. 599 CC.

El abandono liberatorio

BIBLIOTECA VIRTUAL

Vamos a detenernos en la cuestión del abandono liberatorio, no sólo en el supuesto del art. 544, también respecto al art. 543 (cuando el titular dominante resulte obligado a las reparaciones, también porque así lo haya dispuesto específicamente el Título constitutivo) y al art. 599 (obligación de costear las obras asumida por el titular sirviente, que acaso pudiera venir en el título constitutivo convertida en una obligación de hacer o mantener en cierto estado)[2181].

En la comunidad, el art. 395 CC permitía liberarse respecto a deudas vencidas y exigibles. Pero es que, en aquél caso, la renuncia iba a suponer una expansión automática del derecho de los demás; y, además, sin darle este significado no tendría sentido la expresión "sólo podrá eximirse...": si el efecto liberatorio fuera para el futuro no haría falta regla especial. Ahora bien, algo de esto último es preciso aceptar también para el caso de las servidumbres. Si en el art. 544 (la relación del supuesto con el art. 395 es evidente) o en el 395 se habla expresamente de una renuncia (o abandono, para el 599) que exime, se pretende establecer algo más que la simple liberación para el futuro.

[2179]Es posible también aquí, por tanto, la iniciativa individual, de acuerdo con ROCA JUAN, *Comentarios..., VII-2, cit.*, p. 98.

[2180]Recordemos la importancia que en las Partidas se da a este punto: si no se notifica previamente lo que se pretende hacer a los demás, la obra queda a expensas de quien la realiza, sin poder obligar a los demás a contribuir.

[2181]Aunque, dada la estructura del reparto de servidumbre, parece raro.

Si observamos un abandono del fundo sirviente (en relación con el art. 599 CC) parece que no tendría por qué beneficiar al titular dominante. Cabe pensar que haría la cosa *nullius* o la reconduciría al patrimonio del Estado, y no liberaría de las deudas anteriores[2182]. Pero es evidente que el legislador ha querido decir algo distinto, pues nos liberamos "abandonando el predio al dueño del dominante": lo que en la comunidad se producía automáticamente y exoneraba de prestaciones actualmente exigibles, aquí parece buscarse a través de una transmisión que, entiendo, por responder a la misma *ratio* del art. 395, liberará del pasado[2183].

Pero... ¿resulta necesario para esta liberación que el titular dominante adquiera el fundo sirviente? ¿qué ocurrirá si no acepta la transmisión? Si fuera necesaria la aceptación para la liberación −dice LUCAS FERNANDEZ[2184]− quedaría siempre al arbitrio del titular activo liberar o no al deudor, sería superfluo el art. 599. No es necesaria, pues, según la mayoría de la doctrina, para liberar al deudor[2185]. Aunque no por ello deja de tratarse de una renuncia «traslativa», destinada a la transmisión.

¿Qué ocurre con el predio después del acto de abandono, si no es aceptado por el demandante? Existen varias posiciones al respecto. Para DEMOLOMBE, se produce la trasferencia automática sin necesidad de aceptación, igual que en materia de comunidad[2186]. Según otros, el abandono ha producido la pérdida de la propiedad, y su destino dependerá de la aceptación o no por aquel a quien va dirigido[2187]. Me parece más adecuada la opinión

---

[2182]Me remito al tratamiento de estas cuestiones en la última parte del trabajo.

[2183]El abandono del art. 599 CC no es, pues, un simple abandono abdicativo. Es un abandono «traslativo», dirigido a una transmisión. Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 71; GONZALEZ PORRAS, J. M., *Notas a BIONDI, Las Servidumbres, cit.*, p. 936; REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 191 y ss.

[2184]Cfr. LUCAS FERNANDEZ, *op. cit*., p. 157.

[2185]*Vid*. doctrina citada por REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 192 y ss.

[2186]Cfr. DEMOLOMBE, *Cours..., XI, cit.*, nn. 484-485.

[2187]Cfr. DE PAGE, H. y DEKKERS, R., *Traité élémentaire de droit civil Belge, VI*, 2ª ed., Bruxelles, 1953, n. 644. Para LAURENT, es un abandono abdicativo que se orienta a una transmisión necesitada de aceptación (*Principes..., cit., VIII*, n. 246). Según MESSINEO, si ésta no se produce durante un tiempo (derecho de apropiación de carácter personal prescriptible en 15 años) el fundo se convierte en *res nullius* o patrimonio del estado. Cfr. MESSINEO, *Le servitù*, Milano, 1949, pp. 170 y 227.

de ROCA JUAN[2188], LUCAS FERNANDEZ[2189] y REBOLLEDO[2190], que da sentido al art. 599 y soluciona adecuadamente el destino del fundo, pues entienden que basta la «puesta a disposición» a favor del titular dominante para la liberación. Si no aceptara la oferta, el deudor seguiría conservando la propiedad del fundo sirviente, con la carga de la servidumbre, por lo que, entiendo, no hay razón para que no continúe la obligación real accesoria: el titular sirviente queda liberado del pago del gasto concreto de que se trate, pero no desaparece la obligación, respecto de los gastos que hayan de producirse en lo sucesivo[2191].

[2188]Cfr. ROCA JUAN, *Comentarios..., VII-2, cit.*, p. 263

[2189]Cfr. LUCAS FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 158.

[2190]Cfr. REBOLLEDO, *op. cit.*, pp. 194-195.

[2191]El abandono, en la idea del legislador, tiene cierto sentido satisfactorio, pues en el equilibrio de intereses en la relación, la obligatoriedad de un comportamiento concreto se justifica en situación de reparto, y se desvanece cuando se pone a disposición del acreedor el control completo sobre el bien. REBOLLEDO, en contra de BONET CORREA, lleva esta idea, sin embargo, quizá demasiado lejos. Para él, el abandono es un modo −no previsto en la doctrina general del Código− de pago o cumplimiento. Ello produciría una importante consecuencia: por el solo hecho de la falta de aceptación la obligación *propter rem* no se extingue, "como no se extingue ninguna obligación cuando el acreedor se niega a recibir la prestación". Por ello "el dueño del predio dominante −sin perjuicio de los efectos de una posible consignación o situación de *mora accipiendi*− siempre podrá ejercitar acción de cumplimiento dentro del plazo de prescripción de una acción personal para obtener el pago de la prestación dineraria o de hacer, y a su vez ver cómo la sentencia que ponga término a la contienda judicial declara cumplida la obligación con el abandono liberatorio realizado y ratificado en el transcurso del procedimiento judicial". Sin embargo −me parece− como su propio nombre indica con el ofrecimiento el deudor no sólo «cumple», sino que «se libera». ¿Qué ocurre si son varios los predios dominantes, y el propietario sirviente abandona? Aunque alguno de ellos no aceptara, entiendo −en contra de REBOLLEDO− que el abandonante no conserva cuota alguna. La servidumbre a favor del no aceptante va a subsistir sobre el predio ahora en comunidad, e igualmente −lo que no admite LUCAS FERNANDEZ− la obligación subsistiría, en principio, cara al futuro, vinculando a los comuneros, si bien podría celebrarse un nuevo negocio ajustando estos aspectos a la nueva situación. *Vid.* sobre estos puntos BONET CORREA, *op. cit.*, pp. 259, 295; REBOLLEDO, *op. cit.*, pp. 195-197 y 200; DE PAGE-DEKKERS, *Traité élémetaire..., VI, cit.*, n. 644; LUCAS FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 158.

Hemos de pasar por alto algunas cuestiones de interés, relativas a los sujetos y el objeto del abandono[2192], como la discusión clásica acerca de la admisibilidad del abandono parcial[2193], o la solución a la actitud de quien, con vistas al abandono, disminuye el valor del fundo[2194]. Y detenernos un poco más en su eficacia liberatoria.

Hemos visto que libera de deudas «pasadas» (sería mejor decir nacidas y exigibles). Sobre todo, cuando se trata del abandono del art. 599. Y aquí, aparte de añadir a esta idea alguna matización, hemos de poner de relieve la distinción entre los tres supuestos en que podemos encontrar un abandono, también liberatorio: el realizado por el propietario sirviente (art. 599) el que pueden hacer los diversos cotitulares (también el dueño sirviente) en el caso del 544, y el que haría el titular dominante al que no interesara ya la servidumbre. Es interesante, para la teoría de las obligaciones reales, observar esta diferencia; y, también,

---

[2192]Me remito al tratamiento de REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 198 y ss.

[2193]*Vid.* ROCA JUAN, J., "Fundo sirviente, lugar de ejercicio", *RDN*, enero-marzo 1962, p. 13 y ss.; *Comentarios..., VII-2, cit.*, pp. 264-266; REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 203 y ss. Da la impresión, en principio, de que hay que abandonar todo el predio, como corresponde a la literalidad del Código. Así lo defendió, estrictamente, SANCHEZ ROMAN. Para MANRESA y SCAEVOLA es evidente la posibilidad del abandono parcial (así CCI, art. 1070,2º). ROCA JUAN presentó unos criterios: no necesariamente ha de considerarse estar sujeto todo el predio sirviente. Dependerá del Título constitutivo y de su interpretación (en él se puede sujetar sólo un lugar, declarando libre el resto). Lo que no está nada claro es que el ejercicio, de hecho, en un tiempo determinado, en un cierto lugar, venga a convertir al resto de fundo en libre. Así podrá entenderse en muchos casos (interpretación restrictiva, por la que aboga ROCA JUAN) pero en otros la elección de cierto lugar supondrá sólo manifestación del ejercicio *civiliter*, sin perjuicio de poder ejercitarse después la servidumbre por otro. Admitir en estos casos el abandono parcial, dice REBOLLEDO, supondría un evidente menoscabo de la servidumbre. Para este autor, la posesión que se exteriorice no marca la extensión de la servidumbre, sólo es un criterio de interpretación. En todo caso, cuando sea admisible el abandono parcial, ha de comprender aquella parte que sirve para el desarrollo de las operaciones necesarias para el uso y conservación de la servidumbre. Cfr. PERLINGIERI, *Codice civile..., III, cit.*, p. 416.

[2194]El CC no tiene en cuenta las diferencias de valor entre el fundo abandonado y la deuda extinguida, y el adquirente habrá de soportar las cargas que graven tal fundo, pero puede ocurrir que el titular del fundo sirviente disminuya dolosamente el valor del fundo antes de abandonarlo, lo que podría dar lugar a la aplicación del fraude de ley o abuso del derecho −figuras de no fácil adaptación al caso− pero que pueden conducir a que el titular del fundo dominante llegue a oponerse al abandono o impida sus efectos. Así, GOUBEAUX, Comentario a Sentencia 18 marzo 1969, *Cour d'appel d'Amiens*, *JCP* 1969, II, 16405.

cómo los diversos criterios cuya virtualidad juega alrededor del abandono liberatorio (actuación diligente o negligente, buena fe...) van a actuar de diversa manera en cada caso.

El abandono liberatorio del art. 599, participa de la eficacia especial del abandono del art. 395, en el que, como explicaba ROCA JUAN[2195], se permite la liberación de las obligaciones nacidas y exigibles antes de que la renuncia se produzca, de las que no podría el comunero liberarse si la ley no hubiera asignado a la renuncia precisamente tal efecto liberatorio.

Esta idea es compartida por un amplio sector doctrinal[2196]. Frente a ella parece prácticamente aislada la opinión de DEMOLOMBE[2197], para quien el abandono no puede liberar de deudas pasadas[2198]. Postura no compartida ni siquiera por MICHON[2199], para

---

[2195]Cfr. ROCA JUAN, "La renuncia...", *cit.*, p. 109.

[2196]Cfr. REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 210; LUCAS FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 158; MARTY-RAYNAUD, *op. cit.*, n. 162; PLANIOL-RIPERT-PICARD, *Traité Pratique de droit civil français*, III, 2ª ed., 1952, n. 979 y doctrina allí citada; SOLUS, H., "*Faculté d'abandonner le fonds grevé d'une servitude; conditions de validité de cet abandon*", *RTDC*, 1943, p. 127; DE PAGE-DEKKERS, *Traité élémentaire..., VI, cit.*, n. 644, pp. 537-538. Este autor critica el argumento de DEMOLOMBE, y también la respuesta de AUBRY y RAU. Es curioso, DEMOLOMBE niega el abandono para el pasado por ser la obligación "consecuencia inseparable del hecho de la propiedad (obligación real)". Esto contrasta, sin embargo, con su idea de la ambulatoriedad. AUBRY y RAU, para responderle −con un argumento curioso y revelador− afirman que los gastos de servidumbre no son una carga de la propiedad, sino obligaciones que resultan de una convención. Esta presunta incompatibilidad entre obligación real y ordenación convencional, es idea característica de cierta doctrina francesa del XIX. Cfr. AUBRY y RAU, *Cours..., III, cit.*, 253, nota 9.

[2197]Cfr. DEMOLOMBE, *Cours..., XII, cit.*, n. 883. Para él, se trata de cargas correlativas a la propiedad que el propietario del fundo sirviente *ha tenido*. Ultimamente, parece inclinarse por esta opinión BOUBLI, confundiendo un poco la obligación correlativa del goce y todo el amplio ámbito de la obligación real, y la responsabilidad por el incumplimiento, con la exoneración del cumplimiento exigible. Cfr. BOUBLI, B., "*La fonction liberatoire du déguerpissement*", *JCP*, I, 1973, 2518., espec. n. 27 y ss.

[2198]Hay que matizar lo de «pasadas». Si realmente son «pasadas», antiguas, más que simplemente nacidas y exigibles, a lo mejor no tiene sentido permitir ahora la liberación. Otra cuestión es que la deuda actual, nacida y exigible, se eluda por el abandono en el momento oportuno.

[2199]*Vid*. MICHON, *op. cit.*, n. 96 y ss.; n. 101.

quien, aunque en virtud del «*cuasicontrat de jouissance*» el goce pasado, del que son correlativas las cargas de tal goce (obligaciones nacidas durante ese tiempo) es un hecho que el abandono no puede eliminar, en el caso del art. 599 CCE la obligación es correlativa más bien al goce de otro, y supone además una agravación de las obligaciones ordinarias para el propietario sirviente, por lo que en tal caso no se da aquel cuasicontrato, y la renuncia ha de liberar de las deudas actualmente exigibles.

El mismo criterio habría que aplicar si, más allá de la previsión legal, que −sobre todo en nuestro Código, también en el italiano− obliga a costear las obras necesarias (normalmente, iniciativa del titular dominante) el propietario sirviente, porque las circunstancias del reparto lo justificaran, se hubiera obligado (como prevé el *Code civil*[2200], y admite el CCI[2201]) a realizar por sí mismo las tareas y obras de conservación, o a mantener el fundo en cierto estado. Me parece que, como es lógico, es el que utiliza la servidumbre quien ha de estar pendiente del adecuado estado de su *asiette*. Por ello, mantener en cierto estado, en principio, sólo implica cuidado de abstención; y si, llegado el momento, el titular dominante requiriera cierta actuación y gasto, en tal momento debe quedar siempre al dueño sirviente la posibilidad de actuar o marcharse[2202].

Corresponde, pues, al titular de la servidumbre valorar el estado de las cosas y exigir obras y gastos. Pero está expuesto −por así decir− porque corresponde al equilibrio ordinario de los intereses, a recibir, en cualquier tiempo, el ofrecimiento de abandono. Quien dejara pasar el tiempo y deteriorarse las cosas, no podría luego pretender privar al titular sirviente de esta posibilidad[2203]. Ahora bien, también para la obligación de costear

---

[2200]Cfr. art. 699 CCF.

[2201]Cfr. art. 1030 CCI

[2202]Por ello, el Código italiano hace aquí el énfasis de que el propietario del fundo sirviente «*può sempre liberarse*». Cfr. art. 1070 CCI.

[2203]Cuando el deterioro y la necesidad de las reparaciones surgen, no como consecuencia del uso normal de la servidumbre, sino por actos del titular sirviente, éste no puede liberarse de su responsabilidad, entraría en juego el menoscabo de la servidumbre del art. 545. 1º CC y los daños y perjuicios a que haya dado lugar. Pero, en tanto el titular dominante no reaccione, no puede considerarse propio menoscabo la falta de las reparaciones necesarias. En todo caso, habría que estudiar la situación e interpretar el Título constitutivo: acaso cupiera imaginar una situación en que el fundo tenga escaso interés fuera de su utilidad como asiento de la servidumbre, y el propietario sirviente también la utilice. Entonces, si éste, que conoce y está al tanto del estado de las cosas, viniera obligado en virtud del Título a tener aquello en buen estado,

−que, como vemos, es la más adecuada al equilibrio de intereses en esta relación− puede existir fijación y personalización de la deuda[2204] y −sobre todo si el título obliga al propietario sirviente a actuar por sí mismo− la valoración de su conducta, cuando el acreedor reclamó en el momento oportuno la actuación o gasto, puede obligarle después a pesar del ofrecimiento −extemporáneo− de abandono. Como es lógico, será responsable de las consecuencias dañosas que su negligencia o retraso produjeran[2205].

Más problemas plantea la liberación por renuncia cuando hablamos del titular dominante obligado a obras de conservación o reparación. Sabemos que, con independencia de su concreción en el negocio constitutivo, cuando la falta de cuidado o reparaciones amenace con causar daño al fundo sirviente, esta obligación existe. Aquí, además, es más

---

BIBLIOTECA VIRTUAL

y sin embargo lo deja deteriorar, su negligencia comprometería la pretensión ulterior de liberarse abandonando un fundo en mal estado. Parece, sin embargo, que el sentido de nuestro Código (obligación de costear) lo mismo que el italiano (podrá siempre liberarse) es que, en principio, no pueda establecerse la obligación de esta manera. Así ocurre también si la obligación asumida consiste en realizar las tareas, en los casos ordinarios sin especiales peculiaridades en el título, cuando lo lógico es la iniciativa del titular dominante que deja deteriorarse la situación. Esta es la opinión, acertada, de REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 212. Y por eso, en Comentario a la sentencia de *Cour d'Appel d'Amiens*, 18 mars 1969, justificando esta solución, indica GOUBEAUX que, si bien las consecuencias de la inejecución de las tareas de conservación son graves, es posible que el propietario del fundo dominante haya tardado en reclamar la ejecución de lo debido, pues podría haber obtenido aquella la ejecución o provocado el abandono antes de que la situación llegara a ser tan perjudicial para sus intereses. Cfr. GOUBEAUX, *Comentario..., cit.*, 16045.

[2204] Me remito a las consideraciones que se harán en el último capítulo.

[2205] El abandono liberatorio no significa, pues, un automático desvanecimiento de la obligación y sus consecuencias. La Jurisprudencia francesa no ha permitido invocar el beneficio del abandono para sustraerse de las consecuencias de «*manquements multiples*» o una «*faute lourde*». Cfr. *Civ. 1ére*, 1 dic. 1958, *Bull. Civ.* I, n. 529; *Civ.* 4 nov. 1963, *Bull.*, 399. En otras ocasiones, subordina su ejercicio a la reparación del perjuicio derivado de la falta de cumplimiento, Cfr. Amiens, 18 marzo 1969, *JCP* 1969, II, 16045, nota GOUBEAUX. *Vid.* BERAUD, R.-DEBEURAIN, J., *Mitoyenneté, Clôture, Bornage, Servitudes*, Paris, 1981, p. 102; ROBERT, voz "*Servitudes*", *cit.*, n. 299; BOUBLI, *op. cit.* Para este último, utilizando un argumento de GOUBEAUX, la posibilidad de gravar con cargas el bien que después se pretende abandonar, sería una prueba de lo contradictorio de cualquier abandono liberatorio para el pasado. Sin embargo, es una cuestión distinta, porque aquí cabría plantearse si se trataría después de un verdadero abandono, o traer a colación la idea de abandono fraudulento, igual que existe el extemporáneo.

difícil apreciar actuación ligera o negligente en el propietario sirviente a la hora de exigir el cumplimiento, pues el contacto habitual con la situación corresponde al titular dominante. Por esto, frente a la opinión de REBOLLEDO[2206] −posibilidad de liberarse de las deudas pasadas− MANRESA y DE BUEN han explicado que la renuncia no eximiría de pagar los gastos de las obras ya ejecutadas o de ejecutar las pendientes[2207].

La servidumbre desaparece, y con ello el titular sirviente adquiere el pleno dominio automáticamente (con el automatismo que vemos en el art. 395). En consecuencia, parece que el titular dominante puede liberarse de las obligaciones actualmente exigibles. Pero esto nada más es aplicable a aquellos compromisos que contengan una agravación de sus obligaciones ordinarias, vinculadas sólo a la titularidad de la servidumbre y justificadas en el diseño del peculiar y concreto reparto[2208]. No a prestaciones indisolublemente unidas al ejercicio *civiliter* de su derecho, vinculadas a la caracterización del goce pasado, en definitiva, al *cuasicontrat de jouissance*. Por ello, de entrada, cuando la falta de cuidado o reparación haya producido un daño al fundo sirviente, nos encontramos ante una agravación. Tal daño tiene que ser indemnizado. Y si el estado de la situación determina un

---

[2206]Cfr. REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 167 (Sin embargo, en el mismo autor, aparentemente, la opinión contraria y más acertada, en p. 157).

[2207]Cfr. MANRESA, *Comentarios..., IV, cit.*, p. 576; DE BUEN, voz "Servidumbres...", *cit.*, p. 634.

[2208]Es preciso, pues, distinguir dos situaciones distintas: a) que «ahora» tenga sentido, precisamente, pagar, porque corresponde al equilibrio de intereses en reparto. Y b) que lo propio sea «ahora» poder liberarse, porque la obligación existe en tanto se permanece como propietario o titular, en cuanto se tiene la cosa con un valor que de no pagar enriquecería injustificadamente al obligado. Pero abandonando el valor se deja al acreedor; justificaba el pago sólo que se iba a permanecer en situación de reparto, y sin embargo ahora la propiedad se completa, la utilidad real y todos los valores quedan para quien era acreedor.

Esta distinción se proyectará en la solución del caso en que el titular sirviente, ante la inactividad del obligado, hubiera afrontado el gasto o hubiera tenido que realizar la actuación para evitar eventuales daños. Si, sin más, ha tomado la iniciativa del gasto cuyo pago según el título constituye una agravación de las obligaciones ordinarias del titular dominante, éste, ante la ulterior reclamación, podría todavía abandonar y liberarse. Cuando la actuación, sin embargo suple la abstención en cuanto a las obligaciones ordinarias, el crédito subsiguiente ha de ser pagado luego. Ahora bien, también en el primer caso, si, requerido, el titular obligado no abandona ya, cuando después lo hiciera, tras una nueva reclamación, podrá reclamársele eventuales intereses o daños y perjuicios por el carácter extemporáneo del abandono.

daño o molestia continuada o futura, es evidente la obligación de reponer las cosas al estado adecuado, antes de abandonar[2209].

En definitiva, hay que tener en cuenta que la extinción de la relación va a llevar consigo la obligación por parte del titular dominante de reponer las cosas al estado primitivo, salvo eventuales determinaciones acerca del fin de la servidumbre previstas en el Título constitutivo, con lo que el propio abandono lleva consigo normalmente la realización de tareas de retirada de obras e instalaciones, acondicionamiento[2210]...

Por último, el abandono del art. 544 CC participa de la *ratio* del que prevé para la comunidad el art. 395 CC, habrá que remitirse a los criterios utilizables en esa materia[2211]. Por tanto, nos encontramos también con una renuncia liberatoria para deudas actualmente exigibles. Y por eso habla el Código de renuncia «en provecho de los demás». Con independencia de que se trate o no de renuncia de una cuota de comunidad (puede tratarse de servidumbres independientes) existe aquella «comunidad de intereses», lo que explica que la renuncia sea en provecho de los demás aún quedando extinguida la servidumbre renunciada[2212]. El «provecho de los demás» no tiene por qué llevar consigo acrecimiento o expansión de una cuota o transmisión, es sólo un término descriptivo[2213] referido al beneficio que para los demás podrá tener la renuncia de uno de los titulares dominantes[2214], enlazando ello el supuesto con la *ratio* del art. 395. Puede servirse de esa renuncia también el titular sirviente, si, como es lógico, no hubiera sido eximido de la obligación en el título constitutivo.

[2209]"Si el mal estado de un acueducto expusiera al fundo sirviente a una inundación, el propietario del fundo sujeto puede obligar al titular de la servidumbre a repararlo". Cfr. DEMOLOMBE, *Cours...*, *XII*, *cit.*, n. 839: en todo caso, al abandonar, salvo previsión contraria en el Título constitutivo estableciendo cierta cooperación del propietario sirviente, el dominante ha de dejar, a su costa, la cosa en buen estado, retirando el acueducto o lo que sea.

[2210]*Vid*. MICHON, *op. cit.*, nn. 94 y 95, espec. p. 88. En materia de acueducto, por ejemplo, hay que tener en cuenta, además, la normativa especial: art. 31 del RDPH.

[2211]Cfr. ROCA JUAN, *Comentarios...*, *VII-2*, *cit.*, p. 97 y ss.

[2212]Cfr., ROCA JUAN, *ibidem*, p. 101.

[2213]Cfr. ROCA JUAN, *ibidem*, p. 102; REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 165; LUCAS FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 176.

[2214]Que no podrá −entienden los autores citados en la nota anterior− exigirles luego nada por su anterior participación en las obras iniciales o en gastos anteriores.

Ahora bien, en este caso, según los criterios vistos en materia de comunidad[2215], habrá que tener muy en cuenta que la obligación de contribuir se encuadra, para el sirviente, no en una agravación convencional de sus obligaciones ordinarias, como en el caso del art. 599. Por ello, le será más difícil liberarse, sobre todo si participó en la aprobación del gasto, y puede interpretarse que ello ha implicado aceptación del compromiso de contribuir; o si su abandono resulta extemporáneo, en cuyo caso habrá de pagar.

Parece, por fin, tras el análisis realizado, que es posible establecer una cierta gradación entre los tres supuestos, el abandono liberatorio del art. 599 y semejantes, el del art. 544 y el que pudiera realizar el titular de la servidumbre, respecto a las obligaciones ordinarias. En el primer caso, la obligación está sólo vinculada a la propiedad, o titularidad, su personalización es más débil, resulta más fácil el abandono liberatorio. En el art. 544, también es posible, pero con las atenuaciones derivadas del régimen de gastos en la comunidad, pues en este caso la obligación, además, sí tiene algo que ver con la utilización que se hace, en la comunidad de uso, de la servidumbre. Por fin, en el último caso está presente la idea de *cuasicontrat de jouissance*, y el abandono no exime del cumplimiento de cierta obligación.

Contenido obligacional y transmisión del fundo o el derecho

Es característico de la doctrina de la obligación real, intentar fijar qué ocurrirá cuando existen prestaciones exigibles y se produce la transmisión del fundo. "Cabe preguntarse −dice REBOLLEDO− si el nuevo dueño también responderá de las obras y gastos necesarios producidos con anterioridad a su adquisición ante el incumplimiento respecto de ellas del anterior propietario. Los supuestos pueden ser varios: una servidumbre voluntaria de paso en que el dueño del predio sirviente ha asumido la obligación de mantener en buen estado el camino por el que el del predio dominante tiene derecho a pasar *iure servitutis*, incumplida tal obligación el uso deviene imposible. Transmitido el fundo a un tercero y antes del trascurso del plazo de prescripción por no uso, el titular del predio dominante ejercita en vía judicial su derecho y si bien es claro que el nuevo titular (...) está obligado a consentir la realización de las obras necesarias para el restablecimiento del ejercicio ¿también está obligado a ejecutarlas? O pensemos que, de acuerdo con el título constitutivo, el dueño del predio sirviente sólo se ha obligado a costear las obras que debe realizar el

[2215]Cfr. REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 166, nota 84.

titular del fundo dominante y que antes de su pago el predio gravado es enajenado ¿puede exigírsele al nuevo titular el pago de la deuda?".

Antes de responder a estas preguntas es conveniente plantearlas de forma adecuada. En concreto, los dos ejemplos que pone REBOLLEDO, me parece, reflejan situaciones diferentes.

Le parece a REBOLLEDO que el principio general en esta materia[2216] −y no tiene por qué resultar otra cosa, en principio, de la propia naturaleza de las obligaciones *propter rem*− es que, "cuando se verifica el presupuesto específico por el que surge la obligación efectiva (...) queda determinado plenamente el sujeto pasivo (...) que debe responder de su cumplimiento salvo abandono liberatorio. La obligación *propter rem* se concreta entonces como deudor en la persona que era titular del predio sirviente en el momento de nacer el derecho de crédito, (...) de tal manera que la transmisión del inmueble a un tercero (...) no implica también la de la deuda nacida y exigible, y más sin el consentimiento del acreedor"[2217].

Agravación o menoscabo, y transferencia

Antes de entrar en materia, puede ser útil fijarse en la problemática cercana −su relación con la anterior se evidencia en la argumentación de los autores− de la agravación de la servidumbre por el titular, o menoscabo por el propietario sirviente (Arts. 543-545 CCE, 701-702 CCF).

Revisemos primero el menoscabo de la servidumbre debida a innovaciones introducidas en el fundo sirviente. La cuestión −explica BIONDI[2218]− es enrevesada no por culpa de la doctrina, sino de la propia materia. Quienes comentan el CCI de 1865 −sobre la base de reminiscencias romanísticas en materia de *acqua pluvia arcenda*− diferencian: la sujeción a la servidumbre que determina padecer la reposición de la situación a su estado adecuado; y la obligación de costear la reposición, correspondiente al *auctor operis*. Frente

---

[2216]De acuerdo con el criterio marcado para comunidad de bienes por STS 26 octubre 1929, cfr. REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 184.

[2217]Cfr. REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 185. Para LUCAS FERNANDEZ, "el obligado es quien en el momento de producirse el gasto sea el titular del derecho real de goce que lo legitima pasivamente". Cfr. LUCAS FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 155.

[2218]*Cfr*. BIONDI, *Las servidumbres, cit.*, n. 190, 256 y ss.

a ellos, y fijándose en la normativa del CCI de 1942[2219], BIONDI subraya que la relación de servidumbre está entablada con el propietario actual, legitimado para recibir la confesoria, en cuyo cauce desemboca toda reclamación relativa al restablecimiento del derecho. Por ello, el propietario actual debe la reposición a sus expensas, frente al titular; lo contrario sería como pretender que quien deba restituir la cosa reivindicada pudiera eludir los gastos o molestias que ello le produzca[2220].

Ahora bien, la servidumbre supone para el propietario que la soporta, fundamental y básicamente, una actitud pasiva de abstención: permitir, no menoscabar... Por ello, ante la perturbación proveniente de un tercero o la innovación derivada de acontecimientos naturales, sólo tendría que permitir que el titular tome las medidas oportunas, nada más[2221]. Sólo le concierne la restitución −también para obras realizadas por un tercero− cuando la innovación introducida ha sido, de alguna manera, asumida por él en contestación o sin atención a las legítimas prerrogativas del titular de la servidumbre. Por ello, aun frente a la pretensión restitutoria, el propietario que no hubiera contestado y no contestase el derecho del actor podría todavía librarse de cualquier responsabilidad que no fuera la *patientia*[2222].

En la doctrina francesa, DEMOLOMBE[2223], utilizando la idea de carga real (obligación real), dice que el titular actual, como «representante» del inmueble, queda obligado a las obras y reparaciones actualmente necesarias, tanto respecto de obras de conservación (enlaza por tanto el art. 701 y el 698 CCF) como en cuanto a lo requerido por la *fixité* de la servidumbre (art. 701 CCF, 545 CCE). Pero a esta opinión se oponen las de AUBRY y RAU[2224] LAURENT[2225] y BAUDRY-LACANTINERIE[2226], para quienes, con distintos matices, el titular actual "estará obligado a sufrir el restablecimiento del antiguo estado de cosas; pero no podría ser condenado a operarlo a su costa, ni sufrir ninguna indemnización de daños y perjuicios". Para PLANIOL-RIPERT, la *rémise en état* corresponde al

---

[2219]Cfr. arts. 1067 y 1079 CCI.

[2220]Cfr. BIONDI, *Las servidumbres, cit.*, n. 258.

[2221]Cfr. BIONDI, *Las servidumbres, cit.*, pp. 823-824, 1168-1169, 1174, etc.

[2222]Cfr. BIONDI, *Las servidumbres, cit.*, pp. 823-824, 1178-1179.

[2223]Cfr. DEMOLOMBE, *Cours..., XII, cit.*, n. 895.

[2224]Cfr. AUBRY y RAU, *Cours..., III, cit.*, § 245 y nota 4, basándose en D. 39, 3, 6, 5 y 7.

[2225]Cfr. LAURENT, *Principes..., VIII, cit.*, n. 271.

[2226]Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, *Traité..., VI, cit.*, n. 1141.

propietario actual, pero no los daños y perjuicios derivados de las contravenciones del propietario anterior[2227].

Parece, sin embargo, que tanto AUBRY y RAU como LAURENT admiten que, en el caso del art. 698 CCF (obras de conservación) la obligación siempre corresponde al propietario sirviente actual. Y lo parece porque argumentan que, al defender esta solución para el caso de contravención del art. 701 CCF, DEMOLOMBE ha razonado con el art. 698. No se puede aplicar −dicen− para el art. 701 la solución excepcional prevista por el legislador en el art. 698 (correspondiente al 599 de nuestro Código). Luego estarían admitiendo la opinión de DEMOLOMBE en lo relativo a la auténtica obligación real en materia de obras de conservación.

Respecto a la agravación de la servidumbre por el titular dominante, se ha utilizado la expresión «carga real» para justificar que la obligación de costear la reposición corresponda también a los causahabientes a título particular. En este punto, dejando aparte otras cuestiones controvertidas, como la diferenciación entre simple *agravation* y *dépassement*[2228], la jurisprudencia ha declarado y la doctrina aceptado que los propietarios

---

[2227]Cfr. PLANIOL-RIPERT-PICARD, *Traité pratique de droit civil français, III, Les biens*, 2ª ed., 1952 n. 985.

[2228]Cierta doctrina ha planteado la distinción entre *dépassement* de la servidumbre (cambio de *assiette*, ejercicio más allá de lo determinado en el Título respecto a su extensión) que debiera suponer, siempre, la ordenación de la *rémise en état*; y la *aggravation*, que producirá, atendiendo a las circunstancias, la ordenación de la *rémise en état*, o sólo una indemnización pecuniaria, o ambas cosas, decisión del Tribunal de Instancia. Esta diferenciación, que LEVIS defiende y encuentra plasmada en la Jurisprudencia, no se ha reflejado sin embargo en ésta con tanta claridad, según explica ROBERT. La *Cour de Cassation* ha distinguido: cuando se ha producido un perjuicio ejercitando la servidumbre dentro de los límites marcados por un título constitutivo de alcance general, es posible una indemnización de daños y perjuicios. Si existe una agravación, se deja a la apreciación de los tribunales optar por cualquiera de las tres sanciones anteriores; ahora bien, aquí, en la Jurisprudencia que indica LEVIS, si la *aggravation* va unida a *dépassement*, normalmente habrá *rémise en état*, e incluso si se está pretendiendo ejercitar una servidumbre «distinta», esto se ordena aunque no se evidencie falta o perjuicio. Pero, sin embargo, en otros supuestos, las innovaciones jurídicas establecidas en el ejercicio de la servidumbre modificando las cláusulas del negocio constitutivo, son valoradas según exista o no perjuicio y agravación de la situación del fundo sirviente, con la matización de la eventual admisión de *mutabilité* de la servidumbres atendiendo a las nuevas necesidades del fundo dominante y sin que haya perjuicio especial para el sirviente. Cfr. ATIAS, *Les biens, I, cit.*, n.

actuales deben ejecutar a su costa los trabajos necesarios para reponer el fundo sirviente a su estado anterior, lo que se aplica también cuando la agravación deriva de la omisión o realización defectuosa de las obras de conservación necesarias[2229].

Lo curioso es que, si el Tribunal decide que una sanción es de restablecimiento material, se trata de una obligación *propter rem*; si, por el contrario, el equilibrio queda salvado por una indemnización, la tendencia sería obligar a quien agravó o perjudicó. Sin embargo parece que en ciertos casos, al no ordenarse restablecimiento alguno, el perjuicio, incomodidad, o cambio en las condiciones de la relación, va a continuar. Tendría que pagar, al menos parte −lo que se ordena a título de compensación− el titular actual[2230].

117; MARTY-RAYNAUD, *op.*, n. 160 y 160-1; ROBERT, A., voz "*Servitudes*", *Répertoire de droit civil Dalloz*, IX, 1991, nn. 257-269; LEVIS, *op. cit.*, n. 62 y ss.; DE PAGE-DEKKERS, *Traité élémentaire..., VI, cit.*, n. 646.

[2229]Incluso, una sentencia de 1920, en caso de venta, habiendo sido condenado con anterioridad el vendedor a hacer ciertos trabajos de *rémise en état* por actos de agravación, consideró al nuevo adquirente obligado, desde el día de la venta, a la ejecución de los trabajos, salvo actuación contra el vendedor. Cfr. Limoges, 31 de mayo de 1920, *D. P.* 1921. 2. 110. Es importante también, *Cassation*, 7 de febrero de 1949 (*DALLOZ*, 1949, p. 405, comentario de LENOAN; *JCP*, 1949, 5159, Comentario de BECQUE). En caso de daño causado al fundo sirviente por filtraciones consiguientes a la instalación defectuosa de una canalización subterránea por el antiguo propietario del fundo dominante, los propietarios actuales, aunque sucesores a título particular, quedan condenados a ejecutar a su costa los trabajos de *rémise en état* de la canalización, e igualmente a los daños y perjuicios, pues son personalmente responsables de la agravación nacida del defecto de mantenimiento de aquella. Aunque, normalmente, el pago de indemnización de daños y perjuicios se considera deuda personal del autor del perjuicio, la obligación de restablecer la situación se califica como real y transmisible al adquirente. Cfr. DEMOLOMBE, *Cours..., XII, cit.*, n. 897; ROBERT, voz "*Servitudes*", *cit.*, nn. 267-268. MARTY-RAYNAUD, *op. cit.*, n. 160-1; BERAUD-DEBEURAIN, *op. cit.*, n. 163.

[2230] Algunos concluyen −explica DE PAGE respecto a la indemnización− que supone una acción personal, que no se transmite a los adquirentes a título particular. "Esta tesis nos parece errónea. Si en algunos casos la sanción se limita a una indemnización −quizás valdría más, como en materia de daños de vecindad hablar de compensación, pues la agravación no resulta necesariamente de una falta− la regla no deja de referirse al estatuto real de los inmuebles −igual que los *troubles de voisinage* no constituyen sino una infracción al art. 544 CCF. Agravación de hecho y extensión del derecho *réleven* del ejercicio de las servidumbres, y los subadquirentes están obligados por ello incontestablemente, "*quand ce ne serait que parce qu'ils s'appropient le*

Es tradicional que exista más facilidad para condenar a todo lo debido −salvo relación «interna»− al adquirente, «*propter rem*»[2231], en caso de agravación de la servidumbre, que en el supuesto de menoscabo o mantenimiento en malas condiciones del asiento de la servidumbre, por parte del propietario sirviente. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia moderna tienden a aplicar en caso de obras por el titular sirviente y contravención del art. 701 CCF la misma solución que para el art. 702[2232].

En España, parte de la doctrina ha llegado a ver en los arts. 543 y 545 CC también obligaciones reales[2233] −la primera, consecuencia de la obligación genérica de ejercicio *civiliter*, la segunda conectada estrechamente con el *pati* de la servidumbre, con el que −entiendo− se confunde, en realidad[2234]. Su contravención, igual que para cualquier

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

---

fait de leur auteur par leur détention du fonds dominant". Cfr. DE PAGE-DEKKERS, *ibidem*, p. 540, nota 2.

[2231]Como hemos visto en la jurisprudencia citada.

[2232]La Jurisprudencia duda en imponer la obligación a los adquirentes, pero la más reciente parece admitirlo. Cfr. *Trib civ.* Le Puy, 21 nov. 1950, *D.* 1951, 251; *Civ.* 26 noviembre 1970: el autor de los trabajos, se afirma, sigue obligado, pero es muy difícil obtener de él una ejecución *in natura*.

Corresponde también a los tribunales de instancia apreciar si los actos del propietario del fundo sirviente obstaculizan o hacen más incomodo el ejercicio, o contravienen la servidumbre como tal. Atendiendo al estado de las cosas, circunstancias, interpretación del Título constitutivo, eventual mayor o menor perjuicio del propietario dominante... Aunque, si hay una *atteinte* al derecho real −se contradice en su existencia o extensión− entra en juego lo que LEVIS ha llamado *exclusivité* de las servidumbres (y derechos reales, en general): La *Cour de Cassation* impone −con su control− a los tribunales inferiores la sanción *in natura* que no se puede sustituir por una indemnización, sin considerar si resulta o no muy gravosa en comparación con el perjuicio causado, y sin atender a la existencia o no de falta o perjuicio. *Vid.* LEVIS, *op. cit.*, n. 44 y ss., 69 y ss.; MARTY-RAYNAUD, *op. cit.*, n. 160. 2; ROBERT, voz "*Servitudes*", *cit.*, n. 272 y ss., 294-295; BERAUD-DEBEURAIN, *op. cit.*, p. 106, etc.

[2233]Especialmente DOMINGUEZ PLATAS, *op. cit.*, p. 154 y ss.

[2234]Sobre este punto, por todos, cfr. CASTAN, *Derecho civil..., II-2, cit.*, 14ª ed., 1988, p. 141 y ss.

incumplimiento de 1088 y 1089 CC, da lugar a la obligación de deshacer lo mal hecho y en su caso indemnizar[2235].

La indemnización derivada de los perjuicios causados a partir de una innovación lesiva, o por el descuido continuado que produce después hechos dañosos, corresponde, en principio, a quien produjo esos acaecimientos por su culpa, negligencia o incumplimiento[2236]. Ahora bien, respecto a la reposición, que sin duda ha de soportarse por el titular actual ¿habrá de costearla...? Para REBOLLEDO "quizá deba distinguirse entre los supuestos en que el nuevo titular ha aprovechado en su beneficio la situación creada de aquellos otros en que tal situación no ha llegado a producirse pues en el primer caso, la agravación de hecho o la extensión de derecho de una servidumbre, o el menoscabo, deriva del ejercicio de la misma, ejercicio que es una cuestión real y que es oponible a todos aquellos que disfruten del predio dominante o sirviente, quienes se aprovechan de los actos del autor de la agravación o menoscabo en la detentación del fundo, y precisamente por ello, a los actos del anterior propietario ha de sumarse ahora los del actual que, en su propio ejercicio con independencia de una situación objetiva de menoscabo o alteración, mantiene y se beneficia de una situación contraria al título constitutivo"[2237].

En concreto, el traspaso de la obligación

Tras el repaso a cuestiones conexas, es posible apuntar unos criterios relativos al traspaso de la obligación −legal o asumida convencionalmente− de mantener en buen estado o costear obras y reparaciones necesarias para el uso de la servidumbre. De entrada −aunque a REBOLLEDO no le convenza− pienso que hay que seguir concediendo importancia, como criterio, a la diferencia entre el propietario sirviente, que sufre el gravamen y cuya actitud en principio sólo es pasiva −no tiene por qué «garantizar» nada− por lo que su eventual obligación convencional resulta un elemento extraño al esquema ordinario de reparto; y el dueño dominante, que siempre ha de estar especialmente atento al

---

[2235]Y en principio el TS ha determinado que los tribunales no pueden sustituir por una indemnización la condena a demoler determinadas obras. Cfr. ROCA JUAN, *Comentarios..., VII-2, cit.*, p. 103; REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 263; STS 18 mayo 1974, 29 mayo 1979.

[2236]Cfr. REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 265, citando a MANRESA, *Comentarios..., IV*, 7ª ed., 1972, p. 785; DE PAGE-DEKKERS, *Traité élémentaire..., VI, cit.*, p. 544.

[2237]Cfr. REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 269.

ejercicio *civiliter* de su derecho, sin poner en peligro al propietario sirviente de sufrir daños mayores.

Para la obligación del propietario sirviente, la matización legal de que consistirá en costear constituye un dato significativo. Su carácter real se proyecta en su activación por la iniciativa y reclamación del titular acreedor. Igual que el propietario único puede permanecer inactivo y decidir atajar la necesidad de reparación en un momento concreto y posterior, siempre que no se sobrepasen las exigencias de la buena fe, mientras el acreedor no reclame no es cuestión de plantear cuándo y para quién ha ido surgiendo la necesidad de actuación: la reclamación se dirige en cada momento, por lo necesario, al titular actual. El propietario puede actuar y luego exigir ese costear −siempre que se trate de un tiempo naturalmente conexo al gasto− a quien se encuentra frente a él en la relación.

Ahora bien, indudablemente ciertas vicisitudes producen la radicación de la deuda en un propietario concreto: la reclamación, verificado el gasto, personaliza la deuda concreta. Y, si ante un acontecimiento claro de daño y deterioro, el acreedor esperara un tiempo apreciable y pretendiera después exigir el gasto a un propietario ulterior, no se ve cómo podría superar una excepción fundada en el defecto de buena fe[2238].

¿Qué ocurre si en el título constitutivo, como parece posible, el propietario sirviente se hubiera obligado, no a costear, sino a ocuparse directamente de realizar la actividad de mantenimiento o reparaciones[2239]? En cada momento, el titular anterior y el actual, habrán de tener los lugares en buen estado; pero también aquí, si el diseño concreto del reparto y su equilibrio de intereses ha justificado que el titular sirviente quede obligado a ocuparse directamente de la cuestión, no tendría por qué estar pendiente el acreedor de reclamar y exigir, en cada momento, el cuidado debido por cada sucesivo propietario: podrá reclamar cuando le plazca, salvo contravención de la buena fe, y siempre habrá de garantizar el buen cumplimiento el titular actual, asumiendo las consecuencias de acontecimientos propios del tiempo de su titularidad, y también del pasado.

[2238]No parece que se pueda defender aquí el *cumul* de la responsabilidad del deudor y el nuevo adquirente, que resultaría también obligado, como parece propugnar la doctrina y jurisprudencia francesa.

[2239]En primer lugar, habría que plantearse, en sí misma, esta posibilidad. Porque da la impresión de que el legislador considera especialmente justificada, en atención a los intereses en juego, la modalidad de costear y no otra.

Podría entenderse que, cuando la ley permite que el sirviente pueda vincularse a ciertos trabajos o pagos salvo abandono, haber establecido esta obligación con carácter real supondría someter el incumplimiento a la consideración de «ataque» al derecho real, y por tanto siempre posible reacción contra el titular actual. En contra de esta idea parece que la obligación real merece una consideración propia, tener en cuenta el incumplimiento y los daños en relación con su causante, salvo que pueda entenderse mezclada la actuación de dos personas sucesivas...

Pero la personalización sólo resulta clara en el supuesto de que toda la vicisitud de incumplimiento-ruina-daños se hubiera verificado en el tiempo de un determinado propietario. Igualmente, me parece, cuando el acreedor haya tenido que intervenir y realizar un gasto, el crédito subsiguiente cuenta ya con un deudor concreto, se interrumpe la ambulatoriedad de la deuda. Y, acaso, cuando el hecho concreto que exige reparación y actuación, para evitar daños futuros, fuera de tal claridad e importancia, que no se justificara la abstención del acreedor y posterior reclamación sin atentar a la buena fe. En los demás supuestos, la personalización sólo podría obtenerse por el propio adquirente que, desconocedor de la existencia de la obligación y el incumplimiento al comprar, inmediatamente después de adquirir y conocer el estado de los lugares, notificara la situación al acreedor y demandara al vendedor, en beneficio de aquél y en descargo propio.

¿Y para la obligación del titular de la servidumbre? En este caso, si nos encontramos en el ámbito de la actividad de mantenimiento conexa al ejercico *civiliter* del derecho, entiendo que va a resultar más sencillo justificar la reclamación siempre frente al titular actual, y cuando menos, la acumulación de su responsabilidad con la del anterior. Quien está padeciendo el gravamen no tendría por qué hacer distingos, y, si dejara pasar el tiempo sin reclamar, podría interpretarse como una actitud de tolerancia, un soportar con paciencia hasta que llega un momento en que la situación se hace insostenible. Quien utiliza la servidumbre ha de preocuparse del buen estado de los lugares, de los deterioros y posibles daños derivados tanto de su actuación como de quien la ha precedido, o de otras causas. Y, en todo caso, abandonar siempre el derecho dejando el fundo en el estado adecuado, para lo que pudiera haber concreciones en el título constitutivo.

¿Criterios de personalización? Cuando ha tenido que intervenir el acreedor, ante la pasividad del obligado anterior, el titular actual no tendría que pagar aquella deuda, porque su actuación obligatoria está en relación con el estado de los fundos, que ahora sería el adecuado. Acaso pudiera plantearse también una actuación inmediata del adquirente que le exonerara de responsabilidad, cuando conoce la situación; pero, me parece, en cualquier

caso quien aparece como titular ha de preocuparse del buen estado en que quedarán las cosas, y no puede abstenerse ante una reclamación relativa a una actuación urgente para evitar un aumento de los daños.

Si la obligación del titular dominante constituyera, por previsión concreta en el negocio constitutivo, una agravación de las obligaciones ordinarias, los criterios a utilizar estarían próximos, de nuevo, a los señalados para la obligación del propietario sirviente.

Obligaciones reales en el derecho de superficie

La relación jurídica superficiaria, establecida en el Título Constitutivo, da origen y delimita los contornos del derecho de superficie que de aquella sigue dependiendo[2240]. Al establecerse, tiene lugar la derogación del principio de accesión, que no se produce de cualquier manera sino en conexión con edificaciones concretas, en una determinada relación y reparto por ambas partes de las utilidades del inmueble total[2241]. Vamos a fijarnos en la llamada modalidad urbanística del derecho de superficie, para la cual se han de tener en cuenta los preceptos de la LS[2242] y el art. 16 RH[2243], con independencia de que luego

---

[2240]Acerca de la relación jurídica superficiaria, y sus diversos aspectos: título constitutivo y condiciones para su vigencia, derecho real, obligaciones que a través de la relación se integran en el derecho concreto, obligaciones personales y remuneración del derecho, *vid*. RUEDIN, *op. cit.*, p. 107 y ss.; DE LOS MOZOS, *El derecho real de superficie..., cit.*, p. 303 y ss.

[2241]*Vid*. DE LOS MOZOS, *El derecho real de superficie..., cit.*, pp. 231 y ss.; 259 y ss. "Es una de las características más sobresalientes del derecho de superficie presentar esta facilidad para modelar su contenido, en relación con su objeto o finalidad, característica que se fundamenta dada su vinculación sistemática y operativa con la derogación del principio de accesión". *Ibidem*, p. 266.

[2242]Arts. 287-289 del Texto Refundido.

[2243]Una parte de la doctrina propugna la construcción unitaria del derecho de superficie, que se alejaría del esquema enfitéutico y resultaría de la combinación de normas contenidas en el RH y la LS, como manifestación del empeño del legislador por obtener una configuración moderna de esta institución, por más que la ordenación acaso no se haya canalizado por los cauces más adecuados. *Vid*. doctrina recogida por DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 111 y ss.

podamos seguir admitiendo la posibilidad de una modalidad urbana común, separada, sin embargo, como ha explicado DE LA IGLESIA, del esquema enfitéutico[2244].

Las obligaciones básicas presupuesto de la relación

Antes que nada, es evidente que la idea de adecuación de la institución a su función preside un aspecto muy importante: la obligación de edificar, y hacerlo en un plazo muy concreto. DE LOS MOZOS explica que no se trata sólo de una obligación real, sino de algo más: estamos ante un presupuesto del reparto establecido, que actúa como verdadera condición resolutoria e incide como tal en el derecho real porque pertenece y afecta al

---

[2244]Habrá que hacer una referencia a las posibilidades que ofrece otra eventual construcción, más general pero también abstracta, inconcreta, que para unos podría seguir apareciendo con el esquema de los censos (PEÑA) y para otros (DE LA IGLESIA) se trata de un derecho de superficie moderno, pero que no habría de ajustarse necesariamente a los preceptos de la LS (modalidad urbana común, frente a la urbanística, que para esta autora sólo tiene sentido para las concesiones de la administración) Para la doctrina dualista *vid*. autores citados por DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 108 y ss. Esta autora, me parece, acaso no está lejana de una cierta vía intermedia, aunque distinta a la presentada por MENA-BERNAL ESCOBAR, M.J., *¿Es constitutiva la inscripción del derecho de superficie?*, *Jurisprudencia Práctica*, 83, Madrid, 1995. También para MENA-BERNAL existen dos derechos de superficie urbana, pero la modalidad constituida por particulares ha de atenerse a la normativa contenida en la legislación urbanística. GIL RODRIGUEZ, en CASTAN, *Derecho civil..., cit., II-2*, 15ª, 1994, p. 470 y ss., sigue pensando que, frente a la modalidad urbanística (actuación de la administración, posibilidad también para los particulares) existe la superficie urbana, organizada más bien por la normativa hipotecaria. Sin embargo, DE LA IGLESIA entiende que, cuando se trata de la actuación de los particulares, que la LS se limita a mencionar, habrá que tener en cuenta las reglas de la disciplina urbanística que contienen trazos institucionales de carácter general. Sólo que, en muchas otras cuestiones, los particulares pueden organizar las cosas como mejor les convenga. Cfr. DE LA IGLESIA, *op. cit.*, pp. 118-119.

Puede haber una diferencia de grado, pero, en realidad, no está lejana esta doctrina de la que presenta DE LOS MOZOS, cuando indica que la normativa urbanística contiene una especificación −entre otras posibles− del esquema institucional del derecho de superficie. Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho real de superficie..., cit.*, pp. 248, 264-266. Ahora bien, quizá conviniera sacar más partido de esta idea, por ejemplo, en materia de inscripción. Comparar, a este respecto, DE LOS MOZOS, *ibidem*, p. 186 y ss.; DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 255 y ss.; MENA-BERNAL, *op. cit.*, p. 24 y ss.

negocio del que sigue dependiendo la relación y el derecho[2245]. Nos encontramos ante una atribución condicionada en relación con cierta función, lo que se materializa y manifiesta, especialmente, en los casos en que la edificación aún no está construida, aunque no sólo entonces (pensemos en la cuestión de la posible reconstrucción, aunque este problema podría tener tratamiento distinto[2246]). Esta obligación de alguna manera está presente antes del propio reparto, en su concepción misma, que no resulta posible sin la garantía de aquel cumplimiento. Conecta con el propio Título constitutivo de la relación en cuanto negocio que la hace posible.

No se trata del único supuesto de conexión estrecha entre una atribución y una función. En la enfiteusis sabemos cómo originariamente el derecho real resulta dependiente de la obligación básica de mejorar, que tampoco, entonces, sería una simple obligación real[2247]. Lo que ocurre es que, en aquella peculiar mezcla de derecho real y relación contractual, el derecho en todo momento sigue dependiendo de aquella obligación y de sus consecuencias, que no serán otras que las sucesivas prestaciones en favor del dueño directo (pensiones, laudemios) participación también de aquella mejora. De tal manera que éstas que pudiéramos considerar en principio simples obligaciones reales, en realidad no son tan simples, en cuanto sirven de vehículo a la participación establecida. Como, por otra parte, el dueño directo no tiene por qué recuperar el dominio pleno, resulta que en todo momento está presente la dependencia de la función y sus consecuencias. La conexión entre función

---

[2245]Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho real de superficie..., cit.*, pp. 245 y ss., 316 y ss. RUEDIN habla de «condición legal del establecimiento del derecho». Cfr. RUEDIN, *op. cit.*, p. 131. *Vid*. DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 223 y ss.

[2246]En caso de destrucción del edificio, las posiciones doctrinales van desde quienes consideran resuelta la relación (MEZQUITA DEL CACHO, J. L., "El derecho real de superficie en la ley de 12 de mayo de 1956", *RDP*, 1957, pp. 753 y ss., p. 760) hasta quienes, especialmente en la modalidad urbanística, propugnan una obligación de reedificar (LASO MARTINEZ, J. L., "El derecho de superficie en el ámbito urbanístico", *Ponencias... VI CIDR*, Madrid, 1985, pp. 519 y ss., p. 544). Habrá que tener en cuenta lo especialmente dispuesto en el título constitutivo, en relación con destrucción total o parcial, pertenencia de los materiales, seguro... *Vid*. DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 228 y ss.

[2247]Incluso la doctrina que pone de relieve la separación del derecho de superficie respecto del esquema enfitéutico, sigue reconociendo una cierta analogía (no identidad) entre las figuras, lo que, por otra parte, dada la revisión moderna del censo como derecho real limitado, no dificulta −todo lo contrario− la catalogación de la superficie como derecho real restringido. *Vid*. DE LOS MOZOS, *El derecho real de superficie..., cit.*, pp. 255 y ss., especialmente p. 261.

de la que depende el derecho real establecido, reparto de las utilidades de la cosa y obligaciones reales es aquí muy especial[2248]. Por ello está previsto el comiso, en cuanto manifiesta en el fondo, aunque se refiera a obligaciones reales, que la atribución sigue dependiendo de la función. Y no está claro, además, que sea posible el abandono liberatorio, al menos como en el resto de los derechos reales, pues todavía estamos un poco en presencia de un contrato[2249].

En la enfiteusis, el derecho real depende de su función. En el derecho de superficie, tal como resulta en la modalidad urbanística y puede establecerse en la urbana común[2250], pasa un poco lo mismo. Lo que ocurre es que, de modo radical, esta dependencia existe y se solventa en los primeros momentos de la relación de reparto, lo que, por otro lado, resulta muy lógico: si la atribución que se otorga es tener y mantener una construcción[2251] ¿qué sentido tendría todo ello si no va a realizarse? La derogación del principio de accesión carecería de sentido. Una vez que el derecho ha dejado de depender de tal presupuesto, habrá que plantearse ya otras cuestiones: la delimitación del derecho[2252], y las obligaciones

---

[2248]Aquí hemos de remitirnos al tratamiento de estas cuestiones en la primera parte de este trabajo. Pero hay que notar aquí que, igual que en la enfiteusis se ha discutido la posibilidad de renuncia liberatoria, alguno ha planteado, a mi juicio sin razón, la misma traba para el superficiario. *Vid*. MIQUEL CALATAYUD, J. A., "Consideraciones sobre el derecho de superficie edificativo en el ordenamiento jurídico español", Ponencias... VI CIDR, Madrid, 1985, p. 616. Crítica en DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 234 y nota 186.

[2249]En el Código sólo se establece la posibilidad de liberación por abandono en supuestos muy concretos, que manifiestan el reparto de riesgos entre dueño directo y enfiteuta, o censatario.

[2250]Pues la primera no es más que una versión concreta de la superficie urbana en general. *Vid.* DE LOS MOZOS, *El derecho real de superficie..., cit.*, pp. 176 y ss., 259 y ss.

[2251]Conforme a la mejor definición del moderno derecho de superficie, a partir de ROCA SASTRE, "Ensayo sobre el derecho de superficie", *RCDI*, 1961, p. 18 y ss. Panorama general de esta cuestión en DE LA IGLESIA, *op. cit*., p. 97 y ss.

[2252]Donde cabe situar las restricciones o condiciones que puedan establecerse al derecho de disposición del superficiario, en principio facultad natural suya (art. 16.1.D. RH, y 287.3 LS) Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho real de superficie..., cit.*, p. 310 y ss. Y la fijación concreta de la extensión del derecho: reparto relativo al subsuelo, posible reserva por el *dominus soli* de cierto aprovechamiento, y restricción del *frui* en principio completo del superficiario. Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho real de superficie..., cit.*, p. 304 y ss.; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario, III*, 6ª ed., 1968, p. 576; En sentido distinto −concepción restrictiva del *frui*

reales que exija en cada caso concreto el equilibrio de intereses para el aprovechamiento de las utilidades de la finca completa en reparto[2253]. Y, por otro lado, como la construcción revertirá al *dominus soli*, la previsión, para su cumplimiento por el superficiario, de las pautas que la edificación tiene marcadas, y que han justificado la derogación del principio de accesión[2254].

Por esto, no sólo el plazo, también el modo y forma de edificar o destino de las construcciones nutre una obligación básica del superficiario[2255], cuya contravención pudiera llevar a la resolución del título, por haber socavado los presupuestos que sustentan la derogación implícita de la accesión[2256]. Ahora bien, nuestra regulación no contiene precisión alguna acerca de la sanción a estas contravenciones. En derecho suizo se establece, como obligación legal imperativa, el juego de un derecho de retorno anticipado, en el art. 779 f CCS. Ante la ausencia de tal figura en nuestro ordenamiento, la doctrina plantea esa resolución del título, con las dificultades que comporta la distinción de la condición resolutoria y el comiso[2257]. Parece que sería posible, siempre que el incumplimiento sea de grave importancia y pueda entonces, por así decir, equipararse a la propia falta de construcción[2258]. En este sentido, no parece suficiente la previsión en el título de que tal o

---

superficiario− GULLON BALLESTEROS, A., *La superficie urbana*, Sevilla, 1960, p. 79; GUILARTE, V., *El derecho de superficie*, Pamplona, 1966, p. 237. *Vid*. también DE LA IGLESIA, *op. cit.*, pp. 193 y ss., 206 y ss., 210 y ss.

[2253]Cfr. DE LA IGLESIA, *op. cit.*, pp. 204-205.

[2254]*Vid*., por ejemplo, art. 779b CCS

[2255]*Vid*. art. 16.1.C RH, y 171.1 L/76 Y 287.2 LS. Cfr. CASTAN, *Derecho civil..., II-2, cit.*, 1988, p. 406.

[2256]"El derecho de superficie queda limitado por el objeto de la concesión, que si se ha constituido para edificar viviendas, no puede destinarse para instalaciones industriales y, como en ello va implícita la derogación del principio de accesión, toda extralimitación del superficiario o de sus causahabientes supone una infracción de los términos de la concesión". Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho real de superficie..., cit.*, p. 312.

[2257]*Vid.* GULLON, *La superficie urbana, cit.*, pp. 126 y ss., 132 y ss.

[2258]Aquí, había distinguido PUIG PEÑA entre las contravenciones graves relativas a "elementos integrantes de la causa jurídica para el concedente", y el incumplimiento de obligaciones reales en materia de destino, coste de la edificación, aspecto estético... (Cfr. PUIG PEÑA, *Tratado de derecho civil español*, II, I-2, Madrid, 1953, p. 481). En la línea expresada en el texto, cfr. DE LA IGLESIA, *op. cit.*, pp. 224-226; DE LOS MOZOS, *El derecho real de superficie..., cit.*, pp. 312-313, 332.

cual incumplimiento se considera grave, habría que atender también a consideraciones objetivas, y, como apunta DE LA IGLESIA, será lógica −igual que en materia de plazos− una mayor rigidez como característica de la modalidad urbanística (concesión por la administración) mientras sería posible admitir una mayor flexibilidad en la concesión por los particulares.

Las obligaciones reales

En cualquier caso, y con seguridad cuando no se trata de un flagrante desconocimiento del designio inicial en torno al objeto del derecho, el legislador parece que considera suficiente ordenar y asegurar una serie de obligaciones como propias de la relación, para vincular con ellas a todo superficiario sucesivo, con vistas a la reversión final, pero sin que su incumplimiento pueda llevar a la resolución. Aquí hay que encuadrar la referencia del art. 16.1.C RH a los pactos relativos al modo y forma de las construcciones, destino, presupuesto... A DE LA IGLESIA le parece que la importancia que se da a estos aspectos, y su previsto acceso al Registro como requisito para la constitución eficaz del derecho, concuerda con el interés de la Administración en tener un control de sus concesiones inmobiliarias, pero no tendría tanto sentido para los particulares[2259]. Me parece, sin embargo, que también los intereses del propietario particular quedan así atendidos y se facilita la utilización de la figura, lo que no impide que las determinaciones en el Título puedan ser después (pero también en las concesiones administrativas) de gran sencillez.

"Las obligaciones propias del superficiario consisten, en primer lugar −explica DE LA IGLESIA− en la utilización del suelo y de la construcción de acuerdo con los fines pactados. Así, es de suma importancia destacar el deber de abstenerse de deteriorar la construcción realizada. También deberá hacerse constar claramente en el título constitutivo la determinación de la obligación de pago, por parte del superficiario, de las contribuciones e impuestos relativos a la construcción de los que deberá hacerse cargo[2260] (...) Por último,

---

[2259]Esta idea se manifiesta en todo el comentario que dedica al art. 16 RH, cfr. DE LA IGLESIA, *op. cit.*, pp. 276 y ss. especialmente, por ejemplo, p. 285.

[2260]Se deberá hacer cargo, por ejemplo, del pago del Impuesto sobre bienes inmuebles, recogido en la Ley 39/88 de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales (art. 61 y 62), salvo que las partes pacten otra cosa. Las STS de 5 de diciembre de 1989, 24 de enero y 10 de abril de 1990 se refieren al deber de costear la urbanización que corresponde al titular del derecho a edificar. "Como en el presente caso el recurrente, junto con otros dos, era titular del

no podemos olvidar su obligación de cumplir las demás obligaciones que forman parte del contenido del título constitutivo, y del pago del canon[2261]".

Concretamente, "a la vista de las normas de la Ley del Suelo y del Reglamento Hipotecario (especialmente de las contenidas en el apartado C del art. 16-I) podemos considerar que todo lo referente al destino de la edificación, así como características generales de la misma, uso y conservación, mejoras, etc., puede ser objeto de *obligación real*, puesto que se hallan estas previsiones en relación con el *contenido normal* del derecho de superficie y de la relación superficiaria, íntimamente vinculadas al fundamento de su concesión y a su función social y práctica"[2262]. Y, en la misma línea, ROCA SASTRE: "Sobre el destino de la edificación, el dueño del suelo podrá exigir el cumplimiento de lo pactado, como, por ejemplo, prohibir que se haga servir lo edificado para actividades industriales, nocivas, inmorales, peligrosas, etc." Y "podrá velar por el uso y conservación de lo edificado, como, por ejemplo, la prohibición de instalar maquinaria, instrumentos sonoros o elementos modestos, como también exigir las reparaciones que precise su normal conservación, y que se cumpla lo pactado sobre contribuciones, impuestos y arbitrios, seguro del edificio y pago de sus primas correspondientes"[2263].

Resulta evidente el interés de que tales compromisos vengan integrados en la posición jurídica compleja que, al enajenar, transmite el superficiario[2264]. Porque su cumplimiento forma parte del equilibrio en la relación mientras dura, y la garantía de su realización al final de la misma es elemento decisivo en la economía del reparto. Además, incluso para el interés general, no convendría dejar ciertos aspectos relativos a la seguridad del edificio, instalaciones, mantenimiento... un poco al albur de posibles discusiones acerca del obligado a garantizar su continuidad. Por eso, dice ROCA SASTRE que, aunque las obligaciones sean de índole personal, se subroga en ellas toda persona que en lo sucesivo adquiera el derecho. Y también GULLON señala que "no se trata de obligaciones meramente

---

derecho a edificar sobre el solar en cuestión, le correspondería hacer frente a los expresados gastos de urbanización, sin perjuicio de los pactos existentes entre los indicados titulares del derecho de superficie y el propietario del solar".

[2261]Cfr. DE LA IGLESIA, *op. cit.*, pp. 218-220.

[2262]Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho real de superficie..., cit.*, p. 330.

[2263]Cfr. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario, III, 1968*, p. 581.

[2264]Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho real de superficie..., cit.*, p. 312; DE LA IGLESIA, *op. cit.*, pp. 293-294.

personales, que se resuelven en una indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento, y que no obligan a los sucesores a título particular en la titularidad de la superficie" lo que puede intuirse por "el hecho de su inscripción forzosa en el Registro"[2265]. Ahora bien, habría que discutir qué pactos pueden ingresar en el Registro como vehículo de obligación real, y cuáles sólo contienen obligaciones personales que, sin embargo, acceden a él por referencia a las garantías de trascendencia real con que pueden asegurarse, según el apartado E del art. 16.I RH. En esto, como en otras cuestiones, la redacción de este precepto parece mejorable[2266].

Hemos indicado la importancia de que las obligaciones *ambulen*, porque en buena medida van dirigidas al último superficiario. Esto nos recuerda las distintas reglas que entran en juego al fin de la relación, cuando se produce la reversión, al reactivarse el principio de accesión[2267]. Aquí serían también imaginables reglas convencionales que introdujeran cierto reparto en la ordenación de la reversión. De hecho el art. 16.I.B RH introduce la posibilidad de reversión parcial, lo que extraña a DE LOS MOZOS[2268] y ciertamente no cabe en el régimen de la LS (art. 288.3). Sin embargo, DE LA IGLESIA, siguiendo a GARCIA-ARANGO, ha presentado algún ejemplo de pactos en este sentido[2269]. No está prevista, sin embargo, como ocurría anteriormente, una indemnización final a pagar por el propietario, porque, parece, se valora que no corresponde al equilibrio del reparto. Ahora bien, cabe plantear si podría seguir considerándose aspecto eventual del contenido natural de la relación, pues acaso su previsión sirviera de estímulo al superficiario[2270], lo que

---

[2265]Cfr. GULLON, *La superficie urbana, cit.*, pp. 122-123.

[2266]Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho real de superficie..., cit.*, p. 331.

[2267]Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho real de superficie..., cit.*, p. 339 y ss.; DE LA IGLESIA, *op. cit.*, pp. 238 y ss., 351 y ss.

[2268]Para quien resulta más coherente el eventual pacto de adquisición del suelo por el superficiario, del art. 16.A. RH. Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho real de superficie..., cit.*, p. 340. Para DE LA IGLESIA, sin embargo, sólo los particulares podrían utilizar dicho pacto, Cfr. *op. cit.*, p. 358.

[2269]Cfr. DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 359. *Vid.* GARCIA-ARANGO Y DIAZ-SAAVEDRA, C., "El derecho de superficie con reversión parcial de lo edificado como solución aplicable registralmente al cambio de suelo por vuelo", *Ponencias... VI CIDR*, Madrid, 1985, p. 495 y ss.

[2270]Que además perdería tal derecho, aparte de la indemnización o sanciones previstas en el negocio constitutivo, en caso de resolución por contravención de obligaciones esenciales. Cfr. DE LA IGLESIA, *op. cit.*, pp. 376, 225-226.

redundaría en una mayor seguridad y facilidad para alcanzar el cumplimiento de su función. En este caso, cabría establecerla como obligación real[2271].

Otra cuestión interesante tiene relación con el abandono liberatorio: Parece que no va a funcionar siempre de la misma manera, y esto resulta coherente con las diversas formas en que pueden conectarse obligación y derecho real: por ejemplo, no cabría decir que el superficiario, abandonando, se libera de su obligación de edificar. Nos estamos moviendo, en este punto, en un terreno distinto. Este abandono o renuncia podría además dar lugar a la exigencia al superficiario de diversas prestaciones. Igual que en el usufructo −el usufructuario ha de administrar la cosa como diligente padre de familia, no cabría decir que abandonando se libera de su obligación de tener la cosa en buen estado− el cumplimiento de ciertas obligaciones está previsto, precisamente, en conexión con el final de la relación. Sin embargo, las obligaciones reales experimentarán, en cada caso, el influjo que para ellas va a tener la posible (es indudable) renuncia a la atribución[2272]. Una vez que el derecho está cumpliendo su función, cabe renunciar a él sin más problema, y liberarse, efectivamente, de las prestaciones accesorias que sólo tienen sentido en virtud de la continuación del reparto que ahora se deshace.

Ahora bien, tampoco tendría sentido que, unilateralmente, quien adquirió el derecho de superficie pretendiera «liberarse» de aquellas prestaciones que, en realidad, constituyen, no un aspecto del contenido natural de la relación, sino el vehículo de la contraprestación debida cuando el derecho se constituyó a título oneroso. Pero es que, en este caso, no se trata de obligaciones reales, por lo que tampoco se traspasarían a un eventual adquirente, aunque su cumplimiento pudiera haberse garantizado con hipoteca, lo que sólo es un sucedáneo, una técnica indirecta −cabría decir− de obligación real, pero no una obligación real verdadera. Es lo que ocurre, en nuestro derecho, con el canon superficiario, por cuanto tal prestación no resulta materialmente accesoria de la relación de reparto establecida, ni facilita que el *dominus soli* obtenga el beneficio natural de la institución que vendrá con la reversión final. Del mismo modo, en definitiva, que no parece justificado establecer como

---

[2271]"El que la indemnización a favor del superficiario constituya «contenido normal» del derecho de superficie, es algo que viene contemplado, en el derecho comparado, en aquellos sistemas en que la institución adquiere un adecuado desarrollo técnico". Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho real de superficie..., cit.*, p. 341. *Vid*. sobre este punto DE LA IGLESIA, *op. cit.*, pp. 240-241, 374-376.

[2272]Cfr. ROCA SASTRE, "Ensayo...", *cit.*, p. 61; DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 234.

obligación real prestaciones de este tipo en las servidumbres o el usufructo[2273]. Aunque esta cuestión ha podido ponerse en duda en nuestra doctrina, y solucionarse de distinta manera en otras legislaciones[2274].

En cuanto al propietario, ya me he referido indirectamente a su posición jurídica, al tratar la delimitación del reparto de poderes y facultades sobre el inmueble, y la posibilidad o no de indemnización al terminar el derecho de superficie. El *dominus soli* puede resultar vinculado, a través del título constitutivo, a específicos comportamientos de acción o abstención que concreten o modalicen su fundamental deber (*pati* del derecho real) de tolerar el alzamiento y mantenimiento de la edificación sobre el suelo: autorización de trabajos −en el subsuelo, o sobre el suelo adyacente no gravado− necesarios para el ejercicio del derecho, modificación del fundo u obras, etc. La realización y coste de las tareas de acondicionamiento inicial del suelo podría distribuirse entre las partes. Pactos relativos a las actuaciones posibles del propietario en el suelo o el subsuelo, sin que por ello se originen molestias o perjuicios al superficiario y a su derecho. Pago de contribuciones y arbitrios que afecten al suelo. Obligaciones derivadas de los posibles pactos relativos a los derechos que pueda mantener el propietario sobre el suelo, o el espacio superior a la construcción o construcciones que se le hayan de ceder, o a los actos dispositivos que pudiera concluir[2275].

Con independencia de que se hubiera podido prever inicialmente la consolidación «invertida» de la propiedad del inmueble a favor del superficiario, me parece que, al final, la posible indemnización pactada −cuya justificación radica en la mejora por él introducida− y otros posibles reembolsos derivados también de gastos realizados en pro de

---

[2273]Así lo entienden ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario, III*, 1968, p. 580; GULLON, *La superficie urbana, cit.*, p. 125; DE LOS MOZOS, *El derecho real de superficie..., cit.*, pp. 332-333. También BALBI, G, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, p. 132; SALIS, L., voz "*Superficie*", *Novissimo Digesto Italiano*, XVIII, Torino, 1971, pp. 941 y ss., p. 952.

[2274]*Vid.* DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 364 y ss., y doctrina allí citada. La renta superficiaria, en realidad, es una de las razones que llevan a la doctrina suiza a interesarse por la obligación real, y sin embargo, al final sólo se establece como tal, si así se hubiera pactado, la posibilidad de exigir la constitución de una hipoteca en su garantía (art. 779 i,f CCS). En Alemania puede establecerse como carga real. Y ROCA SASTRE piensa que perfectamente podía haberse previsto en nuestro derecho la opción de establecerla de este modo. Sin embargo, acaso habría que recordar especialmente aquí el rechazo, en nuestro diseño de la figura, del comiso.

[2275]Cfr. DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 204 y ss.

la finca, pueden siempre sustituirse por el abandono del inmueble en beneficio del superficiario. También podría ocurrir durante la relación, en cuyo caso el superficiario no tiene por qué preocuparse ya por las exigencias de la desaparecida concurrencia, pero tampoco exigir al dueño prestación alguna, salvo la indemnización pertinente por daños derivados de incumplimientos anteriores.

La apertura de perspectivas más amplias en la «modalidad urbana común»

Según DE LA IGLESIA en nuestro ordenamiento hay un derecho de superficie de tipo moderno −derecho real, autónomo, típico y originador de una propiedad superficiaria separada−. Pero dentro de él cabe distinguir dos modalidades: la urbanística, cuyas normas tienen carácter imperativo, siendo su objeto el suelo integrante del Patrimonio Municipal y los bienes de pertenencia pública; y la modalidad urbana común, que "tiene plena vigencia al amparo del CC, no solamente porque se le menciona expresamente en el art. 1611-3º, sino además por el juego de la autonomía de la voluntad, el carácter flexible del principio de accesión, y el sistema de *numerus apertus* de derechos reales que posibilitan su existencia. La Compilación de Navarra apoya la existencia de esta modalidad". Si bien, "el art. 1655 del CC no es aplicable a la institución superficiaria". Y ello por varias razones, y especialmente "tras la STS de 15 de junio de 1984, que alejándose de una interpretación literalista del citado precepto señala cómo es un derecho real que otorga una propiedad limitada independiente de la propiedad del suelo, y lo que es más importante, diferenciable del censo enfitéutico y del arrendamiento, recalcando su singularidad". En definitiva, para DE LA IGLESIA "es difícil, a mi juicio que en la actualidad pueda existir algún derecho de superficie «de carácter censuario»...", pero, en la moderna configuración, sería posible concebir una modalidad urbana común, caracterizada por la posibilidad de los particulares de establecer el derecho con márgenes aún más amplios que los que resultan de la literalidad de los preceptos que encontramos en la LS y en el art. 16 RH[2276].

No parece, sin embargo, que la constitución por los particulares permanezca ajena a las previsiones de LS y RH, como resulta además expresamente de los términos legales. Acaso, sin embargo, pueda plantearse que la constitución por los particulares permita libertades que no aparecen en lo que DE LA IGLESIA llama modalidad urbanística. Así, por ejemplo,

---

[2276]Cfr. DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 401 y ss.

para empezar, y en lo que sería el indicio más llamativo de aquella modalidad, para DE LA IGLESIA, mientras la inscripción constitutiva tiene sentido en las concesiones administrativas, la constitución por los particulares podría no requerirla, y funcionaría aquella todavía como declarativa, por más que de *lege ferenda* resulte deseable otra cosa. Y ello porque, aunque los términos de LS y RH parezcan claros, no bastaría un reglamento para modificar tampoco en este punto los principios del sistema[2277]. En este punto, sin embargo, me parece que existen suficientes datos legales, sistemáticos e interpretativos para defender, hoy por hoy, el carácter constitutivo de la inscripción, aunque la Jurisprudencia no se mueva en esta línea[2278].

En un terreno quizá más fácil, es para la modalidad urbana para la que aventura DE LA IGLESIA ciertos pactos no previstos en principio, y que pudieran contener especiales obligaciones reales. Por ejemplo, se plantea la constitución por tiempo indefinido del derecho, lo que puede tener interés precisamente cuando el *dominus soli* se reserva especiales utilidades en la finca que no desnudan su dominio, por ejemplo, reparto de superficie y subsuelo, con un arreglo a través de obligaciones reales para la concurrencia de ambos derechos[2279]. Aquí aventura esta autora la posibilidad de establecer el canon

---

[2277]Cfr. DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 265 y ss.

[2278]Cfr. STS 15 de junio 1984 y 6 octubre 1987. *Vid.* MENA-BERNAL, *op. cit.*, y el amplio tratamiento de toda la cuestión en DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 251 y ss. Es significativo que "dos leyes totalmente diferentes, como la ley del suelo por un lado, y la ley de montes vecinales en mano común, por otro, han regulado el derecho de superficie estableciendo en modo expreso la inscripción como constitutiva... La insistencia del legislador en la inscripción constitutiva del derecho de superficie en dos supuestos diametralmente opuestos, únicos en los que se ha planteado la cuestión, induce a pensar que hay una singularidad del supuesto concretamente regulado, y ello obedece a la figura especial del derecho de superficie, más que a la especialidad urbanística o a la especialidad de la ley de montes vecinales en mano común. No hay ninguna razón urbanística ni de la ley de Montes vecinales en mano común para establecer la inscripción constitutiva del derecho de superficie. la única razón tiene que ser la inmaterialidad del derecho de superficie, que exige que tenga una publicidad registral para su constitución, con independencia de la modalidad de que se trate". Cfr. GARCIA GARCIA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, I, Madrid, 1988, p. 578.

[2279]Acerca de la eventual constitución por tiempo indefinido, DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 314 y ss., especialmente pp. 321-322. Ahora bien, si se constituye así, en realidad nada diferencia este supuesto de la división del dominio, nos encontraríamos ente un supuesto semejante a la cotitularidad *pro diviso*. Cfr. DIEZ-PICAZO-GULLON, *Sistema..., III, cit.*, 1990,

superficiario con carácter de obligación real (parece proclive a verla así en todo caso, lo que a mi modo de ver indica cierto apresuramiento en la reflexión sobre el asunto[2280]). Además, aquí cabe plantear qué derecho de superficie sería éste: de duración indefinida y con obligación real de pensión, habría que terminar por encuadrar el supuesto en la «modalidad censuaria del derecho de superficie» que a PEÑA sigue pareciendo viable, aunque DE LA IGLESIA no lo acepta[2281].

Quizá también el plazo para edificar pueda tener distinta consideración en la concesión por la administración (vencido el plazo que indica la licencia el derecho se extinguiría por resolución) y en la concesión por un particular sin que en el título se señale plazo (la expiración de la licencia daría lugar a la necesidad de obtener otra nueva por parte del superficiario, pero sin que la relación se resuelva...)[2282].

En la modalidad común podría establecerse, como hemos visto, la indemnización al final de la relación[2283], y el juego de los compromisos obligacionales podría ser más amplio en materia de reversión. Tampoco sería necesario para la inscripción plasmar todos los compromisos y especificaciones que se recogen en el art. 16 RH[2284].

En cualquier caso, para terminar, he de señalar que la doctrina, de diversas formas, unas veces con más acierto que otras, trata de indicar, enfrentándose a la redacción literal del art. 16 RH, considerada «desafortunada», por ejemplo, por GULLON, que los pactos y cláusulas obligacionales, se hagan constar o no en el Registro las garantías reales con que se aseguren, y de las que parecen un poco accesorios, son, forman parte (y esto es lo que en definitiva el Reglamento trataría de señalar) de la relación superficiaria, y, por tanto, han de vincular a todo causahabiente del derecho de superficie (y del inmueble gravado). Este es el sentido que tiene la recuperación de la propia categoría de la obligación real en el derecho

---

5ª ed., p. 486. En todo caso, sería posible ampliar los plazos legales. Y establecer cláusulas de prórroga del plazo, cfr. DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 341 y ss., aunque el Tribunal Supremo parece contrario (STS de 6 de octubre de 1987).

[2280]Cfr. DE LA IGLESIA, *op. cit.*, pp. 367-368.

[2281]Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 335. Para otros autores que defienden esta idea, *vid.* DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 316.

[2282]Cfr. DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 224.

[2283]Cfr. DE LA IGLESIA, *ibidem*, p. 240.

[2284]Cfr. DE LA IGLESIA, *ibidem*, p. 287.

comparado (especialmente en el derecho suizo) y que la doctrina pone de manifiesto de diferentes formas.

Ahora bien, igual que el propio derecho de superficie (para unos en todo caso, para otros sólo en esa «modalidad urbanística») independientemente de que tenga cierta trascendencia posesoria (que le va a faltar o va a presentar peculiaridades, y no sólo al principio[2285]) parece que requiere la inscripción constitutiva... ¿qué decir de pactos y cláusulas que acompañan a la relación para todo adquirente sucesivo, y cuya trascendencia posesoria no podría afirmarse más que metafóricamente? Aunque pueda concebirse la constitución del derecho de superficie simplemente a través de Escritura pública[2286], la eficacia y oponibilidad característica de los especiales pactos y cláusulas obligacionales parece que requiere inscripción en el Registro, un poco como ocurre con los Estatutos en el régimen de propiedad horizontal[2287]. Tal derecho real, por tanto, puede contener con eficacia real los tres o cuatro trazos esenciales del derecho, pero para completarlo con pactos que vayan más allá del régimen normal (o que se considere normal), es precisa la inscripción, siendo muy dudoso si cláusulas como la de duración indefinida o canon censal, que pueden configurarse como límites de atribución, o con analogía con los censos, podrían desplegar su eficacia sin problemas simplemente con el documento de constitución[2288].

[2285]*Vid*. sobre este punto, DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 268 y ss.

[2286]Así está previsto para los censos, lo que demostraría que el déficit de apariencia posesoria y el contenido obligacional del derecho real da lugar y exige determinados requisitos de trascendencia formal, pero no necesariamente la inscripción. Pero es que, en el derecho de superficie, señala ARNAIZ EGUREN, "además de no existir contacto posesorio con la finca por parte del titular del dominio residual, no se organiza una prestación real física y perceptible que haya de satisfacer el superficiario, al estilo de los censos tradicionales..." cfr. ARNAIZ EGUREN, *Los aparcamientos subterráneos...*, *cit.*, p. 126.

[2287]"La publicidad registral −señala AMOROS− debe tener valor constitutivo cuando no cabe posesión ni tradición. Idea éste, que refleja un principio general de nuestro Derecho Registral. Aunque la evolución de nuestra legislación no haya llegado todavía a recoger esa evidente realidad". Cfr. "La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada", *Centro de Estudios Hipotecarios*, Madrid, 1992, *separata*, p. 33.

[2288]La importancia de la determinación del contenido del derecho a través de obligaciones reales se configura entonces como un importante argumento en pro de la inscripción constitutiva en el Registro. Cfr. GARCIA GARCIA, *Derecho Inmobiliario...*, *cit.*, p. 578.

FUNCIONAMIENTO Y FUNCIÓN DE LA OBLIGACIÓN REAL: ACCESORIEDAD Y COROLARIOS DE SU VINCULACIÓN REAL

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

Tras el repaso que se ha ido haciendo en el precedente capítulo, que muestra la obligación real en distintas relaciones de reparto, y su variedad de formas y sentidos, es posible intentar alguna conclusión relativa a su régimen jurídico. Centrado por la doctrina, concretamente, en las consecuencias más llamativas de su vinculación real, que la convierte en noción independiente. Después, podremos detenernos en algunas consideraciones conclusivas relativas a la propia idea de vinculación y accesoriedad.

La ambulatoriedad de la obligación real: la transmisión

La más importante característica de la ambulatoriedad de la obligación real sería precisamente su transmisión al adquirente con el derecho real. Es lo propio de la inherencia de la obligación al derecho (inherencia de segundo grado, que no debemos confundir con la inherencia del *ius in re*[2289]). Es particularmente importante comprender que, antes de que la obligación acceda al derecho real y siga sus vicisitudes, accede o resulta inherente a la cosa, pero no a la cosa en sí, como un medio de fortalecer la posición del acreedor −como ocurre para las que ABERKANE denomina obligaciones *scriptae in rem*− sino a la cosa en cuanto objeto en situación de reparto. La obligación es accesoria del derecho y configura la compleja posición del titular, porque tiene sentido como accesorio de la relación completa de reparto (aquí encontraremos su «campo propio»).

[2289]Mezcla estos dos aspectos, NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, pp. 138 y 143-144. Me parece que es frente a esta visión equivocada de la inherencia, más que frente a la verdadera, contra lo que reaccionan BIONDI (*Le servitù, cit.*, pp. 713, 727) y BIGLIAZZI-GERI (*Oneri reali..., cit.*, p. 22).

La cuestión de la transmisión o sucesión en la relación obligatoria real no está exenta de dificultades y discusión en la doctrina, empezando por la propia idea de sucesión. Para algunos, ambulatoria no es la obligación sino la posibilidad de su nacimiento, en conexión con el derecho real[2290], pero una vez nacida ("radicada en un determinado sujeto") «*cessa omni ambulatorietá*», y su transmisión transcurre por los cauces ordinarios (de la teoría general de las obligaciones)[2291]. Para otros, por el contrario, si la referencia a la titularidad real sirviera sólo para determinar, en un primer y único momento, quién será deudor y permanecerá como tal respecto a la obligación y prestación concreta a partir de entonces, estaríamos ante una «*obbligatio ob rem*», pero que no tiene nada que ver con las obligaciones reales o *propter rem*, cuyos caracteres «*sono ulteriori*»[2292].

Esta discusión en la doctrina italiana parece un reflejo (aunque no coincida exactamente) de la producida en la doctrina suiza. Como sabemos, para LIVER y los que le siguen, conforme a una rigurosa simetría en la construcción del concepto *a priori*, sólo tiene sentido para la obligación *propter rem* la pretensión dirigida siempre al titular actual, que en todo caso sucede en la condición de deudor de modo automático y aún fuera de todo conocimiento y voluntad; y la liberación de todo lo debido por virtud de su separación (del modo que sea) de la titularidad (abandono liberatorio)[2293].

Sin embargo, según DESCHENAUX no tiene por qué ser éste el sentido de la obligación real. En muchos casos la obligación "*vise un certain rapport juridique d'où naissent, au fur et à mesure que le temps s'écoule ou au gré de certaines circonstances, une série d'obligations*". Entonces −explica− la obligación concreta ya nacida en la persona del titular y que ha vinculado su responsabilidad personal, no desaparece aunque se desligue o transfiera su derecho. "*Ce qui compte, ce n'est pas tant l'échéance de la dette, que son existence au moment du transfert du droit*"[2294].

[2290]Cfr. BIONDI, *Le servitù, cit.*, p. 714; ROMANO, *op. cit.*, p. 220; COMPORTI, *Contributo..., cit.*, p. 310.

[2291]Cfr. BIONDI, *Le servitù, cit.*, pp. 713-714.

[2292]Cfr. BALBI, *Le obbligazioni...", cit.*, pp. 25-26, 153 y ss.

[2293]*Vid*. la doctrina expuesta en el capítulo dedicado a la doctrina suiza. Incluso plantean que ésta solución pudiera ser contraria a los intereses del acreedor, que va a encontrarse con un nuevo deudor contra su voluntad.

[2294]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, pp. 742-743.

En este sentido se manifiesta un importante sector doctrinal, que no admite, una vez personalizada la deuda (no es que la obligación real «se convierta» en personal, como dicen algunos, lo es desde el primer momento) su trasferencia al adquirente, por mucho que se argumente con la protección del acreedor; porque tal idea, explica BIGLIAZZI-GERI, enlaza con la teórica y apriorística reconstrucción de una figura más allá de los datos legales, teniendo en cuenta que, si la hemos calificado de obligación, no podremos después alegremente prescindir de los criterios generales que rigen en materia de trasferencia de deudas[2295]. La causa de esta obligación −interpreta DESCHENAUX− se encuentra en la propiedad de que efectivamente el primigenio obligado ha gozado en la época de nacimiento o vencimiento ¿por qué, entonces, habrá de extinguirse después la deuda? Tampoco se ve con claridad qué permitiría considerar al adquirente deudor al lado del enajenante (que no quedaría liberado), como parece ser el criterio de la doctrina y jurisprudencia francesa[2296]. Igualmente, en caso de renuncia "*l'effet libératoire ne se produit pas pour le passé. Les obligations échues ou −disons− existantes au moment de la déréliction subsistent à la charge de l'ancien propriétaire ou de l'ancien titulaire du droit réel, qui continue d'en répondre personellement sur tous ses biens. La solution doit être la même qu'en cas de transfert*[2297]*. L'obligation une fois née demeure attachée à la personne du débiteur, peu importe que celui-ci soit designé par sa relation réelle à une chose. Cela signifie que si cette relation prend fin, il ne contracterá pas de nouvelles obligations, mais non qu'il será liberé pour le passé. Comment admettre qu'un copropriétaire puisse tout*

[2295]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 116 y ss.

[2296]Para la jurisprudencia francesa el propietario no se libera, por la enajenación, de las obligaciones reales *échues*. Así, para la indemnización de medianería (supuesto peculiar del derecho francés) pero con obligación cumulativa del nuevo propietario: Cfr. *Cassation*, 21 *mars* 1843, *Sirey* 1843, I, 350; *Rêquetes*, 10 *avril* 1889, *Dalloz*, 89, I, 321. Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, p. 142 y ss. Aunque, para este supuesto concreto, después DESCHENAUX rectifica un poco su opinión: no existiría allí propiamente una excepción al principio. El causahabiente del vecino habrá retomado la pretensión de su causante y deberá indemnización como nuevo propietario del fundo contiguo. Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 743.

[2297]Contra JOST, *op. cit.*, pp. 109-110. La cuestión es controvertida en derecho francés, cf. BONNECASE, *Supplément..., cit.*, p. 418 y ss.; DE JUGLART, *Obligation réelle..., cit.*, p. 281 y ABERKANE, *op. cit.*, p. 157 y ss. Estos autores son partidarios del efecto liberatorio absoluto.

simplement se libérer d'un arriéré de contributions d'entretien en abbandonant sa part, ***alors qu'il a joui dans la période correspondante des avantages de la copropriété****?*"[2298].

Es de notar que, entre los partidarios de la primera tendencia, se manifiestan ligeras atenuaciones al rigor de la simetría. Así, cuando consideran que el incumplimiento de la prestación debida da lugar a consecuencias que permanecen en la persona del incumplidor, responsabilidad por daños y perjuicios (aunque el cumplimiento aún posible de lo debido todavía podrá exigirse al adquirente). Aquella matización no deja de resultar lógica (si se incumple y de ello derivan perjuicios, no subsanables a pesar del cumplimiento ulterior por el adquirente, nos encontramos ante una responsabilidad personal e intransferible del incumplidor) pero, para DESCHENAUX, muestra que la obligación tiene una vida en conexión con el primigenio deudor, y despliega ahí un dinamismo que no termina con la trasferencia[2299]. Ciertamente, DESCHENAUX tiene distinto planteamiento, y la lógica de LIVER, SCACCHI, etc., pretende ser muy otra[2300]. Pero no le falta razón a aquél: en

---

[2298]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, pp. 745-746.

[2299]"*Si l'on admet, dans le cas de l'art. 730 al. 2 CCS, que l'aliénateur répond encore de l'inaccomplissement des actes qui lui incombaient naguère, c'est que, s'il ne peut plus actuellement les accomplir, il n'en demeure pas moins obligé personellement. Sinon, pourquoi devrait-il des dommages-intérêts? Quand l'obligation propter rem consiste dans le paiement d'une sume d'argent, comme c'est le cas pour les frais d'entretien dus par un voisin, un copropiétaire ou le titulaire d'une servitude, l'obligation elle-même subsiste comme telle contre l'obligé pour le temps pendant lequel il a été au bénéfice du droit réel. L'obligation réelle ne se résout en dommages-intérêts que si l'execution effective n'est plus possible de la part de l'alienateur, comme lorsque celui-ci s'est mal acquitté des devoirs de gestion qui lui incombaient comme propriétaire d'une quote-part*". Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit*., p. 743. Entiende que la admisión, incluso por el sector doctrinal contrario, de la responsabilidad del enajenante por daños y perjuicios derivados de la omisión del cumplimiento que le incumbía, es una muestra de que la obligación sigue viva para él, no sería posible buscar otro deudor. En la cantidad exigible al transmitente por el incumplimiento, se incluiría ahora la propia indemnización con que se costeará el cumplimiento que le hubiera correspondido. Si, por la transmisión, no puede ya realizar la prestación, supone un perjuicio para el acreedor que se solventará con la correspondiente indemnización, pero sin implicar al adquirente en el problema.

Como vemos, los daños y perjuicios y su sentido en DESCHENAUX y los otros autores parece bien distinto.

[2300]LIVER y los alineados con él tienen en cuenta el incumplimiento y los daños derivados por tal causa. No podrán exigirse al adquirente. Sin embargo, parecen referirse a daños que van más allá de la propia falta de cumplimiento (un ejemplo podría ser los intereses por mora...)

cualquier caso, no todo es tan impersonal como se nos quiere pintar, y por ello cabe plantearse hasta qué punto, una vez que existe un deudor, se puede prescindir de él y exigir la prestación a otro nuevo, el adquirente.

Cercano a LIVER y SCACCHI se encuentra, en la doctrina italiana, BALBI, que presenta un interesante cuadro de supuestos en el que apreciamos también algunas atenuaciones del rigor en la simetría[2301]. He aquí un resumen:

a) Si el derecho real cambia de titular antes de que el acreedor pueda exigir el cumplimiento, el adquirente queda obligado y el anterior titular, liberado. El riesgo de cambio «perjudicial» de deudor lo soporta el acreedor, pues la obligación está en función de la relación de reparto, no hay una garantía centrada en tal o cual persona[2302].

---

porque, si resulta todavía realizable la prestación, no hay problema: bastaría dirigirse al adquirente. Incluso si surge algún problema porque éste resultara menos solvente, dice SCACCHI, por esta vía existe solución, pues cualquier perjuicio derivado del cambio de deudor permite echar mano de la responsabilidad del anterior titular por los daños derivados de su incumplimiento. Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, pp. 22-23.

Parece que LIVER, etc. se refieren a daños que puede probarse han correspondido exclusivamente a consecuencias del incumplimiento precedente, y, por decirlo de algún modo, se han independizado del propio cumplimiento todavía exigible. Todo lo demás, queda a cargo del adquirente. Las explicaciones, sin embargo, en este punto, resultan confusas.

¿Qué ocurre si, a consecuencia del incumplimiento precedente, se producen deterioros que exigen una *rémise en état* extraordinaria, innecesaria de haber existido el ordinario cumplimiento...? Para algunos, el adquirente es también responsable de las prestaciones o reparaciones extraordinarias necesarias para que la situación responda después a las normales expectativas del acreedor. *Vid.* BALBI, *Le obbligazioni..., cit.*, p. 151. Puede pensarse que así será si el nuevo titular ha continuado la inercia de la situación recibida. Pero podría ocurrir que reaccione a tiempo, manifestándose dispuesto a cumplir su obligación desde el primer momento, e indicando y probando la situación creada por el anterior titular...

[2301]Cfr. BALBI, *Le obbligazioni..., cit.*, p. 147 y ss.

[2302]Aquí se desenmascara a quienes después de definir la obligación real, se preocupan luego del perjuicio eventual debido a la insolvencia del nuevo deudor. Si el sentido del cambio de deudor es que lo exige la relación real, por definición no podría haber perjuicio por el cambio, o en todo caso no se le da importancia. Tal preocupación manifiesta un desmedido interés por proteger al acreedor, y falta de entendimiento o coherencia con la construcción de la obligación real. Sin embargo, vemos que hay que analizar la situación caso por caso (p. ej., en el usufructo, importancia de la relación usufructuaria primigenia...).

b) Si la trasferencia se produce cuando el cumplimiento, ya debido, aún no se ha iniciado, el sucesor queda obligado[2303]. El enajenante respondería de las consecuencias de incumplimiento verificadas mientras era titular, e incluso después cuando frente al adquirente debía haber verificado cierto comportamiento para que éste quedara obligado y todavía no lo ha cumplido. El causahabiente no responde por las consecuencias del incumplimiento de su causante, sino en cuanto se verifiquen tras el momento en que se ha constituido como obligado *ob rem*[2304].

[2303]Puesto que el cumplimiento está en función del ejercicio del derecho real, sólo el titular de éste debe realizarlo, "*anzi soltanto esso è in grado di attuarlo*". Cfr. BALBI, *Le obbligazioni...*", *cit.*, p. 149.

[2304]Aquí, pone algún ejemplo: el art. 896 CCI, constricción a cortar las ramas que se proyecten sobre nuestro fundo. Sólo existe la obligación desde que la voluntad del acreedor se manifiesta al propietario obligado. Si después éste transmite sin haber cumplido, responde de los daños consecuencia del incumplimiento verificados hasta que el siguiente titular venga obligado. Lo que sucede, no con la transmisión de la propiedad, sino cuando adquiera conocimiento de la voluntad que el acreedor manifestó. A partir de entonces está obligado y responde de los daños derivados después. Cfr. BALBI, *ibidem*, p. 150.

Si el titular transfiere la propiedad del fundo sin cumplir, ya no está obligado al cumplimiento. Y si el causahabiente viniera obligado a un comportamiento más gravoso por efecto del anterior incumplimiento, lo va asumir también cuando consiste en una modificación de la prestación en relación a la situación de la cosa a que la obligación se refiere. Lo muestra BALBI en relación con el usufructo: el nuevo usufructuario −notificada la cesión al propietario− está obligado a todas las reparaciones, también las extraordinarias derivadas de la falta de las ordinarias debida a su causante, porque el comportamiento del obligado *ob rem* está en relación a la situación de hecho de la cosa y debe cumplir en función de ella. "El nudo propietario es acreedor de todo el comportamiento (reparaciones ordinarias y extraordinarias consiguientes a la inejecución de las primeras) y puede pretenderlo del actual titular del usufructo, incluso cuando la inejecución de las reparaciones ordinarias no deba atribuírsele". Cfr. BALBI, *ibidem*, p. 151.

Después, explica un poco la relación «interna» entre titulares sucesivos: Establecer luego si el titular actual tiene derecho al resarcimiento en cuanto a la ejecución de esas reparaciones extraordinarias, dependerá de circunstancias de hecho: si el transmitente le hizo saber la situación, y la asume... Si no le informó del asunto, o le hizo creer que la necesidad de las reparaciones extraordinarias no se debían a su incumplimiento, responderá frente a él. Ahora bien, que ciertos incumplimientos, en algunos casos, alcancen relevancia en la relación interna, es una última prueba de que la relación obligacional tiene cierta vida, aunque, según esta idea, no ahora como obligación real.

c) Si la trasferencia tiene lugar mientras el cumplimiento se ha iniciado pero no está terminado, el adquirente debe ultimar el cumplimiento[2305]. Pero no responde por el comportamiento del precedente titular: si el titular activo de la servidumbre ha sufrido daños por el modo de ejecución de la parte de reparaciones efectuada por el propietario precedente, sólo éste último responde de ellos (salvo la obligación del adquirente de remover el daño, si consiste en una particular situación del fundo sirviente)[2306].

d) Ahora bien, si el comportamiento debido se ha realizado ya y, a consecuencia de tal actuación, el titular quedara debiendo un resarcimiento o un equivalente de los gastos, esta obligación no se transmite a un adquirente, se trata de una relación obligacional común, consiguiente a la extinción (al cumplimiento) de la preexistente obligación real[2307].

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

[2305]Por ejemplo, transmitido el fundo cuando se están haciendo las reparaciones relativas a la servidumbre, del art. 1030 CCI.

[2306]Cfr. BALBI, *ibidem*, p. 152. Donde observamos que, entre los daños derivados del incumplimiento o no cumplimiento, se diferencian aquellos que se han independizado, por ejemplo, del *status* de la servidumbre y su asiento, y aquellos vinculados al cumplimiento debido, aún posible, pero más incómodo o gravoso.

[2307]Cfr. BALBI, *ibidem*, p. 152 y ss. Aquí trata de ser coherente con la idea de obligación ligada a un estado de cosas, y con ello nos presenta un interesante criterio de personalización.

Cuando se ha realizado, por ejemplo, el deslinde, o la reparación concreta de la cosa común, se ha personalizado la deuda, porque además el adquirente habrá valorado la cosa con arreglo al buen estado que presenta, y entonces se le haría pagar dos veces injustificadamente lo mismo. Entonces, si se ha dado este supuesto, la aplicación del art. 1104 CCI se presenta para BALBI curiosamente como una excepción, pero en sentido distinto al «habitual». En cualquier caso, no admite una solución a los problemas interpretando y utilizando el criterio del art. 1104 CCI como regla general (Es la construcción de BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 123 y ss.)

La razón de que el art. 1104 obligue al adquirente, en este caso (porque respecto al gasto y deuda obligación real *non esiste più*) estaría en la exigencia de garantizar que los partícipes en la comunidad estén siempre en posición de paridad, impidiendo que alguno se encuentre siendo comunero y no debiendo responder de prestaciones de modo uniforme a las debidas o cumplidas por los otros (por ello queda responsable también el verdadero obligado, la obligación del nuevo se añade a la de aquél y si cumple, y no se ha pactado de otro modo, puede dirigirse contra el verdadero obligado). Es curioso que encontramos en esta última explicación argumentos característicos de obligación real −equilibrio en la relación de reparto− y sin embargo le parece a BALBI una norma excepcional... Esta excepcionalidad, dice, se revela también cuando el gasto

La construcción de BALBI, sin embargo −señala BIGLIAZZI-GERI[2308]− no ha obtenido especial aceptación, tampoco en la Jurisprudencia. Distintos autores, al menos en general, o para un segmento amplio de supuestos, no admiten que concretada la obligación y la deuda, pueda después sustituirse un deudor por otro con el cambio en la titularidad.

El problema −relativo− del nacimiento, y la doctrina del desdoblamiento de la obligación real

Es preciso, con la ayuda del análisis de relaciones realizado en el capítulo anterior, hacer algunas consideraciones al respecto. Antes, habrá que echar un vistazo a la cuestión del nacimiento de la obligación. La solución a ciertos problemas, entiende BIGLIAZZI-GERI[2309], presupone determinar primero cuándo o cómo se produce tal nacimiento, y en la óptica de DESCHENAUX o BIONDI, lo hemos visto, el momento tiene particular importancia: a partir de entonces, la obligación nacida, exigible, concreta, no se transfiere al adquirente.

Ciertamente, en un principio, me ha parecido −en apariencia con la doctrina mayoritaria, aunque puede ser discutible− que, si de obligaciones se trata, y se distinguen −como la doctrina se esfuerzan en recalcar− del propio derecho real (pensemos en la postulada responsabilidad patrimonial universal) la coherencia imponía atender a las explicaciones de DESCHENAUX o BIGLIAZZI-GERI, en dos sentidos: no sería posible, *a priori*, construir una categoría de la obligación real prescindiendo de las características y funcionamiento que a la obligación impone su teoría general[2310]. Al menos será preciso, antes que nada, intentar comprender los distintos supuestos, su sentido, su función, para luego plantear las eventuales peculiaridades de las obligaciones reales (*propter rem*) teniendo en cuenta −además− la ausencia de definición legal y datos precisos que avalen ese funcionamiento peculiar, salvo para supuestos muy concretos (que, por otro lado, en

---

no se ha hecho, y estamos en situación de prestación debida y no cumplida (según su tesis, aquí debería sólo el adquirente).

[2308]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 6 y nota 18, pp. 123-124; NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, p. 132, nota 50.

[2309]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 5, nota 14, p. 118, nota 1.

[2310]Idea clave de BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, p. 124.

ocasiones son más de obligación *propter rem* −o *scripta in rem*, en el sentido de ABERKANE, para una protección especial del acreedor− que de obligación real).

Y en segundo lugar, entrando más a fondo en materia, parece que la teoría de las relaciones obligatorias invita a considerar que, si la obligación real nace como consecuencia y forma parte del entramado de la relación de reparto[2311], la prestación concreta corresponde y ha de ser cumplida por una persona concreta, la que era titular en el momento en que debía cumplirse, porque esto es lo que corresponde al equilibrio de los intereses en el reparto, y lo contrario, ni sería necesario ni encajaría en aquel equilibrio.

Todo esto parece en sintonía con una serie de consideraciones que hemos ido presentando o explicitamos ahora: que la obligación es «también» personal, precisamente porque se trata de una obligación, y en este sentido hemos criticado a aquellos autores que quieren ver una separación excesiva entre las obligaciones «personales» y las «reales». Pues bien, parece que, para LIVER y los alineados con él, lo único que separaría a la obligación (en el aspecto pasivo) del propio *pati* del derecho real sería su carácter de prestación positiva. En todo lo demás, es lo mismo que el *pati*. Sólo para justificar este elemento positivo que no encaja en la dogmática moderna del derecho real −contrario a las *servitutes iuris germanici*− parece surgir y justificarse la teoría de la obligación *propter rem* (lo demás no importaría).

Otras consideraciones: en el equilibrio del reparto, hay un deudor, y no tiene por qué cambiar. Dentro de la relación real, existirían entonces aspectos más fuertes (los propios de la exclusión del antagonista) que dibujan la atribución y en torno a ellos gravita la protección del titular (*erga omnes*) en esa relación concreta (*erga quencumque*)[2312], y otros aspectos más débiles en este sentido, las obligaciones reales, en que el titular acreedor tiene

---

[2311]En cualquier caso, "la obligación surge *ex re*, *ratione rei*, *fundi nomine*, no por un hecho personal del obligado, eventual autor de un ilícito". "... recaen sobre un sujeto no porque éste haya concurrido a constituirla por su voluntad, sólo en cuanto propietario o poseedor". Cfr. NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, pp. 122, 143; BIONDI, *Le servitù., cit.*, p. 712; BIGLIAZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 88; BALBI, *Le obbligazioni..., cit.*, pp. 25-26; SANGIORGI, *Regolamento contrattuale..., cit.*, p. 205.

[2312]Caracterizada por lo que LEVIS denomina «exclusivismo» propio de la oponibilidad del derecho real, que reacciona siempre frente al antagonista, sea quien sea, independientemente de su mayor o menor culpa y del mayor o menor daño sufrido. Cfr. LEVIS, *op. cit.*, n. 27 y ss.

que tener en cuenta siempre al deudor concreto, sin confiar que podrá dirigirse contra quien venga después.

Siguiendo por el momento esta línea, hemos de intentar simplificar, en una perspectiva general, la cuestión. Pero, una vez delimitado el marco del problema, será preciso revisar algunas de estas ideas.

Es preciso, porque en realidad toda esta cuestión viene iluminada por ella, retomar aquí la idea de accesoriedad, sobre la que volveremos más adelante. La obligación, relación de derecho personal, se encuentra sin embargo en el marco de la relación jurídica de reparto, relación real: por un lado, interpersonal concreta (por ello, entre personas relacionadas, existen obligaciones, derechos y deberes) y por otro, relación en que se mueve el derecho real (en la relación, los aspectos estrictamente reales y obligacionales están mezclados e interpenetrados, porque toda ella está, por así decir, al servicio de una idea: su sentido es el reparto, el derecho real, la atribución: por ello, en cierto sentido, todo lo que ocurra allí es «contenido del derecho real»[2313]). Tratándose de una obligación, no nos encontramos en el terreno de los derechos de crédito.

Conviene aquí recordar la explicación de SAVIGNY[2314], cuando habla de una relación irregular, peculiar, caracterizada por estar prevista, no personalmente, sino para una multiplicidad de sujetos. La relación es una, pero −de acuerdo con las exigencias de su propia naturaleza− el sujeto no es fulano o mengano, es abstracto, y viene encarnado, en cada momento, por el actual titular. Así lo explicó Nicola COVIELLO[2315], y por esto, al hablar de «sucesión», por más que según algunos se trata de sucesión verdadera y propia[2316],

---

[2313]Esto explica que a veces se utilice la acción personal, pero otras veces (así ocurre históricamente, en el supuesto paradigmático de la servidumbre *oneris ferendi*) la pretensión de obligación real se encauza a través de la propia acción real.

[2314]Cfr. SAVIGNY, *Le droit..., I, cit.*, § 15. En verdad de modo confuso, pues parece que se refiere tanto a las obligaciones *propter rem*, a las obligaciones reales y a la relación real en su conjunto, y trae a colación, como ejemplo más característico, la relación del usufructo. Cfr. DE LOS MOZOS, "El derecho de los bienes...", *cit.*, pp. 102-103.

[2315]Cfr. COVIELLO, N., "*Della succesione nei debiti a titolo particolare*", *Archivio Giuridico*, 57, 1896, p. 139 y ss., espec. p. 144. En la misma línea, después, BETTI, *op. cit., II*, p. 115.

[2316]Cfr. BALBI, *Le obbligazioni...*", *cit.*, p. 153 y ss., porque defiende una "*vera e propria succesione a titulo particolare nel debito*".

hay que hacerlo así, entre comillas[2317]. Porque no nos encontramos frente a la problemática de la sucesión o transmisión de las obligaciones (en el mundo de los derechos de crédito, de las relaciones de derecho personal) sino ante algo diferente.

Combinando esta idea con la anterior, da la impresión de que, igual que el asunto del nacimiento de la obligación puede considerarse, en buena medida, un falso problema[2318] a la luz de la accesoriedad de la obligación respecto del derecho y, al mismo tiempo, su variedad de formas y sentidos, también esta idea ofrece la posibilidad de plantear, de forma general, lo que cabría denominar doctrina o teoría del desdoblamiento de la obligación real. Veamos:

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

[2317]Como hace BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 118 y ss. Y el propio BALBI tiene que reconocer, cuando distingue la sustitución del deudor que se verifica en la obligación *propter rem*, de la ordinaria sucesión a título particular en un débito. Cfr. BALBI, *ibidem*, p. 153 y ss.

[2318]Existe controversia sobre este punto en la doctrina italiana. *Vid*. BALBI, *Le obbligazioni..., cit.*, p. 143 y ss.; BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 50 y ss.; BRANCA, *Comunione..., cit.*, p. 158 y ss.; NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, p. 131, nota 46, p. 141, nota 85.

Según BALBI, cuando la obligación es legal, va a nacer al producirse los presupuestos marcados en la ley para ello, porque sólo está prevista *in abstracto*. Esto no puede ocurrir si fuera convencional, porque sólo la ley puede establecer un mandato y previsión dirigida al futuro establecimiento de una obligación. Por ello, la obligación negocial existe desde que nace el derecho real, y sólo precisa concretar la prestación, cuando ocurra el hecho previsto. Esto convence a NATUCCI. Entonces, según BALBI, existirá o no sucesión en la obligación (siempre, en las convencionales) dependiendo de si ha nacido o sólo está abstractamente prevista.

Sin embargo, para BIGLIAZZI-GERI, en cualquier caso la obligación ha nacido desde el principio, pero la exigibilidad de la prestación es lo que puede estar suspensivamente condicionado. Ahora bien, la sucesión existe siempre entre comillas.

La cuestión pierde relevancia cuando percibimos, por un lado, la obligación general (la ley de la comunidad, el contenido legal-negocial del usufructo...) y por otro, la obligación concreta. La propia BIGLIAZZI-GERI reconoce que el problema carecería casi de importancia si integráramos (lo que ella rechaza) la obligación real dentro del derecho real entendido como situación compleja). En mi opinión esto es así, aunque pueden plantearse interesantes cuestiones, no tanto respecto al nacimiento, sino en torno a la idea de personalización.

Lo que sin duda ha nacido es la relación de reparto, y el derecho real. Por tanto, como explica NATUCCI[2319], más que plantearnos si es ambulatoria la obligación o la posibilidad de su nacimiento, etc., hemos de tener presente que lo ambulatorio es el derecho real: por definición[2320] se trata de un bien jurídico y patrimonial trasferible. Si la obligación cambia de sujeto es sólo por su accesoriedad, como un elemento de la relación real, en que se ingresa por la titularidad del derecho, lo que verdaderamente se transfiere. Al entrar en el reparto, asumimos todos los elementos de su equilibrio. Da igual, un poco, que la obligación haya nacido ya y nosotros simplemente tengamos que continuar el concreto comportamiento que hasta entonces debía desarrollar el anterior, o que esté previsto que pueda nacer después la obligación si se dan ciertos presupuestos o ha quedado a voluntad del acreedor obligar al antagonista en ciertos casos[2321]. Lo interesante es que la obligación es real, y, también, corresponde a la persona, por lo que se verifica en ella un desdoblamiento.

Cuando nace una obligación, nace en la relación, o para la relación, y nace para la persona. Nace para el deudor abstracto (X) y para quien, en ese momento, encarna al mismo. Cierto aspecto de la obligación, pertenece a la relación, y sólo tiene sentido que afecte, en cada momento, al titular actual: está unida al derecho real, ha nacido en y para el esquema del derecho real concreto y, en cierto sentido, nada la diferencia del *pati* que el titular (quien sea) ha de soportar por la presencia del derecho «antagonista»[2322]. Al mismo

---

[2319]Cfr. NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, p. 139. Este autor se fija, no en la transmisión activa, ni en la relación completa, sino en la ambulatoriedad del derecho real como *pati*, para el caso de trasferencia de la propiedad.

[2320]Aunque no siempre tiene por qué ser así: pensemos en los derechos de uso y habitación, o en la problemática del usufructo. Por tal motivo, existiendo aquí obligaciones reales, no van a ser −sin embargo− ambulatorias, lo que relativiza la importancia de esta nota en cuanto al concepto (obligación de origen real, que tiene sentido en la relación de reparto, pensando en la futura consolidación, etc. pero, interesando su presencia y cumplimiento, puede ser o no ambulatoria después, todo depende, no de la obligación, sino de la propia configuración y finalidades a atender en la relación real). Aquellas figuras, por otra parte, nos muestran cómo aquí no hay necesidad de plantear la cuestión, porque la presencia de la obligación real −sin «ambular»− está asegurada mientras perviva la relación.

[2321]Aunque, como veremos, estas cuestiones tienen importancia como criterios de personalización.

[2322]Lo que se manifiesta en el supuesto paradigmático de la *servitus oneris ferendi*. La relación obligacional accesoria está imbricada en la relación de reparto de tal modo, que la pretensión se dirige siempre al titular actual.

tiempo, la obligación ha nacido para el deudor, y, en esta perspectiva, lo que él debe cumplir no tiene por qué soportarlo luego el titular subsiguiente, que tendrá sus propias obligaciones y responsabilidades en el reparto[2323]. Se produce una personalización[2324].

Este es el desdoblamiento, porque existe un aspecto de la obligación que pertenece a la relación (personalización relativa), adherido siempre a ella, y otros que, sin dejar de ser obligaciones reales, de origen real, de lógica y sentido real, se independizan de aquella y corresponden sólo al obligado concreto. En este sentido, para las deudas dinerarias, apreciaba DESCHENAUX que nacida la obligación, o concretada la prestación, lo lógico es que la cumpla quien en ese momento es titular, y que sólo entre el acreedor y él se solventen los problemas derivados de la falta de cumplimiento, porque en la noción y previsión de la obligación real vendría implícito que, precisamente quien está presente al tiempo de nacimiento o vencimiento de la deuda, la asume, salvo abandono, pero no corresponde a otro titular posterior en la propia lógica y economía de la relación real, que se desenvuelve en el tiempo y entre personas concretas, y no puede hacer abstracción de esos concretos momentos y personas[2325].

SCACCHI ha desarrollado una particular idea acerca del cambio de sujeto en las obligaciones: no habría propiamente sucesión porque la obligación desaparece para el anterior titular y nace para el nuevo[2326]. En realidad, no ocurre exactamente ni lo uno ni lo

---

[2323]Esto no quiere decir que aquello que debía el anterior titular, no vaya a deberlo también el nuevo, por proyectarse para él así el contenido obligacional previsto y que aún puede cumplirse. Se trata de un criterio y mecanismo característico de obligación real. Cfr. ALLARA, *Le nozioni..., cit.*, pp. 448-450. Pero BALBI le critica, porque razona sólo en términos de sucesión en la obligación. Cfr. BALBI, *Le obbligazioni..., cit.*, pp. 154-155.

[2324]Por ocupar cierta persona la posición de titular-obligado, y que podrá ser definitiva para ciertos comportamientos. Para BIGLIAZZI GERI es el incumplimiento lo que interrumpe el camino de la ambulatoriedad. Sin duda es un indicio, pero puede haber una falta o defecto de cumplimiento que no suponga personalización, salvo para los daños y perjuicios, o gastos procesales, porque no son definitivos (por ejemplo, en materia de constitución de servidumbre forzosa). Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, pp. 124-125, y nota 21, 127-128. Y, al revés, es posible, una vez nacida la obligación concreta, una personalización (prevista por la ley, o por las partes, o derivada de la propia naturaleza de las cosas) que no necesite incumplimiento.

[2325]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, pp. 742-743. NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, p. 132, nota 50.

[2326]Cfr. SCACCHI, *op. cit.*, p. 29. Idea semejante, pero desarrollada en otro sentido, muestra DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 741.

otro, y sin embargo tampoco hay «traspaso» o «trasferencia» en el sentido de «desplazamiento» de la obligación: lo que se desplaza es el derecho real, la posición en la relación de reparto. La obligación no es de la persona, pertenece a la relación. Esto se entiende por JOST de modo radical: "*Aprés la dissolution du lien qui unissait le débiteur avec l'immeuble sur lequel se trouvent les installations, le devoir de prestation qui avait son fondement exclusif dans ce lien tombe ipso iure*"[2327]. Sin embargo, olvida el otro aspecto: la obligación que pertenece a la relación (actual −determinada concretamente o no la prestación− o prevista pero posible) «nace» para el titular y desenvuelve también una propia vida en la persona.

El esquema legal-convencional de la relación puede suponer, como sabemos, obligaciones no actuales, con la previsión de su eventual nacimiento: normalmente, porque la ley lo prevé o permite, pero también, acaso, por la voluntad de los particulares plasmada en el título (aunque los autores italianos parecen contrarios a esta idea)[2328]. En este caso, el

---

[2327] Cfr. JOST, *op. cit.*, p. 109.

[2328]Recordar aquí el esquema −se trazó en nota− de la discusión sobre el nacimiento, en la doctrina italiana. Pues bien, si perfilamos adecuadamente la obligación real como material constructivo utilizable en la ordenación legal-convencional de la relación de reparto, no tenemos por qué rechazar que, también en el negocio, quienes dibujan aquella, pueden, dentro de una autorización amplia legal, prever obligaciones futuras, necesitadas para su nacimiento de algún presupuesto fáctico, conexo a la voluntad de obligar. Así lo admite BRANCA, *Comunione..., cit.*, p. 162.

El acontecimiento a que se vincula el nacimiento de la obligación suele entrañar una combinación de un hecho, una necesidad, y la notificación o voluntad de obligar. Así ocurre en la comunidad, en la medianería... Cfr. BALBI, *Le obbligazioni..., cit.*, p. 145; BRANCA, *Comunione..., cit.*, p. 159. Podría ocurrir también, en una obligación legal, que su nacimiento requiera sólo el surgir de una necesidad, directamente (*vid.* art. 1091 CCI, y su comentario por BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, p. 53-54). Pero no es adecuado fijarse sólo en este punto, como hace NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, pp. 131 y 141. Y tampoco en el caso de las obligaciones convencionales.

En general (legales, convencionales) puede ser interesante manejar el criterio de que la obligación nace *en relación con un hecho*, con una necesidad, pero puede requerir también una manifestación de voluntad. Por ello, (el criterio lo utiliza VENTURA-TRAVESET, en propiedad horizontal) si, verificado un gasto de reparación, el titular dominante no exigiera al propietario sirviente, diligentemente, costear aquel gasto y, más tarde, este propietario transfiriera su finca, cabría entender que la obligación concreta no puede ya nacer para el nuevo propietario (e

nacimiento −con arreglo a la idea de DESCHENAUX− uniría la obligación a la persona concreta (viniendo conexa al derecho real, más que la obligación, la posibilidad de que vuelva a nacer otra semejante). O bien, es posible, nacimiento según el esquema del desdoblamiento: la obligación nace (acaso desde un principio) y desde entonces vincula a la persona y a la vez se adhiere al derecho real, por lo que −la misma obligación− sujetará al siguiente titular a la continuación de la prestación[2329]. En este caso, lo que cabe plantear no es tanto si la obligación ha nacido para uno u otro, sino el comportamiento o prestaciones exigibles a enajenante o adquirente. Aquí, la personalización no depende tanto del nacimiento de la obligación, sino de su correlatividad en el tiempo con el de una titularidad, incumplimiento o cumplimiento defectuoso o incompleto del comportamiento relativo a cierto tiempo, determinación o no de un momento de vencimiento y exigibilidad de prestaciones concretas[2330]...

Con la transmisión, el adquirente sucede propiamente en el derecho real, y ahí, asume obligaciones en cierto modo nuevas, porque supondrán la concreción, para él, de los contenidos obligacionales que vienen funcionando o están previstos en el esquema más o menos abstracto de la relación. Lo anterior, los comportamientos exigibles y prestaciones vencidas, sigue desplegando su vida, sus consecuencias, para la persona del titular anterior, y la relación «renace» para el nuevo: sus obligaciones, en parte son antiguas (están en la relación) y en parte nuevas (su posición personal en ella). La obligación «nueva» es la que,

---

incluso, que tampoco ha terminado de nacer para el anterior). Cfr. VENTURA-TRAVESET, *op. cit.*, n. 694.

[2329]Para algunos, como vimos, en cualquier caso, no es ambulatoria la obligación, sino la posibilidad de su nacimiento cuando se cumplan los presupuestos que marca la ley, que la prevé abstractamente. Surgida la obligación concreta, sólo podría después nacer otra distinta, nueva concreción de la previsión abstracta, para el titular futuro. Es la opinión de BIONDI. Sin embargo, objeta con razón BIGLIAZZI-GERI, ciertas obligaciones existen desde el primer momento y vinculan a un comportamiento que habrá de continuar el adquirente. En este caso bien puede afirmarse −con las salvedades que hemos reflejado− que cuando la *causa obligandi* desaparece para el enajenante, el adquirente le «sucede» en el lado pasivo de la relación "*igual que le «sucede» en el derecho real que constituye la causa*". Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, pp. 118-119.

[2330]Criterios decisivos para BIGLIAZZI-GERI, porque, en su opinión, la obligación ha nacido siempre desde el principio, y sólo puede distribuir responsabilidades la consideración del momento en que la prestación concreta resulta exigible. Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, pp. 50 y ss., 117 y ss.

adherida a la relación real, estaba esperando al nuevo titular. La antigua es esa misma, con algunas consecuencias ya personalizadas en el anterior. Sin embargo, esto no significa que algo que debía el anterior titular no pueda seguir debiéndolo el nuevo −con lo que adelantamos la nueva dimensión va tomando el asunto− porque acaso la prestación que se personaliza para el anterior titular, pueda también implicar, afectar u obligar a la persona del nuevo: lo que resultaba necesario, conveniente y adecuado, de acuerdo a las exigencias del reparto, exigirle a un titular anterior, puede seguir resultando ahora necesario, conveniente y justificado −con más razón incluso, o con mayor comodidad para el acreedor, ya que se trata del titular actual− exigirlo al nuevo.

Y aquí accedemos, efectivamente, a una nueva dimensión del problema, entran en consideración y en juego los criterios de «obligación real».

Es preciso, en este orden, comenzar poniendo de relieve que los propios autores que han reconocido y defendido lo que hemos llamado personalización de la obligación real, no presentan rigurosamente este criterio en todos los casos. Por ejemplo, DESCHENAUX, excluye de esta idea las obligaciones que se dan en las relaciones de vecindad: la prestación exigible al titular antagonista, y que se refiere al *status* de los fundos en vecindad, puede seguir dirigiéndose al propietario siguiente, salvo relación interna entre los sucesivos titulares[2331]. Otro supuesto que presenta este autor sería −según explica− el de aquellas obligaciones que se resuelven en una sola prestación, y en que puede siempre dirigirse la pretensión al titular actual (pretensión de establecimiento de una servidumbre forzosa)[2332].

Incluso para las obligaciones de hacer, en general, presenta DESCHENAUX la tesis (como ha expuesto BALBI, y los autores suizos alineados con LIVER) de que sólo resulta lógica la exigencia de la prestación al titular actual, porque sólo él estaría en condiciones de cumplir. Sabemos que tal afirmación, sin embargo, no es indiscutible, porque algún exégeta francés, como vimos, apoyándose al parecer en precedentes romanos, incluso para el supuesto de menoscabo o agravación de la servidumbre (ataque propio al derecho real, aunque en las obligaciones de mantenimiento y reparación puede ser difícil distinguir el ámbito del incumplimiento de la obligación real y el del ataque al derecho real) plantea que el *facere* exigible corresponda únicamente soportarlo al nuevo titular, debiendo dirigirse el acreedor, para costearlo, al obligado anterior incumplidor.

[2331]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 744.

Y, por último, el propio DESCHENAUX manifiesta sus dudas, respecto a las obligaciones de contribución a gastos, porque en efecto, existen supuestos dudosos, en que es difícil concretar (desde el punto de vista de la vinculación y exigibilidad por el acreedor *propter rem*) cuándo nace la obligación para el titular anterior (en conexión con aquella idea de nacimiento-personalización) y cuándo, en qué medida, nace también para el actual: así, entiende que los gastos de reconstrucción o reparación del muro medianero, realizados o solamente emprendidos con anterioridad, corresponden «al menos en parte» al titular anterior, lo que nos pone sobre aviso acerca de un problema fundamental: la dificultad (teniendo en cuenta, además, que el acreedor puede permanecer ajeno a todos estos cambios) que presenta el criterio del nacimiento-personalización en distintos supuestos, básicamente cuando la trasferencia de la titularidad se produce en un momento en que, cabría decir, el proceso de nacimiento y vencimiento de la obligación-determinación y cumplimiento del comportamiento o actividad necesaria (conservativa, etc.)-exigencia de pago al titular antagonista, no se ha cerrado del todo[2333].

Los criterios de obligación real y la personalización de la deuda

Es entonces, después de analizar los supuestos y hacer estas reflexiones, cuando se insinúa y caemos en la cuenta de la posibilidad de utilizar los «criterios de obligación real». Ha sido *ab initio* la idea de LIVER, la obligación real tiene sustantividad propia como noción independiente, y, entonces, no hay que estar ya tan pendientes de criterios de la teoría general de las obligaciones[2334]. Por ello, no hay problema para admitir la «lógica de la obligación real», que se plasma en estas ideas de NEUENSCHWANDER: encuentra su justificación en una relación particular del deudor con un derecho real. Su razón jurídica se encuentra en que, o bien sólo el titular del derecho real está en condiciones de efectuar la prestación debida, o bien el acreedor tiene un interés digno de protección en perseguir al

---

[2332]Dejando a salvo los gastos procesales u otros derivados de la pasividad o negligencia del anterior titular en cumplir. Cfr. DESCHENAUX, *ibidem*, p. 742.

[2333]Idea que puede aplicarse respecto de períodos dilatados de tiempo: pensemos en la comunidad que tiene encargados gastos de mantenimiento y administración a uno de los comuneros, que cada cierto tiempo rinde cuentas.

[2334]Esto no lo entiende BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, pp. 22 y ss., 118, 124, etc.

titular actual del derecho real, o el propio deudor tiene un interés digno de protección en estar obligado sólo en su cualidad de titular"[2335].

No hemos querido admitido todo esto *a priori*, porque la realidad de la obligación no puede soslayar la necesidad de procurar, con arreglo a exigencias de justicia, equidad, buena fe... que cada uno cumpla precisamente lo que le incumbe. Sin embargo, hay que combinar esto con aquella lógica de la obligación real, porque la obligación recae en la persona, pero está en la relación. Efectivamente, si no comprendemos y utilizamos adecuadamente este criterio, todo el esfuerzo especulativo relativo a la noción puede haber quedado en alguna medida baldío. Lo importante es que la obligación real, en efecto, se nos muestra como noción independiente. Esto no quiere decir que haya dejado de ser una obligación, pero en cuanto sub-relación, y no hay que darle a aquella calificación excesiva importancia. Lo importante tampoco es que sea «real», como si este calificativo tuviera consecuencias sustantivas, en el sentido expresado por COSTANZA o NATUCCI[2336], sino que es «obligación real», subrelación, accesoria, vinculada, fuera de la esfera de las relaciones de derecho personal, funcionando dentro de las de derecho real. En tanto obligación, no es propiamente derecho real; pero, por su sentido y ubicación, noción independiente.

La lógica de la obligación real implica considerar en un lado al acreedor, y, en el otro, en parte a una persona concreta, pero en parte no: un obligado abstracto, encarnado en cada momento por sucesivas personas, está frente al acreedor. Esto, sin embargo, tiene sólo una determinada operatividad, porque, salvo en las pretensiones dirigidas a la adquisición de un derecho real, o derivadas de un valor colocado en la cosa por el acreedor[2337], el criterio no puede suprimir la búsqueda, más o menos factible, de cumplimiento (también frente al acreedor, no sólo en la relación interna) por parte del «verdadero obligado» que no es abstracto, sino concreto y personal. Por ello, en muchos casos existe un momento a partir del cual, lo que debe el titular en ese tiempo, no puede ya exigirse a quien ha venido

---

[2335]Cfr. NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, p. 245; SCACCHI, *op. cit.*, p. 22.

[2336]Cfr. NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, p. 133, 137 y ss., 143.

[2337]Son las obligaciones únicas que se resuelven en una sola prestación, de que habla DESCHENAUX, previstas por el legislador en estrecha conexión con el reparto: pretensión a participar en él, a veces como una compensación, compensación a través de un crédito *propter rem*. Así, en materia de hipoteca del constructor, atribución del empiètement (derecho suizo), servidumbres forzosas, liquidación posesoria, compensaciones en materia de accesión.

después, y en esto convergen criterios de la teoría de las obligaciones, exigencias de la buena fe... y, en definitiva, consideraciones que esa lógica de la obligación real no puede trastocar.

La propia ley, para determinadas obligaciones reales, cuando por su importancia o frecuencia en la práctica se detiene en ellas, procura no dejar en duda la personalización, se ocupa de concretarla: así ocurre, frente a la indefinición en materia de comunidad de bienes, con las normas relativas a los gastos comunes en la propiedad horizontal, y así también tratan de determinar el deudor concreto los recientes proyectos elaborados en materia de conjuntos inmobiliarios[2338]. Hoy por hoy, por mucho que alguna doctrina y cierta jurisprudencia menor hayan tratado de traspasar la responsabilidad por ciertos gastos debidos al titular posterior, hay que reconocer que una cosa es la afección real del piso y otra la obligación personal.

He aquí, por tanto, los dos criterios entre los que hemos de movernos: exigencia de personalización en la medida posible, y criterio propio de obligación real (porque en cierto modo se ha confundido en el *pati*) que ve las obligaciones no en una relación personal, sino en la relación real, situando frente al acreedor a un abstracto deudor, no tanto, siempre y necesariamente, a la persona concreta.

La lógica propia de la obligación real como noción independiente

Nótese que se ha suavizado el argumento inicial: no hablamos ya de personalización −sólo de criterios de personalización− ni tampoco del nacimiento como momento equivalente, y esto por las dificultades que entraña tal identificación (momento de nacimiento de la obligación, obligación y deuda personalizada, ruptura del camino de la ambulatoriedad). Como hemos visto, el propio DESCHENAUX sólo aplica esta idea a algunas obligaciones. En otros casos, como sabemos, es posible que nazca la obligación (desde un principio, normalmente) y, esta misma, vinculará también al sucesor a la continuación del comportamiento debido. Qué decir, además, cuando la obligación compromete a mantener las cosas en un determinado *status*. Todo ello iría en contra de aquella pretendida idea (aparentemente acorde con la teoría general de las obligaciones)

[2338] Aunque se determine el deudor en sentido distinto, ampliando la responsabilidad, precisamente en virtud de criterios de obligación real. De forma aún más marcada, se regula la contribución a gastos por los usuarios en las comunidades de regantes.

según la cual, en cada momento, el titular obligado debe cumplir algo que resulta exigible a él (*propter rem*, en virtud de la titularidad que ostenta en tal momento, según dice DESCHENAUX) pero no a quien le sustituya después.

Resulta además que en estas obligaciones (pueden ser de dinero, costear ciertos gastos, pero también cabe el compromiso de efectuarlos cuando sean necesarios o ante el requerimiento del acreedor) en que a lo largo del tiempo, diversas prestaciones pueden exigirse al titular antagonista, muchas veces es imposible determinar con exactitud el momento del nacimiento o, acaso mejor, del vencimiento, de la determinación de la prestación o deuda concreta exigible que personalizaría aquel aspecto de la obligación. Lo hemos ido viendo en distintos supuestos y es un importante argumento de NEUENSCHWANDER, para quien −lo mismo que piensa SCACCHI− aquí, el poder dirigirse el acreedor siempre al titular actual, sin que tenga por qué afectarle un discernimiento que se podría hacer en la relación interna, se muestra como la única solución viable al problema y además coherente con el concepto de obligación ligada, no estrictamente a la persona, sino a un estado de cosas[2339].

El argumento de NEUENSCHWANDER resulta, a mi modo de ver, importante, decisivo. Y otra cuestión relevante: establece DESCHENAUX una correlación entre deudas y momento o, mejor, tiempo transcurrido en la titularidad, que, finalmente, resulta preciso revisar. Al menos, desde el punto de vista de la relación real (no tanto acaso en lo que se refiere a la relación interna entre los titulares sucesivos, donde entran también consideraciones como las condiciones de la enajenación[2340]). Está claro que en una relación contractual, como puede ser un arrendamiento, existe una correlación entre el tiempo de posesión del arrendatario y la renta, porque ésta es la contraprestación que se va anudando día a día al tiempo de la titularidad. Pero, en el caso de las obligaciones reales, esta correlación no se ve ni mucho menos tan clara.

Efectivamente, entre los criterios de personalización ha de tenerse en cuenta el momento en que nace o resulta exigible la deuda: en el equilibrio del reparto, podría pensarse, en un momento dado puede exigirse «tanto» a un deudor; luego con arreglo a esta consideración, lo equilibrado es que haya de pagar, y sólo él, el deudor existente y

---

[2339]Cfr. NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, pp. 245 y ss.; SCACCHI, *op. cit.*, p. 23.

[2340]Que se tuvieron en cuenta en la STS de 1929, aunque parece que se trata de un argumento para explicar la solución correcta del TS, que se apoya, sin embargo, más que nada, en la idea de personalización de la deuda que defendemos en este trabajo.

determinado. Lo que ocurra después, pertenece a otro momento de aquel equilibrio del reparto. Bien, pero... por ejemplo: la posibilidad de obligar a los comuneros al gasto o tarea de conservación o reparación ¿es correlativa a su titularidad pasada, o a la futura...? El fundamento de la obligación, más que a la titularidad que un determinado deudor tenía en una época, como afirma DESCHENAUX, remite a la situación de comunidad como tal, a la necesidad de reparación, y a la posibilidad que en cada momento tiene el comunero de que, vista esa necesidad, los demás no le dejen solo en el cuidado de conservación. Las cosas, que pueden haberse ido deteriorando durante el tiempo de titularidad de A, lo cierto es que se restaurarán para su perfecto estado en el momento ulterior, de titularidad del sucesor B. Tanto A como B podrían recibir la exigencia del acreedor. La necesidad del gasto, que se da en tiempo de A, existe también en tiempo de B. La obligación, que nace para A, nada impide pensar que nace también, frente al comunero que exige o realizó el gasto, exactamente por las mismas razones, para B.

La época, el momento de necesidad y exigencia de reparación o gasto, es sin duda relevante, como pensaba DESCHENAUX, en el sentido que veremos. Pero estas consideraciones, propias de la lógica de la obligación real, hay que tenerlas en cuenta: la obligación que está naciendo para A, nace también para B. Obligación ligada a un estado de cosas. Obligación que, más que correlativa al momento pasado, mira siempre al presente y al futuro.

Este criterio de obligación real se manifiesta, por ejemplo, cuando la ley deja a la iniciativa del acreedor la posibilidad de «obligar» en un momento concreto, cuando le interese, con independencia de que el deterioro que motiva la actuación de conservación o reparación se haya ido produciendo a lo largo del tiempo. Ningún comunero tiene por qué emprender cuidados de conservación, hasta que, en un momento dado, obliga a los actualmente titulares a participar con él, o abandonar y liberarse. Por ello, dificultaría el análisis de la cuestión la obsesión excesiva por encontrar el momento en que se hizo necesario el gasto, sólo producto de la preocupación por «encontrar un deudor». Igualmente, cuando el art. 599 CC prevé que el propietario sirviente se comprometa a costear, da por supuesto que es el titular dominante quien valora la situación de la finca, soporta más o menos un cierto deterioro, hasta que por fin reacciona, actúa y exige esos fondos. En Derecho Romano ejemplos característicos de obligación real contemplan la reclamación siempre frente a titular actual, para la reparación de la pared, en la *oneris ferendi*, o para que retire los árboles caídos, en el usufructo. Lo mismo ocurre con obligaciones y responsabilidades vinculadas al estado de los fundos en el derecho de

vecindad. En general, si la obligación fuera de mantener en cierto estado, o cuando el propietario sirviente se hubiera comprometido, no a costear, sino a realizar en cada momento las convenientes tareas de conservación, si se ha previsto así será porque, en la economía del reparto, es él, en cada momento, quien habrá de preocuparse de ese *status*, y al acreedor sólo le concierne exigir, en cada momento, lo que estime adecuado. Y qué decir del titular dominante, cuando el ejercicio *civiliter* de su derecho le impone siempre mantener las obras en estado de no perjudicar al titular sirviente, con independencia de cualquier otra consideración.

Criterios de personalización

Muchas veces, sin embargo, está claro que la deuda ha quedado personalizada: porque para ello encontramos solución clara en la ley, acaso en el propio título constitutivo, o en el sencillo análisis de las circunstancias del caso. Las exigencias de justicia, de la buena fe, la doctrina de las obligaciones... nos imponen intentar la personalización, porque en el equilibrio de la relación, que se desarrolla en el tiempo, entre personas concretas, existen momentos donde está claro que cierto deudor debe pagar, y no otro, y que el acreedor sólo puede exigir o intentar el cumplimiento de aquél, y no de otro.

En principio hay que intentar la personalización, porque, si la obligación pertenece a la relación, la deuda concreta ha de pagarla una persona. Hay que buscarlo, hay que intentarlo, y para ello se nos muestran distintas ideas y criterios de que se puede echar mano. Por ejemplo, incluso BALBI, partidario de la ambulatoriedad absoluta, entiende que si el comportamiento debido ha sido ya realizado por el acreedor, a partir de entonces la restitución correspondiente ha de exigirla a quien se encontraba frente a él como deudor en aquel momento. Puede ser un criterio aprovechable, si bien será preciso utilizarlo con

cuidado[2341]. Al mismo tiempo, quizá pudiera tenerse en cuenta como indicio de personalización una idea apuntada por DESCHENAUX: el crédito *propter rem* pertenece, normalmente, no a una persona concreta, sino al titular del derecho real (por ejemplo, para la exigencia de la constitución de una servidumbre...). Sin embargo, las «*créances indemnitaires*» subsiguientes a la realización del comportamiento debido[2342], resultan ya créditos personales transmisibles. Acaso entonces, la deuda también se haya independizado de la titularidad deudora. Y, en general, la reclamación de una cantidad o prestación concreta realizada por el acreedor, cuando la iniciativa a él le corresponde, es un indicio de que una deuda concreta ha surgido y se ha personalizado, aunque, cuidado, es posible que una reclamación de cumplimiento, en las obligaciones que implican un comportamiento continuado o se resuelven en una única prestación, pueda reiterarse después a un posterior titular.

BIGLIAZZI-GERI habla del incumplimiento como momento en que se interrumpe el camino de la ambulatoriedad[2343], y hay que tenerlo en cuenta, sobre todo cuando tal incumplimiento resulta definitivo y sólo cabe ya la reparación por equivalente. Volvemos a la cuestión anterior. El acreedor sólo podría exigir el cumplimiento a un obligado, por

---

[2341]Puede aplicarse en la comunidad, o servidumbre, cuando el acreedor haya tenido que hacer la reparación. Ahora bien, en la comunidad, por ejemplo, la obligación es de costear, por lo que quien hizo el gasto podrá después reclamar la prestación al titular actual, siempre que el tiempo de gasto y reclamación estén razonablemente vinculados. Pero ante un requerimiento extemporáneo (pensemos en quien realiza obras, reparaciones... y sólo exige el sufragio tiempo después, frente a un nuevo titular antagonista) las exigencias de la buena fe parecen rechazarlo. Por eso, en otro ámbito, señala VENTURA-TRAVESET que realizada la reparación, no se puede dilatar el pago y cobro, pues podría haber desaparecido el titular deudor, y no cabría vincular al nuevo. (*ibidem*, n. 694). Este es el ámbito del criterio de BALBI.

Al revés, es posible que, informado el obligado de la necesidad de los gastos, se deje su pago para un momento posterior, cuando se haya realizado la reparación efectiva y se conozca la cantidad a pagar. Entiendo que, en tal *interim*, la deuda no se ha terminado de personalizar.

De todas formas, cuando el usufructuario que ha optado por hacer una reparación extraordinaria puede exigir el valor añadido "al fin del usufructo", tal pretensión se dirige al propietario actual. Las pretensiones debidas a incrementos de valor puestos en las cosas, se pueden dirigir al titular actual (también, por ejemplo, en materia de accesión). Por todo esto, se ha dicho que el criterio hay que utilizarlo con cuidado.

[2342]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, pp. 739-740

[2343]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali...*, *cit.*, p. 123 y ss, pp. 127-129.

ejemplo, el propietario sirviente comprometido a mantener en buen estado y reparar, cuando toda la vicisitud de incumplimiento y daño se hubiera verificado en el tiempo de aquella titularidad. Porque hay comportamientos obligatorios que no pueden ya ser «continuados» por el causahabiente[2344]: si, a consecuencia de la omisión del cuidado necesario, las obras, el acueducto, etc., terminaran en ruina, no podría luego el acreedor obligar a un nuevo titular a «mantener» o «conservar» lo que se ha destruido. Una vez reconstruido, si interesa al titular dominante y a costa del incumplidor, la actitud pasiva exigible al nuevo propietario gravado podrá volver a completarse con la continuación de su obligación[2345]. Ahora bien, si el cumplimiento aún puede pedirse y continuarse por el titular actual, aunque sea más costoso... aquí habría que distinguir entre los daños y perjuicios derivados del anterior incumplimiento, que se han independizado del mismo, que afectan a los bienes del acreedor, y los que integran un cumplimiento más incómodo o gravoso para el titular actual. La prestación «continuable» (mantener, cuidado ordinario) le resulta exigible, sin que el acreedor tenga por qué discernir lo que ha dejado de atender uno y otro. Ahora bien, que, en el usufructo, las reparaciones extraordinarias derivadas sólo del anterior incumplimiento puedan exigirse al titular actual, como entiende BALBI, me parece muy dudoso[2346].

La ley, como hemos dicho (propiedad horizontal, por ejemplo) nos ofrece soluciones. Y también el argumento de DESCHENAUX: en el sentido de que, ordinariamente, existe un momento o una época a partir del cual es posible afirmar que la deuda corresponde ya a determinado deudor. Un atraso de contribución a una obra de conservación, cuando ésta se ha decidido, realizado, y conocemos su importe, parece que reviste ya todos los elementos para su personalización en el comunero concreto. En este sentido, indicaba MANRESA que

---

[2344]Existen incumplimientos que cierran el ciclo de una obligación. En otros casos, la falta o defecto de cumplimiento importa en cuanto a los daños derivados de él, y también en la relación transmitente-adquirente, pero permite al acreedor seguir reclamando al nuevo titular un cumplimiento posterior.

[2345]En caso de incumplimiento y ruina perjudicial, por parte del titular dominante, sin embargo, la solución sería otra, pues el ejercicio *civiliter* le obliga, al menos, a dejar los lugares en buen estado.

[2346]Lógicamente, habrá que tenerse en cuenta la actitud de acreedor y deudores, pues, en este último caso, el incumplimiento de uno puede haberse continuado por el otro. En tal caso, por aplicación de los criterios de obligación real, el acreedor puede exigir todo el comportamiento reparatorio al titular actual.

las relaciones que se desenvuelven en la comunidad de bienes, resultarían imposibles sin la presencia de la buena fe. Y ella impone que, en el momento concreto, en la relación concreta, se resuelvan las prestaciones exigibles, sin pretender su arreglo en un momento posterior.

Combinación de los criterios

Sin embargo, encontramos situaciones en que no está claro. Es entonces cuando entra en juego la lógica de la obligación real, porque parece que existe un tiempo en que la obligación está naciendo, o se está concretando, pero todavía no se ha personalizado del todo. En este caso, al menos frente al acreedor en la relación real, resulta que la obligación que está naciendo para un titular obligado, nace también para otro ulterior.

Estos casos dudosos han sido objeto de análisis en la doctrina extranjera. En Italia, BIGLIAZZI-GERI se plantea qué ocurre con la prestación «*ineseguita ed ancora eseguibile*»[2347]. Pero, en ese ordenamiento, existe un precepto que contribuye a solventar el problema: en el art. 1104, en materia de comunidad, se reconoce que el titular originario (cuando resulta exigible la prestación) queda obligado, porque, dice BIGLIAZZI-GERI, nada le permite (salvo el abandono) eludir su responsabilidad; pero el adquirente también: "*Il cessionario del partecipante è tenuto in solido con il cedente a pagare i contributi da questo dovuti e non versati*" (art. 1104, *comma* 3 CCI). Se trata, explica BIGLIAZZI-GERI, de un "*obbligo predisposto dalla legge –in linea con una soluzione ricorrente nel nostro ordinamento– in funzione del rafforzamento del credito*". Y, aunque la ley habla de solidaridad, es impropia: "*non vengono in considerazione obbligazioni soggetivamente complesse ma, appunto, distinte, seppur connesse*". Después, con un interesante razonamiento, explica cómo, tratándose de una característica y paradigmática obligación *propter rem*, y abordándose aquí por la ley un problema específico de sucesión y transmisión propio de éstas, puede generalizarse tal solución a todos los casos en que aparezca la situación[2348].

[2347] Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 123.

[2348] También para obligaciones de hacer. Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, pp. 124-129. En la doctrina y Jurisprudencia francesa, como se ha dicho, se solucionan los problemas (en materia de vecindad, servidumbres, medianería) manteniendo la vinculación del titular anterior, pero con responsabilidad cumulativa del adquirente. Esta regla, sin embargo, no se aplica, como en Italia, para cargas y gastos de comunidad o propiedad horizontal.

En Francia, la Jurisprudencia, en distintos supuestos, ha establecido una solución parecida, aunque no idéntica, a la italiana, manteniendo la responsabilidad del primer titular, pero reforzando la posición del acreedor con la responsabilidad del adquirente[2349].

De todas formas, hay que tener cuidado a la hora de enjuiciar la bondad de la solución y el deseo de aprovecharla para nuestro ordenamiento: si la prestación ha vencido, en muchos casos, terminado ya el proceso o la época de nacimiento o personalización, no se ve porqué hayamos de involucrar al sucesivo adquirente: pensemos en deudas impagadas hace tiempo... La presencia de dos obligados concretos (que llenan el puesto del obligado único abstracto frente al acreedor) puede tener sentido durante un tiempo[2350]. La solución es apetecible para el momento dudoso, precisamente porque frente al acreedor hay un deudor (abstracto) en período de personalización en dos sujetos sucesivos, sin que tenga el acreedor que preocuparse de tal vicisitud. La idea de obligaciones distintas, pero conectadas en una especie de solidaridad, puede ser buena, porque la obligación abstracta que está en la relación (única) se proyecta en el surgir de un vínculo de cada uno de los titulares sucesivos, frente al acreedor, mientras no quepa aclarar la estricta y definitiva personalización[2351]. La obligación, en parte es única, y en parte distinta, de cada cual, aunque al final, con el cumplimiento, se habrá satisfecho la única obligación (frente al acreedor) y, en la relación interna, se unificará también la duplicidad con los reembolsos que se establezcan entre los sucesivos titulares[2352].

[2349]Esto no le parece justificado a DESCHENAUX.

[2350]Resulta significativo que el art. 63, *comma* 2**,** *disp. att.* CCI, cuando reproduce, para el condominio, esta regla general, limita la responsabilidad solidaria del adquirente a las deudas (debidas *ex* art. 1123**,** *comma* 1) relativas al año en curso y al precedente. (Para la aplicabilidad de esta regla incluso a la comunidad y con referencia al art. 1104 CCI, *vid*. FRAGALI, *La comunione..., III, cit.,* p. 89).

[2351]Sería algo parecido a lo que ocurre en el lejano territorio de la responsabilidad por vicios de la construcción, cuando no es posible deslindar las responsabilidades entre los agentes del proceso constructivo.

[2352]Por otra parte, esta posibilidad de reclamar el cumplimiento por completo al titular actual, no tiene por qué liberar al anterior de lo que pueda corresponderle, porque, si aquel podrá luego reaccionar contra su causante, no hay motivo para privar al acreedor de dirigirse directamente contra éste. Ahora, si lo que puede exigirse a ambos titulares sucesivos, *propter rem*, no es idéntico (lo sería, por ejemplo, en el caso de una reclamación completa por un gasto de conservación), al anterior sólo será posible reclamar el cumplimiento que a él correspondía, y

Mientras no encontremos reglas concretas en la ley cabe preguntarse si este silencio se debe a que se da por supuesto que la ambulatoriedad es absoluta o, por el contrario, siempre existe un momento en que resulta exigible y la deuda concreta no se transfiere al adquirente. Como hemos ido diciendo, es conveniente buscar, intentar la personalización. Pero el análisis de los supuestos nos muestra la dificultad, en muchos casos, de encontrar esos criterios de personalización y entonces, la lógica de la obligación real viene en nuestra ayuda: existe una relación y, en ella, un acreedor y un deudor que no es «personal» sino «abstracto»: tal posición pueden ir ocupándola, como decía SAVIGNY, multitud de personas.

Los criterios de obligación real, suponen, entonces, una especie de inversión de lo que podría haberse considerado, de otro modo, regla general: en principio, salvo personalización, puede presentarse la exigencia al deudor actual. A veces, la personalización viene de antemano aclarada por la ley. Otras veces, se deducirá del tipo de relación y clase de prestación, aplicando los criterios señalados, entre los que puede incluirse el análisis de la propia actitud del acreedor[2353]. Ahora bien, cuando la prestación exigible se refiera al *status* de los fundos, obligación de mantenimiento y conservación..., el acreedor podrá plantear su exigencia al titular actual, y aquella regla general funcionará sólo como una posibilidad que éste conserva de bloquear la pretensión si puede probar aquella personalización[2354]. En caso contrario, en ausencia de aquella, el criterio de algún modo

---

no la ulterior agravación que pueda ser consecuencia de la continuación del incumplimiento por su sucesor.

[2353]La personalización no funciona igual en casos aparentemente idénticos, pues es un criterio de relación obligacional que depende también de consideraciones relacionadas con la actitud del acreedor: buena fe, doctrina de los actos propios... Ya hemos visto que una vicisitud de incumplimiento y daño, o decisión de gasto, obra y reclamación, completada en una época, no permite reclamar luego en otra. También si, por ejemplo, el acreedor permite que el deudor esté incumpliendo durante largo tiempo, hasta que un deterioro comienza a causarle serios daños, no parece que pueda luego exigir una actuación urgente de quien acaso acaba de adquirir la finca sucediendo al incumplidor. Habría de actuar él, y, en todo caso, reclamar luego del transmitente. Sin embargo, esto no significa que, como regla general, el vecino, el propietario o titular de una servidumbre, no pueda reclamar esos comportamientos al titular que acaba de adquirir: porque acaso él también es un recién llegado.

[2354]Hemos dicho que la obligación despliega su vida propia para el obligado −cumplidor o incumplidor− concreto. Esto determina que, antes de plantear el traspaso de la *necessitas* de cumplir, al adquirente, haya que discernir si el cumplimiento aún exigible puede pretenderse

«supletorio» de obligación real, facilita al acreedor encontrar siempre un obligado actual de quien pretender el cumplimiento[2355].

---

también de él, o bien, si se ha dado −de modo absoluto o relativo− un incumplimiento definitivo vinculable y personalizado sólo en el obligado anterior.

Pues bien, así como la actitud del acreedor puede revestir importancia como criterio de personalización, lo mismo pasa con el adquirente. Pensemos en el caso en que, quien vende una finca, debía mantener en cierto estado una obra o construcción, y transgrede esas determinaciones obligacionales o estatutarias. Su culpa o negligencia puede estar determinando un deterioro, incluso daños derivados de él. Salvo personalización, hemos dicho, la iniciativa del acreedor que reclama, debe ser correspondida por quien actualmente se encuentre frente a él, en la relación, como propietario o titular. También por ello, lo normal será que en la negociación de traspaso, las partes hayan valorado el estado de las cosas y dispuesto la situación de modo que sin problema el adquirente pueda asumir la relación completa frente al acreedor.

Ahora bien, puede ocurrir que el adquirente se entere de la situación −obligación prevista en la relación, incumplimiento del vendedor, estado de los lugares contrario a la previsión obligacional o el estatuto− sólo después de su adquisición, cuando comienza a ejercitar su derecho, o incluso porque recibe inmediatamente una reclamación por el acreedor.

Entiendo que, entonces, personalizará la deuda concreta y convierte el incumplimiento en «relativamente definitivo» si, actuando con diligencia, realiza, como una especie de sucedáneo del propio cumplimiento a él exigible, una reclamación a su vendedor, acompañada de notificación fehaciente al acreedor de la situación y la reclamación o demanda presentada, en beneficio de éste y en descargo de quien la realiza. Sólo cuando el ejercicio del adquirente se comienza sin esta actuación, o sin querer saber nada −pudiendo hacerlo− del estado de las cosas, el cumplimiento aún posible le será exigible en sus propios términos, porque además asume, con el suyo, la continuación del incumplimiento anterior.

Más problemas plantearía la pretensión de resolver la compraventa por quien no ha sido informado de la obligación y el incumplimiento. Ahora bien, cuando el motivo de la adquisición quedara frustrado por una cláusula obligacional prohibitiva o limitativa que el adquirente desconociera −por ejemplo, una obligación de no construir, etc.− en el momento en que conozca esa determinación que modula su derecho, incluso porque a él se dirigiera una reclamación que no esperara, entiendo que no sólo no resulta obligado, sino que podría reclamar del vendedor la resolución de la compraventa.

[2355]No quiere decir que la regla general a que se llega desde la doctrina de las obligaciones se haya convertido en excepción, sino que la lógica de la obligación real hace que funcione como *exceptio*, en el sentido originario del término. Pero, como regla general, siendo real la obligación cabe esa *exceptio* (porque, cuando no hay duda, es la regla). Y, a su vez, lo que nos ha parecido «excepción» en materia de relaciones obligatorias y su transmisión, se convierte en regla en la

Por consiguiente, en casos que pueden parecer controvertidos, lo lógico será demandar a los dos titulares sucesivos conjuntamente[2356]; aunque si no se vislumbra el peligro de tal controversia, basta demandar al titular actual.

El criterio de obligación real despliega virtualidad en varias direcciones: explica los supuestos en que inequívocamente cabe reclamación siempre frente al titular actual (salvo gastos de proceso, reclamaciones internas...); permite exigir al actual titular, en principio, el cumplimiento del comportamiento o prestación, en cuanto asume la continuación del anterior, salvo relación interna[2357]; permite la acumulación de la obligación del primero y posible exigencia también al segundo, en supuestos de incompleta personalización[2358]; y justificaría la atribución legal de la condición de deudor al adquirente, también para deudas vencidas con anterioridad, como en el caso del art. 1104 CCI, o en nuestros proyectos sobre conjuntos inmobiliarios.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

Renuncia y abandono liberatorio

A la hora de estudiar las causas de extinción de la obligación[2359], se muestra evidente una constatación básica: para una obligación accesoria, cuando la presencia del titular-obligado en la relación de reparto termine, carece ya de sentido su existencia (eventual nacimiento o continuación) respecto a ese sujeto, y por tanto va a desaparecer. (Igual que le

---

obligación real, de forma inequívoca en algunos casos (servidumbres forzosas, accesión...), y, salvo personalización, en los demás.

[2356]Y, me parece, el titular actual tendría derecho a que así se hiciera, como contrapartida a su vinculación *propter rem*. Entonces será el Juez, aplicando los criterios pertinentes de teoría de las obligaciones, quien garantizará que el acreedor vea satisfecha su pretensión y a la vez determinará los pagos en la relación interna.

[2357]Posibilitaría la reclamación de actuación urgente a costa del titular actual, paralizando las consecuencias dañosas del mal estado de un fundo, aunque derive del incumplimiento o transgresión de quien acaba de transmitir.

[2358]Por ejemplo, permite exigir a un propietario el pago de un suministro, o una obra, aunque la decisión de ésta o el disfrute de aquél se verifique en un momento anterior.

[2359]*Vid*. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*..., *cit*., p. 129 y ss.

va a afectar la extinción de la propia relación por consolidación, no uso, en caso de perecimiento total del fundo, extinción del derecho propio del concedente...[2360]).

En este contexto (volvemos a la accesoriedad y vinculación de la obligación, los distintos elementos y caracteres de la figura resultan desarrollos de esta idea) tiene sentido y conviene examinar el «abandono liberatorio», que suele ser presentado como la nota caracterizante de la obligación real[2361], lo que acaso haya ocasión de matizar[2362].

Se afirma de modo general: "en las obligaciones *propter rem* el sujeto pasivo tiene la facultad de liberarse de realizar la prestación mediante la renuncia o abandono del derecho real. Entre todos los caracteres (...) éste, sin duda, es el que más destaca los rasgos fisonómicos y peculiares de esta clase de relaciones jurídicas"[2363]. Aunque el propio HERNANDEZ GIL matiza: "el deudor puede liberarse de la responsabilidad inherente a la obligación (...) siempre que ejercite este derecho antes de producirse el incumplimiento"[2364].

[2360]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, p. 136 y ss. Conviene recordar aquí las dos matizaciones que hace a la extinción de la obligación real: "Extinguido el derecho, desaparecen las cargas y obligaciones, aunque no siempre en absoluto". Y, en segundo lugar, es preciso "distinguir entre liberación del deudor y extinción de la relación", ambos hechos podrían no coincidir.

[2361]En general, en manuales y tratados, o de forma especial en monografías como la clásica de MICHON.

[2362]Porque no en cualquier caso el abandono libera de lo actualmente exigible, y menos cuando el juego de la obligación real interviene precisamente al final de una relación. Por otro lado, como explica GONZALEZ PORRAS −respecto a un supuesto concreto− "el art. 599 del Código civil no ha sido un precepto muy estudiado por la doctrina ni por la jurisprudencia de nuestros tribunales, seguramente porque no debe ser frecuente el abandonar una finca (o la propiedad de alguna cosa) con la idea de liberarse de unos gastos o de la realización de unas determinadas prestaciones que difícilmente superarán el rendimiento económico de la finca en cuestión (...) Entiendo que el supuesto tiene escasa trascendencia práctica por lo que se acaba de decir y por la circunstancia de que lo que se abandona suele ser de escaso valor". Cfr. GONZALEZ PORRAS, *Notas a BIONDI, Las servidumbres, cit.*, p. 910. Ciertamente, lo que ocurra con la renuncia y el abandono liberatorio, son dos manifestaciones de la peculiaridad de la obligación real, a tener en cuenta a la hora de construir teóricamente la categoría. Pero, funcionalmente, es su oponibilidad −a que se ha hecho referencia al hablar de la transmisión− y su relación con la tipicidad o no de las mismas, la nota que importa más en el tema de nuestro estudio. *Vid*. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos..., II, cit., 1978,* pp. 61 y 63.

[2363]Cfr. HERNANDEZ GIL, F., "Concepto y naturaleza jurídica...", *cit.*, p. 850 y ss., p. 871.

[2364]Cfr. HERNANDEZ GIL, *ibidem*, p. 862.

Como vimos en su momento, el decano MICHON consideraba el abandono liberatorio «*criterium*» clave de la obligación *propter rem*, de tal modo que −se ha podido decir− su investigación se centraba más en la búsqueda de abandonos liberatorios para deducir de ahí, de esa posibilidad, la existencia de una obligación no personal sino real.

Sin embargo, MICHON recalca que el abandono "jamás es liberatorio de una obligación actual y exigible"[2365]. Por regla general y siguiendo la teoría del «*cuasicontrat de jouissance*», para las cargas del goce pasado (así se expresa) se ha renunciado al derecho de abandono (liberatorio)[2366]. Como dijimos al hablar de la transmisión, parece querer indicar

---

[2365]Cfr. MICHON, *op. cit.*, n. 101.

[2366]Cfr. MICHON, *ibidem*, n. 99. Aunque señala algunas excepciones a esta regla, lo que es interesante. Entre ellas, la que contempla nuestro art. 599 CC (exoneración para prestaciones exigibles, y «exigidas» −el CCI dice «podrá siempre liberarse»). Lo que cabría matizar con la idea de abandono extemporáneo, y de incumplimiento culpable y definitivo. Acaso «siempre» quiere decir, sin más, poder liberarse aunque exista exigibilidad y exigencia. Puede ocurrir que quepa abandonar y liberarse, pero pagando daños por expectativas creadas, por retraso; o incluso que no sea ya posible la liberación, cuando existe incumplimiento definitivo.

Esta regla la explica MICHON por tratarse de una agravación de las obligaciones ordinarias de la relación de reparto de que se trate. Resulta, entonces, que esta solución es planteable como regla general, en su ámbito propio, aplicable en casos semejantes.

Existe otra excepción, que parece característica, en que el abandono libera de prestaciones nacidas y exigibles, y también respecto de tal es posible ensayar una explicación. Es el supuesto del art. 395 CC, en comunidad de bienes. La obligación surge con la iniciativa de conservación (no hay por qué considerarla correlativa del goce pasado, sólo hasta cierto punto, pues hasta ese momento ningún comunero estaba obligado a ocuparse de la conservación de la cosa, a reparar o gastar). Parece más bien orientada por la constatación de la necesidad actual y la previsión del goce futuro. Exigiéndose entonces la contribución al comunero, puede liberarse abandonando, siempre que no haya asumido la obligación personalmente, o que su abandono no sea extemporáneo.

En cierto modo, parece tener aquí algún reflejo (aunque no puede considerarse propia *ratio* del precepto) la idea romana, y de las Partidas, de castigo, separación de la titularidad, o coherencia (no tiene sentido que siga siendo titular quien no está dispuesto a afrontar las prestaciones necesarias para el adecuado disfrute de la propia titularidad, en perjuicio de los otros concurrentes). Pero, para ello, resulta que la obligación ya ha nacido, se valora su existencia, su importancia, y, entonces, resulta que el obligado se va, porque no quiere colaborar. En algún texto relativo a usufructo, se muestra que el abandono puede tener lugar incluso

también que una pretendida construcción de la categoría de la obligación real no puede, sin más, en principio, ir más allá de la teoría general de las relaciones obligatorias.

A MICHON le llama la atención el abandono liberatorio porque, si nos fijamos en las relaciones personales, en los compromisos contractuales, en pura teoría resulta llamativo que una obligación desaparezca, para el deudor, por su sola voluntad manifestada en la renuncia al derecho real[2367]. En tal sentido parece una obligación excepcional (esta es la verdadera peculiaridad que nos muestra el particular ámbito en que nos estamos moviendo). Pero no choca tanto cuando se comprende la accesoriedad de la obligación respecto del derecho real, y desde este punto de vista, cuando una obligación personal es real, es que ha formado parte, que forma parte, del contenido del derecho real a través de la relación[2368]: por esto, si abandono el derecho real (me desligo, porque puedo −aquí se distingue la relación

BIBLIOTECA VIRTUAL

---

después de iniciado un proceso. De igual modo, si el propietario no garantiza que mantendrá la finca en buen estado, sin riesgo de daño, su propiedad se transfiere al eventual damnificado.

Y aquí entra otra consideración: si el sentido que tiene la vinculación de la obligación a la cosa (por ejemplo, en la servidumbre *oneris ferendi*) está en el equilibrio de intereses, evitar un lucro injustificado por una de las partes (el gasto de *reficere parietem* por el titular de la servidumbre produciría un beneficio exagerado para el dueño de la pared, en el reparto, teniendo en cuenta su esquema concreto) muchas veces, quien abandonó no costeará, pero el beneficiado por el abandono se va a quedar con el lucro incorporado a la propia cosa: sentido solutorio o de equilibrio del abandono, que opera para deudas existentes y exigibles. En la comunidad, está claro que los beneficiados por el abandono pagan pero se quedan con la cosa completa. En la servidumbre, la reparación queda para quien no sólo tiene el muro como apoyo, sino que se convierte en su dueño. El verá si le interesa reparar o no. Porque, como vemos, la prestación no es correlativa tanto a la titularidad y goce pasados como a la necesidad actual y titularidad y goce futuros: el dueño de la pared no paga por haberlo sido hasta ahora, sino porque ante una necesidad, si ahora lo hiciera el titular de la servidumbre, aquél se beneficiaría en exceso en el futuro: servidumbre que en vez de gravar, facilitaría la reparación y el gasto. Esto enlaza con la idea de MICHON del agravamiento de las obligaciones ordinarias. A quien está sujeto a tales cargas más graves, hay que permitir el abandono. Y el equilibrio puede suponer que, dejando la cosa, se está satisfaciendo todo lo que está justificado que se satisfaga en el reparto...

[2367]Conviene recordar aquí, la perplejidad generada por la mezcla, y aparente incompatibilidad, entre obligación real y compromiso contractual.

[2368]La consideración de la obligación real como noción independiente, deriva precisamente y exige que no se la pueda considerar independiente. La independencia que puede haber en el concepto deriva de la dependencia de la relación.

propia del derecho real, y la relación de crédito− de la relación de reparto[2369]) lo dejo con todo su contenido: y lo que parece excepción en una obligación puramente contractual, ya no lo es en la obligación real. Si me desligo de aquella relación desaparece la *causa obligandi*, no tiene sentido que siga vinculado por aquello que sólo se justifica «en el reparto».

Esto desde la perspectiva de la obligación como conectada con el esquema del derecho real concreto, en su aspecto «impersonal». Pero, desde el punto de vista personal, la obligación tiene su vida propia en un deudor determinado: podré, por tanto, seguir debiendo, seguir obligado a pagar lo que debía, por el tiempo que permanecí en la comunidad de reparto (es la regla general, según vio MICHON, de acuerdo con la idea de *cuasicontrat de jouissance*[2370]), cuando en efecto la prestación debida resulta correlativa al tiempo pasado de la titularidad. Salvo que la ley, no contemplando esta correlación, y considerando la renuncia como modo de extinción o «solución», me libere, con ella, de toda carga.

De entrada, por tanto, lo único característico de la obligación real es que con la renuncia, igual que con la trasferencia[2371], hay liberación de las prestaciones y comportamientos destinados −eventualmente o con seguridad− a devenir exigibles en el futuro[2372],

---

[2369]Y por eso los problemas que surgen al reflexionar sobre el contrato censal. Aquí, parece que sólo se permite el abandono −de futuro− en ciertos supuestos relacionados con los riesgos de pérdida o deterioro de las cosas, porque no se plantea en puridad el abandono de un derecho real (desligarse de la relación de reparto) sino la desvinculación de una relación contractual. Entonces cuando en el Código se habla de abandono liberatorio para los censos, las expresiones legales no suponen que se quiera decir «algo más» (una liberación de pasado) como puede colegirse si se habla de abandono liberatorio en comunidad o servidumbres. Se presenta un abandono liberatorio simple, porque éste mismo es −en una consideración contractual− excepcional.

[2370]Si consideramos existente una correlación entre el débito concreto y el momento de titularidad. O bien, pensar, que si la prestación concreta ha de ser cumplida por A, a él le corresponde con arreglo al equilibrio del esquema de reparto, y no puede luego liberarse (sí, para el futuro).

[2371]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 139.

[2372]Puede suponer liberación de una obligación existente que obliga a un comportamiento durante el tiempo en que se es titular del derecho real (abandonando, si he venido cumpliendo normalmente, hay liberación). O liberación sólo entre comillas, cuando la obligación no ha

pero no la habría respecto a las prestaciones vencidas, concretadas, adheridas al deudor, por las que queda responsable[2373].

Esta «segunda liberación» (efectiva respecto de una prestación exigible) sí supone una verdadera excepción[2374]. Y la expresión «abandono liberatorio» se utiliza a veces por la doctrina sólo para aquellos casos en que tal renuncia permite la exoneración de lo debido y actualmente exigible. Sin embargo parece preferible decir que toda renuncia, cuando existen obligaciones reales, es abandono liberatorio desde el punto de vista de aquellas, aunque se trate, por ejemplo, de una renuncia abdicativa y operante para lo sucesivo. Da la impresión, sin embargo, de que ese supuesto especial para que se reserva aquella expresión, no tiene por qué ser una vicisitud característica o esencial en la teoría de la obligación real, aunque sí un indicio o corolario de su existencia que se muestra en principio, en algunas obligaciones determinadas[2375].

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

---

surgido aún pero podría nacer de acuerdo con el reglamento legislativo (o acaso incluso convencional) de la relación de reparto.

[2373]LIVER, y los autores alineados con él, parece plantear un abandono liberatorio absoluto, como efecto automático (aunque luego, como vimos, no se aplica este criterio en medianería, o comunidad, no se perdonaría una deuda atrasada de gastos comunitarios). En principio, aquí, la cuestión se orienta en favor del criterio de DESCHENAUX. En Italia, BALBI entiende que (a diferencia del régimen de las cargas reales) tanto la renuncia como el abandono libera no sólo de las prestaciones a venir, también de las vencidas. Cfr. BALBI, *Le obbligazioni..., cit.*, p. 210 y ss. También DE LUCA, *Gli oneri reali..., cit.*, p. 93 y ss. BALBI Frente a los que (como BRETON) han distinguido, en Francia, entre prestaciones conectadas con la posesión (de las que se liberaría el abandonante) o con el goce (que no desaparecerían por el abandono, en la línea del *cuasicontrat de jouissance*) presenta la crítica de DE JUGLART, *Obligation réelle..., cit.*, p. 281 y ss., para quien también el abandono libera totalmente.

Ahora bien, el razonamiento de BALBI, se apoya en que, normalmente, la obligación, a la vez, nace y es exigible. Se trata de una teoría peculiar, siguiéndola, o admitimos el abandono liberatorio así, o nunca existiría. Si esto es así, en el mismo momento en que nace la obligación, si es exigible la deuda y decimos que, en tal caso (prestación vencida) ya no cabe liberarse abandonando, entonces nunca sería posible el abandono liberatorio: o aceptamos la tesis de BALBI –liberación para prestaciones debidas– o no existiría la renuncia liberatoria en absoluto.

[2374]Lo reconoce BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 146.

[2375]ALLARA no considera el abandono liberatorio «característica» de la obligación real. Cfr. ALLARA, M. *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, p. 126 y ss. (Aunque el abandono liberatorio tiene lugar en supuestos de obligación *propter rem*, hay otros

Liberación de prestaciones debidas

Frente a la renuncia meramente «abdicativa» que liberaría para el futuro, cabe también, por tanto, una renuncia o abandono «liberatorio» que exime de lo actualmente vencido y exigible. BIGLIAZZI-GERI se pregunta si es aplicable a todos los casos de obligación real o sólo en aquellos en que se refiere al mismo la ley, y concluye defendiendo la primera solución: "La referencia normativa al mecanismo en cuestión constituye expresión de un más general principio vigente en nuestro ordenamiento: que el abandono liberatorio puede tener por objeto toda relación obligatoria siempre que sea *propter rem*"[2376] (no se extiende este principio, sin embargo, a las cargas reales)[2377].

Por su parte, BIONDI, con referencia al supuesto característico del abandono del fundo sirviente (art. 1070 CCI) trata de situar el abandono liberatorio en el contexto que le parece más adecuado: se ha observado, dice que "es algo extraño". "Diría más bien que es una supervivencia de ordenamientos superados"[2378]. Por ello, para explicarlo, hay que hacer una referencia histórica.

"Los juristas romanos, lógicamente de forma interpretativa, admitían que el propietario del fundo gravado con la servidumbre *oneris ferendi*, que excepcionalmente implicaba la obligación positiva a *reficere parietem*, pudiese *rem derelinquere* en el sentido técnico y específico del abandono del fundo, que, según los principios generales, precisamente

---

casos de abandono liberatorio −quizá− en obligaciones *ob rem* o *ex re*, y otros supuestos, de obligación real sin abandono liberatorio (aunque nunca sin la posibilidad de renunciar y exonerarse para el futuro, tanto si la obligación ha nacido pero el comportamiento es futuro, como respecto a obligaciones previstas pero no nacidas, o no nacidas del todo).

[2376] Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 141. De todas formas esta autora, previamente, ha limitado mucho el campo de las propias obligaciones *propter rem*. Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, p. 87 y ss.

[2377]En la carga real sí se da plenamente (aunque en otro sentido) una especie de *cuasicontrat de jouissance*: la prestación vencida pertenece a un reparto según el cual quien no ha pagado se ha quedado con un fruto correspondiente al acreedor y, mientras no prescriba, debe entregarlo. En LOYSEAU o POTHIER, no es posible *déguerpir* sin haber satisfecho las deudas. Aunque también, por la idea de «carga real» se podría argumentar y llegar a la conclusión contraria: lo que se va debiendo sería parte del «valor» de la cosa (derechos a la realización de valor, sentido moderno): es «peso» que va gravando la cosa (no sólo rendimiento: por eso prescribe pronto...) Y quien llega debe pagar todo, o soportar la ejecución.

[2378]Cfr. BIONDI, *Las servidumbres, cit.*, p. 852 y ss.

porque se hacía *animo derelinquendi*, con la precisa voluntad de deshacerse de la propiedad, se convertía en *nullius*; por tanto, podía ser objeto de ocupación, entonces no excluida para los inmuebles, la que normalmente se llevaba a cabo por parte del propietario del fundo dominante, con la consecuencia de que la servidumbre se extinguía por confusión. El abandono de hecho beneficiaba al propietario del fundo dominante, que estaba en condiciones de adquirir la propiedad del fundo sirviente, y al mismo tiempo beneficiaba al fundo sirviente, librándole de una responsabilidad que podía serle demasiado pesada.

El abandono de por sí tenía efectos liberatorios de la misma forma y bajo el mismo aspecto que el del esclavo que había cometido un delito privado o de un animal que hubiese producido un daño (*noxae deditio*). A propósito de la *servitutis oneris ferendi*, partiendo del concepto de que *hanc servitutem non hominem debere sed rem*, se admitía *licere domino derelinquere* (D. 8, 6, 6, 2). Según la concepción antigua, la cosa era la que respondía; como consecuencia, su abandono tenía efecto liberatorio, que era independiente de la eventual adquisición del fundo"[2379].

Le parece a BIONDI que "el principio general del abandono del fundo sirviente con eficacia liberatoria (...) una vez desaparecido el sistema romano en el que se encuadraba, parece un bloque errante", y "resulta anómalo". Entonces "el abandono, admitido por los códigos modernos, parece algo raro (...) De ahí la dificultad en la que se debate la doctrina y las incertidumbres legislativas. Se trata de encuadrar un principio antiguo en un sistema legislativo diferente.

La terminología es tradicional, pero la sustancia es diferente (...). Se habla siempre de abandono: pero mientras los juristas romanos hablaban genéricamente de *derelinquere* con el sentido de despojarse de la propiedad, ambos códigos[2380] introducen un elemento nuevo:

[2379]Cfr. BIONDI, *Las servidumbres, cit.*, p. 853. Además de BIONDI, para un repaso a los precedentes históricos, especialmente con referencia a la *derelictio, vid*. BRANCA, G., voz "*Abbandono (derelictio) Diritto romano e intermedio*", *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano, 1958, p. 1 y ss.; LA TORRE, M. E., *Abbandono e rinunzia liberatoria*, Milano, 1993, p. 15 y ss., y doctrina allí citada.

[2380]Se refiere al CCF. art. 699, y al art. 643 del CCI de 1865. Sin embargo, el art. 1070 CCI vigente, no habla ya de abandono, sino de renuncia a la propiedad "a favor del propietario del fundo dominante". Para BIONDI, no se trata de un simple cambio verbal. Se trataría de alejarse del abandono (*derelictio*) para recalcar la idea de renuncia *in favorem*, igual que en materia de comunidad se habla de renuncia, no se trataría de abandono.

el abandono se hace al propietario del fundo dominante. No es la romana *derelictio*, sino el abandono dirigido a una determinada persona. (...) Existe una superposición de conceptos y disposiciones que le dan al abandono un carácter particular y producen efectos que se añaden al antiguo y fundamental"[2381].

En cualquier caso, afirma BIONDI, "el abandono liberatorio tiene unos límites muy precisos; dado el carácter excepcional de la norma, no es susceptible de aplicación analógica"[2382].

Esta explicación hay que tenerla muy en cuenta, parece acertada, aunque no tengamos por qué suscribirla completamente. Así cuando afirma: "Si damos un ligero repaso a la lista de las obligaciones o gravámenes presentados por los autores no encontramos la posibilidad del abandono liberatorio. En materia de comunidad se admite que el condómino en algunos casos pueda liberarse de la obligación de contribuir a los gastos renunciando a la comunidad (arts. 882, 1104 CCI); en este caso, como dice textualmente la ley, se trata de renuncia a la comunidad, con eficacia traslativa, y no de abandono"[2383]. Sin embargo, me parece que es menos relevante de lo que BIONDI pretende que se hable de renuncia (art.

[2381]Cfr. BIONDI, *Las servidumbres, cit.*, pp. 854-856, 859. Ciertamente, la romana *derelictio* se relaciona con las obligaciones noxales, con la idea de *obligatio rei*. El abandono permite al acreedor ocupar la cosa, actuar sobre el objeto vinculado (porque no hay una obligación personal...) Todos estos criterios tienen su influjo en este abandono exonerativo, y resulta extraño que pueda apoyarse sobre ellos un abandono liberatorio moderno de la obligación real. De todas formas, como es característico del mundo romano, del esquema de la *noxae deditio* en la *obligatio rei* (obsérvese la utilización de ese término *deditio*, refleja la idea de poner a disposición −con vistas a la satisfacción, de algún modo a la «exigencia» sobre la cosa misma, según la idea original romana−) se echa mano después aplicando la idea de *rem derelinquere* a supuestos que tienen otra *ratio*, y responden mejor al concepto moderno de obligación real (en la servidumbre *oneris ferendi*, por ejemplo, o en materia de usufructo). Aunque en apariencia responda a la explicación, ya acuñada, de vínculo de la cosa misma, en realidad simplemente se utiliza para resolver en criterio de obligación real, porque resulta adecuada la liberación del deudor en el equilibrio de intereses. En otras situaciones, más que *derelictio*, aparece la idea de privación de la titularidad por no estar dispuesto a cumplir prestaciones actualmente exigibles. Así pues, aunque el abandono exonerativo presenta un sentido arcaico, aparece también en conexión con la obligación real, y por ello, como se dice en el texto, acaso no quepa situarlo en un plano tan anómalo como hace BIONDI.

[2382]Cfr. BIONDI, *ibidem*, p. 858.

[2383]Cfr. BIONDI, *ibidem*, p. 856.

395 CC) o de abandono (art. 599 CC). Se trata, en ambos supuestos, de renuncia liberatoria (o abandono liberatorio)[2384], pudiéndose en el caso del art. 599 manifestar la renuncia por medio del abandono (en el sentido de dejación de la cosa). Ambos supuestos participan del criterio del abandono liberatorio, de raíz romana[2385], y aún podemos encontrar otros, previstos expresamente en la ley (art. 544) o no, interpretándola en situaciones que respondan a la misma *ratio* (por ejemplo, en propiedad horizontal, aunque la ley nada diga[2386]).

[2384]En el sentido que estudiamos, no habría especial diferencia, aunque pueda haberla en otras perspectivas. En materia de abdicación, mientras la mayoría de la doctrina no ve diferencia entre renuncia y abandono, algunos como PUIG BRUTAU y sobre todo BONET CORREA, resaltan la diferencia. Parece de todas formas que el abandono −material− no es más que una expresión o elemento integrante de la renuncia a la propiedad, renuncia que también implica manifestación de voluntad −acaso sin aquél abandono material− en los demás casos. *Vid*. GONZALEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 908 y ss.; BONET CORREA, J., "La renuncia exonerativa y el abandono liberatorio en el Código civil", RGLJ, 1961, 211, p. 241 y ss. ; PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, pp. 69-73; PUIG BRUTAU, *Fundamentos..., III-1, cit.*, 3ª ed., 1989, pp. 370-372; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos..., II*, cit., 1978, p. 746 y ss.; CASTAN, *Derecho civil..., 2-I, cit.*, 12 ed., 1984, p. 382 y ss.; ALBALADEJO, *Curso..., III, cit.*, p. 143 y ss. En Italia, *vid*., DEJANA, voz "*Abbandono (derelictio), Diritto Civile*", *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano, 1958, p. 5 y ss. Recientemente, LA TORRE, *op. cit*., p. 1 y ss., esp. p. 41 y ss. Ahora bien, a nosotros nos interesa la renuncia o abandono en cuanto exoneración, lo que puede verificarse y coincidir, lo veremos, con diferentes tipos de manifestación.

[2385]Aunque tampoco en Derecho Romano esta raíz se encuentre en una sola institución, en ejemplos idénticos, y pueda rastrearse a partir de diferentes criterios que se entrelazan, mezclan y separan. Pensemos, como se ha dicho, también en la pérdida-sanción para quien no quiere contribuir al gasto en la cosa común, o en el régimen de la *cautio damni infecti*.

[2386]El criterio del abandono liberatorio puede tener sentidos distintos, matices diferentes en los distintos casos, aunque respondiendo siempre al criterio de equilibrio en el reparto. En la comunidad de bienes, es una contrapartida a la iniciativa de cada comunero para obligar a los demás, y responde también a que los comuneros beneficiarios del abandono reciben el beneficio por el aumento de su participación en la cosa bien conservada (si se efectuó ya la reparación o gasto, la cosa lleva incorporado el mismo) o que se va a dejar en buen estado (si el gasto se ha decidido pero no efectuado). En la aplicación analógica para la propiedad horizontal, se puede utilizar justificación parecida a la de el art. 395, aunque la ley nada diga. Aunque no idéntica: quizás cabría plantear dudas respecto a gastos comunes relativos a servicios o suministros recibidos, pero el problema se solventa, e incluso puede ser más difícil concebir aquí un

Así pues, el abandono exonerativo es algo excepcional, pero no tan estricto como quiere BIONDI[2387]. Del análisis caso por caso de las distintas obligaciones reales podría

---

abandono extemporáneo, debido a que el valor del piso abandonado compensará con creces la deuda.

El abandono del propietario sirviente, cuando haya asumido costear los gastos de conservación, se puede explicar también porque la iniciativa en la exigencia corresponde al titular dominante (él decide cuándo es preciso afrontar un gasto de conservación y lo hace o notifica al obligado) y se trata de una prestación que no puede considerarse correlativa al goce (el titular sirviente se limita a padecer la servidumbre), criterio de MICHON. Por ello es más difícil la consideración de un abandono extemporáneo (como se muestra en el CCI: «podrá siempre liberarse»). Aunque el titular dominante ya hubiera hecho el gasto por su cuenta o ante la eventual pasividad del obligado tras una notificación, aún podría liberarse el obligado: porque la iniciativa corresponde al acreedor (puede gastar sin haber requerido previamente al obligado, que además no tiene una obligación de hacer, de cuyo incumplimiento pudiera ser remedio provisional la actuación del acreedor). Y porque el gasto va incorporado a la finca que obtiene el acreedor con el abandono. Si después del gasto lo que queda es un aumento menor de valor, se debe a la utilización por el acreedor, a la que el deudor es ajeno. Por el contrario, si la obligación es de hacer, aunque también estemos ante una agravación respecto a la posición ordinaria del titular como propietario sirviente, si se ha establecido así, puede ser porque el obligado usa la servidumbre, o está en un contacto con la finca que justifica esta idea. Entonces, ante los requerimientos del acreedor, si en el momento oportuno no actúa o abandona, pudiera luego obligársele a ejecutar la prestación, pagar los gastos o indemnizar, conforme a la idea de abandono extemporáneo.

En general, cabe el abandono liberatorio cuando las obligaciones no pueden conectarse como correlativas al goce y además supongan una agravación del esquema obligacional mínimo ordinario (criterios de MICHON, que son de tener en cuenta). Así, el abandono liberatorio en el usufructo, cuando las partes hayan asumido especiales obligaciones en aras a las particulares finalidades de ese usufructo, o para facilitar la mejor gestión de los bienes, nos sirve como criterio que separa la obligación real del compromiso contractual, y se puede utilizar precisamente cuando ha nacido y resulta exigible la prestación concreta.

Por el contrario cuando la obligación no suponga agravación del contenido ordinario, o pueda verse como correlativa al goce, es más difícil defender un abandono liberatorio para el pasado, y se hace más fácil contemplar un abandono extemporáneo (pensemos en la conservación de los bienes usufructuados...). Si las obligaciones determinan una forma de gozar, o una forma de configurar las cosas, el incumplimiento no permite luego pretender un abandono sin reponer antes las cosas al estado previsto.

[2387]Lo reconoce BIGLIAZZI-GERI, *vid. infra*.

resultar algún supuesto en que, sin estar previsto en la ley, por resultar idéntico o semejante a los establecidos, haya de admitirse. Y, por otra parte, lo dicho no quiere decir que no haya diferencias entre la renuncia-abandono exoneratoria en comunidad y el abandono liberatorio en servidumbres, como vimos en su momento y recordaremos ahora. Pero desde el punto de vista que aquí nos interesa −la «vida» de la obligación real y la liberación del deudor− ambos son manifestación de la misma figura.

Ambos expresan una realidad que va más allá de la liberación cara al futuro, y sin embargo, está de acuerdo con el peculiar sentido de las obligaciones reales, porque puede aconsejarlo el equilibrio del reparto. Es posible, por tanto, que aquello excepcional corresponda, de alguna manera, a la excepcionalidad de la obligación *propter rem*, igual que pasaba con la transmisión o sucesión. Hemos llegado, pues, a una idea parecida a la de BIGLIAZZI-GERI, pero sin hacer de ello elemento ineludible de la obligación real: es decir, el abandono exonerativo, sin ser esencial, está de acuerdo con la lógica de la obligación real. Por ello, no como una extraña excepción y para finalidades particulares (como puede ocurrir con el efecto *propter rem* en la protección del arrendatario) lo presenta el legislador en algunos supuestos, y puede defenderse para casos semejantes, cuando encontremos para cada caso una suficiente justificación basada en el equilibrio de intereses del reparto.

Para profundizar en este abandono «especial» vamos a fijarnos en el supuesto concreto del art. 599 CC (art. 1070 CCI, art. 699 CCF) sin perjuicio de compararlo con el otro caso paradigmático, el del art. 395 CC.

Señala MANRESA comentando este precepto: "el contenido del art. 599 se resuelve en un modo especial de originarse la extinción de la servidumbre, por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y del sirviente"[2388]. En efecto, la doctrina suele distinguir la renuncia meramente abdicativa, y la renuncia «traslativa»[2389] o abandono

---

[2388]Cfr. MANRESA, *Comentarios..., IV, 1931, cit.*, p. 744.

[2389]Aunque hablar de renuncia traslativa parece un sinsentido, pues la renuncia implica abdicación. Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 145. (Y, sin embargo, como veremos, el característico abandono o renuncia liberatorios puede presentarse sin abdicación, sólo con ofrecimiento). Contra la expresión «renuncia traslativa», desde otro punto de vista, BALBI, *Le obbligazioni..., cit.*, p. 187-188.

liberatorio, que liberaría también de cumplir la prestación actualmente exigible[2390]. En este último caso habría algo más que una simple abdicación, pues la ley habla de abandono del fundo «al dueño del dominante», o (en el CCI) «renuncia a favor del titular dominante».

Sin embargo, si examinamos la cuestión con detenimiento, parece que, en el caso del art. 599 −como resulta también para el art. 395− una renuncia simplemente abdicativa

---

[2390]*Vid*. por todos, BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 137 y ss. La renuncia abdicativa es un acto puramente unilateral, no precisa la aceptación ni requiere ponerse en conocimiento de nadie, ni forma especial: manifestación de voluntad no recepticia. Según la RDGRN 28 abril 1927, no es preciso comunicarla a la parte beneficiada cuando el renunciante lo es de una traba impuesta al dominio. Si se trata de la propiedad, la manifestación de voluntad ha de ir vinculada al abandono posesorio. Cfr. GONZALEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 910; PUIG BRUTAU, *Fundamentos..., III-1, cit.*, pp. 370-372.

Mientras la renuncia abdicativa es una manifestación irrevocable y supone la pérdida de la titularidad, respecto al abandono liberatorio existen dudas en la doctrina. Para muchos, también la renuncia o abandono liberatorio implica la pérdida de la titularidad: BRANCA entiende que vale como *renuncia irrevocable* y al mismo tiempo, propuesta de adquisición dirigida al propietario del fundo dominante. Cfr. BRANCA, *Servitù prediale..., cit.*, p. 399 y ss. Según HERNANDEZ-GIL el ofrecimiento es revocable hasta que llega a conocimiento del acreedor. Ahora bien, "cuando el derecho está a disposición del acreedor es porque se ha producido ya la renuncia". "Si el acreedor no decide adquirir el derecho abandonado, el abandono surte plena eficacia" (la cosa quedaría vacante). Cfr. HERNANDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad...", *cit.*, p. 871. También para GONZALEZ PORRAS da la impresión de que no basta con ofrecer. Hay que haber verificado un «abandono», y notificarlo fehacientemente a la otra parte. Cfr. GONZALEZ PORRAS, *op. cit.*, pp. 911-912. El carácter irrevocable del abandono liberatorio lo explica BIONDI, sin embargo, de otra manera, pues se refiere a la propuesta, pero no lleva consigo, de entrada, abdicación. Cfr. BIONDI, *Las servidumbres, cit.*, pp. 860, 863-864. Para BALBI, el ofrecimiento hecho al acreedor no hace perder aún la propiedad al deudor, pero, cuando aquél manifiesta su voluntad, tanto de adquirir como de rechazar el bien, el deudor perderá el dominio (en este último caso, pasaría a propiedad del Estado); aunque puede revocar el ofrecimiento hasta ese momento. Cfr. BALBI, *Le obbligazioni..., cit.*, p. 185 y ss., 195-196, 205. Para BIGLIAZZI-GERI la renuncia-ofrecimiento todavía sería revocable mientras no hubiera llegado a conocimiento del acreedor, pero a partir de entonces lleva consigo, pase lo que pase, pérdida del derecho. Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, pp. 147 y ss., 152. Sólo la notificación y existencia de un beneficiario lo diferenciaría del abandono de la propiedad abdicativo. Y de la renuncia del comunero: ésta última no exigiría más que un «acto de renuncia» (no abandono posesorio) sin notificación, aunque «naturalmente» los demás comuneros resultan beneficiarios.

podría liberar también de las prestaciones exigibles[2391]. En este caso, la renuncia es también «abandono liberatorio» (respecto del pasado) y en esto se distingue este supuesto de otros casos de renuncia.

Modalidades de liberación por abandono

Para explicar esto conviene empezar señalando que MANRESA, a mi modo de ver, se está fijando en el supuesto quizá más «habitual»: el de transmisión del fundo sirviente al titular dominante. La transmisión puede producirse por una enajenación ordinaria a partir del contrato de carácter bilateral, que además de extinguir la servidumbre por consolidación liberaría al titular sirviente de sus obligaciones, también para el pasado (se habrá podido tener en cuenta para las condiciones de la propia compraventa)[2392]. O bien puede ocurrir −es el supuesto en que se fija MANRESA− que, requerido el deudor para satisfacer la prestación, conteste manifestando no estar dispuesto a cumplirla y poniendo la finca a disposición del titular dominante. La «aceptación» del abandono produce la extinción de la servidumbre, lo que se interpreta como un supuesto de "renuncia traslativa (tiene su origen en un convenio *in favorem* que, en todo caso, como afirma ROCA SASTRE, no es una verdadera renuncia, sino una enajenación o cesión verificada en forma de renuncia (*per modum renunciationis*)"[2393].

Sin embargo, lo que libera al deudor (como ha destacado la doctrina) no es propiamente la transmisión de la finca, sino el acto unilateral que hará luego posible −si el acreedor quiere− que la finca le tenga como nuevo dueño[2394].

[2391]Esto está más claro en el texto de nuestro Código que con el CCI en la mano.

[2392]Si bien, que la trasferencia extinga la servidumbre por consolidación, no tendría por qué implicar, en pura teoría, que desaparezcan deudas actuales... si ocurre, es por criterios de equilibrio en el reparto.

[2393]Cfr. GONZALEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 911; la cita de ROCA SASTRE corresponde a *Derecho Hipotecario*, I, 5ª ed., Barcelona, 1954, p. 735.

[2394]Por esta razón, ROCA JUAN, en vez de plantear un negocio transmisivo que no sería unilateral (como interpreta GONZALEZ PORRAS) prefiere hablar de un «acto traslativo». Y el propio GONZALEZ PORRAS reconoce que "desde un punto de vista meramente obligacional y a efectos de liberar al dueño del predio sirviente de su obligación de costear las obras, bastaría con el abandono de la finca, notificándolo fehacientemente al del dominante y aunque no lo acepte". Cfr. GONZALEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 910-911.

Es esa «puesta a disposición» en beneficio del dueño del predio dominante lo que produce el efecto liberatorio, pues de lo contrario carecería de sentido la facultad de abandono, al quedar su efecto exonerativo dependiendo de la anuencia del acreedor como si se tratara de una dación en pago ordinaria[2395]. Es verdad que la renuncia de la cuota produce automáticamente un incremento patrimonial para el acreedor, pero esto sucede en virtud de las peculiares características de la comunidad de bienes. Es cierto, además, que la liberación está relacionada con la posición ventajosa en que queda el acreedor respecto del bien renunciado[2396], pero esto no significa que haya de haber una adquisición del mismo, necesariamente, como *ratio* y a la vez causa de la liberación[2397], según defiende BIGLIAZZI-GERI, para quien −también en materia de servidumbres− el abandono liberatorio transfiere automáticamente −salvo ulterior renuncia− la propiedad del fundo al acreedor, y por eso libera al deudor[2398].

Para la doctrina del efecto liberatorio de la puesta a disposición u ofrecimiento, desde distintos puntos de vista, *vid.* NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, p. 145, nota 103; BALBI, *Le obbligazioni..., cit.*, p. 185 ss.; BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 146; GROSSO, *Le servitù..., I, cit.*, p. 254 y ss.; BIONDI, *Las servidumbres, cit.* p. 857, 860. Y por este hecho, según BIONDI, ni la propiedad se pierde ni la servidumbre se extingue.

[2395]Si el efecto dependiera del acreedor, más que abandono liberatorio, únicamente la ley daría por supuesto que en una transmisión de la finca lo debido se habrá descontado o tenido en cuenta en el negocio de trasferencia. Por su parte, BIGLIAZZI-GERI entiende que no es posible plantear la cuestión en estos términos porque liberación y transmisión son simultáneas. Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, p. 149.

[2396]La renuncia libera por criterios de reparto: porque si existe una obligación real, es porque la prestación va dirigida a evitar un enriquecimiento injustificado (*oneris ferendi*), o va a quedar la prestación cumplida o incumplida incorporada al valor de la cosa, o sólo tiene sentido que se cumpla si existe reparto, y el acreedor queda igualmente satisfecho (aunque pueda ser por otra vía o de otra forma) con la desaparición del reparto, quedándose con el conjunto de bienes...

[2397]Además, no todo abandono con incremento automático libera de lo debido, depende del tipo de obligación real y su sentido (por ejemplo, abandono en usufructo). Sólo será así cuando pueda contemplarse como solutorio, o sólo tenga sentido que se cumpla lo exigible en tanto exista el reparto.

[2398]Para BIGLIAZZI-GERI, como veremos, el designio del legislador en el art. 1070 CCI ha sido atribuir al acreedor una ventaja inmediata, característica de la *datio in solutum* legal. Por eso hay transmisión automática, y así se sacaría todo el provecho a la consideración de la obligación real −en caso de admisión del abandono exonerativo− como obligación facultativa, lo que, para BIGLIAZZI-GERI, no hace BIONDI.

El abandono liberatorio es, pues, a mi modo de ver, un acto unilateral que «puede beneficiar» al titular del fundo dominante, si acepta el abandono. El ofrecimiento −aún más− el abandono notificado al titular dominante, basta para liberar al deudor[2399]. Y también puede ser un acto unilateral que libere −me parece− un abandono equivalente a una renuncia, a través de una manifestación de voluntad inequívoca. Esto puede constituir también una «puesta a disposición» (y más aún en el caso de que se produzca inmediatamente tras un requerimiento para cumplir la prestación, o en relación con el momento en que se ha concretado la obligación en una prestación exigible). Estos abandonos, me parece, van a liberar con independencia de lo que ocurra después con el bien, porque, como se ha dicho, la liberación tiene cierta relación con la adquisición o la posibilidad de adquisición por el acreedor, pero no es la adquisición, como tal, la causa única de aquella.

Admitida la explicación del abandono liberatorio como actuación unilateral que libera al deudor −explica BIGLIAZZI-GERI− es preciso preguntarse cuál sea la relación entre la obligación y esta facultad de sustraerse, y cuál la suerte de la propiedad abandonada hasta su adquisición por el acreedor[2400]. Para asignar al abandono del art. 1070 CCI (559 CC) su eficacia inmediatamente liberatoria y resolver al mismo tiempo esos problemas, el camino sería contemplar el fenómeno como una obligación «*cum facultate solutionis*», pero llevando la idea a sus últimas consecuencias. Lo que conduciría a defender una especie de *datio in solutum* impuesta por la ley, que implica la inmediata transmisión de la propiedad al acreedor en virtud del acto unilateral[2401] (salvo posterior renuncia por quien ha adquirido[2402]). Así solventa esta autora una especie de miedo al vacío que le asalta cuando,

---

[2399]Luego, el acreedor puede compeler a que se formalice la correspondiente escritura pública de "abandono en favor de..." quien lo acepta, para acudir, en su caso, al Registro.

[2400]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, pp. 146-147.

[2401]También DE LUCA había propugnado una *datio in solutum*, implícita y preventivamente aceptada por el acreedor, que opera a su favor la trasferencia inmediata. Cfr. DE LUCA, *Gli oneri reali..., cit.*, pp. 73, 81 y ss., 86. En contra CLAPS, *op. cit.*, vol. 21, p. 306. Crítica a todas estas construcciones en BALBI, *Le obbligazioni..., cit.*, p. 188 y ss. Con argumentos convincentes, señala el parecido pero también la diferencia entre ambos casos (no parece que sea *datio* ordinaria, está claro, pero tampoco «legal»). En consecuencia, critica la idea de que el acreedor adquiera, sin más, el fundo abandonado.

[2402]En cuyo caso entraría en juego la adquisición por el Estado, explica BIGLIAZZI-GERI.

al considerar el acto unilateral como dejación y pérdida de la propiedad, no ve cómo mantener el bien hasta la «aceptación» sin que ingrese en el dominio del Estado[2403].

Esta idea de la obligación «*cum facultate solutionis*» es sugestiva y fecunda, pero basta utilizarla como hace BIONDI[2404], sin pretender extraer las consecuencias, no suficientemente justificadas, de BIGLIAZZI-GERI[2405]. En esta línea, también BALBI consideró interesante una comparación con la «*prestazione in luogo di adempimento*», y constató cierta proximidad con la *datio in solutum*, por la característica genérica de predisponer la extinción de la obligación mediante un comportamiento diverso del originariamente debido. Hay, sin embargo, importantes diferencias: en el abandono liberatorio, no existe tanto una prestación subsidiaria que satisfaga directamente el interés del acreedor; únicamente −dice

---

[2403]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, pp. 147-150. La prestación *in facultate solutionis* satisface directamente −de otro modo− el interés del acreedor haciéndole adquirir. Es un *dare*, no un comportamiento. *Ibidem*, p. 148. Esto soluciona el «cómo» de la adquisición por el titular dominante: es derivativa.

La idea de que el abandono liberatorio produzca la adquisición automática *ex lege*, salvo renuncia del acreedor, parece haber sido defendida también en España. Cfr. ALONSO PEREZ, "La propiedad horizontal...", *cit.*, pp. 95-96. Aunque su explicación cabe interpretarla en varias direcciones.

Quizá cupiera hablar de una «consolidación invertida» justificada desde la perspectiva de las relaciones de reparto. Con independencia de que pudiera admitirse si se ha establecido en el Título constitutivo, por ejemplo en el usufructo, y de que −en definitiva− algo parecido a esa «consolidación invertida» se va a producir según la construcción nuestra, parece dudoso que se pueda admitir aquella adquisición automática *ex lege*. En principio −como recalca MANRESA− no se puede admitir la apropiación sin un acto en que intervenga la voluntad del adquirente. Y no podría modificar esta conclusión acudir a la idea de dación en pago de carácter legal, como hace BIGLIAZZI-GERI, pues tal no resulta de los textos examinados, y en teoría general, la dación exigiría también la aceptación del acreedor, ni tampoco conduce a todo ello la doctrina de la obligación facultativa. Entiendo que la facultad solutoria, en este caso, no implica tanto un *dare*, cuanto un *facere*.

[2404]Cfr. BIONDI, *Las servidumbres, cit.*, p. 858; GONZALEZ PORRAS, *op. cit.*, p.910. En la doctrina reciente, *vid*. LA TORRE, *op. cit.*, p. 70 y ss., también con una crítica a la *datio in solutum* de BIGLIAZZI-GERI.

[2405]No es preciso llevar el paralelismo a todos sus extremos, como realiza, entre nosotros, REBOLLEDO, con curiosas consecuencias. Cfr. *La servidumbre de paso, cit.*, p. 194-197. Con anterioridad, GONZALEZ PALOMINO, "El acrecimiento en la mejora", *AAMN*, en *Estudios jurídicos de arte menor*, II, p. 559 y ss.

BALBI− será puesto en situación de hacer directamente lo que debía el deudor. En definitiva, es la ley la que valora el acto de abandono como realidad, de algún modo, «satisfactoria», el deudor se libera más que cumple, aunque en el equilibrio de intereses se considera así al acreedor suficientemente satisfecho. Pero, en sentido estricto, señala BALBI, como el abandono ocurrirá cuando el cumplimiento sea especialmente gravoso, al acreedor se ofrece normalmente una prestación de menos valor que la originaria (si así se pudiera hablar[2406]).

El abandono, por tanto, no es más que un comportamiento que sólo en cierto sentido implica una prestación, en la medida en que se valora por la ley, en el equilibrio de intereses del reparto, la situación más o menos ventajosa en que va a quedar el acreedor, en relación con el bien, suficiente para liberar al deudor, también porque el acreedor no podría exigirle más[2407].

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

[2406]Por otro lado −explica BALBI− en las figuras referidas se da la sustitución de una prestación por otra, antes del cumplimiento. En el abandono, la actuación de ofrecimiento siempre es causa de extinción. Cfr. BALBI, *Le obbligazioni..., cit.*, p. 189 y ss.

[2407]La conexión entre el equilibrio en la relación de reparto y la consideración del abandono como comportamiento integrado en una *facultas solutionis*, se pone de relieve por la mayoría de la doctrina, desde BONET CORREA hasta LA TORRE, *op. cit.*, pp. 73-74. No supone un *dare*, sino una actuación valorada por la situación en que deja al acreedor, y en atención al carácter de la prestación. Por eso, su funcionamiento y justificación no tiene por qué ser igual en cada caso (así lo vimos al señalar las excepciones de MICHON al *cuasicontrat de jouissance*, y la diferencia entre la renuncia del art. 395 y 599). Se tiene en cuenta que, dejando el bien a su disposición, el acreedor es dueño de su destino, y la obligación sólo se justificaba por el reparto. Se valora, por ejemplo, no sólo la situación de cumplir por sí mismo en que se deja al acreedor, como piensa BALBI, sino el valor que puede recibir incorporado el bien abandonado, cuando la prestación se ha realizado.

Por esto último, es más difícil contemplar, en el caso del dueño del fundo sirviente, un abandono extemporáneo: el art. 1070 CCI dice “podrá siempre liberarse”, expresión ausente en nuestro Código (aunque no conviene olvidar la mayor riqueza de sentidos que puede tener el adverbio «siempre» utilizado en italiano). Para BIGLIAZZI-GERI, esto permite abandonar en el momento de exigibilidad de la prestación, incluso tras un pleito, cuando tenga por objeto determinarla, el deudor elegirá entre cumplimiento y abandono. Pero no después. Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, pp. 152-153. Sin embargo, acaso esta opinión sea todavía demasiado rígida. En este caso, me parece, un abandono tardío podría obligar al pago de daños y perjuicios, intereses de mora..., y sólo en supuestos graves bloquearía la posibilidad de exonerarse. En este

Después de analizar despacio la posición de BIGLIAZZI-GERI, conviene ahora concretar los puntos de discrepancia con esta y otras doctrinas, a la vez que perfilamos el sentido y modalidades del abandono liberatorio. Modalidades, porque a veces el abandono liberatorio transfiere (cuota de comunidad). En otros casos se da, a la vez, abandono-renuncia y abandono liberatorio. Y en otros, el «abandono liberatorio», como concepto propio de la teoría de la obligación real, no funciona como abandono-renuncia, sólo como posibilidad de transmisión. Y no veo justificada la transmisión automática *ex lege*, en estos últimos casos.

En el art. 395 se dibuja una renuncia, acto unilateral, que libera y produce directamente una «transmisión» (entre comillas) a favor del acreedor. En el supuesto del art. 599 CC, aunque no transfiera la propiedad ni se ofrezca formalmente la cosa al acreedor, la simple renuncia abdicativa, cuando se realiza a través de actos inequívocos −abandono− que el acreedor pueda naturalmente conocer, y que supongan la manifestación de voluntad evidente de desentenderse de la titularidad y la relación de reparto, parece estar, de hecho, poniendo la finca a disposición del acreedor: podría considerarse un abandono del fundo «al titular dominante».

Esto, que parece claro desde los precedentes romanos donde la *derelictio*, en principio, favorecía al titular del fundo dominante permitiéndole la ocupación, también me parece aplicable hoy, y −entiendo− es una solución acorde con la interpretación del abandono liberatorio desde la consideración de aquellos precedentes[2408]. En el art. 599, en principio, es

---

sentido, BRANCA, *Servitù prediali..., cit.*, p. 404; GROSSO, *Le servitù..., I, cit.*, p. 266; LA TORRE, *op. cit.*, pp. 75-76.

[2408]Es una forma de interpretar el designio de la ley cuando se refiere a un abandono «en favor de alguien»: para todos los demás, este abandono haría la cosa *nullius*, pero, antes, al acreedor, le permite apropiarse de aquello abandonado. Cfr. BIONDI, *Las servidumbres, cit.*, p. 859. Para entender este abandono liberatorio hay que comprender que es un supuesto de *derelictio-ocupatio*, trasplantado al derecho actual, en la medida en que ello sea posible. Si no se admite la adquisición por ocupación de inmuebles, habrá que acudir a la solución más parecida: la solución de la atribución *ex lege* acaso va en esta línea, pero no en cuanto automática adquisición, sino como posibilidad ofrecida por la ley de aprovecharse del abandono. La ley facilitaría un peculiar título adquisitivo a quien se apropia del bien, en el marco aún de la relación preexistente. Quizá sea la idea de ALONSO PEREZ. Y la defiende GROSSO, *Le servitù..., I, cit.*, p. 253 y ss. En contra de esta interpretación y de la conexión con el precedente histórico, sin embargo, BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 145, nota 74.

abandono liberatorio, exonerativo, tanto la renuncia simple como la formal «puesta a disposición», pues ambas podrían considerarse «abandono al dueño del dominante».

Cuando el abandono es conocido por el titular dominante (que parece naturalmente destinado a ser el primer conocedor de tal circunstancia) ¿qué puede hacer? Hay que plantearse qué va a ocurrir, de hecho, con el bien abandonado:

Desde que conoce el abandono, el titular dominante puede continuar poseyendo la finca sirviente, ya como dueño, con una posesión que le va a conducir a la usucapión. Parece que tal poseedor tiene suficiente protección, también frente al Estado, aunque sólo sea porque éste va a tener difícil conocer la situación, probar que es propietario, inexistencia de dueño[2409]... Sólo si el acreedor no se «apropia» de la finca (o se beneficia del abandono, como se prefiera decir) cuando conociendo la renuncia, permanece pasivo, en el hipotético caso de un vacío de posesión, o cuando se limite, de forma inequívoca, a seguir disfrutando de la servidumbre, todo parece indicar que el Estado va a ejercitar su derecho de apropiación sobre el bien vacante. En sentido contrario, si la renuncia abdicativa no pudiera ser aprovechada por el acreedor, porque no ha podido naturalmente conocerla, o porque, por ejemplo, no se practicó una cancelación en el Registro y después el usucapiente ve frustrada su expectativa por motivos registrales, en este caso lo acontecido dejaría de poseer virtualidad liberatoria, la deuda renacería[2410].

¿Puede ocuparlo...? Podríamos entender −como se apunta en nota− que en este caso una renuncia permite −excepcionalmente− al titular dominante adquirir por un peculiar derecho de apropiación en parte originaria y en parte apoyada en la relación preexistente. El abandono resulta entonces a favor suyo en la medida que le permite, si quiere, adquirir. No me parece descabellada esta idea, pues resulta coherente con el sentido de la institución y facilita el reconocimiento del acreedor como dueño.

Un sector doctrinal muy a tener en cuenta, ha puesto de relieve la existencia de un «período incierto», desde el momento en que alguien abandona una finca, que sigue inmersa en un entramado de relaciones, conexas, hasta ese momento, a la propiedad[2411]. Para

---

[2409] *Vid*. VALLADARES RASCON, E., "La ley del Patrimonio del Estado y la protección del poseedor", *RDP*, mayo 1976, p. 361 y ss., espec., p. 394 y ss.

[2410] Aún en estos casos, si el deudor pudiera ofrecer la adquisición al acreedor, en la segunda modalidad de abandono que veremos, quedaría liberado.

[2411] *Vid*. por todos, GONZALEZ, "La renuncia...", *Estudios..., II, cit.*, p. 17 y ss., p. 32 y ss.; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, I, 5ª ed., *cit.*, p. 739 y ss.

GROSSO, durante cierto tiempo, a pesar de la manifestación de renuncia, permanece, en pendencia, aquella propiedad. Para este autor, si quien naturalmente debería beneficiarse del abandono, no manifiesta la voluntad adquisitiva (plantea un plazo de diez años) la propiedad del abandonante podría rehacerse; sólo si esto no ocurriera, adquiriría el Estado[2412].

Me parece que, junto al derecho de adquisición por el Estado, el acreedor tiene también un derecho semejante. Hay que darle una oportunidad, que podrá aprovechar si ejercita su opción antes de que el Estado ejercite la suya. Se ha señalado que, quien se beneficia del abandono a través de posesión y usucapión, no podrá ya (ni le interesará) exigir al abandonante el cumplimiento; pero, si está usucapiendo *contra tabulas*, puede ver frustrada su expectativa en un momento dado, y podría entonces dirigir la pretensión correspondiente al obligado para el pago de la deuda. Ante tal situación de incertidumbre, el favorecido por abandono puede exigir al abandonante que realice el negocio de renuncia-ofrecimiento a su favor, en documento auténtico, con vistas a la inscripción, o le pague.

Ahora bien, parece dudoso que vaya a interesarle (tal como se presenta la regulación legal) "fortalecer" su posición provocando una cancelación o inscripción abdicativa por el renunciante. Porque tales actos van a poner en marcha la maquinaria de la adquisición por el Estado[2413]. Ahora bien, puede ocurrir que el abandonante haya practicado una cancelación, o una inscripción de renuncia abdicativa en el Registro.

Es una cuestión interesante, porque la cancelación es una manifestación en que tiene utilidad y entra en juego el principio de consentimiento formal, más que nada, por cuanto no es precisa la manifestación de la causa[2414]. Y, en cuanto a la inscripción, según ROCA SASTRE, es el mecanismo registral adecuado para el abandono del dominio, con lo que "la finca quedaría inmatriculada como *nullius*, subsistiendo todos los gravámenes impuestos

---

[2412]Cfr. GROSSO, *ibidem*, p. 252 y ss.

[2413]Todo esto, en una visión del destino del inmueble abandonado que, al menos en este caso, está próximo a la visión −aunque sea minoritaria− de GARCIA CANTERO, G. "La adquisición de inmuebles vacantes por el estado", *RAP*. 1965, p. 9 y ss. *Vid*. CASTAN, *Derecho civil..., cit., I-2*, 14ª ed., 1992, p. 327 y ss. En contra, pero preocupada por la protección del poseedor, VALLADARES, *op. cit.*, p. 385 y ss. Más radical, PANTALEON PRIETO, F., "Comentario a la sentencia de 27 de junio de 1988", *CCJC*, 17, 1988, p. 643 y ss.

[2414]Cfr. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario, I, 5ª ed., cit.*, p. 726 y ss. 730-733; GONZALEZ, "La renuncia...", *cit.*, p. 24 y ss.

sobre la misma, y quedando a merced del derecho de apropiación atribuido exclusivamente al Estado a título de bien mostrenco, sin perjuicio de que otras personas puedan poseerla e incluso usucapirla"[2415]. Pues bien, cabría plantear que, mientras el poseedor está usucapiendo, y aún no ha actuado el Estado, aquél pudiera de algún modo presentarse como «destinatario» de ese bien «nullius». En todo caso, pienso que, en cualquier momento, puede dirigirse al que abandonó, para que acuda con él al Registro y dé una orientación concreta a aquella manifestación registral, dirigiéndola a la adquisición por el acreedor. Me parece posible, en atención a aquel período incierto, o de pendencia, que, lo que el obligado podía haber hecho antes (renuncia *in favorem*) pueda hacerlo todavía después −o pagar la deuda− antes de que el Estado adquiera.

Parece, pues, que tanto la renuncia −que puede venir dada por una manifestación de abandono− como la «puesta a disposición» formal −caso a que se refiere MANRESA− son abandonos que liberan en cuanto ponen a disposición del acreedor la finca. Sólo un hipotético supuesto en que la renuncia no permitiera al acreedor «tomar» la finca, no liberaría al deudor, teniendo en cuenta, además, que la manifestación de voluntad es recepticia, desde el punto de vista de que sólo libera cuando el acreedor tenga conocimiento de ella. Una renuncia abdicativa podría ser irrevocable, pero aún no liberatoria, dependerá de si ha llegado o no a conocimiento del acreedor para que la finca quede a su disposición.

Pero en el art. 599 CC se incluye también un abandono liberatorio consistente sencillamente en «ofrecer» la cosa al acreedor: porque de lo que se trata, en efecto, es de hacer posible un verdadero negocio transmisivo, una cesión o transmisión «*per modum renunciationis*». A esto es a lo que se refiere tanto MANRESA como ROCA SASTRE, entre otros muchos[2416]. Aunque para la liberación basta un acto unilateral, ofrecer la posibilidad de aprovechar esa trasferencia, y en este sentido «se abandona» el bien, lo que se denomina «abandono liberatorio» pero no supone, en modo alguno, un abandono[2417]. El

---

[2415]Cfr. ROCA SASTRE, *ibidem*, pp. 742-743.

[2416]Aquí alcanza su sentido la explicación de MANRESA: ¿bastará el abandono tácito del predio por parte del dueño del predio sirviente para llegar al efecto del art. 599? (...) Realmente, la propiedad de un inmueble no puede pasar de un dueño a otro así, sin más y desde luego; el abandono tácito, o aunque sea expreso, sin solemnidad alguna, no cabe; para que se produzca la transmisión a que el art. 599 se refiere, será preciso, pues, que el abandono o cesión se haga en debida forma jurídica, y según las formalidades exigidas para la transmisión de la propiedad inmueble". Cfr. MANRESA, *Comentarios..., IV, cit.*, p. 746.

[2417]En el sentido de abandono-renuncia.

«abandono», como noción y como negocio, es justo título de esta adquisición −que resulta originario-derivativa (en su peculiaridad)− verificada a partir de la aceptación anudada al ofrecimiento. Más que a título oneroso o gratuito, se configura como un negocio *sui generis*, vinculado a la relación preexistente[2418].

Aquí la adquisición depende de la voluntad del acreedor (igual que antes) pero se diferencia de la renuncia pues, a mi modo de ver, parece justo que, si tal acreedor no acepta el ofrecimiento de quien, con tal comportamiento, «ha cumplido», el deudor efectivamente queda liberado de la deuda, pero el «desamparo» de la cosa efectuado hacia el acreedor no le hace perder la propiedad. Si, transcurrido un tiempo adecuado, el acreedor no acepta, el deudor sigue siendo dueño −salvo propia renuncia− y, además, no se ha extinguido la servidumbre: ésta sigue viva, y también la propia obligación real, en tanto es un elemento

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

[2418]Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 71. Según LACRUZ, o ALONSO PEREZ, se trata de un contrato bilateral, y la adquisición es, indudablemente, derivativa. Cfr. LACRUZ, *Elementos..., I*, Barcelona, 1974, p. 250-251. Aunque luego (con referencia, además, al art. 599) ALONSO PEREZ nos habla de una renuncia con subsiguiente atribución *ope legis*, si se acepta. Esta idea permite tender un hilo conductor entre los dos supuestos analizados, renuncia abdicativa con posibilidad de adquisición y liberación, y ofrecimiento liberatorio con formalización de un negocio *sui generis*. Cfr. ALONSO PEREZ, *ibidem*, p. 95, nota 24. También de negocio *sui generis* (contrato atípico, sin equivalente) habla BIONDI, *Las servidumbres, cit.*, pp. 860-861. GROSSO habla de oferta irrevocable que podría dar lugar o no a una nueva manifestación de voluntad adquisitiva. (*ibidem*, p. 252 y ss.). GONZALEZ PORRAS (*op. cit.*, p. 911-912) vislumbra un «negocio abdicativo del dominio de naturaleza compleja». Para ROCA SASTRE, la renuncia traslativa, como se ha visto, no lo es verdaderamente, sino una cesión o enajenación en forma de renuncia. (*Derecho hipotecario, I, cit.* 1954, p. 735 Por fin, JERONIMO GONZALEZ pone de relieve que, bajo su apariencia bilateral, existe en el negocio de renuncia traslativa una cierta independencia entre las manifestaciones de voluntad coordinadas, cada una con su sentido propio, lo que permite hablar de una adquisición por el favorecido, en parte originaria, *ope legis*. "El camino desde la declaración *sine causa* hasta la cesión sinalagmática de un derecho se halla jalonado por figuras contractuales que, sin engendrar vínculos de enajenación o trasferencia, aprovechan el automatismo de la ley para provocar el paso de los bienes de un patrimonio a otro". Cfr. GONZALEZ, "La renuncia..." *op. cit.*, p. 31.

del reparto. Pero el deudor queda liberado, ha cumplido, respecto a la deuda o prestación exigible en el momento del abandono[2419].

El ofrecimiento constituye una declaración de voluntad revocable hasta su conocimiento por el destinatario, y recepticia en lo que se refiere a la liberación del deudor[2420]. Habrá de consistir, para garantizar el efecto liberatorio, en una notificación fehaciente, y el destinatario podrá compeler al abandonante a formalizarla en documento público, vinculada a la aceptación. El carácter recepticio, en cuanto a la liberación, no ha de llevarnos a pensar que se trate de un acto siempre revocable. No está claro, además, que nos encontremos ante un acto o negocio a título gratuito, en que la revocabilidad despliega todo su sentido. Depende también de los distintos casos, formas y sentido de la renuncia. Cuando estamos ante un abandono del art. 395 ó 599, con liberación de prestaciones actualmente exigibles, la doctrina suele admitir que el acto tiene carácter oneroso, o mejor, mixto, en conexión con la relación preexistente[2421]. Si la renuncia fuera abdicativa, es irrevocable en el momento en que la declaración sale del ámbito interno del renunciante para evidenciarse de cara al exterior. En otro caso, si es «ofrecimiento de abandono» es recepticio, revocable hasta el momento de su conocimiento efectivo[2422] (para otros, el ofrecimiento no puede sino suponer, de entrada, una renuncia irrevocable).

En todo caso, la renuncia no puede perjudicar a terceros (tampoco el abandono liberatorio). Será nula si, a pesar de haberse realizado para liberarse de ciertas obligaciones, resulta luego que −por la desproporción entre el valor de lo renunciado y la onerosidad de aquellas− tal renuncia supone un fraude para los derechos de terceros acreedores. Si hubiera

---

[2419]En sentido parecido, cfr. BIONDI, *Las servidumbres, cit.*, n. 197; GROSSO, *Le servitù..., I, cit.*, p. 354 y ss. Aunque según éste último, la no aceptación del abandono extinguiría completamente la obligación.

[2420]Si se trata de la renuncia abdicativa, en la comunidad (art. 395), o en su modalidad liberatoria para la servidumbre, resulta irrevocable. Esto no significa que no pueda catalogarse recepticia en el efecto liberatorio, como vimos en su momento. (Cfr. ROCA JUAN, "La renuncia...", *cit.*, pp. 124-125; MIQUEL, *Comentarios..., V, cit.*, p. 115). Abdicativa e irrevocable, la configura siempre BRANCA, *Comunione..., cit., p. 139; Servitù, cit.*, p. 401. Lo que no convence a BIGLIAZZI-GERI (*Oneri reali..., cit.*, pp. 151-152, 156 nota 103). Y, configurada como un ofrecimiento, tampoco a mí.

[2421]Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 71. *Vid*. también BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 152, nota 91.

[2422]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, p. 152.

gravámenes, me parece que no siempre es necesario el asentimiento de sus titulares, cuando la nueva situación va a resultar similar, en cuanto a su posición, a la anterior.

Queda por ver un interesante aspecto: ¿qué ocurre cuando, después del abandono, no se realiza por el o los acreedores-adquirentes la prestación debida, de la que se ha liberado el renunciante? En el caso del art. 395, MIQUEL habla de la posibilidad de considerar el abandono en este caso ineficaz por falta o falsedad de la causa[2423]. En las servidumbres, quizá sea más difícil plantear esta posibilidad (falta de causa, más dudoso fraude): porque, mientras en la comunidad, cada uno «puede obligar a los demás» pero en la medida en que le interese la conservación, en la servidumbre, directamente se ha obligado y está obligado el titular a los gastos o tareas de conservación, en la medida en que sean necesarias, pero sin que luego se coarte la libre decisión del que será propietario completo para conservar o gastar lo que apetezca.[2424]

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

Algunas consideraciones sobre la eficacia de la obligación ambulatoria real

Dice BIGLIAZZI-GERI que la obligación *propter rem* (que no sea típica de origen legal[2425]) en cuanto a su función causal y voluntad de las partes, requiere la transcripción en

---

[2423] También, BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, pp. 156-157, nota 103.

Quizás quepa hablar simplemente de fraude, atendiendo a las peculiaridades del supuesto; pero, como norma general, a la idea de falta de causa se opondría que, así como, frente a la iniciativa de los otros comuneros para obligar al que se libera, éste puede abandonar, resulta que, al hacerlo, está desligándose de la titularidad, y, por tanto, dejando un poco en manos de los otros que, después, como propietarios únicos, decidan o no lo que les convenga. No sólo, pues, se libera porque incrementa la cuota de los demás, sino que también les entrega su capacidad de decisión.

[2424] Parece que en la renuncia del 395 es sugerente la opinión de MIQUEL, *Comentarios..., V, cit.*, p. 116 porque si no se hace el gasto, es relativo que haya surgido la obligación, que sólo surge por la iniciativa de conservación dirigida al gasto. Y si no hay obligación, no tiene sentido la renuncia liberatoria. Es revocable por falta de causa. En el supuesto del art. 599 no es posible esto: la obligación surge desde un principio, y, el que se libere el renunciante no tiene nada que ver con que luego al acreedor le interese o no −teniendo ya la propiedad, o, acaso, la posesión del fundo sirviente− realizar los gastos. Aunque habrá que estar atentos a la buena o mala fe...

[2425] Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 74. nota 43.

el registro fundiario para ser oponible. Fuera de ciertos casos de origen y fundamento estrictamente legal, la vinculación que la convierte en obligación real, sólo existiría cuando tenga acceso al Registro y sea objeto de transcripción el negocio al que va unida, o el pacto autónomo que la establezca.

La obligación real como tal −continúa BIGLIAZZI-GERI− no es oponible (la natural oponibilidad que caracteriza las situaciones *in re*, le es completamente extraña). Es un error decir que la publicidad registral venga a reforzar una «natural» oponibilidad que no existe. Habría que rechazar, sobre todo, esta afirmación de COSTANZA, tanto en su argumento como en la conclusión: "Si se considera que las obligaciones propter rem, en cuanto transcribibles, revelan una potencial relevancia *erga omnes*..." no sería "incorrecto calificar la figura en examen como un derecho real"[2426].

Todo esto porque BIGLIAZZI-GERI, en su defensa de la autonomía de la figura, desde la perspectiva de la distinción entre derecho real y derecho de obligación, lleva demasiado lejos el argumento de que se trata sólo de una obligación, por lo que no podría tener ninguna oponibilidad «natural». Si así fuera, estaríamos admitiendo que pertenece al contenido del derecho real, o que lleva en sí aquel tanto de inherencia propio de los derechos reales. Y, esto, BIGLIAZZI-GERI se esfuerza en rechazarlo.

Por otra parte, con el problema de tener que enfrentarse con el principio de tipicidad y *numerus clausus* en derechos reales que caracteriza el sistema italiano −por más que la doctrina moderna venga replanteando la cuestión− le parece a BIGLIAZZI-GERI que la defensa de la libre creación de obligaciones por los particulares, que considera necesaria para que la figura cumpla su función[2427] será factible en la medida que se establezca una distancia nítida entre obligación real y derecho real[2428].

Son −entiende BIGLIAZZI-GERI− los defensores de la rigurosa tipicidad de las obligaciones *propter rem*, quienes razonan integrándolas en el derecho real. "Quien así razona asigna inevitablemente a la obligación *propter rem* −y por el sólo hecho de su

---

[2426]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, pp. 73-75. Critica a COSTANZA, M., "*Numerus clausus dei diritti reali e autonomía contrattuale*", *Studi in onore di C. GRASSETTI*, I, Milano, 1980, p 421 y ss., espec. p. 445 y ss.

[2427]Aunque manifiesta vacilaciones, cfr. BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, pp. 59-68.

[2428]Cuando, en realidad, la distinción viene porque se mueven en planos distintos. No es lo mismo distinguir que separar. Por eso, luego tiene que plantearse y justificar, como cuestión autónoma, la oponibilidad. En realidad es al revés.

tipicidad− aquel colorido de realidad que, como se ha advertido repetidamente, no presenta. Una idoneidad a imponerse *ex se*, al tercero que le es extraña. Una inherencia en sentido técnico de la que carece: se pone, en otros términos, en el mismo plano del derecho real al que está conectada, haciéndole partícipe de su naturaleza"[2429].

Para esta autora, la obligación *propter rem* es «una simple obligación», que luego, resulta oponible al tercer adquirente del derecho al que va conectada, si accede al Registro. Mientras esto no ocurra, "se comportaría como una obligación meramente personal"[2430].

Ahora bien, existiría, sin más (la afirmación resulta reveladora) una tendencial idoneidad de la obligación a imponerse a los «terceros» −y esto la diferenciaría de la obligación personal− (obsérvese el parecido con la afirmación de COSTANZA, antes criticada)[2431]. Después de haber afirmado que se trata de «una obligación» y que no tiene nada que ver, desde el punto de vista de la oponibilidad, con el derecho real, señala BIGLIAZZI-GERI: "Sí es importante establecer si **por su naturaleza** una obligación sea «real» o más bien meramente personal (...) una obligación del segundo tipo no podría ya adquirir aquella eficacia frente al adquirente que, sin embargo, la *obligatio propter rem* puede, en virtud de la transcripción del título, y como consecuencia de la oponibilidad de éste al tercero, adquirir. Lo que no significa que la publicidad venga a hacer *propter rem* una obligación personal (en cuanto carente de las connotaciones que se han dicho propias de las obligaciones «reales») o, peor aún que aquella venga a hacer adquirir a la relación *ob rem* aquella inherencia que constituye el *proprium* de los derechos reales, sino sólo que una obligación, en cuanto *propter rem*, puede ser opuesta al tercero a condición de que el relativo acto constitutivo haya sido oportunamente transcrito"[2432].

Y, para cerrar el argumento después de haber dejado sentado que una obligación real sólo es *propter rem* por la transcripción, nos explica que "esta es otra de las razones por las

---

[2429]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, p. 73. Sin embargo, conectar no es lo mismo que hacer partícipe de su naturaleza.

[2430]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, p. 76.

[2431]Lo que no cabe decir es que, al cumplirse esa oponibilidad −potencial− por la transcripción, se haya convertido la obligación en derecho real, por ser oponible (tanto BIGLIAZZI-GERI como COSTANZA, de distintas maneras, parecen pensar esto). Por eso BIGLIAZZI-GERI pone el ejemplo del arrendamiento inscrito.

[2432]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, p. 76.

cuales no parece aceptable la construcción del derecho real como relación compleja[2433] (...) capaz de comprender en el propio contenido las obligaciones *propter rem*. Está claro que, si pertenecieran a aquel contenido, gozarían en todo caso de la misma «natural» oponibilidad que se suele asignar a los *iura in re*"[2434].

Situándonos dentro de la argumentación de BIGLIAZZI-GERI, antes de acometer su crítica, hay que preguntarse: ¿Por qué la transcripción otorga a una simple obligación tal oponibilidad? u otras preguntas complementarias... ¿por qué resulta necesario que así sea...? ¿cuándo podrá una obligación, accediendo al Registro, adquirir tal eficacia...? Este planteamiento resulta necesario, cuando BIGLIAZZI-GERI, resaltada la naturaleza obligatoria de la figura, va a defender su autonomía como situación externa al derecho real[2435], y ha admitido, además, en hipótesis, la libre constitución de aquellas[2436].

Entonces, "*resta il problema –certamente, di non facile soluzione– dell'eficazia nei confronti dei terzi (succesivi adquirenti a titolo particolare del bene) della res inter alios acta, consentita, com'è noto, nei soli casi previsti nella legge (art. 1372, comma 2, CCI)*"[2437].

Se hace necesario, y más desde los presupuestos de esta autora, dedicar un particular esfuerzo a la oponibilidad de la obligación real –típica de origen voluntario o atípica– como un problema paralelo, análogo aunque separado al de la oponibilidad de los derechos reales atípicos. No le viene por sí misma, en cuanto obligación real, como consecuencia lógica de su vinculación material y causal, porque esto supondría, en la particular visión de esta autora (influida, lógicamente, por la doctrina italiana que así lo han entendido) hacer

---

[2433]Que, en realidad, aquí no se ha traído a colación, siempre estamos hablando de la relación de reparto, no del derecho subjetivo.

[2434]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, p. 76, nota 48.

[2435] Todo ello está bien, si tomamos como punto de referencia la construcción de COMPORTI. Pero el rechazo de ver la obligación real conectada con el contenido del derecho no derivaría de una defensa de éste como absoluto, carente de límite (así se manifiesta COMPORTI, cuando introduce la obligación en el derecho *a pari titolo*, lo que me parece inaceptable, igual que a BIGLIAZZI-GERI). Como tampoco asegura la visión adecuada –opción de BIGLIAZZI-GERI– mantener la obligación como situación externa al derecho real. Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, pp. 85-86.

[2436]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, p. 59 y ss.

[2437]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, p. 70.

participar a una obligación de la «oponibilidad» que es «propia» de la «naturaleza real»; perdería su identidad propia (estaríamos introduciendo la obligación en el derecho real, y esto hay que rechazarlo). Así pues, se enfrenta al difícil problema de la «oponibilidad» de las obligaciones reales voluntarias, pero en cuanto «*propter rem*» (como obligación excepcional, aunque para ella no lo serían tanto) punto de vista que hemos abandonado como inviable para la construcción de una teoría o general de la obligación real. Su oponibilidad sólo puede derivar de la ley (art. 1372 CCI) ¿Cómo solventar esto?[2438].

BIGLIAZZI-GERI observa que la cuestión −para ella análoga[2439]− de la admisibilidad de derechos reales atípicos, podría resolverse positivamente con determinados argumentos[2440]: los arts. 2643 a 2645 CCI permitirían una interpretación en tal sentido (criticando la interpretación «clásica» expuesta por NATUCCI[2441]). Sin embargo, su fundamentación parece insuficiente. Porque −recuerda NATUCCI− "*la semplice conoscenza o meglio la simple conoscibilità que deriva della pubblicità*" no sería "*sufficiente a tutellare adeguatamente al terzo acquirente*": con arreglo a un sistema de tipicidad legal, el adquirente no puede verse obligado a soportar −los conozca o no− otros *iura in re aliena* distintos de los previstos. BIGLIAZZI-GERI, sin embargo, porque va a otorgar una extraordinaria importancia a esa «cognoscibilidad» de las obligaciones reales, sin atacar seriamente el principio de tipicidad se limita a constatar que también el adquirente puede verse «sorprendido» por la existencia de un derecho real típico, que, si se adquiere a título originario, se impone *ex se* al tercero, con independencia de la transcripción. Así pues, no cabría decir que la tipicidad garantice por sí, en todo caso, una adecuada protección al adquirente. (Más tutelado estaría, dice, por la posibilidad de conocimiento que la transcripción de un derecho real, aunque sea atípico, asegura al adquirente de la propiedad gravada)[2442].

Resulta también interesante (si hiciera falta el argumento, que BIGLIAZZI-GERI no lo cree) la observación de COMPORTI[2443] de que el art. 1372 CCI se refiere sólo al contrato,

---

[2438]Para la reafirmación del principio de relatividad del contrato, *vid.* NATUCCI, *La tipicità..., I, 1982, cit.*, pp. 155, 160 y ss.)

[2439]Lo cual supone una visión muy especial del problema, y que no debemos compartir.

[2440] *Vid.* BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, pp. 70-71, notas 32 y 24.

[2441] Cfr. NATUCCI, *La tipicità..., I, cit.*, p. 157 y ss.

[2442]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, p. 71.

[2443]Cfr. COMPORTI, *Diritti reali..., cit.*, p. 216.

pero no a la situación subjetiva que de él resulta, que, si fuera un derecho real −aún atípico− se sometería a la disciplina propia de éstos, dejando a un lado la relatividad. Así se podría encontrar una vía para solventar el problema, que para BIGLIAZZI GERI[2444] se reduce a explicar cómo puede ser oponible a terceros la *res inter alios acta* fuera de los casos previstos en la ley (art. 1372 CCI) y desde cuyo punto de vista hay que buscar una solución para los derechos reales atípicos, y otra −paralela− para el análogo problema de las obligaciones reales atípicas. La solución del primer problema se va a buscar, como hemos visto, a través de argumentos acerca de la protección del adquirente del bien, por su cognoscibilidad del gravamen, y la del segundo, especialmente, a través de la transcripción registral.

En todo caso, en coherencia con sus presupuestos, aquella observación de COMPORTI para BIGLIAZZI-GERI no puede servir cuando luego pretenda proyectarse sobre las obligaciones: "Ya que, mientras los derechos reales son situaciones destinadas por su naturaleza a imponerse a los terceros, de modo que la propia previsión contractual de derechos reales atípicos permitiría su oponibilidad frente a todo sucesivo adquirente (...) no valdría esto mismo para las obligaciones *propter rem*".

"Si se opinara de otra manera, se dice, se terminaría por ir contra el principio conforme al cual no está permitido hacer adquirir la cualidad de deudor a una persona (...) sin su conocimiento y contra su voluntad[2445]. Que es lo que parece verificarse en los casos en que el pacto que concierne la previsión de la *obligatio* hubiera sido transcrito, pero el adquirente no tuviera conocimiento de él"[2446].

Está reduciendo el problema a una cuestión de conocimiento o cognoscibilidad de una obligación vinculada a una cosa. Habrá que preguntarse antes que nada, cómo es posible que la obligación venga vinculada a tal cosa o derecho real, de modo que el adquirente −conociéndola o no, será otra cuestión− resulte afectado por ella.

No es posible separar la obligación real de las relaciones en que se concreta el contenido del derecho real, y luego tratar de justificar su oponibilidad acudiendo a la

---

[2444]En la línea de la dogmática del derecho real y el acuerdo consensual traslativo que recordamos en la primera parte de este libro.

[2445] Cfr. BALBI, voz "*obbligazione reale*", cit., p. 672.

[2446]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, p. 71-72.

transcripción en el Registro[2447]. Los argumentos de BIGLIAZZI-GERI no pueden superar la crítica de NATUCCI. Con la obligación real atípica habría un caso flagrante de violación del principio de relatividad del contrato. No cabe plantear una «tutela de los terceros» asegurada por el instrumento de la transcripción (para obligaciones reales atípicas) porque, como se trata de obligaciones, no pueden obtener esta eficacia especial a través del instrumento del Registro[2448].

Veamos aquellos argumentos: como ha reducido el problema a una cuestión de conocimiento o cognoscibilidad de una obligación vinculada a una cosa entiende que, al principio antes aludido (imposibilidad de obligar al adquirente contra su voluntad y conocimiento) y en que sibilinamente se centra, se pueden oponer otros: la irrelevancia del «*affidamento incolpevole*» y la autorresponsabilidad[2449]. En su virtud, si la vinculación de la obligación a la *res*[2450] era conocida por el adquirente −por la transcripción, no sería admisible otro conocimiento relevante− resulta que ha querido obligarse[2451] y en caso contrario −habiendo también transcripción− no puede sustraerse a la obligación si no se ha

---

[2447] Estaríamos en un círculo vicioso: la obligación se transcribe porque afecta a la situación sobre la cosa (cfr. BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, p. 172) y afecta a la situación porque se transcribe.

[2448]Cfr. NATUCCI *La tipicità..., II, cit.*, p. 145 y ss. espec. p. 152, nota 133. Esto está muy claro en nuestro derecho, y es lo que obliga a iniciar el largo camino que hemos tenido que recorrer. Los derechos personales no tienen acceso al Registro... *Vid.* PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 21.

[2449]La publicidad, explica, no puede tender a «reforzar» una natural oponibilidad de la obligación *propter rem*, que le es completamente extraña, sino a fundar la misma presunción de conocimiento que (excluyendo la relevancia del *affidamento incolpevole* y en virtud de la autoresponsabilidad del adquirente) justificaría la oponibilidad del contrato de locación (a ciertos terceros). Cfr. BIGLIAZZI-GERI *ibidem*, pp. 72-74.

NATUCCI, entre otros argumentos, responde, citando a FERRI, que la buena fe no desarrolla ningún papel en la dinámica de la transcripción (tampoco en el arrendamiento). *Vid.* FERRI, L., *Della trascrizione immobiliare, Commentario SCIALOJA-BRANCA*, Bologna-Roma, 1967, art. 2643, p. 45 y ss. Para los argumentos de NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, pp. 152-153.

[2450] Resulta que es a la cosa, y no al derecho, como venía defendiendo anteriormente.

[2451]Critica esta idea NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, p. 152, nota 133.

preocupado de controlar en el Registro cuál fuera "la posición compleja del enajenante en orden a la *res*"[2452].

Así pues, la obligación «es oponible» al adquirente porque existe transcripción. Pero... ¿por qué hay transcripción? Porque, para BIGLIAZZI-GERI, sería aquí aplicable el art. 2645 CCI (no el 2643 CCI, que trae a colación −me parece, con más acierto− BALBI[2453]). Y de la transcripción no se puede prescindir "dada la incidencia que la previsión convencional de una obligación *propter rem* despliega sobre la normal situación jurídica del bien en consideración al derecho (real) que recae sobre él y al que la obligación resulta... conexa"[2454]. Así pues, vengo obligado porque hay transcripción, y hay transcripción porque así quedará obligado. No parece una forma convincente de explicar las cosas.

Habrá que explicar, ante todo, por qué una obligación que, según se nos dice, no tiene ninguna oponibilidad «natural», tiene sin embargo una «tendencial idoneidad para imponerse a terceros». Por qué es susceptible de transcripción. Por qué afecta a la situación compleja del enajenante en orden a la *res*. Explicaciones de este género quedan bloqueadas si no se reconoce la importancia de la accesoriedad de la obligación respecto a la relación de reparto, pensando −erróneamente− que verla así equivale a introducirla en el contenido íntimo del derecho (si se pudiera hablar así), en igualdad con otras situaciones «simples»[2455] y hacerla participar de la naturaleza −atribución− del derecho real. No hay más remedio −y a esto se resiste BIGLIAZZI-GERI− que hacer participar a la obligación de la oponibilidad del derecho real, lo que resulta, no de que participe de la naturaleza real (naturaleza real y oponibilidad no son conceptos coincidentes) o de que tenga −en cuanto obligación− la oponibilidad natural que resulta de la atribución, sino de su vinculación al derecho real

---

[2452]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 73. Según BIGLIAZZI-GERI, la *trascrizione* de la obligación real viene en virtud del art. 2645 CCI, porque supone un acto y un derecho personal que acompaña a la *res* en la posición compleja del titular. No cabría dar a la transcripción el fundamento del art. 2643, porque no es derecho real. Se apoya en NATOLI, *La trascrizione*, Torino, 1970, pp. 110 y ss. espec. 113. Hay también una sentencia (*Cass*. 21 Julio 1949, n. 1817, *Foro Italiano*, 1949, I, c. 1050, anotada por TORRENTE) que se podría traer a colación, pero que se refiere sin embargo a un supuesto de arrendamiento inscrito. Para BIGLIAZZI-GERI da lo mismo, en este aspecto; pero en nuestra óptica no (aquí se separan los terrenos de la obligación *propter rem* −excepcional− en general, y la obligación real).

[2453]Cfr. BALBI, *Le obbligazioni..., cit.*, p. 160 y ss.

[2454]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 72.

[2455]Como hace COMPORTI, en lo que es justamente criticado.

(recibe de ahí su oponibilidad, como algo prestado[2456]) por su accesoriedad en la relación jurídica de reparto. A través de la relación entra en el contenido del derecho. Esto, hay que reconocerlo, aunque no podamos seguirle en su defensa de la tipicidad, por las diferencias de sistema, lo ha visto mejor NATUCCI[2457].

Si la obligación está vinculada, en sentido material y causal, a un derecho real, sin dejar de ser personal, es idónea para imponerse al tercer adquirente. Esto no significa que tenga, en cuanto obligación, esa idoneidad, pero vinculada resulta oponible, no ya *erga omnes*, sólo en la relación. Esto no quiere decir que tenga la inherencia propia del derecho real, ni siquiera que participe de ella. Su inherencia será otra, a la que, inconscientemente, BIGLIAZZI-GERI se refiere de continuo, cuando repite que la obligación resulta *connessa* al derecho real[2458]. Por ello adquiere importancia establecer (como explica nuestra autora, de una manera acaso poco certera[2459]) si, por su naturaleza una obligación sea «real» o meramente personal, porque sólo las del primer grupo tienen aquella «tendencial idoneidad a imponerse a los terceros» y podrán adquirir eficacia respecto de esos terceros a través de la transcripción.

La obligación real no puede considerarse autónoma. Aislada, afirmada su naturaleza obligacional, despojada de toda mezcla o vinculación con el derecho a través de la perspectiva de la relación, resulta que (para BIGLIAZZI-GERI) es de libre creación. Sólo habría que solucionar un «pequeño problema»: su oponibilidad. (Ingresando en el Registro por la vía del art. 2645 CCI).

La obligación real no puede considerarse así, porque, entonces, no puede ser (ni es, nunca) oponible, ni antes ni después, a no ser que el legislador venga concretamente a disponerlo. Para plantearse cuestiones de «oponibilidad», en primer término hemos de encontrarnos con una realidad dispuesta para operar sobre el tercer adquirente. Sin ello, no

---

[2456] Por otro lado, no se puede decir que la obligación participa de la oponibilidad del derecho real. Porque la oponibilidad es siempre la misma: es oponible y punto. Por su vinculación a un derecho absoluto, resulta oponible. Y, a la vez, la oponibilidad es siempre distinta, presenta distintos fundamentos y grados.

[2457] Pero se deja llevar −a través de la visión del derecho real como situación excepcional, y la óptica contractualista− por la identificación con el derecho real. Cfr. NATUCCI, *La tipicità..., II, cit*., p. 131.

[2458] Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, pp. 74-75.

[2459] Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *ibidem*, p. 76.

estaría justificado el acceso al Registro, que en el arrendamiento permite el legislador por razones muy concretas... En definitiva, como dice NATUCCI, sólo puede ser transcrito lo que está previsto, y para los efectos previstos. A diferencia del art. 1341 CCI, ningún precepto legal predispone para las obligaciones *propter rem* un mecanismo similar. Y no puede argumentarse que es transcribible porque luego, una vez transcrita, afectaría a la situación compleja del adquirente en orden a la *res*. Más bien, en el propio sistema de BIGLIAZZI-GERI, hay que fundamentar lo primero para que fuera posible lo segundo.

Sólo si resulta fundamentada la vinculación de una obligación al derecho real, podría luego entrarse en tales consideraciones. En este sentido, el art. 2643 CCI se refiere al derecho real en la relación que lo crea, y actos modificativos de esa relación. Ese es el lugar de la obligación *propter rem* en la relación de reparto, en su proyección registral. En la perspectiva de NATUCCI, esto está claro, pero tal vinculación, accesoriedad y oponibilidad, le lleva a afirmar la rigurosa tipicidad de aquellas[2460]. No sería posible pretender escapar a esta conclusión resolviendo formalmente, y sin una justificación previa, la autónoma oponibilidad de cualquier obligación real. Ahora bien, paradójicamente, cuando la obligación real ha perdido su autonomía −en una visión de las relaciones de atribución más flexible que la de NATUCCI− comienza a ganar ciertas posibilidades de libertad. Sólo entonces, es conveniente plantear cuestiones como las que afronta BIGLIAZZI-GERI. Sólo vale si vinculamos y no separamos la accesoriedad funcional, material, y la efectiva. Pero, en consecuencia, al estudiar cómo se asegura esta última, no es posible negar que aquellas, como presupuesto básico, deben, *ab initio*, desplegar algún efecto.

La accesoriedad de la obligación real y su lugar propio. Tipologia final

La obligación real es un aspecto, accesorio, de la «oponibilidad» −si se quiere hablar así− de unos derechos a otros en la relación de concurrencia. Ni antes ni después tiene una oponibilidad natural propia en cuanto obligación, pero es que nunca es una obligación aislada. Y en esta conexión tiene su «propia oponibilidad», prestada, recibida, pero no como algo transitorio sino propio de un elemento −que no tiene naturaleza real− en la relación de reparto.

[2460]Cfr. NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, p. 150 y ss.

Si tratamos la obligación aislada, y propugnamos cierta libertad en su creación a través del registro, estaríamos pretendiendo −sin una clara fundamentación legal− eludir el principio de que los derechos personales no tienen acceso al registro. Esto sólo puede darse para casos concretos, por la específica voluntad del legislador. Aquí encaja la referencia al arrendamiento, pero no puede ir por este camino el tratamiento de la obligación real. Es la diferencia entre el mundo de la obligación *propter rem*, que puede ser variado, y al servicio del legislador, y el terreno de la obligación real.

Para ingresar en este terreno −como hemos visto− BIGLIAZZI-GERI encuentra algún obstáculo, que luego resultan sólo aparentes. Sin embargo, ha de terminar por reconocer que el acceso al Registro[2461], necesario para su oponibilidad (en la tesis de BIGLIAZZI-GERI, para que resulte efectiva su vinculación como obligaciones reales) sólo será posible para obligaciones que se muestran «naturalmente» reales. Al caracterizar éstas, en realidad se está volviendo hacia la relación de reparto, el contenido y la función de la obligación en ella, conectando además con tal esfera la posibilidad de libre creación por los particulares, contemplando en ella los supuestos en que la ley ofrece la posibilidad de establecer o no obligaciones voluntarias[2462].

Sin embargo, no termina por reconocer esta autora todos los aspectos propios de esta accesoriedad. Sólo señala que la obligación *propter rem* tiene una inherencia de segundo grado (al derecho) −cuidando distinguirla de la propia del derecho real (a la cosa)− y que contribuye a configurar la compleja posición del titular en orden a la *res*. Pero la accesoriedad sólo la contempla desde el punto de vista efectivo, formal. Por ello, cuando encuentra el juego de la obligación real en la concurrencia de derechos reales, este terreno le parece demasiado estrecho, cuando en realidad se trata, tal y como hemos ido viendo a lo largo de todo el trabajo, del campo propio de la obligación real, y paradójicamente, el único que permite la libre creación de éstas.

La accesoriedad de la obligación real es en primer lugar causal, en relación con los diversos problemas de equilibrio y cooperación en las titularidades concurrentes. Esto justifica la accesoriedad efectiva, la vinculación que permite cierta aplicación del principio *accesorium sequitur principale*, porque la obligación ha perdido su propia autonomía, y justamente en la medida que la pierde, gana la posibilidad de comenzar a considerarse como noción independiente. He ahí otra paradoja de la accesoriedad: la dependencia otorga

---

[2461]Que, desafortunadamente, considera «propio» y por la vía del art. 2645 CCI.

[2462]Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali...*, *cit.*, pp. 22-23, 48-49.

autonomía como noción. Igual que la limitación del campo a su terreno propio, nos introduce en una mayor posibilidad de libre juego[2463].

Para la accesoriedad efectiva, se podría plantear si es necesaria la inscripción en el registro, en lo que nos detendremos más adelante. Pero lo que está claro es que la obligación ya no puede tener, ni pretende, un acceso propio e independiente al registro, sino integrado en la relación en que el Título crea y dibuja el derecho.

Por ello, el campo propio de la obligación real será el de aquellos derechos reales cuyo establecimiento y funcionamiento va ineludiblemente unido a una específica relación jurídica: la relación entre propiedad y derechos reales limitados, las situaciones de cotitularidad y todos aquellos casos en que, a partir de una cotitularidad, a base de puntos de referencia materiales y organización jurídica, se distribuye o incluso se rompe la comunidad, dando lugar a propiedades relativamente independientes, o a derechos de uso y disfrute limitados aún dependientes de la cotitularidad basilar[2464].

En tercer lugar, pues, la accesoriedad será funcional, en dos sentidos: por la función material en el reparto, accesoria, secundaria o, incluso de mayor enjundia, pero siempre subordinada a la viabilidad, utilidad o comodidad del propio reparto y atribución. Y de carácter instrumental, para la variedad de los derechos reales concretos, aún dentro del mismo tipo.

En la medida en que con más plenitud encontramos que se cumplen varios o todos los aspectos de esta accesoriedad, nos vamos alejando del terreno general de la obligación *propter rem*, y nos introducimos en la esfera propia de la obligación real[2465]. La penetración plena en este terreno se da −repito− en esas situaciones definidas por DE CASTRO como derechos subjetivos dependientes de la relación (aunque sean reales), y por ello, es en este campo donde la obligación real puede moverse con más libertad, hasta el punto de que los propios partidarios de la tipicidad (por multitud de consideraciones que hemos visto) al

---

[2463]Para todas estas cuestiones, me remito al análisis de la doctrina de GOUBEAUX, en la segunda parte del trabajo. Ahora, que estamos vinculando el discurso a la doctrina italiana, se podría traer a colación, en parecida línea, a SANGIORGI, "*Regolamento contrattuale e diritti reali*", *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, XXXV, Palermo, 1974, pp. 5-223.

[2464]En concreto, los conjuntos inmobiliarios, tal como los plantea LASO MARTINEZ, "De la propiedad...", *cit.*, *passim*.

[2465]Cfr. SANGIORGI, *Regolamento conttattuale..., cit.*, p. 56 y ss.

llegar a esta zona, reconocen que se suaviza un poco, convirtiéndose en un concepto (más que en enumeración de tipos) porque ahí, dice NATUCCI, la −relativa− libertad de creación de obligaciones en realidad no ataca la tipicidad, se trata de supuestos previstos de modo general por el legislador, igual que en casos análogos[2466].

En el campo de la propiedad (derecho real independiente) aunque encontremos obligaciones reales, ya estamos un poco como saliendo del terreno más propio de la obligación real, donde se mueve con más libertad. En este terreno, nos encontramos como en la frontera donde la propia obligación real se confunde con la esfera, más general, de las obligaciones *propter rem*, aunque −eso sí− en un terreno característico de éstas, la esfera del equilibrio y la vecindad «negativa» (con matices positivos accesorios) entre derechos y posiciones jurídicas colindantes. Por ello, como sabemos, en la relación de vecindad (que no caracteriza o de la que no depende la propiedad aunque se trate de una relación característica en que se encuentra el dominio) es el legislador quien establece las reglas de coexistencia de derechos y, si los particulares pretenden derogarlas, podrán hacerlo con eficacia real a través de la figura de la servidumbre, cuando esto sea posible. Esto nos indica, en efecto, que nos encontramos un poco en la tangencia del terreno más característico de la obligación real.

Otra cosa hay que decir de aquellas interesantes situaciones en que la vecindad vaya un poco como subsumida en una relación de reparto de otro orden. En un edificio en régimen de propiedad horizontal, o −más matizado− en una urbanización, no sólo es que las reglas se estén basando en los criterios de relaciones de vecindad (esto puede ser así, en parte, en la medida en que se quiere configurar propiedades −todo lo posible− independientes) como dice la Exposición de Motivos de la LPH, sino que diferentes aspectos de la vecindad vienen ordenados bajo la idea de cotitularidad cierta (no sólo la más o menos metafórica comunidad de vecindad) del bien, que se reparte y cuyo destino y máxima utilidad para todos colorea esta cualificada vecindad. Por esto, los propietarios pueden ver sus relaciones de vecindad nutridas de una serie de obligaciones que no podrían exigirse en la vecindad de fincas independientes (sólo a través de la autoridad pública) y, en efecto, aquí las obligaciones pueden establecerse y cambiarse sin recurrir al cauce de la servidumbre, que, para la vecindad de fincas independientes, nos está indicando cómo, fuera de los equilibrios mínimos establecidos por el legislador, la reglamentación entre particulares estaría imponiendo un particular gravamen.

[2466]Cfr. NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, p. 153.

Percibimos también que estamos saliendo un poco del ámbito más característico de la obligación real −aunque todavía podamos encontrarnos en él− cuando el titular activo (o pasivo, según veremos[2467]) de la obligación, no es propietario o titular de un derecho real. En el primer caso, puede ocurrir porque la obligación *propter rem* se establece para ordenar el contacto, conflicto o equilibrio de la propiedad con otros derechos o intereses que no tienen por qué ser reales pero, en virtud del contacto, proximidad, vecindad, pueden resultar afectados por el estado de los bienes de otro, o su modo de ejercitar el derecho.

En estos últimos casos, aún podemos considerar −ubicados dentro del terreno propio de las obligaciones *propter rem* en el contacto y equilibrio de derechos− que se trata de obligaciones reales, aunque en el reparto no haya otro derecho real sino sólo una metafórica participación, a partir de un derecho distinto o un interés de otro género, en la cosa. La participación es ideal, y se plasma sólo en poder exigir el cumplimiento de la obligación. Pero nos encontramos en la esfera del contacto −en parte de hecho, en parte jurídico− entre derechos autónomos, no trabados por una relación jurídica de la que dependan. Ya nos falta algo para estar en el territorio más propio de la obligación real.

Existe, pues, un ámbito propio, no ya de la obligación real, sino de la obligación *propter rem*, en general: el equilibrio de las esferas jurídicas en contacto, la vecindad (física, jurídica). Esta vecindad, en presencia de derechos independientes, supone una «fraternidad negativa» nada más: no dañar... pero se amplía con un nuevo aspecto: prevenir el daño. Lo que implica atender al estado de las cosas y el ejercicio de los derechos.

Las responsabilidades por razón de las cosas nos introducen en la esfera de la obligación *propter rem*, y de la obligación real, delimitan ya de algún modo la libertad de la propia titularidad. Y, también en atención a los demás, aparece la exigencia de ciertas

---

[2467] Aquí es posible la aparición de la obligación real puramente convencional, pero en cuanto originariamente ordena la cooperación para los titulares reales, y sólo después entran, como obligados, o acreedores, titulares de derechos personales (arrendatarios, en las relaciones de la propiedad horizontal, por ejemplo) porque tienen un derecho dependiente de aquellos.

Su carácter de acreedor, dependiente de su relación con el dueño, deriva de que también ellos manifiestan el interés del titular real en que las obligaciones se cumplan, en este caso en su propio beneficio, en virtud del negocio celebrado por el propietario. En cuanto a su obligación, se configura como dependiente (aunque pueda existir responsabilidad propia y acción directa contra ellos) de la del propietario, que sigue existiendo, y el mismo propietario utilizará ciertos mecanismos contra ellos, a petición de los acreedores de la obligación real (desahucio por desarrollo de actividades peligrosas...)

conductas positivas, sobre todo para prevenir el daño. Nos encontramos en un terreno de obligación *propter rem* que nos está introduciendo, al mismo tiempo, en la esfera más característica de la obligación real[2468]. El ejercicio del derecho, cumplimiento, interesa siempre en función de otro interés centrado en mi propia esfera jurídica, que va a verse afectada por la conexión y contacto entre las mismas. Es un elemento propio de esta esfera característica de la obligación *propter rem*, que después será campo propio de la obligación real.

Para definir esta esfera general de la obligación *propter rem* en el ámbito propio, nos hemos fijado primero en la obligación real de acuerdo con nuestro planteamiento metodológico y, luego, encontramos ese campo más general de equilibrio básico, con un tránsito, mayor o menor, del respeto entre ajenos, a una fraternidad más positiva en las situaciones de estrecha vecindad y contacto. En este campo basta la presencia de dos derechos, en general, o, más concreto, de la cosa y su titular y otro derecho o interés, del tipo que sea, que puede verse afectado por la vecindad con el anterior.

Son situaciones en que puede encontrarse el dominio en un momento dado. Por ello, estamos un poco a caballo entre la esfera de la obligación *propter rem*, en general −pero en un terreno propio y natural− y la de la obligación real. No nos hemos introducido todavía, entiendo, en el núcleo del territorio propio de éstas: las obligaciones no «delimitan» el dominio «establemente» porque éste es libre. Aparecen en distintas situaciones en que puede encontrase el dominio.

Es diferente lo que ocurre en ciertas formas de propiedad, o en los derechos limitados que resultan inseparables de una relación básica estable. El derecho real limitado es también una vicisitud de la propiedad, pero la relación resulta básica respecto del derecho. Por ello, las obligaciones se presentarán normalmente más importantes respecto del derecho que de la propiedad[2469].

[2468]En ella, no interesa la persona en especial, sino aquel que ostenta la titularidad, porque el interés se refiere al estado de las cosas o modo de ejercicio de los derechos. Esta despersonalización siempre está como en tránsito a la personalización, porque la relación se da en cada tiempo con personas concretas.

[2469] Si se pudiera hablar así, acaso cabe decir que, respecto de la propiedad, estamos entrando en la esfera de las obligaciones reales, mientras que, respecto del derecho, hemos entrado plenamente.

En la obligación *propter rem*, por tanto, su esfera propia se caracteriza porque no interesa la persona, sino mi propio derecho-interés, en relación con una cosa o los derechos sobre ella. Este terreno propio conecta con los deberes generales de buena vecindad (esfera pública y privada) el equilibrio, la prevención, la responsabilidad del titular. Profundizando aquí nos introducimos en la esfera de la obligación real: el contacto de derechos se produce en la relación propiedad-propiedad (derechos reales que entran en relación por la proximidad física) aunque la vecindad no exigiría la presencia de dos propiedades. La vecindad es el punto de contacto entre las esferas de la obligación *propter rem* en su terreno de concurrencia y equilibrio, y la obligación real. Por ello, algunas características que encontramos en el territorio de las obligaciones reales, aquí vienen todavía mitigadas: acaso no intervenga más que un titular real en la relación; limitada autonomía de la voluntad; mezcla de normas de derecho público y privado... En el derecho de vecindad, hay una esfera más característica, que se ha llamado por algunos «vecindad real», pero sin olvidar que nos estamos refiriendo a los aspectos también obligacionales de la vecindad real. Se trata de las relaciones entre propietarios vecinos: medianería, deslinde, caída de aguas, servidumbres forzosas... Entran en consideración intereses en cuanto propietarios, y se solventan con cooperación obligacional. Aún entonces −se podría decir− hay aquí más «vecindad» que «reparto», porque los derechos son independientes, y la comunidad de vecindad resulta una idea un poco metafórica, aunque sea real[2470].

La relación jurídica de reparto encuentra el núcleo de su ámbito propio (concurrencia, vecindad jurídica) cuando hemos salido de la simple vecindad exterior, y existe una relación en que se conectan los derechos, y de la que depende al menos uno de ellos. Exige un equilibrio muy concreto, derivado de la vecindad físico-jurídica sobre la misma cosa o cosas conexas (no sólo física, también jurídicamente, como en la propiedad horizontal). Allí, distintos conflictos de intereses presentan el carácter impersonal propio de las relaciones *propter rem*, pero están presentes o aparecerán a consecuencia de una relación estable (no una simple vicisitud). La obligación cumple aquí distintas finalidades (abanico de accesoriedad en el reparto). Por ejemplo, resolver particulares cuestiones de conflicto

---

[2470]Hay más vecindad y menos reparto, en primer lugar, cuando la relación se da entre un propietario y, por ejemplo, un transeúnte. La idea de «comunidad de reparto» tiene un sentido más metafórico, porque la «participación» de uno en la cosa se plasma sólo en poder limitar el derecho del otro (en atención a su propio interés) y obligarle. En la vecindad real, se puede hablar un poco más de relación de reparto, aunque, cuidado, de vecindad: entre propietarios independientes, en la esfera exterior, en el punto de frontera.

entre *habere* y *facere* dentro de una relación en que, ambos, de entrada, tienen su propio *habere* (situaciones de usufructo, superficie, en las que es preciso determinar qué pasará con los gastos, impensas, mejoras..., que uno tiene derecho a realizar en virtud de su propio *ius in re*, pero pueden eventualmente beneficiar al otro...).

Fuera de este ámbito, el legislador, en presencia de derechos o posiciones jurídicas independientes, en contacto estable u ocasional, utiliza la obligación *propter rem* para resolver conflictos semejantes, a través de normas características de derecho de bienes, pero en la frontera exterior del territorio de la obligación real. Ahí, sólo el legislador puede intervenir y ordenar.

Puede conceder una pretensión dirigida al establecimiento de una nueva atribución: así, en la comunidad de vecindad, el legislador interviene ofreciendo la posibilidad de obtener un «plus» respecto a las obligaciones ordinarias del equilibrio, porque considera justificado, en el propio equilibrio, que el propietario vecino pueda optar a esa expansión: pretensión al establecimiento de la servidumbre forzosa, que es *propter rem*, y el legislador la ha introducido como una expansión del equilibrio del reparto, dándole un puesto, en la vecindad estable, como obligación real[2471].

Particulares relaciones de terceros con la propiedad, pueden llevar también al legislador a otorgarles una pretensión *propter rem*, en atención a la naturaleza del trabajo realizado, la distribución adecuada del valor, su buena fe o el contrato celebrado. Así ocurre, en Suiza, con la pretensión a la atribución (como servidumbre, o propiedad de la superficie) del *empiètement*[2472]. En nuestro derecho, el régimen jurisprudencial de la construcción extralimitada permite el reconocimiento de una nueva atribución («accesión invertida») siempre que el propietario indemnice convenientemente[2473].

En ocasiones, la atribución no es más que una garantía que involucra el nuevo valor incorporado, al servicio de la adecuada satisfacción de un acreedor, en una valoración de la relación de su crédito con un inmueble: ahí engarza, en derecho suizo, la pretensión a la constitución de hipoteca legal del constructor, y, en nuestro derecho, la anotación (después,

---

[2471]Cfr. WIELAND, *Les droits réels..., cit.*, p. 306; STEINAUER, *Les droits réels, cit.*, I, n. 706; II, nn. 1555a, 1868, 1868a.

[2472]Art. 674 CCS. *Vid*. STEINAUER, *Les droits réels, II, cit.*, n. 1647 y ss.

[2473]Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho real de superficie..., cit.*, p. 228 y ss.; PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 118-119.

hipoteca) del crédito refaccionario[2474]: hacemos tránsito a un territorio en que, la naturaleza del crédito, incorpora al acreedor en el reparto, de alguna manera, como un sucedáneo, participación en el valor sólo para reforzar su crédito, lo que puede instrumentarse mediante la pretensión *propter rem* de constitución del gravamen real.

La obligación *propter rem*, utilizada por el legislador en la frontera de la propiedad independiente, es instrumento para la resolución de conflictos de accesión y liquidación de la posesión. No se trata ya de que se ejercite el derecho que sea (la propiedad) en función de otro, sino de resolver un conflicto entre quien es o permanecerá propietario y quien no lo es, pero va a perder parte de su suelo (construcción extralimitada), ha visto utilizados sus materiales, o ha desarrollado un trabajo o una influencia en la cosa, teniendo en cuenta siempre la presencia de la buena o mala fe. No se trata, por tanto, de la presencia de dos derechos reales frente a frente (sí, en un concreto sentido, en la accesión invertida) sino de afirmación de una atribución, pero compensación de aquel otro a quien no se reconocerá derecho real alguno. Se trata de una «vicisitud de reparto», cuya resolución en equilibrio determina una pretensión ejercitable contra el propietario. El carácter *propter rem* de la obligación[2475] aparece como un reconocimiento de la especial compensación que merece quien será su acreedor conectada con la cosa, como una especie de sucedáneo de reparto: la obligación no la exige el acreedor por tener un derecho real concurrente, sino porque, precisamente, aunque no lo tiene, se le reconoce algo más que un simple derecho personal. Puede ejercitar su pretensión frente al propietario. Se trata de un conflicto que puede resultar semejante a los que se podrían dar de existir una relación de reparto previa, y cuyas normas de solución delimitarían los derechos en la relación, pero aquí no es así.

Algo parecido, ocurre entiendo, en general, con las normas relativas a la liquidación posesoria, en que se resuelve una situación precisamente afirmando la presencia del único titular. Se trata al poseedor y se protegen sus intereses en atención a su buena fe... dando cierta carta de legitimidad a su participación en las utilidades de la cosa y resolviendo a

---

[2474]Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 613. Sobre la variedad de hipotecas legales indirectas, en nuestro derecho, p. 519. Acerca del crédito refaccionario, recientemente, *vid*. CORDERO LOBATO, E., *El privilegio del crédito refaccionario*, Madrid, 1995.

[2475]*Vid*. sobre este punto, en comentario al art. 360 CC, NUÑEZ BOLUDA, M. D., *La accesión en las edificaciones*, Barcelona, 1994, p. 102 y ss.

través de sus créditos contra el que vence en la posesión el equilibrio de tan peculiar «reparto»[2476].

Por tanto, nos encontramos aquí ante una utilización por el legislador del carácter *propter rem* en la resolución de determinados conflictos, propios de una relación puntual o fáctica, pero fuera ya del campo propio de las obligaciones reales. Aunque, como ocurre siempre que entra en juego la obligación, no sólo real, sino *propter rem*, en conexión con las cosas, su titularidad, su valor, los gastos hechos en ellas, y no tanto en atención a la persona concreta que en un momento dado fuere su titular. Conflictos parecidos, cuando se regulan y se recogen por el legislador y los particulares en la normativa u ordenación de una relación real, se resolverán con obligaciones reales.

Hemos visto que la obligación *propter rem* puede utilizarse o preverse por el legislador cuando, sin existir concurrencia de derechos reales, una relación contractual o fáctica coloca a alguien en situación de que se reconozca su pretensión, frente al propietario, a cierta garantía o compensación. No hay aquí derechos reales principales de que la obligación sea un complemento, sino un especial crédito que se refuerza por el legislador en atención a su conexión con la propia cosa. Se utiliza la obligación *propter rem* en una esfera que no corresponde a ese territorio primigenio del contacto, equilibrio y fraternidad negativa entre derechos, sino −ciertamente, por exigencias del equilibrio entre esferas jurídicas en contacto− para otorgar un refuerzo, por conexión con las cosas, a un acreedor: no ha adquirido un derecho real, pero de algún modo ingresa o se reconoce su título de ingreso en el reparto a través de un refuerzo del derecho que no es real. El refuerzo tiene su fundamento en la buena fe y en la especial expectativa del acreedor respecto de la propia cosa. Por tanto, se trata de reforzar un derecho de crédito.

Pues bien, en esta misma línea, fuera ya del terreno del contacto y equilibrio entre derechos previos, en que la obligación real vincula a un titular en aras al derecho previo y concurrente del otro, el legislador puede, a través de un efecto de vinculación *propter rem*, reforzar un derecho de crédito convirtiéndolo también en un sucedáneo de reparto, obteniendo un efecto parecido al que se tendría si el titular hubiera un *ius in re*. Es lo característico de la protección del arrendamiento a través de la inscripción, o por la legislación especial, y, como vemos, estamos aquí alejados da la esfera de la obligación real, y también del terreno característico de la obligación *propter rem* en el equilibrio de derechos principales. Porque lo principal aquí es el propio derecho que se refuerza, no

---

[2476] *Vid.*, por todos, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos..., II, cit.*, 1978, p. 568 y ss.

aparece la obligación como accesorio de una previa relación o contacto, sino determinando la eficacia de la propia relación.

¿Qué comprobamos con todo esto? Que a través de nuestra óptica de la obligación real, podemos luego situar en su justo sitio toda una serie de figuras o efectos, que, con cierta relación con el mundo del derecho real, se nos muestran un poco alrededor de la relación de reparto. Y que nos encontramos como con una serie de esferas concéntricas, imbricadas unas en otras, que nos permiten entrar siempre un poco más dentro del núcleo propio de la obligación real, o ir saliendo, hasta esferas alejadas de él, aunque se siga en ellas utilizando el mecanismo de la vinculación *propter rem*, o, por fin, sin utilizarlo: privilegios, derecho de retención, afección real...

En este territorio de los derechos independientes, los particulares han de contentarse, si quieren vincular, artificialmente, una obligación a una cosa, al servicio de la propia obligación, para obtener su transporte, a diversas técnicas indirectas de obligación *propter rem*: la hipoteca, la condición resolutoria... Respecto a la hipoteca, para AMOROS, esta técnica indirecta sería tan perfecta, que en realidad estaría vinculando la cualidad de obligado a la titularidad del bien hipotecado[2477]. De esta forma, cualquier obligación adquiriría una vinculación real. Sin embargo, la distinta, muy distinta calificación del fenómeno, obliga a reconocer que hay aquí una frontera que no es posible traspasar[2478].

La obligación real cumple una función instrumental, de dar variedad a los derechos reales −concretos− dentro de cada tipo; o, quizá mejor, se adapta a las posibles variaciones que resulten aconsejables, en atención a los fines perseguidos.

BIGLIAZZI-GERI señala que la obligación *propter rem* afecta a la compleja posición del adquirente en orden a la *res*. Pero, en la obligación real, esto tiene un contenido y un sentido más profundo, conectado con la relación de reparto. Por eso la obligación real se vincula al derecho, puede ser oponible, y no sólo porque el adquirente la conozca y asuma, o pueda conocerla y entre en juego su autorresponsabilidad. Igual que, con el arrendamiento inscrito, lo que le falta de conexión con el reparto, se lo da la ley, y por ello es inscribible, adquiriendo una oponibilidad que lo acerca, en eficacia, a la que tendrá un derecho absoluto

---

[2477]Cfr. AMOROS GUARDIOLA, M., "La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada", *Hipotecas y seguridad jurídica*, Madrid, 1991, p. 13 y ss., espec. p. 36 y ss.

[2478]Así, PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 448 y ss. En general, recientemente, DIEZ GARCIA, H., *El tercer poseedor de finca hipotecada*, Pamplona, 1997, espec. p. 127 y ss.

sobre la cosa, porque quiere el legislador. Por ello, aquí la accesoriedad de la obligación se cumple sólo en ciertos aspectos.

Porque la oponibilidad no es algo sustancial, que defina, p. ej., al derecho real, sino una consecuencia de ciertos actos, derechos o relaciones, que puede venirle por diferentes razones y con mayor o menor intensidad. Se trata de una idea relativa. Ciertamente, parece que NATUCCI, por ver en la obligación *propter rem* una excepción, especial, a la eficacia relativa de la *res inter alios acta*, la sitúa como derecho real (que sería otra excepción a tal principio, cuando en realidad es un derecho y relación de otra naturaleza). O COSTANZA, cuando habla de potencial relevancia *erga omnes*, y concluye que por ello muy bien se la puede calificar de derecho real. Sin embargo, es posible distinguir, pero no separar. Por ello, en la relación de reparto, la obligación recibe una oponibilidad del derecho real, participa de ella, no en el sentido de que cambie su naturaleza (porque la oponibilidad la convierta en derecho real) sino en el de que, sin el derecho real, al que va unido y que da sentido a la relación, tal obligación, que corresponde en la relación al obligado, no tendría sentido.

No existe, por tanto, contradicción alguna entre la ubicación de la obligación en el derecho real, y la posibilidad de creación de obligaciones voluntarias o atípicas, como piensa BIGLIAZZI-GERI. Precisamente al contrario. Ciertamente, esta comprensión de la obligación real, en cuanto la sitúa en la órbita de los derechos reales, supondrá una dificultad para sustraerla a la tipicidad en los sistemas de *numerus clausus*, como se ve en el tratamiento de NATUCCI, pero, es que, de otra manera, la libertad es imposible.

Por último, señalar aquí que la accesoriedad o instrumentalidad de la obligación real tiene otra consecuencia importante: su estudio ha de ser también accesorio, dependiente, vinculado. Ciertamente, monografías y tratados se han ocupado en este siglo de la obligación real. Sin embargo, entiendo que un estudio global, independiente, no resulta adecuado. Sólo pueden exponerse las líneas generales, presentar el problema, bosquejar los corolarios básicos de la vinculación de la obligación al derecho real, hacer algunas distinciones. Pero luego, cada relación de reparto tiene su sentido, y es ahí donde conviene estudiar las obligaciones reales características o que pueden acompañarla, su sentido, su contenido y su funcionamiento.

Variedad y variabilidad de la obligación real

Hemos puesto de relieve la accesoriedad funcional de la obligación real, material constructivo instrumental para la ordenación del equilibrio de intereses y resolución de conflictos en las relaciones de reparto. Desde ese punto de vista, se nos muestra su variedad, y, en general, la de la obligación *propter rem*, lo que trasciende también y se manifiesta en aspectos de su funcionamiento.

Detengámonos un momento en este punto. En la tensión entre realización y personalización, hemos encontrado, para la transmisión y abandono, unas obligaciones que permanecen con más fuerza vinculadas a la relación abstracta, otras que producen prestaciones exigibles sucesivamente personalizadas. Unas, vinculadas a la posesión, al reparto equitativo del valor y el cuidado conservativo, permiten un abandono exonerativo pleno; otras, vinculadas al goce, entran en correlación con el tiempo de la titularidad y el disfrute, y no admiten ese desligarse.

Otro observatorio de tal variedad se presenta en relación con las acciones utilizables para la correspondiente pretensión, y sus plazos de prescripción.

Para la relación de vecindad, en el derecho romano, observa BRUGI[2479], por ejemplo, que la protección del vecino se ofrece por interdictos (*de glande legenda*, *de arboris caedendis*...), también por acciones personales (*cautio damni infecti*, *aquae pluviae arcendae*), la *actio finium regundorum* se configura personal, aunque sirve al interés real...[2480] Lo son también las acciones en materia de comunidad. Sin embargo, la pretensión de la *servitus oneris ferendi*[2481], y la dirigida al propietario, en el usufructo, para que retire los árboles tronchados o arrancados, se encauza a través de la propia acción real confesoria. También, en derecho moderno, la doctrina encuentra justificado el ejercicio de la acción real para tales pretensiones[2482]. Ahora bien, las acciones dirigidas a la obtención de una cantidad de dinero, serán personales. Encontramos, por lo tanto, un abanico que va desde las acciones posesorias, a las personales, reales o mixtas.

Correlativamente, habría que examinar caso por caso los plazos de prescripción: el plazo de un año para la reacción posesoria, no agota la ulterior posibilidad de ejercitar una

---

[2479]Cfr. BRUGI, *Istituzioni*..., *cit.*, p. 185.

[2480]Cfr. D. 10, 1, 1.

[2481]D. 8, 5, 6, §§ 2 y 3.

[2482]Cfr. OSSORIO MORALES, “las servidumbres *in faciendo*...”, *cit.*, p. 190-191.

negatoria, mientras el infractor no adquiera por usucapión cierta servidumbre[2483], teniendo en cuenta, que, como hace bien DESCHENAUX, hay que diferenciar la permanencia de la pretensión abstracta, vinculada, por ejemplo, al dominio, y la prescripción independiente de los créditos concretos[2484]. Otras acciones son imprescriptibles, por su contenido vinculado al propio reparto (deslinde y amojonamiento) o porque el interés general no permite la usucapión de una servidumbre derogatoria.

Muchas veces, habrá que optar por el plazo de prescripción de quince años, relativo a las acciones personales que no cuentan con término especial: así va a ocurrir con las deudas por gastos de comunidad, propiedad horizontal, y diversas pretensiones en materia de accesión[2485]. En ocasiones, un régimen especial garantiza la percepción de esas cantidades, como ocurre con el derecho de retención en el usufructo, en que, además, el plazo de prescripción puede contarse desde el final de la relación, en la medida en que la deuda no termine de independizarse de su arrastre a la liquidación final. Otras veces, el plazo de prescripción es de cinco años, por tratarse de una carga real, que implica la correlación de la prestación con el rendimiento sucesivo de la finca.

Hemos hecho un apunte acerca de la variedad, pero, ¿y la *variabilidad*? Porque, garantizada la permanencia de la obligación por su traspaso ambulatorio, su establecimiento podría suponer una trampa para los sucesivos obligados. Se trata de una cuestión capital.

Ahora bien, me parece que, vinculada la obligación al derecho real, y no dependiente, por tanto, «directamente», si se puede hablar así, del compromiso contractual, en realidad esta cuestión no debería asustarnos, porque no va a tener esta obligación, todo lo contrario, menos flexibilidad en este punto que cualquier relación obligatoria. Con la particularidad de que, en este campo, es posible echar mano y confluyen aquí principios y criterios extraídos de la teoría de las obligaciones, y otros de la teoría de la atribución, todo ello presidido por la buena fe[2486].

[2483]Ahora bien, la reclamación de daños y perjuicios tendrá el límite de prescripción del último año, eso sí, con las correcciones derivadas de la consideración del daño continuado. *Vid*. ALGARRA PRATS, *op. cit.*, p. 458-459.

[2484]Cfr. DESCHENAUX, "*Obligations propter rem*", *cit.*, p. 746.

[2485]Cfr. NUÑEZ BOLUDA, *La accesión..., cit.*, p. 102 y ss.

[2486]*Vid*. DE LOS MOZOS, J. L., *El principio de la buena fe*, Barcelona, 1965, p. 144 y ss. No estamos prisioneros de consideraciones centradas en la obligación personal, que han de

Un conjunto de criterios y mecanismos van a permitir la adaptación de una obligación a las nuevas circunstancias. Eso sí, se impone la consideración objetiva, de lo contrario la construcción carecería de fijeza, porque, en último término −y este es un primer criterio− contamos con la frontera del abandono liberatorio. Pero es posible no tener que llegar tan lejos.

En materia de comunidad, propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios, la mutabilidad de las obligaciones aprovechará la posibilidad de modificación a través de las mayorías cualificadas (útiles en este aspecto) o simples para la administración. En último término, una decisión perjudicial también para uno sólo de los partícipes, permitiría acudir al Juez. En este sentido, en cuestión de normas necesitadas de acuerdo unánime para su modificación, me parece muy oportuna la regla del sistema francés, que permite solicitar la revisión judicial del reparto de gastos y cargas, durante los cinco primeros años de la vida del conjunto inmobiliario. Siempre habrá que tener presente el criterio del destino del inmueble.

¿Qué ocurre en el usufructo, en las servidumbres...? En la doctrina italiana, para éstas últimas, se propone por algunos la aplicación del criterio de la excesiva onerosidad sobrevenida, por cambio de circunstancias, para la resolución de la relación. No tendría por qué conducir, como plantea BRANCA, a la resolución de la relación de reparto, sólo a una revisión de los equilibrios previstos inicialmente[2487].

En general, hay que tener muy en cuenta los principios de buena fe y ejercicio *civiliter* del derecho[2488]. En materia de servidumbres, no sería lógico que, desarrollada la relación siempre bajo el principio de salvaguardar la utilidad con el menor detrimento de quien soporta el gravamen, esto no permitiera también el reajuste convencional, cuando cambian sustancialmente las circunstancias, de algún eventual contenido obligacional. En la doctrina francesa, como sabemos, ATIAS ha desarrollado una doctrina de la mutabilidad de las

---

subordinarse a la fuerza del compromiso contractual, porque nos encontramos en el derecho de la utilidad de los bienes.

[2487]Cfr. BRANCA, *Servitù prediali..., cit.*, p. 71, nota 1, y allí, otras referencias. Parece aprobarlo BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, p. 130. A COMPORTI, M., voz "*Servitù*", *Enciclopedia del Diritto*, le parece preferible la modificación de la relación de obligación real, no de la servidumbre misma.

[2488]*Vid*. acerca de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, conectada con la buena fe objetiva, DE LOS MOZOS, *ibidem*, p. 151 y ss.

servidumbres, para obtener su adaptación en aras de la utilidad fundiaria. Estos cambios, eventualmente habrían de acompañarse de la mutación de obligaciones reales (o la aparición de otras).

La relativa libertad de creación de obligaciones reales, y la cuestión del número cerrado o abierto de los derechos reales

Según NATUCCI −defensor de la clásica idea de tipicidad de la obligación real, en Italia− quienes propugnan la libertad en su establecimiento, utilizan los mismos argumentos −como no podía ser de otra manera− que se han propuesto para revisar o rechazar el *numerus clausus* y la tipicidad legal en materia de derechos reales. Sería lógico, porque −siempre según este autor− la oponibilidad de la obligación real la convierte, sustancialmente, en derecho real[2489].

Es necesario, sin embargo, matizar esta idea, porque los argumentos para defender la libre creación de obligaciones reales han de ser en parte semejantes, pero, necesariamente, en parte diferentes a los que justificarían la apertura en cuanto al propio derecho real. Eso sí, una relativa libertad en este terreno sólo existe si se vincula la obligación real al derecho real[2490]. Entonces incluso quienes defienden la rigurosa tipicidad para estos, dejan una puerta abierta a cierta variedad en el juego de aquellas[2491].

[2489]Cfr. NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, pp. 243-245; y, en la primera parte, p. 47 y los desarrollos generales de p. 156 y ss.

[2490]Una dirección contraria, por lo tanto, a la que toma BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali..., cit.*, pp. 75-77. Porque la obligación *propter rem*, aislada, autónoma, choca frontalmente con el principio de relatividad del contrato. En la ideología de la tipicidad (expresada por NATUCCI con rigor) sólo el derecho real (casos típicos) puede ser excepción al art. 1370 CCI. Aunque en realidad −en nuestra ideología− indirectamente, porque no se trata de plantear efectos obligatorios más allá de las partes, sino de una relación naturalmente distinta, la atribución (como, lo hemos visto, reconoce GOUTAL). Entonces, en virtud de la tipicidad, toda relación que esté fuera de esos esquemas, una oponibilidad distinta, es propiamente contraria al art. 1370, porque no hay derecho real.

[2491]Lo que viene a demostrar la diferencia. En efecto, la propia doctrina que sostiene el *numerus clausus* en el derecho real, admite, para la obligación real, una tipicidad elástica,

La consideración de la obligación real dentro del sistema de los derechos de atribución ha permitido a la doctrina contar con un elemento más para enfrentarse al problema de la variedad o variabilidad de estos. Es menester un breve recordatorio de los perfiles de la cuestión en materia de derechos reales, para introducir luego las observaciones pertinentes a las obligaciones reales.

Frente al sistema alemán de tipicidad legal, donde un derecho es real por encajar en el tipo previsto y poder acceder al Registro[2492], en nuestro ordenamiento siempre ha pervivido la idea del derecho real como realidad natural, por más que, para algunos, siempre sería necesario el *auxilium legis* para confirmar su existencia[2493]. Es ésta la razón última de que la discusión *numerus clausus-numerus apertus* se haya revelado entre nosotros particularmente estéril y haya dejado un poso de cansancio en la doctrina[2494]. Como indica DE LOS MOZOS, en referencia al derecho francés −y, por supuesto, al nuestro− "no se

---

siempre que nos movamos en el ámbito de una abstracta y general autorización legal. *Vid*. el propio NATUCCI: "*Le presunte obbligazioni reali atipiche sarebbero in realtà obbligazioni tipiche, effetti di una complessa situazione già prevista dal legislatore nella disciplina dei diritti reali*", *La tipicità..., II, cit.*, pp. 146, 153. LUPO COSTI asemeja el funcionamiento de la tipicidad de la obligación real a la de la servidumbre. Y, sobre todo, siguiendo el camino trazado por BRANCA, SANGIORGI, "*Regolamento contrattuale...*", *cit.*, pp. 210-211 y nota 43. Sin embargo, la exigencia de previsión legal tendría que ser más estricta, en teoría, para la obligación real, en cuanto a través de ella se termina por imponer una conducta positiva al adquirente. Cfr. NATUCCI, *La tipicità..., cit.*, p. 151-153. Lo que vuelve a demostrar, ahora desde el punto de vista contrario, que los argumentos para derecho real y obligación real no pueden ser los mismos.

[2492]Por todos, *vid*. ROMAN GARCIA, A., *La tipicidad en los derechos reales*, Madrid, 1994, p. 91 y ss.

[2493]Así, los partidarios más decididos del *numerus clausus*, como HERNANDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, *cit.*, p. 47 y ss. Un resumen de sus argumentos en SANCHO REBULLIDA, F.J., "El sistema de los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra", *ADC*, 27, 1974, pp. 68-70. Cercano a esta posición, LACRUZ, *Elementos..., III-1, 1979*, p. 16 y ss., aunque admitiría la consagración de nuevas figuras a través de la costumbre. Para la doctrina contraria, por todos, *vid.* ALBALADEJO, *Curso..., III, cit.*, p. 21 y ss.; y los argumentos, también en SANCHO REBULLIDA, "El sistema...", *cit.*, p. 70-72.

[2494]Cfr. SANCHO REBULLIDA, F.J., "El sistema...", *cit.*, pp. 67-90, pp. 72-73; GARCIA CANTERO en CASTAN, *Derecho civil..., 2-I*, 12ª ed., 1984, p. 77.

puede hablar de *numerus clausus* si se tiene un concepto razonable de *numerus apertus*"[2495]. Este concepto razonable es el que, en definitiva, ha ido perfilando la doctrina de la DGRN.

Es cierto que, a partir del influjo de JERONIMO GONZALEZ[2496], la Dirección General insiste en que "la doctrina condensada en la frase *numerus apertus* no autoriza la constitución de cualquiera relación jurídica inmobiliaria con el carácter y los efectos de un derecho real, y aunque la legislación vigente no contiene una categoría agotadora de derechos reales, pudiendo los interesados regular otros de igual naturaleza que los enumerados por la ley, y modificar, desde luego o en lo futuro, alguna de las facultades del dominio, la manifestación de voluntad que determina tales derechos reales inscribibles ha de llenar los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de los mismos, las características externas y aparentes que los hacen trascender a terceros extraños al negocio, y siempre las que son necesarias para reflejar tales derechos en el Registro de la Propiedad"[2497].

Pero no es menos cierto que la posibilidad de establecer derechos que lleven consigo una forma de atribución de una utilidad de las cosas y una posesión relevante al exterior, sigue constituyendo un criterio a tener muy en cuenta, por más que aquella libertad deba someterse a esos cauces y limitaciones. La doctrina más autorizada oscila, entonces, nada más, entre aquellos que ponen un mayor énfasis en la libertad creadora dentro del esquema general del derecho real[2498], y quienes insisten en los estrictos límites institucionales de tal

---

[2495]Cfr. DE LOS MOZOS, "El derecho de los bienes...", *cit*., p. 99. Nuestro sistema se comprende, así, en contraposición al de tipicidad legal. *Vid*. DE LOS MOZOS, *ibidem*, pp. 93 y ss.; NUÑEZ LAGOS, "El Registro...", *cit.*, I, p. 140 y ss.

[2496]CASTAN, al poner de relieve esta influencia en orden al rechazo −doctrinal y jurisprudencial− de la autonomía de la voluntad en derecho de cosas, reconoce que esta nueva orientación se ha producido "aún tropezándose con el serio obstáculo de nuestra legislación vigente, que parece no poner límite alguno a la creación de derechos reales por voluntad de los particulares ni a la modificación de la estructura de los regulados por la ley" Cfr. CASTAN, *Derecho civil..., II-1*, 1984, *cit.*, p. 75.

[2497]Cfr. RDGRN de 1 de marzo de 1939; después, cabe citar las RRDGRN de 21 de diciembre de 1943, 27 de octubre de 1947, 20 de septiembre de 1966, 19 de septiembre de 1974, 1 de abril de 1981, 14 de mayo de 1984, 10 de abril, 13 de mayo y 5 de junio de 1987, etc. *Vid*. el muestrario presentado por ROMAN GARCIA, *op. cit.*, p. 131 y ss.

[2498]Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 19 y ss.; MONTES PENADES, *La propiedad privada..., cit.*, p. 219 y ss.

libertad[2499]. Si bien, da la impresión, así como a mediados de siglo se insistía más en que "también en nuestro derecho positivo viene a regir prácticamente la regla del *numerus clausus*, aunque formalmente se diga que impera el *numerus apertus*"[2500], en la actualidad la tendencia parece ser la contraria[2501].

En esa línea de convergencia entre los dos planteamientos, un punto de coincidencia ha sido la consideración de la variabilidad en el interior de los tipos[2502]. Para quienes insisten en la libertad, constituye la forma de encontrar el cauce de su propuesta, y reconocer, acercándose a la opinión contraria, que es muy difícil encontrar nuevas formas de atribución extrañas y ajenas a los modelos plasmados en la ley[2503]. A los partidarios del *numerus clausus* les ha otorgado la posibilidad de matizar su idea y reconocer algo que se muestra en la regulación legal de las distintas relaciones de reparto[2504].

En realidad, es una nueva forma de expresar cómo, en nuestro sistema, el derecho real es un concepto general que ha de presentar ciertos perfiles, que encontramos en la ley en los distintos esquemas, pero no se reduce a un catálogo cerrado de moldes a rellenar. En este sentido afirma SANCHO REBULLIDA que la tipicidad, aún en un sistema de *numerus apertus*, tiene una función que cumplir, porque el engarce de una relación con determinado tipo, o su proximidad al mismo, permite su admisión como derecho real[2505]. Pero resulta

---

[2499]Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos..., III-1*, 3ª ed., 1989, p. 34; LACRUZ, *Elementos..., III-1, 1979*, p. 15 y ss.

[2500]Cfr. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario, II*, 6ª edición, Barcelona, p. 637. la doctrina había insistido en las bondades de la tipicidad. Cfr., por todos, SERRANO Y SERRANO, I., *El Registro de la propiedad en el Código civil Suizo comparado con el derecho español, cit.*, p. 165.

[2501]*Vid*. ROMAN GARCIA, *op. cit.*, pp. 83 y ss.; 177 y ss.

[2502]Es la «tercera vía» de que habla GARCIA CANTERO, en CASTAN, *Derecho civil..., II-1, cit.*, 1984, p. 82-84. Cfr. MARTIN PEREZ, A., *Derechos reales, I, Doctrinas generales. La posesión*, Zaragoza, 1958, pp. 21-22.

[2503]Cfr. ALBALADEJO, *Curso..., III, cit.*, p. 22; DIEZ-PICAZO-GULLON, *Sistema..., III, cit.*, p. 58; PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 19.

[2504]Cfr. LACRUZ, *Elementos..., III-1, cit.*, 1979, p. 18.

[2505]"En cambio, en el ámbito de los derechos reales (...) existe otro límite impuesto por su propia naturaleza: las virtualidades de goce y aprovechamiento inmediato y directo que los bienes son susceptibles de proporcionar a su titular. Así, el dominio se erige por la naturaleza misma de las cosas, en paradigma de los derechos reales que, de algún modo, encuentran en él su

más discutible −para la Compilación de Navarra, y también para el Código− la concepción como sistema de estricta tipicidad legal con disponibilidad del contenido normal[2506].

Pues bien, aunque "estas desmembraciones o modificaciones de la propiedad, o de otros derechos, no supone crear tipos *ex novo* de una manera absoluta", cuando los particulares introducen modificaciones en un esquema legal, pueden llegar a salir un poco de él o mezclarlo con otros "y, de esta manera, dar lugar a modalidades que, en algunos casos, vienen a ser como formas nuevas, incluso antes de que la ley las reconozca o regule, adoptando con ello un esquema típico, adaptado conforme a la determinación del acto de autonomía privada −contrato o título− a las necesidades prácticas"[2507]. "Presentando el Código civil −afirma DE LOS MOZOS−(...) un cuadro de posibilidades muy amplio, tanto para modalizar la concurrencia de derechos sobre una misma cosa, como para constituir derechos reales limitados de contenido diferente y, en ocasiones, de construir nuevas figuras de derechos reales sin necesidad de acudir al «*auxilium legis*», como ha pasado en el origen de la propiedad horizontal, o en la aplicación de su régimen a las urbanizaciones

---

referencia obligada. (...) Incluso los derechos reales tipificados por la ley, en el fondo no suponen sino un modo de disponibilidad −legal en este caso− del normal contenido del dominio.

La secular elaboración y la evolución del derecho civil, al compás de las necesidades del tráfico y de su normal satisfacción, han ido decantando, en cada ordenamiento, amplias categorías estructurales de contenido, a su vez, disponible y que, recogidas y reguladas por la ley, constituyen los tipos. (...)

En cualquiera de los sistemas, *numerus apertus* o *numerus clausus*, lo que sigue teniendo una función técnica, más o menos brillante, más o menos decisiva, pero práctica, es la tipicidad: la existencia de unos tipos estructurales amplios, acuñados primero por el tráfico y después −todos o algunos− por la ley, adecuados a la naturaleza y a los caracteres del derecho real, en el ámbito de las posibilidades del dominio y que, en exclusiva −*numerus clausus*− o dejando algún margen, no muy amplio por lo dicho −*numerus apertus*−, a la autonomía privada, ayudan a determinar la naturaleza, el contenido y sus límites de situaciones reales dudosas y, con ello, la regulación básica y el régimen supletorio de las mismas". Cfr. SANCHO REBULLIDA, "El sistema...", *cit.*, p. 74.

[2506]*Vid*. la crítica de GARCIA CANTERO, en CASTAN, *Derecho civil..., II-1, cit.*, 1984, p. 77-78.

[2507]Cfr. DE LOS MOZOS, "El derecho de los bienes...", *cit.*, p. 100.

privadas, o, en otro sentido, con la «multipropiedad»[2508]. Así se manifiesta también PEÑA[2509].

E incluso LACRUZ, acogiendo la reflexión de DIEZ PICAZO[2510] en este punto, admite la eventualidad de nuevos tipos de derechos reales que adquieran, primero, tipicidad social, y luego jurídica a través −dice− de la costumbre. Ambos civilistas requieren entonces que la eventual nueva figura responda a una justa causa. La causa sería el precio de la creación libre del derecho real, como en otros tiempos lo ha sido de la libertad de contratar; el derecho sobre la cosa, que no viene descrito por las leyes, que es producto de la voluntad individual, vale como los otros, pero siempre que suponga, objetivamente considerado, la satisfacción de una necesidad individual socialmente válida, que se obtenga de forma

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

[2508]Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad..., cit.*, p. 71.

[2509]Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 19. Sería el segundo aspecto en que se manifiesta la virtud del *numerus apertus*: que «cabe inventar» nuevos tipos. Lo cual tiene mucho que ver, como resulta ahora evidente, con lo expuesto anteriormente: la importancia de los «tipos» queda relativizada cuando observamos (como MARTIN PÉREZ, *op. cit.*, p. 22) su amplitud en el Código. En la modificación, no se trataría ya tanto de estar o no en el «interior» del esquema legal, pues los propios tipos (usufructo, comunidad...) permiten incluso «salirse» de ellos, como se puede afirmar en el usufructo con facultad de disponer, o encontramos en la comunidad. Parecería, eso sí, que es prácticamente imposible «inventar» un derecho real nuevo, al menos absolutamente nuevo, que no pueda conectarse o encajarse con alguna de las formas previstas en la ley. Se ha dicho, de todas formas, que un sistema de autonomía de voluntad limitada no niega la «posibilidad» (en abstracto) de que aparezcan nuevos tipos, y este sería el sentido de la lista «no agotadora» de la LH (la tipicidad implicaría sólo la necesidad de que ese derecho real imaginable sea reconocido por el legislador). Y, en efecto, PEÑA apunta algunos interesantes ejemplos.

La libertad, pues, es tal que permite seguir considerando usufructo figuras, como el usufructo con facultad de disponer, que son ya «algo más» que un usufructo (explica ROCA SASTRE). El derecho real creado, se podrá encajar en el tipo más cercano (usufructo, servidumbre... incluso la propiedad horizontal ofrece otro tipo utilizable como modelo para relaciones análogas) pero teniendo en cuenta que su delimitación puede imponer aplicarle, para ciertos aspectos, normas que no corresponden al tipo en que, en principio, podría encajar, y sí a otros.

[2510]Cfr. DIEZ-PICAZO, L., "Autonomía privada y derechos reales", *Libro Homenaje a ROCA SASTRE*, II, Madrid, 1976, p. 299 y ss.; *Sistema..., III, cit.*, pp. 56-58.

adecuada disponiendo esa forma de atribución[2511]. Así pues, señala DE LOS MOZOS, "no puede decirse que se trate de un sistema de tipicidad legal, puro, aunque la ley podría hacerlo, sino de un sistema que, en su génesis, tiene presente esa tipicidad causal, propia del derecho de las obligaciones, pero que trasciende dentro de ciertos límites, al derecho de los bienes"[2512].

Ahora bien, no basta la «posibilidad» de establecer nuevos tipos; se opone a ello, señala DE LOS MOZOS, el criterio de la «efectividad» (como ocurre, en otro sentido, con el título y el modo) pues nos encontramos en el derecho de bienes[2513]. Ahora bien, esta efectividad no tiene por qué depender sólo de la intervención del legislador. Y aquí es donde juegan esos criterios de la tipicidad social, jurídica, y la intervención de la doctrina de la DGRN[2514]. Porque, ciertamente, "la función liberalizadora de los fundos, llevada a cabo por la radicalización de la propiedad como «dominio pleno», ha dificultado estas posibilidades, habida cuenta el énfasis retórico del Código civil y los principios de «determinación» y «especialidad» implantados para el tráfico jurídico por la Ley Hipotecaria"[2515]. Pero también es verdad que la propia doctrina de la Dirección General se ha convertido, como decía SERVAT[2516], en el filtro que permite el reconocimiento efectivo de un cierto nuevo esquema de reparto, a la vez que actualiza las limitaciones que el ordenamiento impone a la pretensión de vincular cualquier pacto con trascendencia real[2517].

Visto todo esto, parece evidente que la posibilidad de establecer con cierta libertad obligaciones reales depende también de una cuestión de tipicidad causal; la obligación puede vincularse al derecho real cuando esté justificado por su función y su engarce

---

[2511]Cfr. GARCIA CANTERO, en CASTAN, *Derecho civil..., 2-I, cit.*, 14ª ed., 1992, p. 85-86; DIEZ-PICAZO-GULLON, *Sistema..., III, cit.*, p. 58; LACRUZ, *Elementos..., III-1, 3ª ed.*, p. 22 y ss.

[2512]Cfr. DE LOS MOZOS, "El derecho de los bienes...", *cit.*, p. 95. Esta idea de tipicidad causal se recoge por la DGRN, cfr. ROMAN GARCIA, *op. cit.*, p. 172-173, y RRDGRN de 30 de septiembre de 1987 y 31 de octubre de 1988.

[2513]Cfr. DE LOS MOZOS, "El derecho de los bienes...", *cit.*, p. 98.

[2514]Un resumen de sus criterios en ROMAN GARCIA, *op. cit.*, pp. 167-173.

[2515]Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad..., cit.*, p. 71.

[2516]SERVAT ADUA, *op. cit.*, en *RCDI*, 1948, p. 754 y ss.

[2517]Para un elenco de estas limitaciones o restricciones, cfr. ROMAN GARCIA, *op. cit.*, p. 187 y ss.

material en la relación de reparto, de forma análoga o semejante a las previstas por la ley para funcionar de esa manera.

En el propio en el sistema suizo, de *numerus clausus* e inscripción constitutiva, como vimos en su momento, la autorización legal para vincular o no obligaciones reales al derecho real concreto −obligaciones legales de naturaleza dispositiva− en ocasiones reviste un carácter más general, en las servidumbres, en el derecho de superficie y en las relaciones de cotitularidad. E incluso, a pesar de precisarse la inscripción para que se adhiera al derecho −lo que, según DESCHENAUX, es otro motivo para su tipicidad− no aparece esa exigencia para la reglamentación comunitaria.

Es interesante también, y lo hemos visto, el reconocimiento de la tipicidad flexible y elástica de la obligación real en un sistema, en principio, de *numerus clausus* como el italiano. Si se mantiene en su territorio de tipicidad causal, ejercicio de un derecho en función del interés del otro, para la coordinación en las relaciones de reparto, BRANCA[2518] ha sostenido la posibilidad de establecer obligaciones reales de forma semejante a como podría hacerse en nuestro derecho. Y en sentido parecido, SANGIORGI, manteniendo el principio de tipicidad y *numerus clausus* en derechos reales, pone de relieve los territorios en que el contrato, sobre la base de una genérica autorización legal, sirve como fuente de integración de la situación jurídico-real, a través también de obligaciones reales[2519]. E incluso defensores de la rigurosa tipicidad, como NATUCCI, encuentran en la ley previsiones abstractas de ordenación obligacional dispositiva.

"La tipicidad de las obligaciones que disciplinan el ejercicio del derecho, requiere −señala SANGIORGI− la existencia de una norma que las prevea genéricamente, más que su correspondencia a un determinado esquema; de ahí una mayor elasticidad en la valoración en concreto de los contenidos". Y realiza un interesante estudio de los ámbitos donde está presente esa tipicidad causal, correspondiente, más o menos, con el territorio que hemos identificado como de accesoriedad de la obligación en la relación de reparto. Así, el reglamento de ejercicio puede servir al equilibrio de reparto regido por la idea de recuperación de los bienes por el propietario: usufructo, derecho de superficie[2520]. O al

---

[2518]Cfr. BRANCA, *Servitù prediali..., cit.*, p. 57 y ss.

[2519]Cfr. SANGIORGI, *Regolamento contrattuale..., cit.*, pp. 18 y ss., 56 y ss., 206 y ss.

[2520]Cfr. SANGIORGI, "*Regolamento contrattuale...*", *cit.*, p. 64 y ss., 71 y ss.

interés en la coordinación, bien de propiedad y derecho de servidumbre[2521], bien de propiedades relativamente independientes en el *collegamento dei beni* que supone la propiedad horizontal[2522]. Esta última implica la conveniencia de establecer un reglamento contractual (estatuto negocial) para hacer posible la mejor utilización de los bienes dependientes de una propiedad única inicial, y vinculados en una determinada estructura. Por ello se justifica una disciplina del ejercicio del derecho individual, en función del interés de todos en sus bienes (común-privativo). Disciplina que se diferencia de la simple organización de un goce común, característico del reglamento mayoritario en comunidad, porque, en este caso, el contenido obligacional ni hace posible ni se adhiere a la estructura misma del reparto[2523], sólo es un elemento consecuencia del mismo modificable por mayoría. Con lo que SANGIORGI diferencia también, siguiendo a COSTANTINO, dos categorías de obligaciones reales, en la esfera de utilización, obligación que determina el contenido del derecho, porque aquel aspecto de coordinación es una exigencia de la propia viabilidad del reparto concreto, con más o menos fuerza; y la del goce, que sólo organiza, de forma variable, *inter partes* en cada momento, algunas de sus consecuencias[2524].

Todo, en el interior de una idea de *numerus clausus* para derechos reales. Pero resulta que, últimamente, a pesar de que autorizada doctrina parece inclinarse definitivamente por la tipicidad estricta[2525], también en Italia se ha replanteado la cuestión, y son muchos los que

---

[2521]El reglamento de ejercicio que implica específicos comportamientos obligacionales para el titular de la servidumbre, tiene como ejemplo característico el art. 1090 CCI. Pero también es posible incluir, como una especialidad, el art. 1030 CCI. Porque aquí, en el equilibrio del reparto, la obligación corresponde al propietario que sufre el gravamen. Cfr. SANGIORGI, *ibidem*, p. 66 y ss.

[2522]En este punto, SANGIORGI utiliza la doctrina de COSTANTINO. Cfr. SANGIORGI, *ibidem*, p. 79 y ss. A su vez, considera este supuesto un modelo aplicable a otras relaciones, como la multipropiedad, cfr. SANGIORGI, "*Multiproprietà...*", *cit.*, *passim*.

[2523]Aquí la obligación real estructural sólo sería la general de atenerse al régimen «asociativo» de la comunidad. Por eso, son estas reglas concretas, como «de segunda categoría» las que, en derecho suizo, no requieren siquiera la inscripción en el registro.

[2524]Cfr. SANGIORGI, "*Regolamento contrattuale...*", *cit.*, pp. 80-82; COSTANTINO, *.op. cit.*, p. 272 y ss.

[2525]*Vid*. NATUCCI, *La tipicità..., cit., passim.*

abogan por un sistema de tipicidad, con *numerus apertus* semejante al nuestro[2526]. Las consideraciones acerca de las nuevas modalidades que antes traía a colación, se han hecho también en Italia, en particular al enfrentarse con la cuestión de la «multipropiedad» que, independientemente de su importancia en cualquier otro sentido, o de la conveniencia de construirse como derecho real, ha servido de catalizador para liberar nuevas ideas en un interesante debate. Así, CASELLI, uno de los autores que, en mi opinión, mejor ha profundizado en la cuestión, concluye: "*Vari aspetti di diritto reale di varia origine e natura trovano una loro unità nel fenomeno multiproprietà attraverso lo strumento creativo del contratto*"[2527].

Esto no significa, conviene tenerlo en cuenta, que la multipropiedad no sea más que una propiedad unida a un conjunto especial de obligaciones reales[2528], porque así, sin más, estas últimas, nuevas obligaciones reales, no tendrían justificación. Pero sí que tienen, primero, acaso la utilidad de ir dibujando lo que un determinado tipo no podría dar de sí; y, después, la función de acompañar, como un elemento más, a la nueva modalidad que adquirió tipicidad social y jurídica. Porque, parece evidente, si a través de añadidos y mezclas se produce una nueva modalidad, el interés que la justifica acaso requiera alguna obligación real complementaria. Lo que sí tropieza con un serio obstáculo sería pretender utilizar la obligación real para obtener un plus de utilidad, sin justificación en una nueva

---

[2526]Para lo cual no habría especial obstáculo, al no estar marcados, en el derecho italiano, los rasgos de un sistema de tipicidad legal estricto. Cfr. ROMAN GARCIA, *op. cit.*, p. 106 y ss. *Vid.* CASELLI, *op. cit.*, 2ª ed., p. 103 y ss., espec. p. 124 y ss.; CALO-CORDA, *op. cit.*, pp. 59-80, espec. p. 76 y ss.; COSTANZA, M., *Il contratto atipico*, Milano, 1981, pp. 169-174; MORELLO, U., *Multiproprietà e autonomia privata*, Milano, 1984, *passim*, y p. 123-126. Una posición intermedia parece adoptar BELFIORE, *op. cit.*, p. 447 y ss.

[2527]Cfr. CASELLI, *op. cit.*, 2ª ed., p. 129. La idea de derecho real *sui generis*, aunque en CASELLI tiene matices muy particulares (se concibe a partir de la comunidad) ha terminado por influir decisivamente también entre nosotros.

[2528]Ha sido una de las propuestas, como *proprietà affievolita*. *Vid*. CONFORTINI, *La multiproprietà*, I, Padova, 1983, p. 48; SANGIORGI, *Multiproprietà..., cit.*, p. 14 y ss. Pero todo ello nos revela encontrarnos ante una peculiar relación de reparto, que no cabría ocultar con la denominación.

forma de atribución y reparto. La atribución no puede ser una mera excusa para dar una injustificada estabilidad a un entramado obligacional[2529].

La relativa libertad de creación de la obligación real presenta, pues, un territorio propio, vinculado al derecho real, cuyo argumento no coincide plenamente con el utilizado para la libre creación de derechos reales, pero tiene conexión con él. Nunca se muestra como una libertad independiente. Si esto es así en un sistema que tiende a considerarse de *numerus clausus*, parece que en el nuestro la inclusión o no en el derecho real concreto de ciertas obligaciones, de acuerdo con su contenido normal, va a dar variedad a los tipos sin que la exigencia suiza de previsión legal, al menos estricta, aparezca ineludible, siempre que la obligación encaje en el contenido normal del derecho, o se ajuste a las exigencias, requerimiento o conveniencia del reparto establecido, o a la función que con él se quiera lograr. La obligación real es, pues, un instrumento de variabilidad del derecho real concreto dentro de los tipos −abiertos, disponibles− que recoge nuestro ordenamiento.

La libertad se encuentra, primero, en la autorización legal más o menos general para el dibujo de la relación concreta en el negocio constitutivo, dentro de un determinado esquema de reparto. Varias obligaciones reales nuevas, encuadrables en ese ámbito que la autonomía privada tiene abierto, pueden servir a la adecuada utilización de un esquema en aras de cierta finalidad práctica que se muestra digna de obtención a través de la atribución. Con ello, acaso estamos haciendo tránsito a una eventual nueva modalidad de derecho real.

En realidad, no es la obligación real la forma de modificar un derecho real para dar lugar a otro nuevo, no sería suficiente. La forma de modificar el esquema legal de reparto es muy variada: establecimiento de condición, término... aumento o limitación del haz de facultades y poderes *in re*...; y, por último, obligación real. Ahora bien, la modificación de un tipo para dar lugar a una verdadera forma nueva de reparto en las utilidades de las cosas, que lleva consigo un nuevo esquema, en el fondo, de derecho real, puede iniciarse con la utilización de varias obligaciones reales que, alcanzando uso generalizado y tipicidad

---

[2529]Aquí se estarían traspasando las fronteras de la tipicidad causal de la obligación real. Cfr. SANGIORGI, "*Regolamento contrattuale...*", *cit.*, p. 85 y ss. Sólo resulta justificado cuando la nueva utilidad que se obtiene como fruto del cumplimiento de las obligaciones resulta instrumento ineludible del esquema de reparto, por eso, la multipropiedad resulta una realidad de frontera, en que la viabilidad del reparto depende de compromisos contractuales. Cfr. RDGRN de 4 de marzo de 1993. Sobre esta cuestión, por todos, MADRIDEJOS, en ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario, V, cit.*, p. 157 y ss.

social, resultan un indicio de que se está accediendo a una nueva forma de reparto, indicadores de que un nuevo uso de las cosas se atribuye a las personas. Luego, esta nueva forma, como modalidad de derecho real, estará definida por la original *ratio* básica de reparto plasmada en tres o cuatro trazos reales (en lo que, acaso, se han convertido, en realidad, las primitivas «obligaciones reales» utilizadas). Después, esto es importante, precisamente la aparición de una nueva *ratio* de reparto, exigirá, requerirá o le será conveniente, una serie, mayor o menor, de obligaciones reales, nuevas, pero adecuadas al mismo, obligaciones accesorias y complementarias, propias del nuevo tipo de derecho real establecido. He aquí la accesoriedad o instrumentalidad de la obligación real en una nueva dimensión: la evolución jurídica en materia de derecho de bienes.

Obligación real y Registro de la Propiedad

La obligación real, ha destacado la doctrina suiza (y remarcado BIGLIAZZI-GERI) no tiene «componentes reales» (no puede haber posesión respecto de ella, no es contacto con la cosa). En esto estriba su distinción del derecho real, compatible con su presencia como elemento integrante de la relación de reparto.

En ordenamientos como el suizo, no olvidemos, esos «componentes reales» no servirían de nada sin la inscripción. En nuestro sistema, por el contrario, no hay tal inscripción constitutiva salvo en la hipoteca (se discute en otros casos, como el derecho de superficie[2530]): pueden darse perfectamente «elementos reales» fuera del Registro. Se trata de una realidad natural ordenada por la norma y luego será posible, si conviene, inscribir, lo que otorgará especial eficacia en cuestión de oponibilidad-inoponibilidad.

El registrador inscribe actos, contratos..., en definitiva, títulos «de trascendencia real». Relativos a derechos sobre cosas, puede tratarse de actos o contratos que establezcan, transmitan o modifiquen el dominio y los derechos sobre las fincas. “En España, como en las legislaciones latinas, el derecho real nace y vive mezclado o en dependencia con las obligaciones. Por eso al Registro de la propiedad no se pueden llevar derechos reales acuñados. El derecho real será la sustancia, pero en cada caso la autonomía de la voluntad acotará en el título constitutivo la forma del derecho real; el derecho real en la ley será lingote de oro, pero no moneda. El título es crisol y troquel. (...) Por eso el Registro español no es un registro de derechos, porque los derechos no son sólidos, acuñados, sino más bien

[2530]Cfr. DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 265 y ss.

líquidos, que adoptan la forma del envase o título que los contiene"[2531]. La obligación real adquiere categoría de «realidad natural inscribible», en la medida en que a través de la relación plasmada en el título, contribuye a dibujar el derecho real concreto. Ahora bien, es preciso determinar un poco más cual sea la conexión de esta figura con el Registro, en comparación con el propio derecho real.

Hay un dato que es preciso recordar, antes de seguir. Es posible, en nuestro ordenamiento, establecer derechos reales que no impliquen «posesión» o apariencia posesoria[2532] y −sin embargo− sin que exista para ellos la exigencia de inscripción constitutiva: pensemos en las servidumbres no aparentes (que no pueden adquirirse a través de la posesión[2533]); recordemos los censos, para los que es tradicional el requisito de la escritura pública[2534], todo lo cual suscita reflexiones[2535] (y más cuando, autores como PEÑA, recuerdan la posibilidad de crear figuras censales atípicas[2536]).

Y retomamos el argumento. Teniendo en cuenta la exigencia de calificación por el registrador para la inscripción de aquella realidad cuya oponibilidad se va a ver reforzada, parece evidente que con carácter previo ha de tener una trascendencia real, una aptitud para acceder al Registro. Si después no consta pudiendo haber accedido a él, su oponibilidad se verá limitada. Pero aún así como realidad de trascendencia real despliega unos efectos, incluso frente a lo que publica el Registro cuando venga conocido, atendiendo a las pruebas presentadas, por quien pretendiera negar su eficacia[2537]. Y, si toda la controversia se

---

[2531]Cfr. NUÑEZ LAGOS, "El Registro...", I, *cit.*, p. 147.

[2532]Al menos, con la trascendencia que suele tenerse presente cuando se emplea este término.

[2533]Cfr. arts. 532, 539, 540 CC. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, pp. 287-288, 290, 292.

[2534]Cfr. art. 1628 CC. "Con más razón debe ser necesaria la escritura para la constitución de los censos consignativo y reservativo, pues el censualista tiene menos facultades de ejercicio inmediato sobre la cosa". Cfr. PEÑA, *Derechos reales..., cit.*, p. 43, nota 27.

[2535]Según PEÑA, cabe defender que los derechos de adquisición −cuando se constituyen como autónomos−, las servidumbres negativas −sobre todo las no aparentes−, los censos, los derechos de garantía −sin desplazamiento de posesión−, no pueden, en general, constituirse como derechos reales −y no meramente con efectos personales− de otro modo que por escritura pública. Cfr. PEÑA, *ibidem*, pp. 42-43. (En el Proyecto de 1851 −art. 1554− todo censo se asimila, en cuanto a la forma, a la hipoteca. Pues no conviene olvidar el aspecto hipotecario, garantía, del censo...).

[2536]Cfr. PEÑA, *ibidem*, p. 19.

[2537]*Vid.* STS de 20 de mayo de 1989.

desarrollara fuera del Registro, las relaciones de trascendencia real funcionan cono tales porque se trata de una realidad natural, no solamente legal-registral.

Frente a estas consideraciones, afirma doctrina muy autorizada que, por la propia fuerza de las cosas, toda obligación real que no sea legal imperativa, necesitará la inscripción para producir el efecto de vinculación real. Esto −se dice− en una proyección más general muestra el interés de que fuera constitutiva la inscripción en figuras como propiedad horizontal, derecho de superficie...[2538]

Hay que recordar, empero, que nuestro sistema no pierde aquel contacto con la realidad material. La inscripción no es constitutiva, y esto, aunque se vaya matizando por la superposición de otras consideraciones, no conviene perderlo de vista como principio, aunque después pueda quedar diluido o desdibujado.

Entonces, se podría decir, igual que el derecho real está primero en la realidad y después en el Registro, con la obligación real, que forma parte de la relación, pasa lo mismo. Bastaría su inclusión del negocio constitutivo para que, vinculada al derecho real, fuera oponible a los terceros. Esto explica luego que, si se puede probar que el adquirente conocía o podía prever la existencia de esta obligación no pueda sustraerse a ella, lo que no tendría sentido plantear en un sistema de inscripción constitutiva: sin más, estaría carente de eficacia. La trascendencia real «previa» característica de nuestro sistema (que permite luego al registrador inscribir) supondría, al menos como principio, el reconocimiento de la oponibilidad frente a terceros (o, mejor, vinculación al derecho real) de la obligación real no inscrita. Así podría funcionar en las relaciones extrarregistrales, igual que una servidumbre funciona fuera del registro... siempre que acompañe al derecho y, de algún modo, la obligación se cosifique, participe en el contenido del título que se traslada por la tradición. Como digo, hay que plantearlo en línea de principio, por coherencia con las coordenadas del sistema, aunque luego la fuerza de la obligación real pueda quedar muy limitada cuando

---

[2538]Se nos indica que una relación de reparto que necesita como complemento un estatuto de obligaciones reales, justifica y precisa la inscripción constitutiva. Suele ir vinculado a formas de disociación de la propiedad realizada a través de un estatuto jurídico y con apoyo en parámetros materiales no del todo bastantes para fijar y deslindar, con la adecuada trascendencia externa, bienes jurídicos independientes. Esta construcción más o menos artificial requeriría el apoyo del Registro. En relación con el derecho de superficie, *vid.* DE LA IGLESIA, *op. cit.*, pp. 270-273, y GARCIA GARCIA, *Derecho inmobiliario..., cit.*, p. 578.

entran en juego otros principios propios de la moderna configuración de las titularidades y el tráfico jurídico real[2539].

En la doctrina italiana, como hemos visto, BIGLIAZZI-GERI ha defendido la libre creación de obligaciones reales, porque la *trascrizione*, imprescindible para su oponibilidad, la haría cognoscible al adquirente. Carente de oponibilidad natural, y desligada del derecho real, sólo la intervención del Registro la haría posible en efecto, siempre que se trate de obligaciones «naturalmente» reales. A tal argumento objeta NATUCCI, con razón, que sólo puede adquirir cierta eficacia a través de la transcripción lo que, efectivamente, es transcribible, es decir, unas cuantas obligaciones reales típicas[2540].

Por fin, SANGIORGI ha introducido en la discusión criterios muy a tener en cuenta. Si existen obligaciones «naturalmente» reales, es preciso fijarse más despacio en ellas. Resultan, señala, de la posibilidad dejada a los particulares de organizar el contenido de la relación real, en el aspecto accesorio de coordinación (lo veíamos en el epígrafe anterior). En este caso las obligaciones que –no lo olvidemos– sobre la base de una previsión y autorización legal concreta, o más o menos general para cada esquema de reparto, se integran en la disciplina de ejercicio del derecho, no tendrían por qué precisar la transcripción para desplegar su eficacia propia[2541].

Y aquí, habría que traer a colación la eficacia de la obligación accesoria de la relación de servidumbre; los derechos y obligaciones de las partes, plasmados en el negocio constitutivo, en la relación de usufructo; la normativa estatutaria de una urbanización... Y esas otras «obligaciones reales menores», fruto del acuerdo mayoritario en la organización de la concurrencia del goce: normas de comunidad, ordenanzas de régimen interior[2542]. En este caso, la auténtica obligación real, legal, consiste en la sumisión a ese principio de

---

[2539]Así resulta, legalmente, en la propiedad Horizontal y, parece, en el derecho de superficie. En definitiva, todo esto supone plantearse: ¿habría obligaciones reales antes del establecimiento del sistema registral...? Si es una realidad también «natural» habrá que reconocerlas, aunque no existiera el Registro, con su eficacia propia.

[2540]*Vid*. también, en este sentido, SANGIORGI, "*Regolamento contrattuale...*", *cit.*, pp. 188-192. Ahora bien, para NATUCCI, la transcripción sería requisito ineludible para la oponibilidad. Cfr. NATUCCI, *La tipicità..., II, cit.*, p. 140 y ss. Aquí, según GIORGIANNI, la transcripción serviría a una finalidad desconocida en el *Codice*: garantizar la inherencia de una obligación. Cfr. GIORGIANNI, voz "*Diritti reali*", *cit.*, p. 753.

[2541]Cfr. SANGIORGI, "*Regolamento contrattuale...*", *cit.*, pp. 188-192, y 201 y ss.

[2542]Volvemos a la distinción de COSTANTINO, utilizada también por SANGIORGI.

funcionamiento colectivo: las ulteriores reglas concretas serán concreción *inter partes*, en cada momento, de la obligación legal general[2543].

Ahora bien, algo nos dice que estas obligaciones «naturalmente reales», integradas en la relación de derecho real, presentan un problema por carecer de la «natural oponibilidad» del *ius in re*, incluso a pesar de su vinculación que determinará aquella peculiar «*oponibilidad prestada*» como accesorio. Problema cuyo planteamiento y solución, para AMOROS −como representante de un amplio sector doctrinal− estarían claros: "La publicidad registral debe tener valor constitutivo cuando no cabe posesión ni tradición. Idea ésta que refleja un principio general de nuestro derecho registral. Aunque la evolución de nuestra legislación no haya llegado todavía a recoger esa evidente realidad"[2544].

Es decir, aunque la obligación real pueda tener acceso al Registro porque revela una potencialidad previa de vinculación real −posibilidad−, necesitaría aún un motor que pusiera en marcha, un soplo que diera vida a esa posibilidad, dotándole el Registro (efectividad) de una fuerza que no podría nunca alcanzar a través de la posesión, pues no se trata de una realidad «poseíble». El acceso al Registro, que sólo refuerza obviando la eventual inoponibilidad para el derecho real propio, «reforzaría» también la obligación real, pero con el único refuerzo que puede hacerla oponible, y entonces se llegan a confundir refuerzo y constitución de la vinculación real efectiva: porque, sin ese refuerzo, la obligación, preparada para acompañar al derecho real, vería frustrada su expectativa, sólo podría intervenir *inter partes*: en cualquier otra situación, resultaría bloqueada por la inoponibilidad[2545].

Nos encontramos en un punto importante de nuestro problema, cuya solución se ha de afrontar combinando los elementos de principio, base civil general (que acaso habrían de

---

[2543]Así se explica adecuadamente lo que PEÑA plantea como paradójica «mayor eficacia», en la propiedad Horizontal, de las ordenanzas respecto de los Estatutos, necesitados de acceso al registro. Porque estos últimos resultan obligaciones reales de primera categoría, adheridas a la disciplina de utilización de los bienes, mientras las ordenanzas sólo suponen la concreción del cumplimiento de una obligación legal.

[2544]Cfr. AMOROS GUARDIOLA, "La publicidad registral...", *cit.*, pp. 13-66, pp. 32-33. *Vid*. también ARNAIZ EGUREN, "Algunas consideraciones...", *cit.*, p. 61 y ss., espec. p. 74 y ss.

[2545]Nótese que el planteamiento es diferente al de BIGLIAZZI-GERI. La obligación es constitutivamente real, desde el principio, con su accesoriedad material, pero después, no tiene suficiente fuerza para salvar el obstáculo de la inoponibilidad.

permitir explicar la eficacia de obligaciones *propter rem* por su «natural» carácter real) con la moderna orientación −se superpone sobre la concepción clásica− sobre la eficacia de los derechos[2546] a tener en cuenta para afrontar la cuestión de la inoponibilidad y con especial relevancia para la obligación real. Es preciso detenerse, por tanto, un poco más, en el análisis de las limitaciones que la doctrina de la atribución presenta en este punto, y las consecuentes dificultades para la oponibilidad de la obligación real, por ver hasta qué punto justifican la concepción de AMOROS. Pero también en las virtualidades que ofrece la concepción tradicional, en pro de la eficacia natural de la obligación real.

Sabemos que la obligación forma parte del derecho a través de la relación... pero, en el mundo de los derechos reales, es preciso el título −causa y diseño del derecho en la relación− y el modo −la tradición− lo que responde a la idea de que una trasferencia, la aparición de un poder sobre las cosas, ha de tener traducción en el mundo exterior, y esta exteriorización pone en marcha la absolutividad cuando el derecho ya no es una realidad *inter partes*, sino atribución frente a todos que se revela también *erga omnes*. El traspaso posesorio evoca una idea, de algún modo, de adquisición originaria («tomar la cosa»), un concepto de publicidad posesoria para el nuevo reparto. Cabe plantear, entonces: la obligación (legal voluntaria o meramente convencional) está en el Título −parece su lugar propio− pero ¿basta con esto...? ¿no debe cumplirse respecto de ella, de algún modo, la tradición...? Acaso sólo entonces está acompañando a la relación, y no es algo que se ventila únicamente entre los contratantes...

En este orden de consideraciones, se nos viene a la cabeza que la escritura pública, en nuestro derecho, equivale en principio a la tradición, con las condiciones señaladas en el art. 1462 CC. Constituye el modo ordinario de cumplirse el traspaso posesorio −*traditio ficta*− en los derechos incorporales... Podríamos pensar, entonces, que en la Escritura se plasma el

---

[2546]La visión tradicional, afirma que en la doctrina hipotecarista se está pensando sólo en la eficacia de los derechos para el tercero hipotecario. Doctrina tradicional, PEÑA, ROCA SASTRE... Por otro lado, a partir de algunas reflexiones de LACRUZ, hay quienes piensan que también se está tratando de hacer depender del Registro, en general, la oponibilidad de los derechos frente a terceros... GARCÍA GARCÍA, postura de AMOROS.... Este último, trata de valorizar la utilización del Registro (aunque mantiene la línea clásica de reconocer que no tenemos inscripción constitutiva y la dependencia causal del derecho). Procura, dando al art. 32 LH un sentido más amplio que para el supuesto del art. 34, instar a la utilización del Registro, porque, si no, los derechos reales no obtendrían, en realidad, la eficacia de su oponibilidad.

Título y, además, las obligaciones reales en él contenidas, a través de ella, obtienen una especie de tradición, y acompañan al derecho real...[2547].

Aunque la obligación real acompañe o determine el contenido del derecho, naturalmente, en cuanto relación de obligación, no reviste aptitud posesoria. En general, así como se posee un derecho, propiamente no parece que podamos aplicar esta idea a una relación. Observamos −en general, con una amplitud mayor que la referencia a la relación obligatoria− una diferencia entre derecho y relación y por ello, salvo que se trate de la propiedad, para ciertos derechos[2548] la posesión que se muestra externamente no basta para identificar el derecho... hay que acudir a la relación. Ocurre con los derechos reales limitados, pero también con distintas situaciones de propiedad o derecho de goce y disfrute construidas a partir de una cotitularidad. En concreto, la obligación pertenece a la relación, y, aunque afecte o influya en el derecho, no forma parte o no tiene trascendencia de posesión. Y más cuando, dentro de la propia relación, no pertenece al esquema de atribución-exclusión, sino que es un complemento, un accesorio, obligacional.

La posesión es −junto con el Registro− modo de exteriorización de los derechos reales, lo que reviste especial importancia respecto a la tradición −esencial para la aparición o transmisión− y a la publicidad del derecho cara a su eficacia *erga omnes*. Como se ha dicho, para los derechos reales dependientes de la relación, para obtener cabal conocimiento de los matices y fronteras del derecho, tendremos el conocimiento de la posesión pero habrá que acudir al título, que dibuja el derecho en la relación. Y antes a la ley, que presenta el modelo, en principio, a tener en cuenta. Por ello, el problema se plantea cuando en el Título se encuentran especificaciones para el derecho concreto que van más allá o modifican lo que para todos contempla la ley.

La apariencia posesoria no nos ofrece, muchas veces, todos los elementos para conocer el derecho que derivan de la relación (un derecho es poseíble, pero una relación,

---

[2547]Igual que la propiedad o el *ius in re aliena* se trasladan al adquirente, se podría intentar entender que, en la medida en que relación y derecho resultan inseparables, los elementos de la relación que configuran el derecho están envueltos en la tradición, obteniendo con ello la vinculación necesaria al derecho real y su eficacia para quien ingresa en la relación al adquirir el derecho.

[2548]Aquellos que no han obtenido completa independencia de la relación, según explicaba DE CASTRO.

propiamente, no[2549]). La información general acerca de los mismos la obtenemos en la ley, que informa *erga omnes* y a todos impone el respeto. El problema surge cuando nos encontramos con obligaciones reales (especialmente ahora, dentro de la relación, se trata del aspecto que no puede contemplarse en términos de posesión) y además voluntarias, de manera que el esquema legal no nos informa de su presencia como algo ineludible.

Hemos traído entonces a colación la idea de tradición basada en la escritura pública. DE LA IGLESIA, cuando se enfrenta al problema de la falta de apariencia posesoria del derecho en la relación de superficie, sobre todo en el período anterior a la construcción, pero también después[2550], utiliza el argumento para seguir sosteniendo la innecesariedad de inscripción constitutiva. Se refiere, eso sí, a una atribución revelada a través de la relación. Por eso puede decir: "existe una inmediatividad de la tradición posesoria, aunque también existe una falta de apariencia posesoria −siempre a efectos de terceros−. (...) El superficiario puede demostrar la posesión del suelo ajeno no materialmente, pues no ha edificado aún, pero sí en base al art. 438 CC., es decir, a través de la *traditio ficta* (posesión embebida en la escritura pública, si esta existe), pues que no haya materialización de la posesión durante un corto periodo de tiempo, no significa que no haya inmediatividad en la tradición posesoria. (...) En base a estas afirmaciones podemos afirmar que existe «cierta» publicidad posesoria (implícita en la *traditio ficta*)"[2551].

Pero la utilización de esta idea puede parecer, en la materia que nos ocupa, un recurso un poco forzado. Porque, acaso, con la escritura lo único que se revela es que se ha producido una tradición −equivale a la tradición− pero, lógicamente, sólo se habrá producido respecto a lo que es, propiamente, poseíble. La escritura tiene, como se ha dicho,

---

[2549]La relación, en sus elementos de estructura real atribución-exclusión, se manifiesta en la posesión porque, al dibujar el derecho, determina los límites de la posesión que están dentro de la esfera protegida del derecho. Pero, al revés, observando esta posesión, no sabemos si es independiente, dependiente, si no habrá una posesión mediata de otro... hay que acudir a la relación, para contemplar y comprender la posesión y su alcance.

[2550]Aún después de la construcción, las apariencias posesorias no revelan el derecho de superficiario y propietario, si no se acude a la constatación de la relación a través del título. Es un ejemplo muy significativo de lo que antes apuntábamos. Cfr. DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 270-273.

[2551]Cfr. DE LA IGLESIA, *op. cit.*, pp. 271-272.

un valor de tradición, pero no el suficiente de publicidad[2552]. Las obligaciones reales no pueden ser objeto de tradición, porque, aunque consten en la escritura, por definición no son «objeto de entrega» y, entonces, el argumento de su «cosificación» o ideas semejantes, puede resultar pobre... Así pues, en cuanto a su presencia en la relación delimitando el derecho real, no las encontraríamos en la apariencia posesoria, ni en la ley, ni en un soporte suficiente de publicidad, aunque consten en la escritura[2553]. Son consideraciones que plantean un fuerte problema de oponibilidad, aunque pueda seguirse defendiendo, en general, a nivel de principio y de punto de partida, la natural vinculación de la obligación al derecho como base bastante para su eficacia.

¿Cómo hacer esta defensa? ¿Por qué camino?

Me parece que la vía adecuada ha de consistir, precisamente, en fijarse e insistir en esa ubicación de la obligación real, en su territorio propio, en la relación de reparto. El derecho real se atribuye, *erga omnes* pero, quien lo tiene, se encuentra en una relación concreta −siempre en aquellos derechos aún dependientes de la relación−. Y es precisamente entonces, y en tal relación, donde asume el contenido obligacional. Se podría afirmar que, mientras el derecho real funciona *erga omnes*, la obligación real sólo *erga quemqumque*, una vez situado en la relación concreta de reparto.

Volvemos a encontrar la diferencia entre la propiedad y aquellas situaciones de propiedad dependiente, y derecho real limitado. Y nos sirve ahora volver a fijarnos en el censo. Se trata de un derecho real peculiar, cuyo aprovechamiento se desarrolla, en la relación, a través de cauces obligacionales, que no pueden tener apariencia posesoria. Sin embargo, en este caso, el ordenamiento entiende que también la relación encierra la sustancia de una posesión, que, como es lógico, sólo a través de una tradición instrumental, la escritura, descripción de una relación estrictamente no posesoria, puede traspasarse. Esto resulta posible, indudablemente, porque la ley ha previsto, en general esta forma de relación

---

[2552]Tanto tradición como inscripción son manifestaciones de la publicidad. La tradición, porque es un acaecimiento posesorio. Cuando la escritura −forma del negocio− equivale a la tradición, lleva en sí «cierta» publicidad posesoria, pero que precisa, por así decir, una confirmación, sólo planteable cuando es vehículo, en efecto, de una realidad poseíble. Cfr. DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 268, nota 64. Sobre «forma» y «publicidad», *vid*. GARCIA GARCIA, *Derecho Inmobiliario..., cit.*, pp. 41-42.

[2553]O se haga mención de su existencia, y una remisión.

y derecho real, pero no le quita fuerza al argumento, porque algo parecido ocurriría con las obligaciones reales.

Volviendo a la distinción anterior, conviene poner de relieve que, quien adquiere una propiedad, tiene derecho, valga la expresión, a suponer que su adquisición no le sitúa en relación alguna. Sólo aquellas previstas en la ley, y aquellos derechos que hayan adquirido trascendencia real y la adecuada publicidad, podrían afectarle. Mas, aún en este caso, el derecho-gravamen puede tener perfiles y aspectos no exteriorizados perennemente por la posesión, pero determinados en el título de la relación, y ya oponibles al adquirente. Acabamos de verlo en relación con el censo, pero ocurre, de modo más natural, en los derechos cuya relación dibuja una propia posesión. Bastaría, para ello, que la propia ley, en concreto, o de forma más general, informara de la posibilidad de aquel particular aspecto.

Es posible, por tanto, hablar de una particular *cuasitraditio*, transportadora, para el adquirente, de comportamientos que modalizan el ejercicio de su derecho en una relación. Para la cual, hace falta, entiendo, la confluencia de una serie de factores. Realidad aplicable, fundamental y básicamente, en aquellos derechos cuya adquisición lleva consigo ineludiblemente el ingreso en una relación. Mientras el propietario, como hemos dicho, no cuenta con esto, quien adquiere un derecho real, un piso en un edificio, un chalet en una urbanización, sabe que su derecho está encuadrado en una relación cuyo contenido, en parte conoce, y en parte ha de conocer. He aquí el germen, el principio de esa *patientia* que los autores del *ius commune* requerían para la *cuasitraditio*[2554]. Su complemento vendrá, por una parte, por la ley, que de una manera general informa al adquirente de los perfiles de tal relación y los contenidos obligacionales que puede llevar consigo. Pero no conviene obviar aquí la tipicidad social que las relaciones hayan adquirido en el tráfico, lo que se manifiesta, por ejemplo, en la organización de las urbanizaciones. Por último, es necesario que en la relación, quien la constituye y los que en ella participan, hayan predispuesto los medios adecuados para que un adquirente pueda normalmente conocer los perfiles obligacionales del derecho. Si todo esto sucediera, me parece que se habrían cumplido los requisitos necesarios para la oponibilidad de la obligación real al adquirente, fuera del Registro.

Sólo planteará, entonces, un nuevo problema, la relación de reparto que se haya plasmado en el Registro y sin embargo, cuente con un estatuto obligacional que no se haya integrado en él. En otro caso, si sólo hubiera, por ejemplo, escritura pública, me parece que,

---

[2554] Y que no convierte al adquirente en «parte contratante», porque no implica, propiamente, consentimiento obligacional, sólo reconocimiento del derecho ajeno.

con la previsión de una forma obligatoria que garantice la normal cognoscibilidad, es suficiente. Pero si la relación plasmada en el registro encierra aspectos extrarregistrales, habría que ser muy estricto −se revelaría incluso carencia de buena fe objetiva− para encontrar una «cuasitraditio» en la presunción de conocimiento efectivo. Y aún así, si se demostrara que el adquirente conocía la normativa, no podría sustraerse a su eficacia, como demuestra la STS de 20 de mayo de 1989. Lo que constituye una prueba inequívoca de que la obligación real no necesita constitutivamente el registro, pues, si así fuera, ni siquiera se podría plantear esta eficacia de oponibilidad.

Se nos ha presentado aquí, pues, con especial fuerza, esa idea de que, en los derechos reales, aquello que no ofrece la posesión, lo tendrá que otorgar el Registro, constitutivo entonces de la eficacia real al suplir la carencia de trascendencia externa posesoria y de publicidad. El Registro otorgaría a la obligación (que es elemento del título −que ordena la relación−, pero, por naturaleza, no forma parte del modo) precisamente todo eso que le falta: una cierta vinculación a la tradición, y la trascendencia que no puede tener de posesión. En efecto, esto es lo que la Ley se ocupa de hacer en supuestos que han ido surgiendo, y en que el contenido de obligación real reviste especial importancia, como ocurre en la propiedad horizontal, y también para el derecho de superficie[2555].

Sin embargo, acaso, con los elementos de que hoy disponemos, no podemos hablar en general de una inscripción constitutiva de la eficacia de la obligación real. Y esto aún en los supuestos que acabamos de señalar, con más razón en otros carentes de regulación como las urbanizaciones: esto justifica que, si por otros medios se prueba que el adquirente conocía la normativa obligacional vinculada a su derecho, aunque no conste en el registro, se le puede considerar vinculado. En definitiva, hoy la constancia registral de la obligación real soluciona graves problemas de oponibilidad, pero no puede aún afirmarse como elemento ineludible para su eficacia de vinculación real.

[2555]En Francia, también el *réglément de copropriété* está sometido, para su oponibilidad, a la publicidad (aunque no se puede hacer tal afirmación, rotundamente, para las obligaciones accesorias de las servidumbres, y las servidumbres mismas, cauce muchas veces de determinaciones estatutarias de obligación real). Es el alcance fundiario del *réglément*, su importancia en la organización del inmueble, señala CORNU, lo que explica esta regla. Cfr. CORNU, *op. cit.*, n. 1556; TERRE-SIMLER, *op. cit.*, nn. 620-621. CARBONNIER, *Droit civil, III, cit.*, n. 178. De todas formas, si a través de la organización de los actos de venta, se obtiene conocimiento y aceptación por el adquirente, resultará vinculado. Cfr. ATIAS, *Les biens*, II, *cit.*, nn. 90-91.

BIBLIOTECA VIRTUAL
MIGUEL DE CERVANTES

CONCLUSIONES

I. La determinación de la cualidad de obligado, deudor, *propter rem*, es cuestión que suele resolverse en una simple lista de supuestos. Territorio en que reina la confusión y la anarquía en la terminología, en los conceptos, en las listas presentadas..., suscita curiosidad por vincular dos categorías de derecho distintas, contradictorias, incluso concebidas sin ninguna comunicación. La paradoja de una relación de cooperación que, vinculada a una titularidad real adquiere un efecto de ambulatoriedad que la asemeja al propio derecho real, ha suscitado por ello alguna profundización y tratamiento doctrinal en varias monografías.

Pero los obstáculos que se levantan a la construcción de una teoría ordenada y coherente, son imponentes, y más en un momento histórico caracterizado por la ruptura con los modelos del *Ancien Régime*, que vinculan propiedad y obligación, atribución y contrato. Caracterizado por la purificación de la propiedad, preparada para el tráfico; y que cuenta, al servicio de esta idea, con el instrumento registral. En que –sobre todo en el sistema alemán– ingresan las cosas, y con ellas no puede filtrarse al Registro ninguna relación. La relación personal, el compromiso contractual, el derecho personal, no tiene acceso al Registro. (Por ello, en nuestro sistema, otro planteamiento cabría hacer, cuando se afirma que el nuestro es un Registro de títulos que incorporan relaciones en las que se plasman derechos).

¿Cómo acceder, entonces, a una doctrina sobre esta cuestión, sobre una figura que, primero, no tendría sentido en el sistema, y, después, ha dado lugar a diferencias terminológicas y de concepto?

II. Es conveniente, desde el principio, una diferenciación con figuras o conceptos más o menos afines:

La carga real, ejemplo de derecho real *in faciendo* (y, como una prolongación de su ámbito, nuestros censos). Como «*trait d'union*» entre el mundo de la obligación y el derecho real, aparte su práctica desaparición en el derecho moderno, produce perplejidad, exige una explicación. Se utiliza entonces la idea de obligación real: se trataría de una obligación *propter rem* unida a la garantía real sobre la finca.

Es necesario, sin embargo, distinguirla. Para ello, conviene situarla en su proceso histórico peculiar: obligaciones públicas que se privatizan y se territorializan, en la dependencia del gran dominio, del colonato, del señorío. Obligación que, para facilitar un instrumento de crédito, se convierte en finca, valor de la finca y participación en su fuerza productiva. Pero, por mucho que cueste admitirlo o digerirlo hoy día, es una obligación que se ha convertido en derecho real (la expresión obligación real tiene aquí este sentido, *obligationes praediorum*), mientras nuestra obligación real nunca lo ha pretendido.

En el universo de relaciones a partir de la Edad Media, aunque se hable de las cosas, se está hablando de personas, y, a la inversa, el estatuto personal se plasma sobre la atribución. No es ese el sentido en que la obligación real vincula negocio, cooperación y atribución. (Como evocación de aquel universo es posible aún hoy contemplar la mezcla de contrato y atribución en la enfiteusis, o la obligación de construir presupuesto del derecho de superficie).

Eso sí, en el interior de la carga hay una obligación. Pero se encuentra en una posición especial, en el centro de un derecho de aprovechamiento (conexión con usufructo, servidumbre, y, al final, sobre todo realización de valor). Ocupa, entre las obligaciones reales, un lugar peculiar, y presentará un régimen propio. Aunque, en Alemania o Suiza, pueda seguir siendo el cauce para establecer, como complemento, una obligación real.

III. Después, ante la variedad de relaciones entre obligación y cosa que se presentan a nuestros ojos, es preciso encontrar un criterio, una guía que pueda conducirnos a una teoría general. Resulta útil aprovechar la distinción terminológica obligación *propter rem* - obligación real, dándole un sentido metodológico.

Si, desde el punto de vista de las relaciones obligatorias, del contrato, la obligación *propter rem* se ha presentado por la doctrina como una obligación excepcional, hay que encontrar un territorio donde se mitigue tal excepcionalidad: el territorio de la obligación real.

Por consiguiente, más que construir la doctrina de la obligación *propter rem*, se trata de hacer una teoría de las relaciones patrimoniales en que tenga lugar adecuado: el ámbito de la obligación real. Y, esto, pasado aquel tiempo de purificación de la propiedad, cuando se manifiesta la importancia del mundo de las concurrencias, y en una visión natural de las relaciones de atribución. En esta perspectiva es posible encontrar y tratar la obligación real (que no es más que una obligación *propter rem*) en su lugar adecuado.

IV. Allí, la doctrina francesa encontró, empezando por los exégetas, a partir de los ejemplos que se filtran en el *Code Civil*, la figura de la obligación *propter rem*. Pero, caracterizada como una «forma especial» de venir obligado, no termina de separarse de la carga real, la hipoteca o el propio efecto de oponibilidad del derecho real. Dificultades conexas a la doctrina obligacionista y a la perplejidad ante una eventual combinación de lo real y lo convencional, originan peculiares construcciones teóricas: la obligación no será más que la otra cara del derecho real, una versión de la obligación pasiva universal... Para otros, hay que olvidar la noción, y utilizar una visión moderna de la servidumbre, cuya elaboración sin embargo, se nutre de criterios de obligación real. Por fin, esta doctrina ofrece material aprovechable: en la construcción teórica, cuando se intenta a partir del conflicto en concurrencia y vecindad, y se plantea el sentido de la accesoriedad de la obligación; y en el análisis de la evolución del derecho de bienes, al reconocer la doctrina moderna su presencia en diversas formas de organización fundiaria.

Por su parte, la doctrina suiza, tiene el mérito de reconocer su existencia en el interior de un sistema en que parece no haber sitio para ella. Se postula su utilidad para la interpretación de la ley, posibilitando obtener cierto efecto deseado por el legislador, pero dificultado por impedimentos dogmáticos. Animado por la doctrina, el propio legislador utilizará la figura, en la nueva ordenación del derecho de superficie, con el apoyo del Registro. Y se muestra ampliamente en la organización del estatuto cuasisocial de la comunidad y propiedad por pisos. La doctrina manifiesta su lugar propio, aunque sólo suaviza un poco la rigurosa tipicidad, siempre en el marco de la concreta previsión por la ley y planteando en cada momento el juego del Registro.

V. El territorio de la obligación real se abre ante nosotros cuando deslindamos y, después, combinamos adecuadamente, los planos del derecho subjetivo y la relación jurídica, en el análisis del derecho real. En esta perspectiva, es posible alcanzar lo que

hemos denominado «relación jurídica de reparto», relación compleja, cuyo núcleo es una atribución. En el amplio territorio del contacto y conflicto entre esferas jurídicas, identificamos esta relación jurídico-real de reparto, caracterizada por un núcleo, frontera de exclusión, y un aspecto de comunidad.

La relación aparece matizada, como una vicisitud, en la propiedad; en el otro polo, la comunidad lleva consigo exclusión abstracta a través de la cuota, y concurrencia reglada por un orden obligacional. Entre ambas realidades, se mueven aquellas figuras que, encuadrando un derecho subjetivo dependiente de la relación en que se dibujó el reparto –exclusión y concurrencia– constituyen el ámbito propio de la obligación real.

Lo que era libre en la propiedad pura, es obligatorio ahora, cuando entra en juego el elemento comunitario: comunidad de vecindad, en la frontera, comunidad-vecindad en modelos de atribución construidos, más o menos intensamente, a partir de una cotitularidad: propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios..., y aspecto comunitario del derecho real limitado, porque en la adquisición constitutivo-derivativa, no hay una disección radical de la propiedad: la atribución de utilidades se produce sin pérdida, real o potencial, de esa esfera de utilidad para el dueño: es evidente, hay una superposición, esfera de concurrencia, aspecto comunitario.

VI. La obligación real engarza en ese aspecto comunitario: ejercicio de un derecho en función del otro, atención a gastos, reparto de cuidados e incrementos de valor, resolución de conflictos... Se trata de una *relación de cooperación accesoria del criterio básico de exclusión en la relación jurídica de reparto*.

Determinado el concepto y su ubicación, resulta que la obligación no tiene nada de particular, pero se convierte en noción independiente a consecuencia de su vinculación, lo que centra el problema en la característica esencial de accesoriedad. Antes que nada, se trata de una realidad material: obligación vinculada a la *res* «en reparto»: no brota tanto de la cosa, sino en relación con una cosa, como un aspecto complementario de la virtualidad de la atribución. Afirmada la unicidad de la relación bajo el criterio de exclusión en el reparto (sea vicisitud, o relación estable), una vez la abrimos, es posible encontrar, adherida a la frontera vinculada a aquél criterio y *ratio* de atribución, más o menos cercana a ese núcleo de exclusión en el reparto, más o menos confundida o diferenciada de él, la obligación real.

Se intuye, entonces, la variedad de planos y niveles de accesoriedad: en cuanto al contenido económico, más o menos importante, pero secundario; en su función

instrumental, para facilitar, hacer posible, completar, resolver equilibrio de intereses en la relación; en cuanto a su eficacia, prestada, recibida. Y en el plano de su estudio: nunca autónomo, siempre acompañando a cada figura, esquema y criterio de reparto real.

También aquí se obtiene su adecuada distinción, relación y compatibilidad con la servidumbre. En la relación compleja, que puede llevar consigo organización de bienes al mismo tiempo que delimita derechos, prestaciones positivas, negativas o mixtas, sin necesidad de constituir propiamente servidumbre, integran el cúmulo de exigencias del reparto real. En el interior de la relación de servidumbre, la obligación accesoria cobijará los aspectos de prestación positiva (es el *leiv motiv* del interés de la doctrina suiza, y el origen de la moderna teoría). Pero, en relaciones más complejas, el contenido del comportamiento debido puede ser de más variedad.

BIBLIOTECA VIRTUAL

VII. La accesoriedad material e instrumental es la perspectiva adecuada para abordar el tratamiento de la accesoriedad efectiva, la vinculación real, cuyos corolarios («efecto real») es lo que llama la atención de la doctrina, pues asemejaría la figura al derecho real desde el punto de vista de su eficacia (salvo que se trata de una prestación positiva). Construido *a priori* y con una rigurosa simetría, la deuda se trasmite o desaparece con la trasmisión o renuncia de la titularidad.

Pero otro sector doctrinal entiende que no cabe ir tan deprisa. Si se trata de una obligación, y en la relación tiene sentido que exista un deudor concreto para una prestación concreta ¿Por qué, después, trasmitiría, o se liberaría de lo que le resulta ya exigible, por su sola voluntad? Es preciso examinar la cuestión más despacio. Hace falta, por ello, acometer el análisis del contenido obligacional en algunas relaciones de reparto, antes de completar y cerrar la cuestión de la eficacia y corolarios técnicos de la accesoriedad.

VIII. Así, se recorre un camino muy interesante, porque constituye la forma idónea para estudiar la obligación real. Encontramos la obligación general de vecindad, sustitución de límites abstractos por concretos en el sometimiento a la ley general de vecindad, igual que encontraremos, con sentido –en parte– parecido, una ley de la comunidad, o un criterio de *salva rerum substantia*, a concretar, para ambas partes, en el usufructo. Y obligaciones concretas, fraternidad negativa pero con aspectos de comportamiento obligatorio positivo.

La obligación real en la comunidad, transitoria o estable, permite reconocer dos planos en el juego de la obligación real: la concurrencia de uso y goce, acuerdo mayoritario, obligación variable y de relativa fijeza; y la esfera de la utilización, obligación real estructural, instrumento para delimitar con fijeza los perfiles de la utilización, según su destino, de aquello atribuido, en un nuevo esquema de reparto, a partir de una cotitularidad.

Lo que nos introduce en la propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios..., territorio donde el estatuto obligacional, que llena aquellos dos planos, está al servicio de la mejor utilización posible del bien autónomo, de acuerdo con su destino, siempre con el respeto exigido por el adecuado mantenimiento de la esfera comunitaria (el «bien» en reparto, aspecto material e inmaterial, destino), precisamente al servicio de cada atribución individual. Y aquí, encontramos, como peculiar aspecto de la atribución, la obligación de atender a las reglas y exigencias del régimen colectivo; y hemos identificado un peculiar acreedor *propter rem*, implicado por la ley, de algún modo, en el reparto, según resulta de la interpretación de la ley, el acreedor «de la comunidad».

Por fin, el juego de la obligación real en el usufructo, al servicio del equilibrio en la atribución sucesiva; en las servidumbres, donde históricamente se muestra un supuesto paradigmático, la *servitus oneris ferendi*, cargado de sentido y sugerencias; y en el derecho de superficie, donde la obligación real, instrumento al servicio de la construcción legislativa, contribuye a la utilización práctica de la figura, cuando garantiza el cumplimiento de ciertos comportamientos, en beneficio de las partes implicadas y el interés general, antes, durante y después de la actividad constructiva y el fin de la relación.

IX. Es posible, entonces, situar y aclarar los corolarios de la accesoriedad, las consecuencias de la vinculación real. Respecto a la trasmisión, ambulatorio, en primer término, es el derecho real. La obligación real, comportamiento exigible *ab initio*, o eventualmente, cuando aparezcan sus presupuestos legales o convencionales en el interior de la ley del reparto, con intervención o no de la voluntad para obligar, pertenece a la relación, y corresponde a la persona. En este desdoblamiento, el criterio de la personalización conduce a vincular el cumplimiento a quien sea titular en el tiempo de su exigibilidad. Ahora bien, la obligación que, «en la relación», está esperando al adquirente, puede vincularle al mismo comportamiento que debía el transmitente, o a su continuación.

Aquí, ha entrado en juego el criterio propio de la obligación real (como noción independiente) vinculada a un estado de cosas. Permite encuadrar la pretensión dirigida al

titular actual, en la relación de vecindad, comportamientos vinculados al *status* de los fundos, constitución de servidumbre forzosa... Exigir el cumplimiento al propietario o titular actual, para los comportamientos que han de cumplirse o valorarse al término de una relación. Dirigir la pretensión al adquirente, cuando la trasmisión se ha producido en ese tiempo incierto en que la obligación no terminado, para la prestación concreta, el ciclo de su personalización. Y otorga coherencia a la vinculación legal (y acaso, estatutaria) del adquirente, junto al transmitente o sólo –salvo compensación interna– al pago de una deuda vencida en un período inmediatamente anterior a su adquisición.

La interrupción del camino de la ambulatoriedad, que sedimenta la deuda concreta en determinado titular-deudor, requiere el cumplimiento de la personalización, característica de las obligaciones personales, que entra en juego ahora como frontera, límite o *exceptio* a la potencia del criterio de obligación real. La pretensión se dirigirá al titular actual «salvo personalización». Que puede haberse producido por determinación legal, o cuando todo el ciclo de necesidad, acuerdo o exigencia, y gasto, pertenezca a un tiempo pasado, de forma que no resulte admisible, después, la pretensión hacia un nuevo titular. Para la personalización se habrá de tener en cuenta la actitud (buena fe, diligencia...) de las partes implicadas. Y puede producirse, en caso de prestación incumplida –en ocasiones, depende del comportamiento inicial del adquirente– cuando el incumplimiento se hizo definitivo para el titular anterior, de forma que el comportamiento debido, en esa fracción concreta, no lo pueda continuar el adquirente.

X. El abandono liberatorio, tiene importancia como *criterium* de obligación real, en su diferencia con el compromiso contractual, también cuando la renuncia libera sólo de prestaciones exigibles en el futuro, como se manifiesta analizando su diferencia con la regulación de la enfiteusis.

Pero, precisamente en virtud de criterios de obligación real, conectada con el equilibrio de intereses en la relación de reparto, el abandono o renuncia liberatorios, puede liberar también del cumplimiento de prestaciones vencidas y exigibles, lo que, como mecanismo excepcional, es sin embargo coherente con la peculiaridad de la obligación real. Cuando esto ocurre, la ley considera que, las posibilidades abiertas al acreedor en el caso de esta renuncia y abandono, satisfacen y aquietan la tensión, en la relación, que justificaba su exigencia. En estos casos, a quien abandonó no se le podría exigir más, porque pone a disposición del acreedor un valor o un poder de decisión sobre el futuro del bien en su conjunto.

La liberación se produce por un acto unilateral recepticio, que opera directamente una trasferencia patrimonial, o la ofrece. Incluso, una renuncia abdicativa, suficientemente conocida por el acreedor y que le permitiera beneficiarse de ella, valdría. Aunque puede plantear problemas, parece interesante suscitar aquí, como una evocación del mecanismo romano, la posibilidad del acreedor de obtener la adquisición, sin tener que esperar a cumplir la prescripción, «beneficiándose» del abandono, en el marco de la relación preexistente. En todo caso, podrá compeler al abandonante a documentar un peculiar negocio de renuncia transmisiva, o pagar la deuda.

XI. ¿Es posible establecer obligaciones con esta vinculación real, con tal eficacia, libremente? La identificación del territorio propio de la obligación real, permite afrontar esta pregunta. En la frontera de tal territorio, encontramos la obligación *propter rem* en su esfera y función propia del contacto externo, y conflicto, entre derechos independientes, pero ha de ordenarlo –y para ello podría utilizarla– el legislador: relaciones de vecindad, posesión, conflictos de accesión. Más allá, el propio legislador puede echar mano del efecto *propter rem*, para especiales finalidades. Los particulares sólo podrían aprovechar técnicas indirectas de obligación real; la condición resolutoria, la hipoteca...

Pero, cuanto más nos introducimos, a partir de aquella esfera general, en el territorio propio de la obligación real, donde despliega todas las facetas de su accesoriedad, puede afirmarse que, lo que hace el legislador para el contacto de propiedad independiente, podrían hacerlo también los particulares, a través del negocio constitutivo, en el marco de una autorización legal, o deduciéndose de ella. Así, es posible dar variedad a los tipos, para el derecho real concreto, con determinaciones obligacionales adaptadas a los objetivos de las partes. Después, la existencia de un conjunto de obligaciones reales acompañando y correspondiendo a cierta orientación de un esquema de atribución, que se repiten adquiriendo tipicidad social, es un indicio de que se está dando forma y utilizando una nueva modalidad, que refleja una nueva *ratio* de reparto. A su vez, en presencia de modalidades nuevas, nuevas obligaciones reales las harán posibles y facilitarán con su presencia adaptada a las exigencias del nuevo reparto. Es esta la accesoriedad de la obligación real en una nueva vertiente, la adaptabilidad y evolución de las formas en derecho de bienes.

XII Por fin, es preciso plantear, como hace la doctrina, si la accesoriedad material de la obligación real no necesitará un motor, para convertirse en vinculación efectiva y desplegar su peculiar eficacia. Este motor sería la publicidad registral. Ciertamente, no se trata de una realidad poseíble, y el registro le otorgaría lo que no le da la posesión. Buena parte de la doctrina vincula y justifica su eficacia a través de su constancia en el registro; y así lo hace la ley, en supuestos de particular importancia, como la propiedad horizontal o el derecho de superficie, igual que otras legislaciones extranjeras. De todas formas, si accede al registro, a través de la inscripción del título constitutivo y estatutario, sólo puede ser porque, previamente, se trata de una realidad «registrable». Por ello, en línea de principio, hay que plantear la eficacia de vinculación real, a partir de la accesoriedad material, sin que entre en juego, ineludiblemente, el instrumento del registro: basta que el marco de la ley, la peculiaridad de la relación en que ingresa el adquirente, y los instrumentos previstos para su normal cognoscibilidad y trascendencia en cada trasmisión, establezcan o permitan esa eficacia, como de hecho ocurre en relaciones de servidumbre, urbanizaciones, etc. La propia ley nos ofrece ejemplos de contenidos obligacionales, vinculados al acuerdo mayoritario en comunidad, etc., que despliegan su eficacia apoyados en la general autorización legal.

Bibliografía

ABERKANE, H., *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, Paris, LGDJ, 1957.

AHRENS, H., *Cours du Droit Naturel*, 2ª ed., Bruxelles, 1844. *Curso completo de derecho natural*, trad. española de la 5ª ed., por M. Flamant, 2ª ed., 1864.

ALBALADEJO, M., *Curso de derecho civil español*, III, Barcelona, 1982.

——, *Derecho civil*, III-1, 5ª ed., Madrid, 1983; 6ª ed. revisada por GONZALEZ PORRAS, Madrid, 1989.

——, *Derecho civil*, III-2, 5ª ed., Madrid, 1983; 6ª ed. revisada por GONZALEZ PORRAS, Madrid, 1989.

——, "Compensación de desperfectos con mejoras en el usufructo", *ADC*, 1963, p. 1035 y ss.

ALBERTARIO, E., "*Servitù e obbligazione*", *RDComm*., 1927, II, p. 626 y ss.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J., "Comentario a la STS de 19 de julio de 1993", *CCJC*, 33, 1993, 881, p. 933 y ss.

ALCUBILLA, voz "Carga", *Diccionario de la Administración española*, II, 4ª ed., Madrid, 1886.

ALFONSO DE SALDAÑA, M. I., "Las sernas en León y Castilla. Contribución al estudio de las relaciones socio-económicas en el marco del señorío medieval", *Moneda y Crédito*, 129, 1974, p. 153 y ss.

ALGARRA PRATS, E., *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, Madrid, 1985.

ALLARA, M. *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952.

——, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, I, 4ª ed., Torino, 1953.

ALMEIDA COSTA, M., *Origem de enfiteuse no direito português*, Coimbra, 1957.

——, *Raízes do censo consignativo. Para a història do crédito medieval português*, Coimbra, 1961.

——, "*Os contratos agrarios e a vida economica em Portugal na Idade Media*", *AHDE*, 49, 1979, pp. 141-163.

ALONSO MARTIN, M. L., "Los orígenes de la enfiteusis en Castilla, notas para su estudio", *Actas del I Congreso de historia de Palencia, III*, Palencia, 1987; 1ª parte, p. 293 y ss.

ALONSO MARTINEZ, M., "Estudios sobre el derecho de propiedad", Madrid, 1874, en *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, coord. por C. ROGEL y C. VATTIER, Madrid, 1991.

ALONSO PEREZ, M. "La Propiedad Horizontal. Especialidades de su contenido como derecho", *RDP*, 61, 1977, p. 85 y ss.

——, "Las relaciones de vecindad", *ADC*, 1983, p. 357 y ss.

ALVAREZ ALVAREZ, J.L., "El título constitutivo de la Propiedad Horizontal", *Centenario de la Ley del Notariado*, 2ª sección, II, Madrid, 1965, pp. 429-582.

AMBROSETTI, A., *Il diritto naturale della riforma cattolica*, Milano, 1951.

AMOROS GUARDIOLA, M., "Aspectos registrales de las urbanizaciones", *RDU*, 62, 1979, p. 13 y ss.

——, "La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La trasmisión de la finca hipotecada", *Hipotecas y seguridad jurídica*, Madrid, 1991, p. 13 y ss.

ARANGIO-RUIZ, V., "*La struttura dei diritti sulla cosa altrui in Diritto Romano*", publicado en *A.G.*, 81 (1908), pp. 361-470; 82 (1909), pp. 417-469. Recogido en *Scritti di Diritto Romano*, I, Camerino, 1974, pp. 135-298.

——, voz "*Ius in re aliena*", *Dizionario pratico di diritto privato*, dirigido por V. SCIALOJA, III, 2ª parte, 3ª ed. Milano, 1934, p. 117 y ss.

ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A., *Derecho romano*, 17ª ed., Madrid, 1984.

——, *Derecho romano*, II, 14ª ed., Madrid, 1977.

ARNAIZ EGUREN, R., "Algunas consideraciones en torno al Derecho de Propiedad Inmobiliaria", *RDCI*, 560, 1984, p. 61 y ss.

——, "Notas sobre las modalidades de organización de la propiedad inmobiliaria en el Derecho español", *Ponencias, IX, CIDR*, Madrid, 1993, tomo II, pp. 999-1042.

——, *Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica y su acceso al registro de la propiedad*, Madrid, 1993.

——, *Registro de la propiedad y urbanismo*, Madrid, 1995.

ASSO, I. y DE MANUEL, M., *Instituciones de derecho civil de Castilla*, 5ª ed., Madrid, 1972; ed. Facsimil, Valladolid, 1975.

ATARD Y GONZALEZ, R., "Algunas de las construcciones jurídicas que exige el desenvolvimiento técnico de nuestro sistema hipotecario y su mayor eficacia práctica", *RDP*, XI, 1924, p. 273 y ss.

ATIAS, CH., *Les biens, I*, Paris, 1980.

——, *Les biens*, II, *Droit immobilier*, Paris, 1982.

——, "*La mutabilité des servitudes conventionnelles*", *RTDC*, 1979, pp. 245 y ss.

——, "*Destins du droit de propriété (Ouverture)*", *Droits*, I, 1985.

——, *Théorie contre arbitraire*, Paris, 1987, (traducción española por de la Cuesta, *Contra arbitrariedad. Teoría*, Madrid, 1988).

AUBERT, J. L., "*Quelques mots à propos des servitudes en copropriété*", *JCP*, 1993, I, 3726.

——, "*A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers*", *RTDC*, 1993, p. 263 y ss.

——, *Le contrat*, Paris, 1996.

AUBRY Y RAU, *Cours de Droit Civil français*, II, 5ª ed., 1897.

——, *Cours de Droit Civil français*, III, 5ª ed., Paris, 1900.

——, *Cours de Droit Civil français*, IV, 5ª ed., Paris, 1902.

AUGE, G., "*Le contrat et l'evolution du consensualisme chez Grotius*", *APD*, 13, 1968, pp. 99-114

BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987.

——, "*La multipropietat com a regim juridic de l'inmoble*", *Materials IV Jornades de Dret Catalá a Tossa*, Barcelona, 1988, pp. 13-43.

BALBI, G., *Il diritto di superficie*, Torino, 1947.

——, *Le obbligazioni propter rem*, Torino, 1950, p. 34 y ss.

——, voz "*Obbligazione reale*", *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Torino, 1965, p. 666 y ss.

BALLADORE-PALLIERI, G., "*Diritto soggettivo e diritto reale*", *Ius*, 1952-3, p. 1 y ss.

BALON, J., *Les fondements du régime foncier au Moyen Age depuis la chute de l'Empire romain en Occident*, Louvain, 1954.

BARASSI, L., *Diritti Reali e posseso*, I, *Diritti Reali*, Milano 1952.

——, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1963.

——, *Proprietá e comproprietá*, Milano, 1951.

——, *Instituciones de derecho civil*, II, trad. De Haro y Falcón, Barcelona, 1955.

BARBERO, D., *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano, 1952.

——, "*Il diritto soggettivo*", *Foro Italiano*, 1939-4, p. 1 y ss., recogido en *Studi di teoria generale del diritto*, Milano, 1953, pp. 79-142.

BARRAL i VIÑALS, I., "Comentario a la STS 18 marzo 1992", *CCJC*, 29, 1992, n. 760.

BATLLE VAZQUEZ, M., *La propiedad de casas por pisos*, 6ª ed., Alcoy, 1970.

BAUDRY-LACANTINERIE, G. y CHAUVEAU, M., *Traité théorique et pratique de droit civil*, VI, Des Biens, 3ª ed., Paris, 1905.

BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L., *Traité théorique et pratique de droit civil*, XII-XV, *Des obligations* (I-IV), Paris, 1905-1908.

BEAUMANOIR, P., *Coutumes de Beauvaisis* (hacia 1280-1283), ed. Salmon, 2 vol., 1899-1900.

BELFIORE, A., *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979.

BELTRAN DE HEREDIA, J., "Usufructo sobre usufructo en la legislación española", *RDP*, 1941, n. 292, pp. 225-240; n. 293, pp. 293-303.

——, *La comunidad de bienes en el derecho español*, Madrid, 1954.

BELUCHE RINCON, I., *La relación obligatoria de usufructo*, Madrid, 1996.

BENEYTO PEREZ, *Estudios sobre la historia del régimen agrario*, Barcelona, 1941.

BENNACHIO, G., "*Dal condominio alla multiproprietà*", *Rivista del Notariato*, 1982, XXXVI, pp. 1-10.

BERAUD, R.-DEBEURAIN, J., *Mitoyenneté, Clôture, Bornage, Servitudes*, Paris, 1981.

BERCOVITZ, R., "El seguro de usufructo en el Código civil", *Estudios Homenaje a DE CASTRO*, I, Madrid, 1976, pp. 169-207.

BERGEL, J. L., *Les servitudes de lotissement à usage d'habitation*, Paris, 1973.

——, *La propiété*, Paris, 1994.

——, Comentario a *Civ*. 20 *decembre* 1989, *RDI*, 1990, 192.

BERGER, A., voz "*Interdictum de viis publicis*", *Encyclopedic dictionary of Roman law*, Philadelphia, 1953.

BETTI, E. *Teoría general de las obligaciones*, trad. por de los Mozos, Madrid, 1969.

BIGLIAZZI-GERI, L., *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, Trattato CICU-MESSINEO, XI-3, Milano, 1984.

——, *Usufrutto, uso e abitazione, Trattato CICU-MESSINEO*, XI-I, Milano 1979.

BIGLIAZZI-GERI, L., BRECCIA, U., BUSNELLI, F. y NATOLI, U., *Il Sistema giuridico italiano, I-1, Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Torino 1986.

——, *Il Sistema giuridico italiano*, II, *I diritti reali*, Torino, 1989.

BIONDI, B, *Las servidumbres*, Trad. y notas por GONZALEZ PORRAS, Madrid, 1978 (Las referencias de la edición original corresponden a *Le servitù, Trattato CICU-MESSINEO*, XII, Milano, 1967)

——, *Le servitù prediali in diritto romano*, 2ª ed., Milano, 1969.

——, *Scritti di diritto moderno*, Milano, 1967.

BISCONTINI, G., *Codice Civile Annotato, a cura di* P. PERLINGIERI, Torino, 1980, ad. art. 1105.

BLAISE, J. B., "*Responsabilité et obligations coutumieres dans les rapports de voisinage*", RTDC, 1965, pp. 261 y ss.

BLANQUER UBEROS, R., "La unificación de los sujetos en el régimen jurídico privado de las urbanizaciones", *RDU*, 1978, 60, p. 37 y ss.

BLANQUER UBEROS, R., "La unificación subjetiva", *RDN*, 101-102, 1978, p. 17 y ss.

BOLEA FORADADA, J.A., *Régimen jurídico de las comunidades de regantes*, Madrid, 1969.

BOLLA, G., "*Il «fondo» nei suoi aspetti giuridici*", *Scritti di diritto agrario*, Milano, 1963.

BONET CORREA, J., "La renuncia exonerativa y el abandono liberatorio en el Código Civil", *RGLJ*, 1961, 211, p. 241 y ss.

BONFANTE, P., "*Il regime positivo e le costruzioni teoriche nel condominio", Scritti Giuridici varii*, III, Torino, 1926, pp. 454-484.

——, "*Servitù e obbligazione*", *RDComm*., 16, 1918, II, p. 485 y ss. (En *Scritti giuridici varii*, III, Torino, 1926, pp. 355-367).

——, *Corso de Diritto romano*, II, *La proprietà*, 1.Milano 1966, (reimpresión de la 1ª ed., Roma 1916).

——, *Corso de Diritto romano*, III, *Diritti reali*, Milano, 1972.

——, *Instituciones de derecho romano*, trad. Bacci-Larrosa, revisión por CAMPUZANO-HORMA, Madrid, 1929.

——, *Las relaciones de vecindad*, trad. García Valdecasas, Madrid, 1932.

BONNECASE, J., *Supplément, Traité théorique et pratique de droit civil de BAUDRY-LACANTINERIE*, Paris, I, 1924, V, 1930.

——, *Elementos de derecho civil*. II, *Derecho de las obligaciones, de los contratos y del crédito*, trad. por J. Mª Cajica, Puebla, 1945.

BORRELL, A., voz "Censo", *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, IV, Barcelona, 1952, p. 5 y ss.

BOUBLI, B., "*La fonction liberatoire du déguerpissement*", JCP, I, 1973, 2518.

BRANCA, G., *Della proprietà. Servitù prediali (art. 957-1099), Commentario SCIALOJA-BRANCA*, Bologna-Roma, 1947.

BRANCA, G., *Istituzioni di diritto privato*, 4ª ed., Bologna, 1969.

——, *Servitú prediali, Commentario SCIALOJA-BRANCA*, Bologna-Roma, 1979.

——, *Comunione. Condominio negli edifici, Commentario SCIALOJA-BRANCA* (arts. 1100-1139), Bologna-Roma, 1982.

——, voz "*Abbandono (derelictio) Diritto romano e intermedio", Enciclopedia del Diritto*, I, Milano, 1958, pp. 1-5.

BRETON, A., "*Théorie générale de la renonciation aux droits réels. Le déguerpissement en droit civil français*", *RTDC*, 1928, pp. 261-364.

BRIOSO ESCOBAR, E. L., "Cuestiones sobre la comunidad de derecho romano y la facultad de pedir la división", *RDN*, 107, 1980, p. 71 y ss.

BROCA Y DE MONTAGUT, G., *Historia del derecho de Cataluña*, 1918, ed. facsimil Barcelona, 1985.

BRUFAU, J, "La noción analógica del dominium en Santo Tomás, Francisco de Vitoria y Domingo de Soto", *Salmanticensis*, IV, 1957, p. 96 y ss.

BRUGI, B., "*L'ambitus ed il paries communis", RISG*, 4- 1887, cit. p. 161 y ss.

——, *Istituzioni di diritto romano*, 3ª ed., Torino, 1926, n. 59.

BRUNNER, H, *Historia del derecho germánico*, según la 8ª ed. alemana de C. VON SCHWERIN, Trad. y notas por J. L. ALVAREZ LOPEZ, Barcelona, 1936.

BURDESE, A., *Studi sull'ager publicus*, Torino, 1952.

——, *Servitù prediali, Trattato GROSSO-SANTORO PASSARELLI*, Milano, 1960.

——, "*Considerazioni in tema di diritti reali*", *RDC*, 1977, II, p. 307 y ss.

——, "*Il problema del diritto reale nell'ultima dottrina*", *RDC*, 1980, II, p. 210 y ss.

——, "*Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali*", RDC, 1983, II, pp. 226 y ss.

BUSNELLI, D., *La lesione del crédito da parte di terzi*, Milano, 1964.

BUSSI, E., "*Il diritto di censo come onere reale*", *Foro della Lombardia*, 1933, I, 344 ss.

——, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (Diritti reali ed obbligazioni)*, Padova, 1937.

BUTERA, A., "*Sulla efficacia reale degli oneri che impongono un determinato tipo nella costruzione degli edifici*", *Foro Italiano*, 1930, I, p. 916 y ss.

CABANILLAS SANCHEZ, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil, Madrid*, 1989.

CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M., "Circunstancias generales de la protección del consumidor en materia de vivienda", *Ponencias y Comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral*, I, Madrid, p. 73 y ss.

——, "Propiedad horizontal: anotación preventiva de embargo a favor de la comunidad de propietarios", *BCNR*, junio 1988, p. 1185 y ss.

——, *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*, 2ª ed., Madrid, 1993.

CALASSO, F., *Medioevo del diritto*, Milano, 1954.

——, "*Il problema istituzionale dell'ordinamento barbarico in Italia*", *Settimane di studio del centro italiano di studi sull'Alto Medioevo*, IX, *Il passaggio dell'antichità al Medioevo in Occidente*, Spoleto, 1962, p. 63 y ss.

CALASTRENG, S., *La relativité des conventions*, Toulouse, 1939.

CALO, E. y CORDA, T. A., *La multipropiedad*, trad. De la Cuesta, Madrid, 1985.

CAMY SANCHEZ-CAÑETE, B., "Las zonas de recreo en las urbanizaciones y la legislación sobre propiedad horizontal", *RDP*, 1971, p. 595 y ss.

——, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, I, 3ª ed., Pamplona, 1982.

CANNATA, C. A., «*Possessio», «possessor», «Possidere», nelle fonti giuridiche del basso impero romano. Contributo allo studio del sistema dei rapporti reali nell'epoca postclassica*, Milano, 1962

CAPELLINI, P. "*Systema iuris*", *Quaderni fiorentini*, 17/18, Milano, 1984/85.

CAPITANT, H., "*Des obligations de voisinage et specialement de la obligation qui pése sur le propriétaire de ne causer aucun dommage au voisin*", RCLJ, 1900, p. 156 y ss.

CARBONNIER, J., *Droit Civil*, III, *Les biens*, 15ª ed., París 1992.

——, *Derecho Flexible*, Trad. española por Diez Picazo, Madrid, 1974.

CARIOTA-FERRARA, L., *La rendita perpetua, Trattato VASSALLI*, VIII-3, Torino, 1943.

CARONI, P., "El derecho de superficie en el derecho suizo", *RDP*, 1974. p. 273 y ss.

CARROZA, A., "*L'individuazione del diritto agrario per mezzo dei suoi istituti*", RDC, 1975, 1, p. 107 y ss.

CASADO PALLARES, J. M. "La acción *communi dividundo* y la propiedad sobre pisos e instalaciones", *RDP*, 220, 1930, pp. 132-141.

CASELLI, G., *La multiproprietá*, 2ª ed., Milano, 1984.

CASTAN TOBEÑAS, J., "Es renunciable la enfiteusis?", *RGLJ*, 1919, 134-IV, p. 338 y ss.

——, *Derecho civil español, común y foral*, I-2, revisada por DE LOS MOZOS, 14ª ed., Madrid, 1984, reimpresión 1987.

——, *Derecho civil español, común y foral*, II-1, 12ª ed., Madrid, 1984, 13ª ed., Madrid, 1987, 14ª ed., Madrid, 1992, revisada por GARCIA CANTERO.

——, *Derecho civil español, común y foral*, II-2, 14ª ed. a cargo de MARIN PEREZ, P., Madrid, 1988.

——, *Derecho civil español, común y foral*, II-2, 15ª ed., revisada por J. GIL RODRIGUEZ, Madrid, 1994.

CATALA, P., "*Exposé de synthèse*", en *L'evolution contemporaine du droit des biens*, III Journées Savatier, Paris, 1991, p. 181 y ss.

CATALA ROS, R., *El abuso del usufructuario: análisis del artículo 520 del Codigo Civil, Madrid*, 1995.

CATTANEO, F., "*Il diritto di superficie in Svizzera e nel Ticino*", *Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, I, Madrid, 1985, p. 439 y ss.

CENCIO, L., *Tractatus de censibus*, Lyon, 1658.

——, *De Censibus*, Lyon, 1676.

CHENON, E., *Les démembrements de la propriété fonciére en France avant et aprés la Révolution*, Paris, 1926.

CHICO ORTIZ, J.M., "Las urbanizaciones, La Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad", *RCDI*, 484, 1971, p. 481 y ss.

CIAN, G y TRABUCCHI, A., *Commentario breve al Codice civile*, Padova, 1981.

CICALA, F.B., *Il rapporto giuridico*, 4ª ed., Milano, 1959.

CICU, A., *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948.

CLAPS, G., "*Le cosi dette obbligazioni reali*", *RISG*, 1896, 21-III, p. 294 y ss, 22-I, p. 39 y ss., 22-II, p. 278 y ss.

CLAVERO, B., *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla (1369-1836)*, Madrid, 1974.

——, "La enfiteusis ¿qué hay en un nombre?", *AHDE*, 56, 1986, p. 467-519.

CLEMENTE DE DIEGO, F. C., *Instituciones de derecho civil español*, I, 2ª ed, Madrid, 1941.

COCA PAYERAS, M., "Comentario a la STS de 10 de octubre de 1985", *CCJC*, 9, 1985, p. 2981 y ss.

——, "Comentario a la RDGRN de 18 de mayo de 1987", *CCJC*, 17, 1987, p. 4905 y ss.

Códigos antiguos de España. Colección completa de todos los códigos de España desde el *Fuero Juzgo* hasta la *Novísima Recopilación*. Publicada por M. MARTINEZ ALCUBILLA, 2 tomos, Madrid, 1887.

COING, H., "*Signification de la notion de droit subjectif*", *APD*, IX, Le droit subjectif en question, Paris, 1964, p. 1 y ss.

——, *Derecho privado europeo*, I y II, Trad. Perez Marin, Madrid, 1996.

COMPORTI, M., *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977.

——, "*Diritti reali in generale*", *Trattato CICU-MESSINEO*, Milano, 1980.

——, voz "*Servitu*", *Enciclopedia del Diritto*, XLII, 1990, p. 274 y ss.

CONFORTINI, *La multiproprietà*, I, Padova, 1983, p. 48.

CORBELLA, A., *Historia jurídica de las diferentes especies de censos*, Madrid, 1892.

CORDERO LOBATO, E., *El privilegio del crédito refaccionario*, Madrid, 1995

CORNU, G., *Droit Civil*, I, *Introduction, les personnes, les biens*, 4ª ed., Paris, 1990.

Corpus Iuris Civilis, trad. Ildefonso Gracía del Corral, ed. de KRIEGEL, HERMANN y OSENBRÜGEN, 1897, ed. Lex Nova, Valladolid, 1988.

CORRAL DUEÑAS, F., "La división del aprovechamiento de la tierra en extremadura", *Actas del I Congreso Internacional de derecho agrario en Extremadura*, Badajoz, 1987, p. 127 y ss.

CORTEJOSO GONZALO, V., "La división de los dominios y otras especialidades de los derechos reales en la agricultura", *Actas del I Congreso Internacional de derecho agrario en Extremadura*, Badajoz, 1987, p. 163 y ss.

COSSIO Y CORRAL, A., "La nuda propiedad", *ADC*, 1956, p. 745 y ss.

——, *Instituciones de derecho hipotecario*, Barcelona, 1956.

COSTANTINO, M., *Contributo alla teoria della propitá*, Napoli, 1967.

COSTANZA, M., "*Numerus clausus dei diritti reali e autonomía contrattuale*", Studi in onore di C. GRASSETTI, I, Milano, 1980, p.421 y ss.

——, *Il contratto atipico*, Milano, 1981.

COVIAN Y JUNCO, V., voz "*Enfiteusis", Enciclopedia Jurídica Española*, XIII, p. 531 y ss.

COVIELLO, N., "*Della succesione nei debiti a titolo particolare*", *Archivio Giuridico*, 57, 1896, p. 139 y ss.

CRESPO ALLUE, F., *La división de la comunidad de bienes*, Valladolid, 1993.

DABIN, J., *El derecho subjetivo*, trad. esp., Madrid, 1955.

——, "*Une nouvelle définition du droit réel*", *RTDC*, 1962, p. 20 y ss.

D'ADDIO, M., voz "*Contrattualismo", Enciclopedia del diritto*, X, Giuffre, Milano, 1962, p. 216-225.

DE ANGEL YAGÜEZ, R, "Servidumbre negativa y obligación de no hacer", *RCDI*, 514, 1976, p. 621 y ss.

DE BUEN, D., "La teoría de la relación jurídica en el Derecho civil", *Libro Homenaje al profesor Felipe CLEMENTE DE DIEGO*, p. 181 y ss.

——, voz "Servidumbres", *Enciclopedia Jurídica Española*, XXVIII, p. 625 y ss.

——, voz "Usufructo", *Enciclopedia Jurídica Española*, XXX, p. 585 y ss.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España. Parte general*, I, 1949. Ed. facsimil, Madrid, 1984.

DE JUGLART, M., *Cours de droit Civil*, I-1, 13ª ed., Paris, 1991. I-2, 9ª ed., Paris, 1978.

——, *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, Bordeaux, 1937.

DE LA CAMARA, M., "Insuficiencia normativa de la Ley de propiedad Horizontal", *Curso de Conferencias sobre propiedad Horizontal y Urbanizaciones Privadas*, Madrid, 1973, p. 33 y ss.

——, "Estudio sobre la propiedad horizontal", (nueva presentación de su "insuficiencia normativa..."), en *Estudios de derecho civil*, Madrid, 1985, pp. 245-524.

DE LA CAMARA, M., GARRIDO, E., y SOTO, A., "Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana", *Ponencias presentadas por el Notariado español a los congresos internacionales del Notariado Latino*, Madrid, 1975, p. 875 y ss.

DE LA IGLESIA, M. I., *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, Madrid, 1996.

DE LOS MOZOS, J. L., *El principio de la buena fe*, Barcelona, 1965.

——, *Estudios sobre derecho de los bienes*, Madrid, 1991.

——, *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, Madrid, 1988.

——, "La doctrina de F.C. von Savigny en torno a la transmisión del dominio", *RGLJ*, 1967, recogido en *Estudios sobre el derecho de los bienes*, pp. 75-143.

——, "Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el derecho español", *ADC*, 1972, recogido en *Estudios sobre derecho de los bienes*, pp. 145-226.

——, *El derecho real de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Madrid, 1974.

——, "La obligación real. Aproximación a su concepto", *Libro homenaje a Ramón Mª Roca Sastre*, II, 1977, p. 331 y ss.

——, "Los derechos reales en la sistemática de Vélez Sarsfield", *RDP*, junio 1986, p. 491 y ss.

——, "Iusnaturalismo y Pandectismo en las grandes codificaciones modernas", *Estudios Jurídicos Homenaje a Ursicino Alvarez*, 1978, en *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, Madrid, 1988, pp 95-128.

——, "Concepto de obligación", *RDP*, octubre 1980, recogido en *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, Madrid, 1988, pp. 305-331.

——, "El derecho de los bienes en el Código civil", *separata de Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 21-2, 1989, p. 61 y ss. Recogido en *Estudios sobre derecho de los bienes*.

——, "Estudio preliminar", *El código civil. Debates parlamentarios* (1885-1889), I, Madrid, 1989, p. 19 y ss.

——, "La formación del concepto de propiedad que acoge el código civil", *RCDI*, 609, 1992, p. 581 y ss.

——, "Reflexiones preliminares sobre el derecho de obligaciones", *Libro Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid, 1995, pp. 409-424.

——, "Metodología o epistemología jurídicas: reflexiones en la encrucijada", *RDP*, 1987, recogido en *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, Madrid, 1988, pp. 15-39.

——, *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madrid, 1993.

——, *El hipotecarista Francisco de Cárdenas. Trabajos y empeños de su vida y de su obra*, Madrid, 1997.

——, voz "Patrimonio", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XIX, Barcelona, 1989, p. 165 y ss., recogido en *Estudios sobre derecho de los bienes*.

DE LUCA, F., *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, Roma, 1915; Catania, 1929.

DE LUCA, P., "*Discussioni ed indagini sulla natura del rapporto giuridico*", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1960, p. 708 y ss.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Bruxelles, 1941.

DE PAGE, H. y DEKKERS R., *Traité élémentaire de droit civil belge*, VI, 2ª ed., Bruxelles, 1953.

DE SOTO, D., *De iustitia et iure*, VI, 1556, versión esp. de González Ordoñez, Madrid, 1968.

DEJANA, voz "*Abbandono (derelictio), Diritto Civile*", *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano, 1958, p. 5 y ss.

DEL SAZ, S., *Aguas subterráneas, aguas públicas (El nuevo derecho de aguas)*, Madrid 1990.

DELHAY, F., *La nature juridique de l'indivision*, Paris, 1968.

DEMOGUE, M., *Notions Fondamentales du Droit Privé*, Paris, 1911.

DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon*, 31. vol., Paris, 1845-1882, especialmente el *Traité des Servitudes*, I y II (t. XI y XII), Paris, 1872.

DERNBURG, H., *Pandekten*, 8ª ed., Berlín, 1910.

DERRUPPÉ, J., *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de crèance*, Paris, 1952.

DESCHENAUX, H., "*Encore des effets de l'annotation de droits personnels au registre foncier*", *RDS*, 1964, p. 319 y ss.

——, "*Les restriccions légales de la propriété foncière et le registre foncier*", *ZBGR*, 38, 1957, p. 321 y ss.

——, "*Obligations propter rem*", *Festgabe für Max Gutzwiller*, Basel, 1959, p. 711 y ss.

——, "*Les obligations dites réelles et leurs rapports avec le Registre Foncier*", *RSNRF*, n. 43, 1962, p. 282 y ss.

——, *Traité de droit privé suisse*, V-II-2, *Le registre foncier*, Fribourg, 1983.

DI MAJO, A., "*Delle obbligazioni en generale*", *Commentario* SCIALOJA-BRANCA (art. 1173-1176), Bologna, 1988.

DIAZ MARTINEZ, A., *Propiedad Horizontal y registro de la propiedad: Título constitutivo y responsabilidad patrimonial*, Madrid, 1996.

——, *Propiedad horizontal. El título constitutivo y su impugnación judicial*, Pamplona, 1996.

DIEZ GARCIA, H., *El tercer poseedor de finca hipotecada*, Pamplona, 1997.

DIEZ-PICAZO, L., "Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística", *RDU*, 1971, p. 13 y ss.

——, "Autonomía privada y derechos reales", *Libro Homenaje a ROCA SASTRE*, II, Madrid, 1976, p. 299 y ss.

——, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, 1978, reimpresión 1983, 4ª ed., 3 Vols., Madrid, 1995.

DIEZ-PICAZO, L., y GULLON, A., *Sistema de derecho civil*, III, 4ª ed., Madrid, 1988, 5ª ed. Madrid, 1990, 1993, 1995.

DIFERNAN, B. "La propiedad vista a través de los clásicos agustinos españoles del siglo XVI", *ADC*, 1957, p. 25 y ss.

DISTASO, N., "*Diritto reale, servitú ed obbligazione propter rem*", *RTDPC*, 1953, p. 437 y ss.

DOMENGE AMER, B., *El derecho de sobreedificación y subedificación*, Palma de Mallorca, 1983.

DOMINGUEZ PLATAS, J., *Obligación y derecho real de goce*, Valencia, 1994.

DORAL, J. A., *La fase de seguridad en la hipoteca*, Pamplona, 1966.

——, *Comentarios EDERSA*, VII-1, 1ª ed., Madrid, 1980; 2ª ed., Madrid, 1992.

D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1968.

DROUX, J., *Le mur mitoyen à l'exemple du droit fribuogeois*, Fribourg, 1984.

DUCLOS J., *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, Paris, 1984.

DUFOUR, A., "*Notion et division des choses en droit germanique*", *APD*, 24, *Les biens et les choses*, 1979, p. 95-125.

ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, Marburg, 1856.

ENGEL, P., *Contrats de droit suisse*, Berne, 1992.

ENNECCERUS, L-NIPPERDEY, H.C., *Derecho Civil (Parte General)*, II, trad. de la 39 ed. alemana por PEREZ GONZALEZ y ALGUER, 2ª ed. española al cuidado de PUIG BRUTAU, Barcelona, 1950.

ESCRICHE, J., voz "Carga", *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1847-1851.

ESCRIVA DE ROMANI, F., "Lo imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal", *RCDI*, septiembre-octubre 1967, p. 1246 y ss.

ESPIN CANOVAS, *Manual de Derecho Civil Español*, II, 3ª ed., Madrid, 1981.

FADDA C., y BENSA, P. E., *Notas a WINDSCHEID, Diritto delle Pandette*, continuadas por BONFANTE, IV, *Notas al libro* II, Torino, 1930.

FAIREN, M., "Derechos reales y de crédito: apuntes dogmáticos para el estudio de su distinción", *RDN*, 1ª parte, 1959, n. 23, pp. 95-256; 2ª parte, 1959, n. 24, pp. 139-266 y n. 25-26, pp. 155-362; 3ª partes, 1961, n. 31, pp. 171-341.

——, "La propiedad, teoría de errores", *RDP*, enero-diciembre 1963, p. 126 y ss.

——, Notas a OURLIAC-MALAFOSSE, *Derecho romano y francés histórico*, II, *Los bienes*, Barcelona, 1963.

FEDELE, A., *La Comunione, Trattato GROSSO-SANTORO-PASSARELLI*, Milano, 1967.

FEENSTRA, R., "*Les origines du dominium utile chez les glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des ultramontani)*", *Fata iuris romani, Etudes d'histoire du droit*, Leyde, 1974, p. 215 y ss.

——, "Grocio y el derecho privado europeo", *AHDE*, XLV, 1975, pp. 605-621.

——, "*L' emphytéose et le problème des doits réels*", *La formazione del diritto moderno in Europa, Atti del 3er Congresso Internazionale della Societá italiana di Storia del diritto*, Firenze, 1977, p. 1295 y ss.

FENET, P. A., *Recueil Complet des travaux prèparatoires du Code civil*, Paris, 1927, reimpresión 1970.

FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, *Comentarios EDERSA*, V-2, Madrid, 1985.

——, *La ley de Propiedad horizontal en el derecho español*, 3ª ed., Madrid, 1983.

FERRARA, F., *Trattato di diritto civile italiano*, I-1, Roma, 1921.

——, "*Concetto e tipi dei diritti reali*", 1907, recogido en *Scritti Giuridici*, II, Milano, 1954, pp. 411-450.

FERRER ARELLANO, J., *Filosofía de las relaciones jurídicas*, Madrid, 1963.

FERRI, L., *Della trascrizione immobiliare, Commentario SCIALOJA-BRANCA*, Bologna-Roma, 1967.

FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, 3ª ed. Riveduta, Milano, 1908.

FERRU, D., *La notion de servitude*, París, 1973.

FIRMAT, J., "Acción para reclamar pensiones de censos", *RDP*, 1914, p. 312 y ss.

FLOREZ DE QUIÑONES, V., "Comunidad o servidumbre de pastos", *RDP*, 1933, p. 161 y ss.

FOLGADO, A., Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo; estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI, San Lorenzo del Escorial, 1960.

FOLLERIO, *Praxis censualis*, Venecia, 1583.

FONT BOIX, V., DE LA ESPERANZA, A., ESPINOSA, J.L., MADRIDEJOS, J., PEÑA E., y ROJAS, L., "La propiedad inmobiliaria en el mundo actual: adquisición, protección y limitaciones", *RDN*, 83, enero-marzo 1974, p. 143 y ss.

FRAGALI, M., *La Comunione*, II, *Trattato CICU-MESSINEO*, Milano, 1978.

——, *La comunione*, III, *Trattato CICU-MESSINEO*, Milano, 1983.

FREIMULLER, U., *Die Stellung der Baurechtsdientsbarkeit im System der dinglichen Rechte*, Bern, 1967.

FREJAVILLE, M., "*Préface*" a ABERKANE, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, Paris, LGDJ, 1957.

FUENTES LOJO, J.V., *Suma de la propiedad por apartamentos*, I, Barcelona, 1969.

FUSTEL DE COULANGES, N. D., *La cité antique*, París 1910.

GAILLARD, E., *Le pouvoir en droit privé*, Paris, 1985.

GALGANO, F., *Diritto privato*, Padova, 1981.

GALLEGO, E. A., *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Madrid, 1996.

GALO SANCHEZ, *Curso de historia del derecho, Introducción y fuentes*, Madrid, 1960.

GANDOLFI, voz "*Oneri reali*", *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980.

GARAUD, M., *Histoire générale du droit privé français (1789-1793). La révolution et la propriété foncière*, Paris, 1959.

GARBAGNATI, E., "*Diritto soggettivo e potere giuridico*", *Ius*, oct-dic. 1941, p. 7 y ss.

GARCIA AMIGO, M., "Condominio *pro diviso* o propiedad separada", *RDP*, Marzo 1974, p. 175 y ss.

GARCIA CANTERO, G. "La adquisición de inmuebles vacantes por el estado", *RAP*, 1965, p. 9 y ss.

——, *Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, ad*. arts. 491-512, p. 1313 y ss.

GARCIA DE VALDEAVELLANO, L., *Curso de historia de las instituciones españolas*, 3ª ed., Madrid, 1973.

GARCIA GARCIA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, I, Madrid, 1988.

GARCIA GARCIA, J. M., VIDAL FRANCES, ALVAREZ BELTRAN, J., "Los conjuntos inmobiliarios en relación con el registro de la propiedad", *Ponencias y comunicaciones... V CIDR*, Madrid, 1983, p. 2 y ss.

GARCIA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*, Madrid, 1852, reimpresión Zaragoza, 1974.

GARCIA ORMAECHEA, R., *Supervivencias feudales en España. Estudio de Legislación y Jurisprudencia sobre señoríos*, Madrid, 1932.

GARCIA-ARANGO Y DIAZ-SAAVEDRA, C., "El derecho de superficie con reversión parcial de lo edificado como solución aplicable registralmente al cambio de suelo por vuelo", *Ponencias*... VI *CIDR*, Madrid, 1985, p. 495 y ss.

GARDIES, J. L., "*La chose et le droit sur la chose dans la doctrine du droit de Kant*", *APD*, 24, 1979, pp. 139-149.

GARREAU DE LA MECHENIE, J. H. "*La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur*", *RTDC*, 1944, p. 219 y ss.

GAUDEMET, Y., "*La superposition de propriétés privées et du domaine public*", *D.*, 1978, *chronique* 293.

——, "*Les constructions en volume sur le domaine public*", en *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Paris, 1991, pp. 135-154.

GELFUCCI-THIBIERGE, C., "*De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif*", *RTDC*, 1994, p. 275 y ss.

GHESTIN, J., *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat*, 2ª, París, 1994.

GHESTIN, J. y GOUBEAUX, G., *Traité de Droit Civil, I, Introduction générale*, 1ª ed., París, 1977.

——, *Traité de droit civil, I, Introduction générale*, 2ª ed., Paris, 1983.

GIBERT, R., "Los contratos agrarios en el derecho medieval español", *Boletín de la universidad de Granada*, 22, 1950, pp. 305-330

——, *Historia general del derecho español*, Granada, 1968.

GIERKE, O., *Deutsches Privatrecht*, II, Leipzig, 1905.

GIL RODRIGUEZ, J., "La pretendida vinculación del uso o destino de los espacios privativos en el régimen de Propiedad horizontal", *RCDI*, 611, julio-agosto 1992, p. 1817 y ss.

GINOSSAR, S., *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, 1960.

GIORGIANNI, M., *Contributo alla teoría dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940.

——, *La obligación*, trad. de Verdera y Tuells, Barcelona, 1958.

——, voz "*Diriti reali*", *Novissimo Digesto Italiano*, V, 1960, p. 748 y ss. Hay versión española, "Los derechos reales", *RCDI*, 1967, p. 7 y ss.

GIRARD, P.F., *Manuel élémentaire de Droit romain*, 8ª ed. Paris, 1929.

GIVERDON, C., "*Commentaire à Civ*. 30 *juin* 1992", *JCP*, 1993, II, 22131.

GIVORD, F. y GIVERDON, C., "*Encore et toujours la destination des parties privatives*", Comentario a Versailles, 21 diciembre 1989, *RDI*, abril-junio 1990, 12, 2, p. 94 y ss.

——, *La copropriété*, Paris, 1987.

GLOOR, A., *Der aussergrundbuchliche Eigentumserwerb nach schweizerisches Recht*, Zurich, 1929.

GOMEZ CALLE, E., "La significación del título constitutivo en el régimen de la propiedad horizontal", *ADC*, octubre-diciembre 1992, p. 1564 y ss.

——, voz "Propiedad horizontal", *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, Madrid, 1995, III, pp. 5290-5299.

GONZALEZ ALEGRE BERNARDO, M., *Las relaciones de vecindad*, Barcelona, 1967.

GONZALEZ CARRASCO, M. C., *Representación de la comunidad de propietarios y legitimación individual del comunero en la propiedad horizontal*, Barcelona, 1997.

GONZALEZ PALOMINO, "Adjudicación en pago de deudas", *Estudios jurídicos de arte menor*, I, Pamplona, 1964, p. 189 y ss.

——, "El acrecimiento en la mejora", *AAMN*, en *Estudios jurídicos de arte menor*, II, p. 559 y ss.

GONZÁLEZ PORRAS, J. M., *Notas* a BIONDI, *Las servidumbres*, Madrid, 1978.

GONZALEZ, J., *Estudios de derecho hipotecario y derecho civil*, Madrid, 1948.

GOROSTIAGA, N. *El Código civil y su reforma ante el derecho civil comparado (de las obligaciones en general)*, Buenos Aires, 1941.

GOUBEAUX, G., "*Abstraction et réalisme dans la determination de l'objet de la propriété immobilière (â propos du découpage de l'espace en volumes cessibles)*", *Etudes dédiées a Alex Weill*, Paris, 1983, pp. 279-294.

——, Comentario a Sentencia 18 marzo 1969, *Cour d'appel d'Amiens*, *JCP* 1969, II, 16405.

——, *La règle de l'accesoire en droit privé*, Paris, 1969.

GOUTAL, J.L., *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Paris, 1981.

GOYET, CH., *Louage, propriété et financement des investissements*, Strasbourg, 1981.

GRAZIANI, G. A., *Il riconoscimento dei diritti reali*, Padova 1979.

GROSSI, P., *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Pompeya, 1963.

——, "*Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*", *Ius*, XVIII, 1967.

——, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, 1968.

——, "*Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*", *Quaderni Fiorentini*, I, 1972, p. 287 y ss.

——, "*La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*", *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno, Quaderni Fiorentini*, Milano, 1973, p. 117 y ss.

——, "*Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*", *Quaderni Fiorentini*, 5-6, 1976-1977, p. 216 y ss.

——, voz "*Proprietà (Diritto intermedio)*", *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano, 1988, p. 226 y ss.

GROSSO, G., "*Servitù e obbligazione propter rem*", *RDComm*., 1939, I, p. 213 y ss.

——, *I problemi dei Diritti reali nell'impostazione romana*, Torino, 1944.

——, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, 2ª ed., Torino, 1958.

GROSSO, G, y DEJANA, G., *Le servitù prediali*, I, *Trattato VASSALLI*, 2ª ed., Torino, 1955.

GUAITA, A., *Derecho administrativo. Aguas, montes, minas*, Madrid, 1986.

GUHL, T., "*Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung*", *Festgabe der juristichen Fakültät Bern für das schweizerische Bundesgericht*, Bern, 1924, p. 93 y ss.

GUILARTE, V., *Comentarios EDERSA, XXII*-1, Madrid, 1982, p. 390 y ss.

——, *El derecho de superficie*, Pamplona, 1966.

GUILARTE GUTIERREZ, V., *La constitución voluntaria de servidumbres en el derecho español*, Madrid, 1984.

GULLON BALLESTEROS, A., "La disolución de la comunidad de bienes en la Jurisprudencia", *ADC*, 1965-II, p. 365 y ss.

——, *La superficie urbana, Sevilla*, 1960.

GUTIERREZ, B., *Códigos o Estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, Madrid, 1863, ed. facsímil Valladolid, 1988.

GUTIERREZ-ALVIZ, N., *Diccionario de derecho romano*, 3ª ed., Madrid, 1982.

HAAB, R., *Zürcher Kommentar zum ZGB*, IV, *Das Sachenrecht, 1. Einleitung*, Zürich, 1929.

HANSENNE, J., *La servitude collective: modalité du service foncier individuel ou concept original*, Liége, 1969.

——, "*De l'obligation réelle accesoire à l'obligation réelle principale*", *Etudes WEILL*, 1983, p. 325 y ss.

HASSLER, T., "*L'intérêt commun*", *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 4, 1984, p. 582 y ss.

HATTENHAUER, H., *Conceptos fundamentales del derecho civil*, trad. esp., Barcelona, 1987.

HEBRAUD, P., "*Préface*" a MARTY, J. P., *La dissociation juridique de l'immeuble*, Paris, 1979.

HEDEMANN, J. W, *Tratado de Derecho civil, II, Derechos reales*, trad. Díez Pastor-González Enriquez, Madrid, 1955.

HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960.

——, *Dictámenes*, I, Madrid, 1968.

——, "Las relaciones de vecindad en el Código Civil", *Obras Completas*, 4, Madrid, 1987, pp. 89 a 173.

HERNANDEZ GIL, F., "Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones *propter rem*", *RDP*, 1962, p. 850 y ss.

HOMBERGER, A., *Besitz und Grundbuch, Zurcher Kommentar*, IV-3, 2ª ed., Zurich, 1938.

HUBER, E. "Los derechos reales en el derecho privado suizo", trad. de E.R. RAMOS, en *Estudios sobre la publicidad en el derecho privado*, I, Madrid, 1919, pp. 7 a 59.

HÜBNER, E., *Grunzüge des Deutschen Privatrechts*, Leipzig-Erlangen, 1922.

HUERTA TROLEZ, A., "Reserva estatutaria de la facultad de dividir locales en régimen de propiedad horizontal. Comentario a la STS 30 de septiembre de 1988", *La Ley*, 1989-2, pp. 1188-1191.

IGLESIAS, J., *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, 11ª ed., Barcelona, 1993.

JAEGER, P.G., *L'interesse sociale*, Milano, 1972.

JAEGGI, P., *Ueber das vertragliche Vorkaufsrecht*, ZBGR, 39, 1958, p. 71 y ss.

JOST, A., *Die Realobligation als Rechtinstitut, mit besonderer Berücksichtigun des schweizerischen Sachenrechts*, Bern, 1956.

JOUVENT, J., *Interpretation de l'article 686 du Code Civil. De la règle que les servitudes doivent bénéficier ou préjudicier au fonds et non à la personne*, Grenoble, 1935.

KANT, I., *Principios metafísicos del Derecho* (es una parte de la *Metafísica de las costumbres*), trad. esp. por G. LIZARRAGA, Madrid 1873, Buenos Aires, 1974.

——, *Metafísica de las costumbres*, trad. y notas por CORTINA y CONILL, Madrid, 1989.

KASER, M., *Das Römische privatrecht*, I, *Das altrömische, das vorklassische und Klassische Recht*, 2ª ed., München, 1971.

KHOLER, J., *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I, *Allgenmeiner Teil*, Berlin, 1906.

KISCHINEWSKI-BROQUISSE, E., *La copropriété des immeubles bâtis*, 3ª ed., Paris, 1978.

KORNPROBST, M., *Étude sur la notion de servitude*, Strasbourg, 1936.

LA TORRE, M. E., *Abbandono e rinunzia liberatoria*, Milano, 1993.

LABORDE-LACOSTE, M., *Essai sur la notion d'ayant-cause à titre particulier*, Strasbourg, 1936.

LACHANCE, L., *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, 1959.

LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de derecho civil*, I, Barcelona 1974.

——, *Elementos de derecho civil*, III-1, 1ª ed., Barcelona, 1974; III-1-1 y III-1-2, 2ª ed., Barcelona, 1988; III-1 3ª ed., Barcelona 1991.

——, *Elementos de derecho civil*, III-2, 1ª ed., Barcelona, 1980; 2ª ed., Barcelona, 1991.

LAFAILLE, H., *Derecho Civil*, III, *Tratado de los derechos reales*, 1, Buenos Aires, 1943.

LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. esp., Barcelona, 1960.

——, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. italiana, Milano, 1966.

——, *Derecho civil, Parte general*, trad. y notas M. IZQUIERDO, Madrid, 1978.

LARROUMET, C., "*L'intérêt collectif et les droits individuels dans la copropriété des immeubles bâtis*", *JCP*, 1976, 2812.

LASARTE ALVAREZ, C., "Una paupérrima reforma de la ley de propiedad horizontal", *La Ley*, 1975, 1988, p. 1027 y ss.

——, *Principios de derecho Civil*, II, Madrid, 1993.

LASO MARTINEZ, J. L., "El derecho de superficie en el ámbito urbanístico", *Ponencias*... VI *CIDR*, Madrid, 1985, p. 519 y ss.

——, "De la propiedad de las casas por pisos a los conjuntos inmobiliarios", *RCDI*, 619, 1993, p. 1823 y ss.

LAURENT, F., *Principes de droit civil français*, 3ª ed., Bruselas-Paris, 1878.

LEEMANN, H., *Berner Kommentar zum ZGB*, IV, 2ª A., Bern, 1920.

——, *Tratado de derecho civil*, I, *Parte general*, trad. José Mª Navas, Madrid, 1956.

LEICHT, P. S., *Studi sulla proprietà fondiaria nel Medio Evo*, Milano, 1964.

LELONG, *La vie et les oeuvres de Loyseau*, Paris, 1909.

LÉPARGNEUR, J., "*De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs au bien transmis*", *RTDC*, 1924, p. 481 y ss.

LEPOINTE, G., "*Le concept de la propriété dans le Code Civil: ses origines et son évolution durant le XIXe siécle*", *Etudes de droit contemporaine*, Paris, 1962, p. 102 y ss.

LEVIS, M., *L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits*, Paris, 1989.

LEVY, E., "La transmission", extracto de su obra *Sur l'idée de trasmission des droits (à propos de la preuve de la propriété)*, Paris, 1896, en el volumen *La vision socialiste du droit*, París 1926, p. 13 y ss.

——, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property, (Memory of the American Philosophical Society*, 29), Philadelphia, 1951.

LIVER, P., *Kommentar zum ZGB, Das Sachenrecht, Dientsberkeiten und grundlasten*, I, *Einleitung*, Zürich, 1951.

——, "*Die Realobligation. Ihre Klassificatorishe Bedeutung und praktische Verwendbarkeit*", *RSNRF*, n. 43, 1962, pp. 257 y ss.

——, "*Der Verzicht und auf den Miteigentumsanteil*", *Festschrif Walter Hug*, Bern, 1968, p. 353 y ss.

——, *Schweizerisches Privatrecht*, V-1, Das Eigentum, Bâle, 1977.

LOBATO GOMEZ, J.M., *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, Madrid, 1989.

LOCKE, J., *Two treatises of government*, ed. Caslette, Cambridge, 1970.

LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminale de la France*, Paris, 1827-1832.

LOMBOIS, J. C., *Statut de la copropriété des immeubles bâtis. Commentaire, D*. 1966, Législation.

LOPEZ DE HARO, C., "Comunidad de regantes", *RGLJ*, 1912, 121, p. 302 y ss.

LOPEZ DE ZAVALIA, F. J., *Derechos Reales*, I, Buenos Aires, 1989.

LOSCERTALES FUERTES, D., *Los gastos comunes y la reclamación a morosos*, Madrid, 1992.

LOT, F, *La fin du monde antique et le début du Moyen Age*, Paris, 1968.

LOYSEAU, C., *Traité du déguerpissem*ent, 1957, en *Les oeuvres de maistre Charles Loyseau*, ed. 1670, resumido por LELONG, *La vie et les oeuvres de Loyseau*, Paris, 1909, pp 55-120.

LUCAS FERNANDEZ, F., *La servidumbre predial de paso en el derecho civil común español*, Murcia, 1963.

LUPO COSTI, "*Un caso di obbligazione propter rem?* (*nota a Cass*. n. 4045/1978)", *Giur. It*., 1979, I, 1, c. 796.

MADRIDEJOS SARASOLA, J., "Los derechos personalísimos", *RDP*, 1968, pp. 270-285.

MANRESA, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, Madrid, III, 1893; IV, 5ª ed., Madrid, 1931; XI, Madrid, 1905.

MARCADE, V., *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, II, 6ª ed., Paris, 1869.

MARCOS JIMENEZ, M., *Parcelaciones y reparcelaciones urbanísticas y el Registro de la Propiedad*, Madrid, 1976.

MARIN GARCIA DE LEONARDO, T., "Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario", *ADC*, 1989, pp. 813 y ss.

MARTI MIRALLES, J., "Sobre la acción de reclamar pensiones de censos", *RDP*, 1914, p. 465 y ss.; 1916, p. 317 y ss.

MARTIN BLANCO, J., *Las urbanizaciones privadas y su posible configuración jurídica*, Madrid, 1973.

MARTIN PEREZ, A., *Derechos reales*, I, *Doctrinas generales. La posesión*, Zaragoza, 1958.

MARTIN RETORTILLO, S., *De las Administraciones Autónomas de las aguas públicas*, Sevilla, 1960.

MARTY, G.-RAYNAUD, P., *Droit Civil, Les Biens*, 2ª ed., Paris, 1980.

MARTY, J. P., *La dissociation juridique de l'immeuble*, Paris, 1979.

MAURA Y MONTANER, A., *Discurso de apertura del curso 1899-1990 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1900.

MAYER, H., *Les rapports de voisinage dans les immeubles divisés par appartements, notamment dans les grands ensembles*, Paris, 1981.

MEIER-HAYOZ, A., *Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht*, IV, *Sachenrecht, I: Das Eigentum, 1. Lieferung*, Bern (3ª *Aufl*. 1958, 4ª *Aufl*. 1966), *Systematischer Teil*.

MEJASSOL, R., *La mitoyenneté des murs*, Paris, 1939.

MELON INFANTE, C., "En torno a la situación jurídica de medianería en el Código civil Español (notas para su estudio)". *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 1963, p. 258 y ss.

MENA-BERNAL ESCOBAR, M.J., ¿*Es constitutiva la inscripción del derecho de superficie*?, col. *Jurisprudencia Práctica*, 83, Madrid, 1995.

MENCHEN, B. y F. "Dictamen sobre uso y disfrute de plazas de garaje. Copropiedad", *RCDI*, n. 541, p. 1493 y ss.

MENGOLI, "Problemas de la planificación urbanística privada", con nota de RODELLA, *RDU*, 1968, 10, p. 73 y ss.

MENGONI, L., "*L'oggeto dell'obbligazione*", *Ius*, 1952.

MERLIN, M., *Recueil Alphabétique des questions de droit*, 2ª ed., Paris, 1820.

MESSINEO, F., *Le servitù*, Milano, 1949.

——, *Manuale de diritto civile e commerciale*, III, 9ª ed., Milano, 1959.

MEYNIAL, E., "*Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé, du XII au XIV siècle dans les romanistes*", *Mélanges Fitting*, II, Montpellier, 1908, reimpresión AALEN-FRAKFURT/Main, 1969, pp. 409-461.

MEZQUITA DEL CACHO, J. L., "El derecho real de superficie en la ley de 12 de mayo de 1956", *RDP*, 1957, pp. 753 y ss.

MICHAELIDES-NOUAROS, G., "*L'évolution récente de la notion de droit subjectif*", *RTDC*, 1966, p. 185 y ss.

MICHAS, H., *Le Droit Réel considéré comme une obligation passive universelle*, París 1900.

MICHON, L., *Des obligations propter rem dans le Code Civil*, Nancy, 1891.

MIQUEL CALATAYUD, J. A:, "Consideraciones sobre el derecho de superficie edificativo en el ordenamiento jurídico español", *Ponencias... VI CIDR*, Madrid, 1985, pp. 577-632.

MIQUEL GONZALEZ, J. M., *Comentarios EDERSA*, V-2, Madrid, 1985.

——, *Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia*, Madrid, 1991, *ad*. arts. 392 y ss.

MIQUEL, J., *Derecho privado romano*, Madrid, 1992.

MOLINA, L., *De Justitia et de Iure*, Cuenca, 1597.

——, *Tractatus de contractibus. Disputationes de censibus*, Lugduni, 1676.

MONET ANTON, F., "Estatutos de propiedad horizontal", *AAMN*, XII, 1961, p. 61 y ss.

——, "Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de propiedad Horizontal", *Centenario de la ley del Notariado*, sección 2ª, I, Madrid, 1962, p. 243 y ss.

——, "Los garajes en comunidad. Variantes en su tratamiento jurídico ante la Ley de propiedad Horizontal", *RDN*, 77-78, julio-diciembre 1972, p. 445 y ss.

MONTANARI, C., voz "*Rendita perpetua (Diritto Intermedio)*", *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 820-847.

MONTES PENADES, V. L., en A.A.V.V., *Derechos reales y derecho registral inmobiliario*, Valencia, 1994.

——, "La comunidad de propietarios como colectividad organizada", *ADC*, 1972, 25, p. 853 y ss.

——, *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*, Madrid 1980.

MORANGE, J., "*La Déclaration et le droit de propriété*", Droits, 8, 1988, pp. 101-110.

MOREAU, E., "*La «servitude de non concurrence», étude critique*, D. 1994, *Chronique* 331.

MORELLO, U., *Multiproprietà e autonomia privata*, Milano, 1984.

MORENO TRUJILLO, M. A., "El documento de censo en la Castilla del siglo XVI", *RDN*, 145-146, 1989., p. 313 y ss.

MORENO TRUJILLO, E., *La indivisión voluntaria en las comunidades de bienes por cuotas, Barcelona*, 1994.

MOULY, C., *Les causes d'extinction du cautionnement*, Paris, 1980.

MOUREY, J. L., *Les équilibres socio-psychologiques de la copropriété*, Strasbourg, 1970.

MOURGEON, L., *Les effets des conventions à l'égard des ayants cause à titre particulier en droit français*, París, 1934.

MOXO, S., *La disolución del régimen señorial en España*, Madrid, 1965.

MUGDAN, B., *Die gesamten Materialien zum Burgerlichen Gesetzbuch für Deutsche Reich*, I-V, *Nebst Sachregister*, Berlin, 1899, ed. VERLAG, AALEN, 1979.

NAQUET, E., "*Caractère des actions mixtes*", *Revue Générale de Législation Française et Étrangère*, 1874, p. 200 y ss.

NATOLI, U., *La trascrizione*, Torino, 1970.

NATUCCI, A., *La comproprietá nella giurisprudenza*, Padova, 1977.

——, *La tipicitá dei diritti reali*, Padova, I, 1982, II, 1985. II, 2ª ed. Padova, 1988.

NAWIASKI, H., *Allgemeine Rechtslehre*, trad. esp. por J. Zafra, *Teoría general del derecho*, Pamplona, 1962.

NEGRI, A., *Alle origini del formalismo giuridico (Studi sul problema della forma in Kant e nei giuristi Kantiani tra il 1789 e il 1802)*, Padova, 1962.

NETO, A., *Código Civil anotado*, 8ª ed., Lisboa, 1993.

NEUENSCHWANDER, U., *Die Leistungspflichten der Grundeigentümer im französischen Code Civil und im schweizerischen ZGB unter besonderer Berüchsichtigung des Nachbarrechts*, Zurich, 1966.

NICOLO, R., voz "*Diritto Civile*", *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, pp. 905-921.

NICOLO, R., y GIORGIANNI, M., voz "*Usufrutto*", *Nuovo Digesto Italiano*, XII-2, Torino, 1940, pp. 778-801.

NUÑEZ BOLUDA, M. D., *La accesión en las edificaciones*, Barcelona, 1994.

NUÑEZ LAGOS, R., "El Registro de la Propiedad Español", *RCDI*, 250-251, p. 137 y ss., 216 y ss.

NUYENS, M., "*La théorie des munera et l'obligation professionnelle au Bas-Empire*", *RIDA*, 1958, pp. 519-537.

OLIVEIRA ASCENÇAO, J., *Direitos reais*, Lisboa, 1972.

ORESTANO, R., "*Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*", *Ius*, 1960, p. 150 y ss.

ORTEGA PARDO, G.J., "La hipoteca del usufructo y su extinción", *RDP*, 1946, pp. 822-838.

ORTIZ NAVACERRADA, S., "Apunte sobre la ejecución civil dineraria frente a comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal", *Revista Jurídica SEPIN*, julio 1994, pp. 8-15.

ORTOLAN, M., *Généralisation Du Droit Romain*, 11ª ed., Paris, 1880.

OSER, H. y SCHOENENBERGER, W., *Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht*, 2, 2ª ed., Zürich, 1936.

OSSORIO MORALES, J., "Las servidumbres *in faciendo* en el derecho español", *RDP*, n. 249, 1934, p. 177 y ss.

OSTERTAG, F., *Berner Kommentar, Besitz und Grundbuch*, Bern, 1917.

——, *Kommentar zum ZGB, Sachenrecht*, III., Bern, 1921.

OURLIAC, P., y DE MALAFOSSE, J., *Derecho romano y francés histórico*, II, *Los bienes*, Barcelona, 1963

PALERMO, A., *Enfiteusi, superficie, oneri reali, usi civici*, en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, dir. W. BIGIAVI, Torino, 1965.

——, voz "*Onere*", *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Torino, 1965, pp. 915-920.

PALLASSE, M., "*La capitation et le problème du Bas-Empire*", *RHD*, 1958, p. 67 y ss.

PANTALEON PRIETO, F., "Comentario a la sentencia de 27 de junio de 1988", *CCJC*, 17, 1988, p. 643 y ss.

——, *Comentario del Codigo civil, Ministerio de Justicia*, Madrid, 1993, I, *ad*. art. 612, p. 1556 y ss.

PARA MARTIN, A., *La comunidad de propietarios y sus órganos. (Estudio práctico jurisprudencial)* Barcelona, 1992.

PARADA, R., *Derecho administrativo*, III, 4º ed., Madrid 1991.

PATAULT, A. M., "*La propriété non exclusive au XIX siêcle, histoire de la dissociation juridique de l'immeuble*", *RHD*, 1983, pp. 217-237.

——, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, 1989.

PAU PEDRON, A., "La multipropiedad en el derecho comparado", *RDR*, n. 10, 1984, pp. 23-67.

PAZ ARES, J. C., "Pequeñas instituciones agrarias del Derecho Foral de Galicia", *RGLJ*, febrero, 1966, p. 250 y ss.

PELAYO HORE, S. "La indivisión perpetua en el Código Civil", *RDP*, 1942, p. 458 y ss.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 2ª ed., Madrid, 1986.

PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "Enajenación del usufructo y el Código Civil", *Centenario del Código Civil*, II, Madrid, 1990, pp. 1593-1616.

PEREZ GONZALEZ, B. y ALGUER, J., *Notas* a *ENNECERUS, Tratado de Derecho Civil*, III-1, Barcelona, 1971.

PEREZ PASCUAL, E., *El derecho de propiedad horizontal. Un ensayo sobre su estructura y naturaleza jurídica*, Valencia, 1974.

PEREZ PEREZ, E., "Las comunidades de usuarios en la nueva legislación de aguas", anexo a *El consorcio real en el derecho positivo español*, Madrid, 1986.

——, *El consorcio real en el derecho positivo español*, Madrid, 1986.

——, *Propiedad, comunidad y finca registral*, Madrid, 1995.

PERLINGIERI, P., *Codice Civile*, III, Torino, 1980.

——, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino-Nápoles, 1980.

PETIT, E., *Tratado Elemental de Derecho Romano* (1892), trad. de la 9ª ed. francesa, Santo Domingo, 1990.

PETOT, P., "*Observation sur la théorie des tenures*", *Recueils de la Société Jean Bodin*, III, *La tenure*.

PIOTET, P., "*Des effets de l'annotation au registre foncier de rapports de droit personnels*", *RDS*, 1960, p. 403 y ss.

——, "*Les effets typiques des annotations au regiestre foncier*", *RSNRF*, 1969, p. 34 y ss.

——, *Traité de droit privé suisse*, V-3, *Les droits réels limités, les servitudes et les charges foncières*, Fribourg, 1978.

PIRES DE LIMA, F. y ANTUNES VARELA, J., *Código Civil anotado*, III, 2ª ed., Coimbra, 1987.

PLANIOL, M., *Traité élémentaire de Droit Civil*, I, 1ª ed., París 1899.

PLANIOL, M y RIPERT, G., *Traité élémentaire de droit Civil français*, II, 10ª ed., Paris, 1926.

PLANIOL, M, RIPERT, G. y BOULANGER, J., *Traité Élémentaire de Droit Civil*, II, 4ª ed. Paris, 1952.

PLANIOL, M, RIPERT, G. y PICARD, M., *Traité Pratique de Droit Civil Français*, III, *Les biens*, 2ª ed., Paris, 1952.

PLANITZ, H., *Principios de derecho privado germánico*, trad. por MELON INFANTE, Barcelona, 1957.

PONS, M. y DEL ARCO, M., *Régimen jurídico de las servidumbres*, Granada, 1989.

——, *Régimen jurídico de la Propiedad Horizontal*, Granada, 1990; 6ª ed. 1995.

PORTALIS, J. E. M., *Présentation au Corps Législatif et exposé des motifs*, en FENET, P. A., *Recueil Complet des travaux prèparatoires du Code Civil*, Paris, 1927, reimpresión 1970.

POTHIER, R. J., *Oeuvres*, 1ª ed. BUGNET, Paris, 1845-1848; 2ª ed. BUGNET, Paris, 1861-1862.

POVEDA MURCIA, J., "Concurrencia de derechos sobre fincas rusticas", *ADC*, 1949, pp. 149 y ss.

Primer Simposio sobre Propiedad Horizontal, Valencia, 1972.

PROUDHON, M., *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, 2ª ed. revisada, Dijon, 1836.

PUGLIESE, G., *Usufrutto, uso e abitazione, Trattato VASSALLI*, IV-5, Torino, 1954; 2ª ed, 1972.

——, voz "*Diritti reali*", *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milano, 1964, p. 756 y ss.

——, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1986.

——, *Istituzioni di diritto romano. Sintesi*, Torino, 1994.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil*, III-1, 3ª ed., Barcelona, 1989.

——, *Fundamentos de derecho civil*, III-2, 2ª ed., Barcelona, 1973; 3ª ed., Barcelona, 1979.

——, *Fundamentos de derecho civil*, III-3, 3ª ed., Barcelona, 1983.

PUIG PEÑA, F., *Tratado de derecho Civil español*, II, I-2, Madrid, 1953.

QUARANTA, A. y PREDEN, R., *Delle servitú prediali, Commentario DE MARTINO*, Roma, 1976.

QUERU, R., *Synthèse du Droit Réel et du Droit Personnel*, Caen, 1905.

QUINTANA PETRUS, J.M., *Derecho de aguas, Barcelona*, 1989.

RAGEL SANCHEZ, L. F., *Las urbanizaciones de uso privado*, Madrid, 1990.

——, *Manual de Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Cáceres, 1997.

——, *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponobilidad*, Valencia, 1994.

RAMPONI, L., *Della comunione di proprietà o comproprietà*, Napoli-Torino, 1922.

REALE, M., *Introducción al derecho*, 5ª ed., trad. BRUFAU PRATS, Madrid, 1982.

REBOLLEDO, A. L., *La servidumbre de paso en el Código* Civil, Madrid, 1990.

REGELSBERGER, F., *Pandekten*, I, Leipzig, 1893.

RENOUX-ZAGAME, M. F., "*Du droit de Dieu au droit de l'homme: sur les origines théologiques du concept moderne de propriété*", Droits, I, 1985.

RESCIGNO, P., *Manuale del diritto privato italiano*, 4ª ed., Napoli, 1984, 8ª ed., Napoli, 1988.

REYNAUD, P., "*La renonciation a un droit. Sa nature et son domaine en Droit Civil*", *RTDC*, 1936, p. 763 y ss.

RIALS, S., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988.

RIEG, A., voz "*Usufruit*", *Répertoire de droit civil, Encylopédie Juridique Dalloz*, 2ª ed., IX, 1991.

RIGAUD, L., *Le droit réel. Histoire et théorie*, Paris, 1911, trad. española de Xirau, Madrid, 1928.

RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Aix, 1902.

RIUS SERRA, J., *Cartulario de Sant Cugat del Vallés*, 3, Barcelona, 1847.

RIVERA FERNANDEZ, M., y HORNERO MENDEZ, C., *Propiedad horizontal: ¿es siempre necesaria la unanimidad para alterar un elemento común?*, col. *Jurisprudencia Práctica*, 133, Madrid, 1997.

RIVERO HERNANDEZ, F., "Estatuto jurídico y régimen funcional de la propiedad separada en el Anteproyecto de ley de Conjuntos inmobiliarios de 1991", *Conjuntos inmobiliarios y Multipropiedad*, Barcelona, 1993.

ROBERT, A., voz "*Servitudes*", *Répertoire de droit civil, Encylopédie Juridique Dalloz*, 2ª ed., IX, 1990.

ROCA JUAN, J., "La renuncia liberatoria del comunero. Notas al artículo 395 del Código Civil Español", *ADC*, 1957, p. 91 y ss.

——, "Fundo sirviente, lugar de ejercicio", *RDN*, enero-marzo 1962, p. 13 y ss.

——, *Comentarios EDERSA*, V-1, Madrid, 1980. 2ª ed., Madrid, 1990.

——, *Comentarios EDERSA*, VII-2, Madrid, 1978. 2ª ed., Madrid, 1990.

ROCA SASTRE, R. M., La concepción del usufructo como «*pars dominii*» y sus reflejos en la legislación del impuesto de derechos reales", *RGLJ*, 1942 (II), p. 575 y ss

——, "Ensayo sobre el derecho de superficie", *RCDI*, 1961, pp. 7-66.

——, "La servidumbre predial como cauce adecuado del acceso registral de limitaciones privadas urbanísticas", *I Congreso de Derecho Registral*, (1961) pp. 73-110.

——, *Derecho hipotecario*, I, 5ª ed., Barcelona, 1954.

——, *Derecho hipotecario*, II, III y IV, 6ª ed., Barcelona, 1968.

ROCA SASTRE, R. M. y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, III, 7ª ed., Barcelona, 1979.

——, *Derecho Hipotecario*, I, 8ª ed., Barcelona, 1995.

ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL-MADRIDEJOS, *Derecho hipotecario*, V, 8ª ed., Barcelona, 1997.

RODRIGUEZ LOPEZ, F., "La naturaleza «*ob rem*» de la obligación de renta vitalicia", *RCDI*, 1980, n. 541, p. 1335 y ss.

RODRIGUEZ MARIN, C, *Liquidación de gastos con ocasión de la tenencia de una cosa*, Barcelona, 1994.

ROGUIN, E., *La Règle de Droit. Etude de science juridique pure*, I, Lausanne 1889.

ROMAN GARCIA, A., *La tipicidad en los derechos reales*, Madrid, 1994.

ROMANO, F., *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1966.

ROMANO, S., "*Diritti assoluti*", *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.

ROSSEL, V. y MENTHA, F. H., *Manuel de Droit Civil Suisse*, II y III, 2ª ed., Lausanne-Genève, 1931.

ROUBIER, P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, 1963.

ROVIRA MOLA, voz "Gravamen", *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, X, Barcelona, 1976.

RUBIO GARRIDO, T., *La propiedad inmueble y el mercado hipotecario*, Madrid, 1994.

RUEDIN, R., *Le droit réel de superficie*, Neuchatel, 1969.

RUGGIERO, R., *Instituciones de derecho Civil*, I, Trad. Serrano Suñer-Santa Cruz Teijeiro, I, Madrid, 1929; II, Madrid, 1931.

RUIZ-RICO, J., *Las urbanizaciones privadas*, Madrid, 1987.

RUSSO, A., "*Servitú di appoggio e* «refectio parietis»", *LABEO*, 30 (1984) 1, p. 71 y ss

SAEZ DE SANTAMARIA, A., "Dictamen. Estatutos de propiedad horizontal; abuso de derecho; defensa de los consumidores", *RCDI*, 588, 1988, p. 1661 y ss.

SALA, J., *Ilustración del derecho real de España*, I, 2ª ed., Madrid, 1820.

SALIS, L., *La comunione, Trattato VASSALLI*, Torino, 1939.

——, "*Superficie*", *Novissimo Digesto Italiano*, XVIII, Torino, 1971, pp. 944-954.

——, *Il condominio negli edifici*, Torino, 1959. Trad. por Fuentes Lojo, *El condominio en los edificios*, Barcelona, 1968.

SALVAT, R. M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, II, 9ª ed., actualizada por ROMERO DEL PRADO, Buenos Aires, 1951.

SALVI, F., "*Perpetuità di un diritto di godimento*?", *RTDPC*, 1949, p. 192 y ss.

SANCHEZ ALBORNOZ, C., *El régimen de la tierra en el reino asturleonés hace mil años*, Buenos Aires, 1978.

SANCHEA DE OCAÑA, R., *Estudio crítico de las diversas especies de censos*, Madrid, 1892.

SANCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho civil*, III, Madrid, 1900.

SANCHO REBULLIDA, F. J., *Usufructo de montes*, Barcelona, 1960.

——, "El sistema de los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra", *ADC*, 27, 1974, pp. 67-90.

SANGIORGI, S., *Regolamento contrattuale e diritti reali, en Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, XXXV, 1974.

——, *Multiproprietà immobiliare e funzione del contratto*, Napoli, 1983.

SANTORO-PASSARELLI, F., *Dottrine generali del diritto civile*, 4ª ed. Napoli, 1954.

——, *Doctrinas generales del derecho civil*, trad. Luna Serrano, Madrid, 1964.

——, "*Il codice dei valori essenziali*", en *Temi della cultura Giuridica Contemporanea*, Padova 1981, p. 135 y ss.

SANTOS BRIZ, J., *Derecho Civil, Teoría y práctica*, II, Madrid, 1973.

SAPENA TOMAS, J., "Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas", *AAMN*, 1968, XVI, p. 483 y ss.

SARGENTI, M., voz "*Diritti reali*", *Novissimo Digesto Italiano*, 5, Torino 1960, p. 745 y ss.

SAVATIER, R., "*Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*", *RTDC*, 1934, p. 526 y ss.

——, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, III, 1959.

SAVIGNY, F. C., *Le droit des obligations*, trad. al francés por Gèrardin y Jozon, I, 2ª ed. revisada, corregida y aumentada, Paris, 1873.

——, *Sistema del derecho Romano actual*, Trad. de MESIA y POLEY, 2ª ed., Madrid.

SAVOIA, C., "*I regolamenti interni di caseggiati suddivisi fra piú proprietà*", *Foro Italiano*, 1926, I, p. 109 y ss.

SCACCHI, D., *L'obligation propter rem et les droits personnels annotés au registre foncier*, Locarno-Genève, 1970.

SCAEVOLA, Q. M., *Código civil concordado y comentado extensamente*, Madrid, VII, 1892; X, 1955; VIII-IX, 1911; XXIV-2, 1915.

SCHERILLO, G., *Lezioni di diritto romano. Le cose*, Milano, 1945.

SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, trad. Santa Cruz Teijeiro, Barcelona, 1960.

SCIALOJA, V., "*Sulla servitus oneris ferendi*", *Archivio Giuridico*, 1881, 27, p. 145, en *Studi Giuridici*, I, 1ª parte, Roma, 1933, p. 84 y ss.

SCYBOZ, G. y GILLIERON, P. R. *Code civil et Code des obligationes annotés*, 5ª ed., Payot, Lausanne, 1993.

SERRANO Y SERRANO, I., *El Registro de la propiedad en el Código Civil Suizo comparado con el derecho español*, Valladolid, 1934.

SERVAT ADUA, J., "*Derechos reales y pactos de trascendencia real*", *RCDI*, 1948, p. 750 y ss.

SESTAN, E., *Stato e nazione nell'Alto Medioevo*, Napoli, 1952.

SIERRA PEREZ, I., "Propiedad horizontal: cambio de titularidad y gastos comunes", *ADC*, abril-junio 1990, p. 573 y ss.

SIESSE, G., *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, Paris, 1923.

SOLARI, G., *Individualismo e diritto privato*, Torino, 1959.

SOLUS, H., "*Faculté d'abandonner le fonds grevé d'une servitude; conditions de validité de cet abandon*", *RTDC*, 1943, p. 127.

SOTO NIETO, F., "Virtud modeladora de los estatutos", *Cuestiones jurídicas. Jurisprudencia creadora*, I, Madrid, 1976, p. 325-358.

STEINAUER, P. H., "*La propriété privée aujourd'hui*", *RDS*, 1981, II, p. 117 y ss.

——, *Les droits réels*, I, 2ª ed., Berne, 1990.

——, *Les droits réels*, II, 1ª ed., Berne, 1990.

——, *Les droits réels*, III, Berne, 1992.

STOLFI, N., *Diritto civile*, II-2, *I diritti reali di godimento*, Torino, 1928.

SUMMERHART, C., *Opus de contractibus*, IV, Haguenau, 1500.

SUNGURBEY, I., "*L'effet de l'annotation des droits personnels au registre foncier*", RDS, 1966, pp. 113 y ss.

TALAMANCA, N., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.

TAMAYO, A., *El derecho real de servidumbre*, Barcelona, 1956.

TERRE, F., "*Variation de sociologie juridique sur les biens*", ADP, 1979, pp. 17-29.

——, "*La évolution du droit de propriété depuis le Code Civil*", *Droits*, 1, 1985, p. 33 y ss.

TERRE, F. y SIMLER, P., *Droit civil, Les biens*, 4ª ed., Paris, 1992.

TERZAGO, G., *Il Condominio: trattato teorico-prattico*, Milano, 1988.

THON, A., *Norma Giuridica e diritto soggettivo*, Trad. italiana por A. Levi, de *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Weimar, 1878, 2ª ed. Padova, 1951.

TILOCCA, E., "*La distinzione tra diritti reali e diritti di credito*", *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1950, p. 3 y ss.

TORRALBA SORIANO, O.V., "Las obligaciones derivadas de la situación de propiedad horizontal", *Documentación Jurídica*, 7-8, 1975, p. 131 y ss.

TORRENT, A., *Manual de derecho privado romano*, Zaragoza, 1987.

TOULLIER, C. B. M., *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, completado por J. B. DUVERGIER, 6ª ed., Paris, 1846.

TRABUCCHI, A., *Istituzioni di diritto civile*, 30ª ed., Padova, 1989.

TRIFONE, R., voz "*Censo*", *Novissimo Digesto Italiano*, III, Torino, 1959.

——, voz "*Oneri reali (Storia del diritto)*", *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Torino, 1965.

TRIMARCHI, P., *Istituzioni di diritto privato*, 8ª ed., Milano, 1989.

TRULLENQUE SANJUAN, J., "Los derechos reales *in faciendo*", *Revista General del Derecho*, 1949, p. 298 y ss., 362 y ss., 434 y ss., 548 y ss., 612 y ss., 676 y ss.

UNGER, J., *System des oesterreichen allgemeinen Privatrechts*, 5ª ed., Leipzig, 1892.

UTRERA RAVASSA, C., "Aspectos registrales de las concesiones de puertos", *RCDI*, n. 555, 1983, pp. 345 y ss.

VACCARI, P., *La territorialità come base dell'ordinamento giuridico del contado nell'Italia medioevale*, 2ª ed., Milano, 1963.

VALLADARES RASCON, E., "La ley del Patrimonio del Estado y la protección del poseedor", *RDP*, mayo 1976, p. 361 y ss.

VALLET DE GOYTISOLO, J., "Determinación de los derechos susceptibles de trascendencia registral", *RCDI*, 1961, pp. 163 y ss.

——, "Notas críticas a la pretensión de encasillar todos los derechos patrimoniales en las categorías de derechos reales y de crédito", en *Estudios sobre derecho de cosas*, I, 2ª ed., Madrid, 1985, pp. 217-225.

——, "Determinación de las relaciones jurídicas referentes a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto de tercero", en *Estudios sobre derecho de cosas*, I, 2ª ed., Madrid, 1985, pp. 253-364.

VAN BEMMELEM, P., *Les Notions fondamentales du Droit Civil*, Amsterdam, 1892.

——, *Nociones fundamentales de derecho civil*, trad. de NAVARRO PALENCIA, 2ª ed., Madrid, 1923.

VAREILLES-SOMMIERES, "*La définition et la notion juridique de la propriété*", *RTDC*, 1905, IV, p. 438 y ss.

VATTIER FUENZALIDA, C., "La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos", *Libro homenaje a Roca Juan*, Murcia, 1989.

——, "Tipología de las innovaciones en las cosas comunes en la disciplina positiva de la Propiedad Horizontal", *RGLJ*, septiembre 1976, pp. 251-268.

VAZQUEZ DE AVENDAÑO, L., *Tractatus de censibus Hispaniae*, Alcalá, 1614.

VELASCO DOMINGUEZ, P., "El sujeto pasivo de las obligaciones de conterbuir a los gastos comunes (notas en torno a los artículos 9.5 y 20 LPH)" *Actualidad Civil*, 33, 1994, p. 636 y ss..

VENEZIAN, G., *Usufructo, uso y habitación*, trad. Revista de Derecho Privado. Notas de CASTAN. Madrid, 1928.

VENTURA-TRAVESET Y GONZALEZ, A., *Derecho de propiedad horizontal*, 5ª ed., Barcelona, 1992.

VICENTE FERRANDO, J., *Edificios ruinosos. Supuestos de declaración y procedimiento*, 2ª ed., Madrid, 1990.

VITUCCI, P., *Utilitá e interesse nelle servitù prediali*, Milano, 1974.

VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, trad. Daza Martinez, Madrid, 1986.

VON ROTH, P. R., *System des deutschen Privatrechts*, I-III, Tübingen, 1880-1886.

VON THUR, A., *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, I-1, *Derechos subjetivos y patrimonio*, trad. por Tito Ravá, Buenos Aires, 1946.

WACHTER, G. P., *Handbuch des im Koenigreich Württemberg geltenden privatrechts*, II, Stuttgart, 1851.

WALINE, M., *L'individualisme et le droit*, Paris, 1945.

WEBER-GRELLET, H., "*Die Gesamthand-ein Mysterienspiel?*", *Archiv für die Civilistische Praxis*, agosto 1982.

WEILL, A., *Le principe de la relativité des conventions*, Strasbourg, 1938.

WEILL, A., *Les Biens*, Paris, 1970.

WIEACKER, F., *Storia del diritto privato moderno*, II, trad. italiana por S. A. Fusco, Milano, 1967.

WIELAND, C., *Komentar zum ZGB*, IV, *Das Sachenrecht*, Zurich, 1909.

——, *Les droits réels dans le Code Civil Suisse*, I, Paris, 1913.

WILLOWEIT, D., "*Proprietas und dominium*", *Historisches Lehrbuch*, München-Freiburg, 1974.

WINDSCHEID, B., *Die Aktio des römischen Zivilrechts vom standpunk des heutingen rechts*, Düsseldorf, 1856.

——, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 5ª ed., Stuttgart, 1879.

——, *Diritto delle Pandette*, traducción italiana y notas de FADDA y BENSA, Torino, 1902, *ristampa*, Torino, 1930.

WINDSCHEID, B., y KIPP, T., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3 vols., 9 *Auflage*, Frankfurt am Main, 1906.

WOLFF, M. y RAISER, L., *Derecho de Cosas*, II, en *Tratado de Derecho Civil*, por ENNECCERUS, L.- KIPP, T.- WOLFF, M., 3-2, Trad. PEREZ GONZALEZ y ALGUER, 3ª ed. al cuidado de PUIG BRUTAU, Barcelona, 1971.

YUNG, W., "*Devoirs generaux et obligations*", *Festgabe für Wilhelm Schönenberger*, Freiburg, 1968, p. 163 y ss.

ZACHARIAE, *Le Droit Civil français*, trad. de la 5ª ed. alemana, anotado por MASSÉ y VERGÉ, Paris (1854-1860), vol. II, 1855; III, 1857; V, 1860.

ZANON MASDEU, L., *La propiedad de casas por pisos*, Barcelona, 1965.

ZENATTI, F., "*La notion de servitude*", *RTDC*, n. 446, abril-junio 1989, pp. 351-354.

——, "*Servitudes de lottissement*" *RTDC*, 1989 (4), pp. 689-690

ZURILLA CARIÑANA, M. A., *La garantía real y la propiedad horizontal*, Madrid, 1995.