**DERECHO CIVIL**

**TEMA 23**

**EL DERECHO REAL: NATURALEZA Y CARACTERES. SU DIFERENCIA CON EL DERECHO DE CRÉDITO. LA TIPICIDAD DE LOS DERECHOS REALES. DERECHOS REALES RECONOCIDOS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. TIPOS DUDOSOS DE DERECHOS REALES.**

**EL DERECHO REAL: NATURALEZA Y CARACTERES.**

Los derechos reales forman parte de los derechos subjetivos patrimoniales junto con los de crédito y los que recaen sobre bienes inmateriales.

Conforme a las jurisprudencia del Tribunal Supremo, los caracteres de los derechos reales son los siguientes:

1. Son derechos que reciben esta denominación, que procede del sustantivo latino *res*, o cosa, por recaer directa e inmediatamente sobre la cosa, de forma que no hay en ellos un sujeto pasivo individualmente determinado.
2. Son eficaces *erga omnes*, generando un deber general de respeto y abstención de todos quienes no son sus titulares, por lo que dan lugar a una acción contra cualquier poseedor o perturbador de la cosa misma que es su objeto.
3. Son derechos que atribuyen a su titular un poder directo e inmediato sobre una cosa, por lo que su titular puede obtiene todas o parte de las utilidades a que puede dar lugar la cosa.
4. No obstante, los derechos reales no generan una relación entre persona y cosa, ya que en toda relación jurídica existe siempre un sujeto activo y un sujeto pasivo u obligado. Lo que ocurre es que en los derechos reales el sujeto pasivo es indeterminado, toda vez que la obligación que engendran es un simple deber de abstención que recae sobre todos, sin perjuicio tanto de las peculiaridades de los derechos reales limitativos del dominico como de la individualización del sujeto pasivo cuando se lesiona el derecho.
5. En su estructura se pueden precisar tres elementos, a saber:
6. Un sujeto activo, individual o plural, quien es el titular del poder que atribuye el derecho real, y unos sujetos pasivos indeterminados, todos los que no son sus titulares. No obstante, en los derechos reales limitativos del dominio, existe un sujeto pasivo concreto, el titular del dominio de la cosa sobre la que recaen, como ocurre con el dueño de la finca hipotecada.
7. Su objeto es la cosa sobre la que directamente recae el derecho, que debe existir real y actualmente; ser lícita por ser susceptibles de tráfico *inter privatos*; y ser determinada.
8. Su contenido es el poder o señorío que atribuyen sobre la cosa, que permite a su titular ejercer sobre tal cosa todas o algunas de las facultades de exclusión, de disposición, de persecución y de uso y disfrute.

Los autores han formulado las siguientes teorías acerca de la naturaleza de los derechos reales:

1. La teoría clásica, que pone el acento en el carácter de relación inmediata entre la persona y la cosa. Con ello pretende deslindarlos de los de crédito, en los que la relación constitutiva se da entre dos personas, acreedor y deudor.
2. La teoría obligacionista, que estima inaceptable la posibilidad de una relación jurídica entre una persona y una cosa, por lo que el derecho real debe configurarse desde el punto de vista de la obligación pasiva universal.
3. La teoría ecléctica, que distingue en el derecho real dos elementos, a saber:
4. Un elemento interno, constituido por el poder directo e inmediato sobre la cosa.

No obstante, esta inmediatez se pone en duda en aquellos derechos reales que exigen una conducta positiva de una persona determinada, como ocurre con las servidumbres positivas *in faciendo* del artículo 533 del Código Civil de 24 de julio de 1889, que imponen al dueño del predio sirviente la obligación de hacer alguna cosa por sí mismo, o en los censos, que conforme al artículo 1604 del Código Civil obligan al censatario al pago de un canon o rédito anual.

En estos casos aparecen las denominadas obligaciones *propter rem*, que son aquellas en las que al derecho sobre la cosa se añade una obligación accesoria, impuesta a quien sea titular del fundo gravado.

1. Un elemento externo, constituido por la obligación pasiva universal de respeto y abstención.

Sin embargo, también existen excepciones a esta oponibilidad *erga omnes* en los supuestos en que el legislador, para proteger el tráfico jurídico, autoriza las adquisiciones *a non domino*, es decir, garantiza y mantiene la titularidad del derecho real por un tercero a pesar de no haberlo ha adquirido de su legítimo dueño, adquisiciones que el programa exige considerar en el tema 28 de esta parte del mismo.

Por último, el estudio de la naturaleza del derecho real exige considerar al denominado *ius ad rem*, como figura de derecho real en formación, que surge cuando para el nacimiento del *ius in re* o derecho real puro, el ordenamiento jurídico exige que el perfeccionamiento del contrato vaya seguido de otro requisito, como la inscripción registral o la tradición.

Así ocurre en nuestro ordenamiento jurídico, en el que conforme a los artículos 609, 1445 y 1461 del Código Civil, la compraventa no produce la adquisición por el comprador del dominio de la cosa vendida, sino tan sólo la obligación del vendedor de entregarla, siendo tal entrega la que produce el efecto traslativo del dominio.

Por ende, una vez perfeccionada la compraventa pero mientras la cosa vendida no ha sido entregada, el comprador tiene un derecho a adquirir la propiedad de la cosa mediante la entrega, pero no un derecho sobre la cosa, que no existirá hasta que le haya sido entregada.

El ordenamiento jurídico refuerza este *ius ad rem* mediante vías que facilitan su conversión en un *ius in re*, como la anotación preventiva de la demanda en los términos previstos por los artículos 42 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 y 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000.

**SU DIFERENCIA CON EL DERECHO DE CRÉDITO.**

Los caracteres de los derechos reales marcan unas reconocidas diferencias con los derechos de crédito, que se observan atendiendo a distintos puntos de vista, y así:

1. Por el objeto, ya que si los derechos de crédito recaen sobre la conducta de una persona o prestación, que debe dar, hacer o no hacer alguna cosa, como precisa el artículo 1088 del Código Civil, los reales recaen directa e inmediatamente sobre una cosa, sin ser precisa una conducta concreta, activa o pasiva, de otro sujeto.

No obstante, esta distinción se atenúa en los derechos reales limitativos del dominio.

1. Por los sujetos, ya que si los derechos de crédito precisan de un sujeto pasivo o deudor individualmente determinado, en los reales no hay una persona específica a la que debe exigirse su cumplimiento, sino que la obligación pasiva de no intromisión es universal.

No obstante, esta distinción se atenúa en los derechos reales llevan aparejada una obligación *propter rem*.

1. Por su ejercicio, ya que si los derechos de crédito tan sólo generan una acción contra el específico deudor, los reales dan lugar a una acción eficaz contra cualquier perturbador del derecho del titular.
2. Por la forma, ya que si los derechos de crédito son en principio susceptibles de adquisición, modificación o extinción por el mero consentimiento, incluso verbal, conforme al artículo 1280.1º del Código Civil deben constar en documento público “los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles”.

No obstante, el título de adquisición de los derechos reales mobiliarios no tiene por qué ser escrito, y existen determinados derechos obligacionales cuya adquisición requiere de documento público, como los derivados del contrato de sociedad mercantil de capital, conforme prevé el artículo 20 del texto refundido de su Ley reguladora de 2 de julio de 2010.

1. Por las consecuencias de la destrucción de la cosa, que nos siempre da lugar a la extinción del derecho de crédito pero que acarrea la inevitable extinción del derecho real.
2. Por el modo de adquisición, ya que si en los derechos de crédito es suficiente la existencia de título, en los derechos reales tal título ha de ser seguido por la tradición, conforme a los artículos 609 y 1095 del Código Civil.

Además, los derechos de crédito no pueden adquirirse por prescripción, mientras que sí que pueden usucapirse los derechos reales susceptibles de posesión, conforme también indica el artículo 609 del Código Civil.

1. Por la acción tutelar del derecho, ya que si la acción personal sólo puede hacer valer contra el deudor, la acción real es *erga omnes*.
2. Por la amplitud de su eficacia, ya que si los derechos reales sólo producen efectos *inter partes*, tal y como precisa el artículo 1257 del Código Civil al establecer que “los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos”, y por ello no necesitan un especial sistema de preferencia entre ellos, los derechos reales, en caso de colisión entre ellos, son organizados con arreglo al criterio de antigüedad, que cristaliza en el principio *prior in tempore, potior in iure*.
3. Por su vocación de permanencia, ya que si los derechos de crédito se extinguen cuando se ejercitan por el pago o cumplimiento, conforme precisa el artículo 1156 del Código Civil, los derechos reales son susceptibles de reiteración en su ejercicio.

No obstante, existen excepciones, ya que existen derechos realmente limitados temporalmente, como el usufructo o la superficie, o accesorios de una obligación y que se extinguen con ésta, como la prenda o la hipoteca. Así mismo, existen derechos obligacionales temporalmente indefinidos, como los derivados del contrato de sociedad.

**LA TIPICIDAD DE LOS DERECHOS REALES.**

Es una polémica que desde antiguo divide a la doctrina la posibilidad, o no, de que los particulares puedan crear derechos reales distintos a los típicamente configurados por el legislador, polémica que ha dado lugar a posiciones científicas, sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de los Registros tanto a favor de una como de otra tesis.

La nota de eficacia *erga omnes* que tienen los derechos reales y la obligación pasiva universal que generan es el principal argumento de quienes abogan por el principio de tipicidad legal o, al menos, jurisprudencial.

En cambio, quienes consideran que los derechos reales típicos son un *numerus apertus*, invocan el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil y el silencio del mismo al respecto.

Esta última tesis, además, cuenta con apoyo explícito en el artículo 2.2 de la Ley Hipotecaria, en cuya virtud, son inscribibles “los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres *y otros cualesquiera reales*”, y en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947, que entiende son inscribibles, además de los títulos referentes a los derechos reales que explícitamente enumera el precepto legal citado, “cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en Derecho, modifique, desde luego, o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales”.

En cualquier caso, doctrina y jurisprudencia exigen unos mínimos requisitos para admitir derechos reales atípicos creados por los particulares, como son los siguientes:

1. Que el pretendido nuevo derecho real lo sea realmente por reunir los caracteres propios de tales derechos.
2. Que su existencia esté justificada por un cierto interés general o por una especial función económica o social.
3. Que no contradigan el orden público económico, límite impuesto a la autonomía de la voluntad por el artículo 1255 del Código Civil.
4. Que, en el caso de los inmobiliarios, se cumplan los requisitos de forma documental exigidos por el artículo 1280 del Código Civil y, si han de inscribirse, de la perfecta descripción del objeto gravado y del derecho que pretende inscribirse, conforme a los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario.

**DERECHOS REALES RECONOCIDOS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.**

El Libro II del Código Civil, “De los animales, de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones”, reconoce y regula la propiedad o dominio, la posesión, el usufructo, el uso y habitación y las servidumbres.

El Libro IV del Código Civil, “De las obligaciones y contratos”, reconoce y regula los censos (en sus tres formas, enfitéutico, consignativo y reservativo), la hipoteca inmobiliaria, la prenda mobiliaria con desplazamiento de la posesión y la anticresis.

Fuera del Código Civil, el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2015 regula el derecho de superficie, que su artículo 53 define como “la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas”.

Respecto de la clasificación de estos derechos reales, es clásica la de Wolff, que distingue entre el derecho real provisional o de protección provisoria, que es la posesión, y los derechos reales definitivos, que son el resto.

Dentro de los derechos reales definitivos se distingue el dominio de los demás derechos reales.

El dominio es el derecho real pleno, ya que conforme al artículo 348 del Código Civil “la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa o de un animal, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”, mientras que el resto de derechos reales sólo atribuyen a su titular una parte de las posibilidades de aprovechamiento de las cosas sobre las que recaen, correspondiendo el resto de facultades al propietario o *dominus*. Por ello, los derechos reales distintos al dominio son tanto *limitados* a alguna de las facultades del mismo como *limitativos* del mismo dominio, que se ve privado por su existencia de alguna de tales facultades.

El dominio, además, admite la cotitularidad, dándose así lugar a las diferentes figuras de comunidad de bienes, tanto ordinaria, por cuotas o romana, regulada por los artículos 392 y siguientes del Código Civil, como a las comunidades en mano común o germánicas, como la hereditaria, como la específica situación de la copropiedad de los elementos comunes que a los propietarios de los pisos y locales de un edificio atribuye el artículo 396 del Código Civil y la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960.

Los derechos reales limitados se dividen en varias categorías, a saber:

1. Los derechos de goce o disfrute, que atribuyen a su titular la facultades de obtener directamente aprovechamientos producidos por la utilización de la cosa. Son sus figuras las siguientes:
2. El usufructo, que conforme al artículo 467 del Código Civil “da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia”, incluyendo por ende el derecho a usar y percibir los frutos naturales, industriales y civiles que produzca la usufructuada.
3. El uso, que conforme al artículo 524 del Código Civil “da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia.
4. La habitación, que conforme al mismo precepto “da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia”.
5. La servidumbre, que conforme a los artículos 530 y 531 del Código Civil “es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño”, o “en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada”.
6. El censo, que conforme al artículo 1604 del Código Civil surge cuando “se sujetan algunos bienes inmuebles al pago de un canon o rédito anual en retribución de un capital que se recibe en dinero, o del dominio pleno o menos pleno que se transmite de los mismos bienes”.
7. La superficie, antes definido, y que puede comprender además de los casos de construcción o edificación los de siembra o plantación.
8. El derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, en cuya virtud se atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un periodo específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente, el cual está regulado para los inmuebles de uso turístico y vacacional por la Ley de 6 de julio de 2012.
9. Los derechos reales de garantía o de realización de valor, que atribuyen a su titular la facultad de promover la enajenación de una cosa, para con el precio obtenido resarcirse de una obligación insatisfecha cuyo cumplimiento garantizaba. Son sus figuras las siguientes:
10. La hipoteca inmobiliaria, que conforme a los artículos 1876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria “sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida”.
11. La prenda con desplazamiento de la posesión, que recae sobre una cosa mueble, incluyendo el dinero, cuya posesión pierde el propietario. La jurisprudencia admite la prenda de derechos, como el de percepción de las rentas arrendaticias, incluso futuros o inciertos, como el derecho a devoluciones tributarias. Así mismo, cabe la prenda sobre acciones o participaciones sociales regulada por el artículo 132 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
12. La hipoteca mobiliaria, que incluye la hipoteca de aeronave, y la prenda sin desplazamiento de la posesión, reguladas por la Ley de 16 de diciembre de 1954, y la hipoteca naval, regulada por la Ley de Navegación Marítima de 24 de julio de 2014.
13. La anticresis, por la que conforme al artículo 1881 del Código Civil “el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito”, y en caso de impago del crédito garantizado con tal inmueble otorga al acreedor la facultad de instar su realización, conforme al artículo 1884 del Código Civil.
14. Los derechos reales de adquisición, que otorgan el poder de hacerse con la titularidad de la cosa sobre la que recaen a título oneroso y pagando su valor. Son sus figuras las siguientes:
15. El tanteo, que opera ante la inminente transmisión por su propietario a un tercero, y el retracto, que actúa cuando la transmisión a un tercero ya se ha realizado, mediante la subrogación del titular del derecho en el lugar del adquirente.

Al retracto convencional se refiere el artículo 1507 del Código Civil “cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida”.

Además, existen muchas leyes que atribuyen a diversas personas tales derechos de adquisición preferente, como:

1. Los atribuidos a comuneros y colindantes por los artículos 1522 y 1523 del Código Civil.
2. Los atribuidos a los arrendatarios por las artículos 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994 y 22 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 26 de noviembre de 2003.
3. Los atribuidos al Estado por los artículos 81 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y 38 de la Ley de Patrimonio Histórico Español de 25 de junio de 1985 sobre bienes de interés cultural, o por el artículo 29 de la Ley de Costas de 28 de julio de 1988 sobre yacimientos de áridos, o 30 de la Ley de Carreteras de 29 de septiembre de 2015 sobre los bienes colindantes con el demanio viario.
4. Los atribuidos a las comunidades autónomas por el artículo 25 de la Ley de Montes de 21 de noviembre de 2003 sobre los montes protectores.
5. Los previstos por la legislación urbanística.
6. El de opción de compra inscribible regulado por el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, que dispone que “será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes: Primera, convenio expreso de las partes para que se inscriba. Segunda, precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción. Tercera, plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años. En el arriendo con opción de compra la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento”.

**TIPOS DUDOSOS DE DERECHOS REALES.**

Entre los tipos dudosos de derechos reales destacan los siguientes:

1. El derecho de retención, que constituye una garantía reconocida por la ley a determinados acreedores, a lo que se les faculta para conservar en su poder la cosa del deudor hasta que se les satisfaga el crédito relacionado con la misma, como el que atribuyen a mandatario y depositario los artículos 1730 y 1780 del Código Civil.

El derecho de retención sí que es expresamente considerado un derecho real por el Código Civil de Cataluña.

1. El derecho hereditario, esto es, el que corresponde a los coherederos que han aceptado la herencia por su cuota ideal respectiva de la misma y mientras la herencia permanece indivisa.

La posición doctrinal actual más extendida es considerarlo, no como un derecho real, pero sí como un derecho absoluto, protegido por una acción con eficacia *erga omnes*.

La Dirección General de los Registros y del Notariado entiende que el derecho hereditario es un derecho en abstracto al conjunto de bienes que integran la herencia y no un derecho en concreto sobre bienes determinados, del que el heredero puede disponer *in abstracto*, transmisión que se concretará en los bienes que se le adjudiquen en la partición, pero no de bienes concretos, ni de cuotas o partes indivisas de los mismos, hasta la partición, con excepción de la transmisión de un bien por todos los herederos.

1. El arrendamiento, ya que, si bien es un derecho personal, algunos efectos del de bienes inmuebles han sido protegidos por el legislador con la posibilidad de inscripción registral en los términos previstos por el artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria y la legislación especial de arrendamientos rústicos y urbanos, en principio reservada a los derechos reales.

No obstante, para la mayoría de la doctrina este sólo dato no confiere naturaleza jurídico-real a los arrendamientos inscritos.

José Marí Olano

18 de diciembre de 2021