

El concepto del Derecho real y el usufructo ⁽¹⁾

I.—ESTADO DE LA CUESTIÓN

1.^º Una investigación cualquiera que tenga, por objeto, total o parcialmente, el derecho real ha de encontrarse necesariamente, en un principio, con dificultades de tipo casi insuperable, a causa de la incertidumbre y de la vaguedad de los conceptos fundamentales. En los dominios de la técnica jurídica, y dentro de los derechos patrimoniales, así como la obligación aparece con caracteres y límites muy definidos y concretos, sobre todo en su forma elemental y primaria, el derecho real queda diluido en sus modalidades específicas—propiedad, posesión, usufructo, etc.—, y la teoría general es todavía de una notable inseguridad.

2.^º Quiero hacerme eco de una objeción que se me ha planteado sobre este punto, previniendo al propio tiempo futuros ataques. Desde luego es difícil afirmar, dentro de la técnica del derecho civil, que la obligación adopta un tipo uniforme, que aparecerá, más o menos modificado, en todas las modalidades posibles. Por el contrario, entre los diversos tipos de derecho personal existen diferencias tan hondas y tan marcadas como las que pueden señalarse entre los que integran el derecho real. Una visión superficial advierte inmediatamente una distinción de régimen, de contenido, de funcionamiento, tan importante entre la

(1) Estas páginas constituyen la introducción a la Memoria «La posesión del usufructuario en el Código civil suizo», que el autor presentó en 1923 a la Universidad de Madrid, como resultado de sus estudios durante el disfrute de una pensión en Suiza.

obligación solidaria, la mancomunada, la alternativa, la indivisible, que parece imposible advertirla en mayor grado entre la propiedad, la servidumbre, el censo, etc. Y esto, sin que se hable de la intervención de ciertas modalidades, como la condición, que hacen variar trascendentamente la fisonomía del derecho de crédito, porque parece que entonces se queda fuera del tipo normal. Acaso no haya dentro del derecho personal más que una cualidad invariable y permanente. Me refiero a la posibilidad de resolver, en indemnización de daños y perjuicios, la inejecución de la obligación.

Después de estas consideraciones parece temerario seguir afirmando la existencia de una entidad jurídica, obligación, como núcleo esencial no mudable, sobre el cual puede fundamentarse con cierta solidez una teoría general.

Yo no puedo negar la exactitud de todo esto. Sin embargo, mi posición (que, por otra parte, es una posición corriente en la doctrina) responde a un análisis delicado de la actividad que dentro del comercio jurídico desarrollan los diversos derechos patrimoniales.

En primer término, es evidente que la teoría general de la obligación existe y viene ya perfectamente construida desde el derecho romano. En cambio, respecto a la teoría general del derecho real, no puede hablarse sino de ensayos más o menos afortunados, pero ninguno todavía tan sólido que haya merecido una aceptación pacífica y completa. Mi propio trabajo no es sino una tentativa más. Por ahora, todo el esfuerzo constructivo debe jugar alrededor de la posesión como derecho real tipo (hacer recaer el tipo en la propiedad me parece bien desafortunado); pero se quiebra frecuentemente, y a veces con tanta violencia, como en la hipoteca, que tan grandemente dificulta la labor penosa del jurista dentro de este grupo de instituciones.

Pero, además, el esfuerzo técnico que ha precisado con notable fijeza los efectos y las caracterizaciones, bien diversas, del derecho de crédito en las varias posiciones en que se le admite, no es sino un grado superior de la elaboración jurídica, que permite colocar al lado de un organismo de principios normales una gran serie de casos anormales que fuerzan la concepción principal. [Para un estudio detenido de la técnica y la construcción jurídicas deben con-

sultarse: Ihering, «Geist des Römischen Rechts». Geny, «Science et technique en droit privé positif.】

En el espíritu jurídico, la palabra *obligación* tiene una resonancia definida y concreta, pero la fórmula *derecho real* no despierta todavía más que una interrogación. Y es que la obligación se nos aparece ya como perfecta, interna y externamente, en su contenido y en su funcionamiento, y, en cambio, del derecho real por sí solo, y mientras no se determina exactamente el tipo de referencia, no se puede, acaso, decir—repito, actualmente—otra cosa que ésta: es, frente a terceros, una relación directa sobre una cosa.

3.º Por lo que se refiere a las relaciones entre la obligación y el derecho real es de apuntar un fenómeno bastante curioso. En los principios de la historia y de la sistemática jurídicas la confusión de los diversos derechos patrimoniales se comprueba por una indistinción entre las relaciones entre personas y entre personas y cosas, conformadas todas ellas como *relación directa*, del modo que más tarde se ha de caracterizar exclusivamente el derecho real. Así, las facultades que gozaba un titular eran siempre facultades directas y excluyentes, facultades de ejercicio y defensa del poder que le estaba atribuido, sin que la naturaleza del objeto inmediato imprimiese diferencia esencial en ningún caso. El derecho subjetivo no tiene, por tanto, sino un solo tipo, que se aproxima con singular fuerza al tipo del derecho real. La obligación es de creación posterior. [Véase: Sumner Maine, «Ancien droit», página 244. Cogliolo, «Saggi», cap. XXI. Cuq., «Institutions juridiques des romains», tomo I, págs. 103 a 118. En contra, Gierard, «Manuel de droit romain», pág. 406.] La doctrina actual, al analizar minuciosamente la *obligatio* descubriendo en ellos dos elementos diversos, débito y responsabilidad (*Schuld* y *Haftung*), ha hecho imposible esta asimilación entre los tipos del derecho patrimonial, que se encuentra en el viejo Derecho. [Para un estudio detenido de *Schuld* y *Haftung* consultar Gierke, «Deutsches Privatrecht», tomo III.]

Pero, aparte de la indeterminación viejísima, posteriormente la diferencia entre el *jus in re* y el *jus in persona*, toma matices más claros, y se hace preciso que pasen más de veinticinco siglos para que de nuevo se vuelva a la duda y a la incertidumbre, en cuanto a la legitimidad de la distinción. Ahora bien: los sectores de la

técnica moderna que se muestran partidarios de la indistinción entre el derecho de crédito y el derecho real proceden por distinto camino que el que ofrecía el primitivo derecho, y tratan de representarse el derecho patrimonial como un cuadro de obligaciones de distinta entidad y fuerza unas de otras, pero de naturaleza esencial idéntica. [Véanse: Roguin, «La règle de droit»; Winscheid, «Lehrbuch des Pandektenrechts»; P. van Bemmelen, «Les notions fondamentaux de droit civil»; Demogue, «Les notions fondamentaux du droit privé»; Duguit, «L'Etat, le droit objectif et la loi positive»; Michas, «Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle»; Planiol, «Traité élémentaire de droit civil»; Queru, «Synthèse du droit réel et du droit personnel»; Schlossman, «Der Vertrag»; Thon, «Rechtsnorm und subjektives Recht»; Thaller, «De la nature juridique du titre de crédit», en los «Annales de Droit Commercial».]

4.^o Dentro de este orden de ideas aún se puede hacer una afirmación más. Ni siquiera cuando la diferenciación del derecho personal y del derecho real ha sido admitida, bien en los sistemas positivos, bien en las construcciones científicas, se ha expresado con perfecta corrección jurídica de concepto, ni su aceptación ha sido pacífica. Por ello se observa que en el derecho romano una gran vacilación preside las expresiones de los jurisconsultos y de las fuentes en esta materia, expresiones que, por otra parte, no tienen más que un valor descriptivo, sin que la naturaleza íntima de cada derecho aparezca perfectamente definida. La existencia, además, de ciertas figuras jurídicas de difícil catalogación hacen más confuso el problema. (Véanse: Ihering, «Anales para la dogmática», tomo X, 551 [Gesammelte Aufsätze, II, 328]; Pernice, «Parerga», II, 93, 97 [en la «Revista para la Fundación Savigni», V, parte romana].) Es ampliamente discutible si en el derecho germano existe desde el primer momento una separación clara entre las nociones de los derechos patrimoniales, según su objeto, su modo íntimo de estar construidos y según el temperamento de su manifestación externa, y si, existiendo, es o no diferente del pensamiento romano. La afirmativa y la negativa cuentan, respectivamente, con partidarios de alto valor. (Véanse: Bekker, «System der heutigen Pandektenrechts»; Sohm, «Rev. de Grünhut»; Heusler, «Ist.»; Laband, Stobbe, etc.)

Por último, en el derecho positivo actual se encuentran figuras, algunas de contenido parecido al llamado *ius ad rem* medieval, que participan a la vez de caracteres atribuídos al *ius in re* y al *ius in persona*, y que demuestran también la incertidumbre de los límites de uno y otro grupo de instituciones. Sirvan de ejemplo la prenda y la hipoteca, para designar las cuales se ha acudido a fórmulas tan rebuscadas y tan poco satisfactorias como la de «derecho real de crédito» (G. Büchel, «Ueber die Natur des Pfandrechts») y los tipos de cargas reales, obligaciones *propter rem* u obligaciones reales (derechos reales «in faciendo»), como el censo.

5.º Lo que va apuntado basta, sin duda alguna, para probar con suficiente claridad la cantidad de dificultades que estorban todo estudio que, teniendo necesariamente que partir de un concepto perfectamente delimitado del derecho real, quiera proceder con honradez en las investigaciones.

Y, sin embargo, los escollos no terminan solamente en esto. Si se tiene en cuenta que, al construir un tipo cualquiera de derecho subjetivo, es de primera categoría determinar el ámbito en que su vida se desenvuelve, y que, para conseguirlo, no hay otro camino que el de precisar con la mayor exactitud posible el número, la naturaleza y la dependencia y relaciones mutuas de sus elementos constitutivos, es petición lógica que, dentro del llamado derecho sobre las cosas, se trate de satisfacer esta exigencia. Nada, sin embargo, más complicado. Sobre estos extremos la discusión toma alcances de gran violencia. Por de pronto aparece controvertido si el titular de un derecho de propiedad se presenta siempre ante terceros de un modo simple y unitario, pudiendo oponer sus facultades *erga omnes*, o si en una noción relativista del derecho de propiedad, frente a terceros, se puede concebir la existencia de varios propietarios sobre una misma cosa. Del otro lado, la teoría de las cosas, tan perfeccionada dentro del derecho romano, se extiende cada día más, perdiendo en esta extensión bastante de su armonía y de su íntima sencillez, con lo cual apenas si el derecho moderno puede dar un paso seguro en el concepto del objeto del derecho real. La teoría de los derechos sobre cosas incorporales, que los juristas germánicos enfocan desde el punto de vista de los derechos sobre derechos (ver bibliografía que cita Windscheid en su «Lehrbuch des Pandektenrechts», párrafo 48 a, y Fadda e

Bensa en las notas a la traducción italiana de Windscheid, página 707); la teoría de los derechos reales sobre cosas futuras, teoría de los muebles por anticipación, que defiende la escuela personalista francesa (especialmente Demogue, ob. cit.); la teoría de los derechos reales sobre cosa no individualmente determinada, que patrocina la misma escuela (G. Demogue y Michas, ob. cit.); la posibilidad de creación de nuevos derechos reales o de modificación de la fisonomía de los ya existentes, que sostienen Huber y Bru (ver, para la bibliografía de los adversarios, Rigaud, ob. cit., página 302, nota) el concepto mismo de cosa que la doctrina presenta con tan contrarias características, desde la idea de categoría subjetiva, como Sokółowski (Cf., «Die Philosophie im Privatrecht», I K, p. 1.º, págs. 28 y sig.), hasta los matices variadísimos, que toma, ya desde un punto de vista más objetivo, en Gierke, Sohm, Windscheid, Fadda e Bensa, Nicoli Stteger, Dante Majorana, Baudry-Lacantinerie, Planiol, etc., son otros tantos obstáculos más que estorban el camino del jurista que se aventura en la técnica del *jus in re*.

Dificultades de no menos empeño son las referentes a la negación de que el derecho real implique relación directa de persona a cosa, porque parece que no puede existir relación jurídica sino entre personas; a la existencia de derechos reales cuyo contenido positivo sea una obligación *facere*; a la determinación de la unidad o pluralidad de tipos de derechos sobre cosas, y algunas más.

6.º Son todas estas cuestiones de tal índole y embrazan de tal manera las ideas elementales precisas para penetrar en el examen de un problema concreto, que se hace necesario adoptar una posición determinada frente a ellas, sin lo cual sería imposible entenderse sobre ninguno de los extremos y peticiones preliminares, ni sobre las consecuencias que posteriormente se deriven del trabajo realizado. Naturalmente, mi propósito no es el de analizarlas detenidamente, ni siquiera dar de ellas una visión de conjunto.

Para aquellos a quienes interese existen, entre otros, los bellos estudios, resumen de lo más importante de cada problema, de Rigaud y Fadda e Bensa, ya citados, y el interesante trabajo publicado en el «Festschrift Otto Gierke zum siebzigsten Geburtstag, dargebracht von Schülern, Freunde und Verehren», por Ernst Heymann, bajo el título de «Zur Geschichte des sog. *jus ad rem*»,

a los cuales me remito. En estas obras se encuentra además indicada suficiente bibliografía. Por mi parte, y para satisfacer exigencias de método, es, no obstante, imprescindible exponer de una manera tan breve y simple como me esté permitido mi propio criterio sobre aquellas de las ideas primarias más fundamentales, para que sea posible ponerse de acuerdo en lo que después seguirá. Sin esa exposición, que ha de versar sobre la naturaleza íntima y sobre el sistema técnico de los derechos reales, sería probablemente ininteligible cuanto en el examen del tema propusiese como soluciones posibles.

II.—EL DERECHO REAL CONSIDERADO COMO POSICIÓN JURÍDICA

7.º Nada más simple que el núcleo esencial del derecho sobre las cosas. Quizá también nada menos técnico. Así como la obligación es un producto de la elaboración y de la construcción, y revela un cierto estado de desarrollo del pensamiento jurídico, el derecho real obedece a la naturaleza de las cosas y de la vida en general y surge sin esfuerzo alguno en las entrañas mismas de la realidad. Es normal, en efecto, el aprovechamiento de las cosas del mundo exterior en la medida en que son útiles, y este aprovechamiento exige como antecedente indispensable el establecimiento de una relación inmediata del hombre con tales objetos. La posición primera que se descubre en este punto es una posición de contacto. Las cosas *prestan* aquellas ventajas de que son susceptibles; el hombre *adquiere* las ventajas de las cosas. En esta relación directa de hombre a cosa hay un solo aspecto activo. (En el tipo normal de la obligación existen dos momentos activos: el del acreedor, que *puede exigir*, y el del deudor, que *debe prestar*.) La prestación de las cosas permanece inerte mientras el esfuerzo del hombre no la obtiene por su sola voluntad y mediante el empleo exclusivo de sus facultades. Por ello, mientras la relación del hombre a cosa no ha traspasado los límites del *aprovechamiento*, no puede hablarse de derecho ni de posición jurídica. Se trata, simplemente, de un hecho o, a lo más, de un acto verificado o posible. Y, sin embargo, esta posición de *aprovechamiento directo* es, como veremos más tarde, lo que caracteriza el derecho real por

su lado interno. Por su lado externo le da fisonomía propia el ser exclusivo y excluyente.

De esta manera, cuando la posición de aprovechamiento directo de las cosas está atribuída de un modo exclusivo y excluyente a una determinada persona, se afirma la existencia del derecho real.

8.º Pero, por mi parte, encuentro notable dificultad técnica en admitir esta visión unitaria de la figura. Será, sin duda, preferible descomponerla en dos momentos completamente distintos y perfectamente diversos entre sí. Un momento interno, de contenido, con significación propia, que se traducirá en actos del titular, y un momento externo, de defensa y protección, asimismo, con propia significación, que se representará por facultades del titular. La relación entre uno y otro momento es bastante clara. El contenido tendría una existencia precaria y eventual sin la defensa, y la defensa sería inútil si no tuviese que otorgar una protección eficaz al contenido. Será preciso analizar un poco estas ideas.

a) *La posición jurídica.*

9.º Aunque las cosas estén bajo la inmediata disposición de una persona no puede hablarse de que exista derecho de ninguna clase. No se da la necesaria relación de derecho en sentido técnico (Cf. Gierke, «Deutsches Privatrechts», Bd. I, p.º 28; Bd. II, p.º 100). Lo que hay, nada más, es una situación de hecho, una posición efectiva que ni es incontestable ni, por lo tanto, segura. ¿Cómo esta posición simple se transforma en posición jurídica? El fenómeno es semejante al que se produce en todas las relaciones de tipo humano que tienen categoría de derechos. Para que la posición sea jurídica necesita, en primer término, tener condiciones de permanencia y estabilidad. Sólo de este modo y con este título podrá adquirir susceptibilidad de defensa. Las situaciones, puramente transitorias y eventuales, o están desprovistas de defensa o la poseen en grado inferiorísimo y generalmente ineficaz. Además no pueden dar nunca origen a instituciones vigorosas dentro del derecho sobre las cosas. Véase, por ejemplo, el precario. La razón es bien sencilla. La fuerza interna, que legitima la existencia de derechos sobre las cosas, es su contenido económico. Si el contenido económico es de escasa trascendencia, la protección que debe otorgársele será menor. Por eso hay como una especie de

gradación dentro de la sistemática positiva, de las defensas a otorgar a los titulares de derecho real en estrecha correlación con la extensión del contenido económico de sus respectivas facultades. Escala que tiene su máximo en el derecho de propiedad el más completo económica y jurídicamente, y que va decreciendo por la posesión, las servidumbres personales y reales, etc.

Es la fuerza la que, garantizando la persistencia y la defensa de las posiciones económicas del hombre con las cosas, les da el carácter de jurídicas; carácter que sólo tienen—hay que notarlo bien—frente a los demás hombres. [Para el papel de la fuerza dentro del derecho subjetivo véase Binding, «Die Normen und ihr Verhältniss zu den Strafgesetzen», tomo I. «Die Normen und ihre Uebertretung», I K., «Der Rechtszwang nach Wesen, Arten und Grenzen», del cual copiamos los siguientes interesantes párrafos: «Pág. 484. Die Uebung des Zwanges in Namen des Rechts ist aber wieder nichts anderes als die Realisirung einen subjektiven Zwangsrechts. Diess dienst stets dem Rechte dem es zur Durchführung verhelfen soll. Das ganze Problem der Rechtszwanges liegt beschlossen in dem Verhältnisse der primären subjektiven Rechte zu den sekundären Zwangsrechten». «Pág. 487. Das Recht zur Zwangsübung kann—wenigstens *quo ad exercitium*—nur zustehen Menschen wider Menschen». «Pág. 493. In gewissen sinne werden sie notwendig in allen Fällen der Zwangs-anwendung»].

10. Pero para que la posición de aprovechamiento directo que el hombre tiene respecto de las cosas del mundo exterior mereza ser protegida y garantizada objetivamente frente a terceros, necesita, además de sus condiciones de estabilidad y permanencia, un segundo requisito: la legitimidad. La legitimidad funciona dentro de los derechos reales con un papel mucho más principal que el que tiene dentro de las obligaciones. La justificación de ello está en que, dentro de la obligación, su legitimidad importa de un modo primario y casi exclusivo a los sujetos activo y pasivo y las demás personas permanecen alejadas del contenido interno obligacional. El derecho de crédito solamente afecta al grupo social en su aspecto externo y formal. Por el contrario, dentro de los derechos reales, la legitimidad es requisito de interés público. Basta, para convencerse de estas afirmaciones de técnica, consi-

derar ciertas instituciones de legitimación que juegan dentro del derecho sobre las cosas y cuya existencia sería imposible e inútil dentro de los derechos personales. Por ejemplo, la prescripción adquisitiva. Basta fijarse también en la importancia definitiva que tiene el momento constitutivo del derecho real, momento que califica toda su vida dentro del comercio jurídico. Basta, asimismo, notar la decadencia de la teoría de la causa en los contratos, que, introducida de un modo artificial, ha tenido una vida raquítica y misera, que ha demostrado notoriamente su improcedencia y su falta de razón de ser.

La legitimidad, dentro de este orden de ideas, es, sin embargo, un concepto extraordinariamente relativo y sobre el cual se pueden hacer muy pocas afirmaciones concretas. En sentido general, la legitimidad de una posición significa que no ataca manifiestamente posiciones pre establecidas, ni el sistema general jurídico en determinado tiempo y lugar. Así será imposible establecer sobre una cosa un derecho real si anteriormente existe otro de idéntica naturaleza y de igual rango que afecte a la misma cosa. Así será también imposible prescribir por menos tiempo que el designado por el derecho positivo o con distintas condiciones, etc.

Es éste otro punto en que se advierte bien claramente la distancia que separa las instituciones reales de las obligacionales. El deudor puede aumentar de un modo ilimitado los créditos en su contra, sin que importe que la garantía que su patrimonio ofrece sea cada vez menor, a medida que aumentan las cargas. Además, dentro del cuadro general de los derechos personales, la autonomía de la voluntad casi absoluta permite un número infinito de combinaciones distintas.

11. Adornada la posición de aprovechamiento directo de las cosas de las condiciones de estabilidad y legitimidad, es protegida objetivamente y el titular puede ostentarla frente a terceros. La posición ha llegado a ser jurídica. La protección, por otra parte, no es otra cosa que el sistema de equilibrio, que permite la coexistencia de las distintas posiciones, garantizando el respeto y el apoyo mutuos. La protección se revela como sustitutivo de la fuerza material, que es injusta y que es impotente para la defensa. Injusta, porque ampara indistintamente posiciones legítimas o ilegítimas, estables o inestables. Impotente, porque la fuerza de un titular no

es bastante a contrarrestar la fuerza de todos los que pudiesen oponerse a la existencia de su situación.

Sería necesario ahora indicar el procedimiento que siguen todos los fenómenos indicados. Pero este aspecto está estudiado de un modo magistral por M. Maurice Hauriou en su «*Droit public*». La teoría institucional de Hauriou ha conquistado definitivamente el campo de la ciencia y esto me dispensa de hacer un estudio sobre las materias a que se refiere. En esta teoría se ve, de un modo que no deja lugar a dudas, cómo aparecen en el seno de la institución (grupo social) las situaciones de hecho, cómo estas situaciones de hecho se convierten en jurídicas y se hacen subjetivas, atribuyéndose a un titular, y cómo este titular es protegido por la institución que hace valer sus derechos.

Quiero, por último, hacer resaltar de nuevo que el derecho real consta de dos aspectos. Un aspecto interno—aspecto económico—que es fundamentalmente la relación del hombre con las cosas, y en el cual reside toda su trascendencia, y un aspecto externo—aspecto jurídico—, que dice relación del titular con los terceros, y en el cual reside toda su efectividad en el grupo social. [Para más detenido examen del aspecto interno y del externo del derecho real: Cf. Bekker, «Allerlei von den dinglichen Rechten insbesondere von den Rchten an eigener Sache», en la «Zeitschrift für die vergleichende Rechtswissenschaft», Bd. II, J., 1880, y «Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft». Cf., además, Dante Majorana, «La notion du droit public subjetif», en la «Recueil de Législation de Toulouse», 1906, y «La Teoria dei diritti pubblici reali».]

b) *El derecho real. La distinción entre ACTOS y FACULTADES.*

12. La rúbrica *derecho real* es limitada y enfoca los derechos sobre las cosas desde un solo lado. Yo propondría, en su lugar, esta otra «posición jurídica real»; pero esto no es una denominación, sino una fórmula. En definitiva, lo que se llama impropriamente *derecho real*, no es en resolución sino una posición jurídica subjetiva de aprovechamiento directo de las cosas. Con esta frase quedan suficientemente indicados los siguientes extremos:

1.º Que lo fundamental, dentro de esta categoría de instituciones del Derecho civil, es el contenido económico, manifestado por el aprovechamiento directo. El aprovechamiento directo no es

precisamente el contacto inmediato, por más que ésta sea la forma más pura y simple, como ocurre, por lo común, con la posesión.

2.º Que se ejerce sobre las cosas. Es necesario no limitar el sentido de la palabra «cosa» para que puedan en ella comprenderse todos los sorprendentes desarrollos que su concepto ha obtenido dentro del derecho moderno.

3.º Que está atribuida a un titular, al cual han de referirse todas las ventajas y todas las obligaciones positivas que la posición lleva implícitas.

4.º Que está garantizada y protegida por el Derecho, objetivamente. Con lo cual puede subsistir específicamente en el seno del grupo social y puede ser opuesta por su titular a las intromisiones de los terceros que pretendan desconocerla.

En cuanto a las razones que me inclinan a declarar imperfecta y falsa la denominación *derecho real* son de índole sencilla.

Lo fundamental, dentro de esta parte de la sistemática civil, es regular la posición, más o menos amplia, de dominación de las cosas por las personas. Y esta posición de dominación se manifiesta sensiblemente por una serie de actos posibles atribuidos al titular. El derecho da origen, no a actos, sino a facultades, y existe grave inconveniente en aplicar la palabra «facultades» a lo que no sea relación entre personas. Naturalmente, dentro de la posición jurídica sobre las cosas, se encuentra también un orden de relación entre personas, y únicamente a este orden es aplicable la técnica de facultades. Por lo general, estas facultades son de naturaleza secundaria y negativa y miran, bien a impedir la violación de la posición existente, bien a concluir esta posición. Lo primero (en el caso de que un tercero pretenda desconocer o violar o haya desconocido y violado ya la situación del titular) con el empleo de las acciones de defensa, reivindicación, etc. Lo segundo (cuando se trata de destruir la posición de un titular para crearla de nuevo con idéntica fisonomía en otra persona) por medio de la transmisión o enajenación. Por su parte, los terceros están obligados al respeto de la posición jurídica de un titular con respecto a una cosa (la obligación pasiva universal de la escuela personalista). En este sentido se puede hablar, indudablemente, de derechos; pero estos derechos son precisamente nada más que la envoltura, una envoltura que, por otra parte, es general, en su esen-

cia, para los diversos tipos de posiciones jurídicas reales. Por el contrario, los actos permitidos al titular varían fundamentalmente, y es preciso analizar con algún escrúpulo a qué causas obedece tal variación y de qué forma quedan delimitados los actos posibles y los impedidos. Nada de esto podría hacerse si no existiese un máximum y un mínimo entre los cuales pudiesen referirse los demás términos. Este máximum y este mínimo están representados, respectivamente, por la propiedad y por la posesión, instituciones análogas, pero de categoría diferente. La primera significa la mayor cantidad posible de dominación sobre las cosas de modo exclusivo y excluyente, el mayor número de garantías protectoras y el modo que más se aproxima a lo absoluto de ejercitar las facultades que el derecho objetivo confiere. La segunda está limitada a la forma más elemental de dominación sobre las cosas: el goce directo. Es el esqueleto de todas las instituciones de naturaleza real. La virtualidad de ser, por excelencia, la manifestación más genuina del aprovechamiento económico directo de las cosas es lo que le da fuerza y lo que la protege contra todo el que no pueda alegar una posición superior dentro del sistema de derecho positivo. Entre la propiedad y la posesión quedan enclavadas las demás instituciones, de las cuales se pudiera decir que descansan sobre la última y aspiran a la primera. Descansan sobre la posesión porque la posesión es el denominador común. Aspiran hacia la propiedad porque esta institución significa el límite máximo de contenido, de garantías y seguridades. Además, la propiedad es absorbente y abarca en su unidad superior todos los demás tipos.

13. Ahora bien; la naturaleza de la institución real depende del momento de su generación, que marca como un sello toda su vida dentro del comercio jurídico, según hemos dicho más atrás. Y es así, porque en ese momento concurren todas las causas, que hacen más o menos externa la dominación del titular. Las causas aludidas son, principalmente, tres. El tiempo, la existencia simultánea de titularidades distintas sobre la misma cosa y la existencia sucesiva de titularidades también diversas, asimismo sobre una sola cosa. Por motivos ajenos a la naturaleza técnica de las posiciones jurídicas reales se imponen también restricciones de bastante importancia a la extensión de los actos y de las facultades del titular. Son las limitaciones que se originan en las exigencias

de intereses públicos o privados, contrapuestos a los del sujeto de la institución real, y especialmente al propietario.

1. *Influencia del tiempo en la extensión y en la existencia de las instituciones reales.*

14. La posición jurídica que de antemano tiene marcado su fin, bien de una manera concreta y precisa, como el usufructo, bien de un modo indeterminado, como el precario, es una posición que, como afectada durante toda su vida por la decadencia, carece de virtualidad propia para desarrollos trascendentales. En este sentido, la posición jurídica tiene un contenido económico escaso, y, en vista de ese contenido económico, están o no permitidos los actos del titular. La idea de fin de una situación supone el nacimiento de otra e impone, por consiguiente, la idea de conservación. Por esta razón se tiende a la conservación de las cosas que un titular ha de gozar por tiempo limitado. Todo acto cuyos efectos puedan traspasar los límites del tiempo prefijado ha de estar normalmente prohibido. Asimismo, las facultades de disposición de las cosas no podrán exceder, en cuanto a sus consecuencias, el período de tiempo que el titular tiene el objeto bajo su inmediata dominación.

Pero el tiempo actúa también en otro sentido dentro del sistema general de los llamados derechos sobre las cosas. En efecto, extingue, a veces, aquellas posiciones en que el abandono manifiesto de los actos y facultades que a un titular están atribuidos hacen suponer un rompimiento voluntario de la situación establecida. Otras veces, el tiempo consolida posiciones de goce activo y pacífico de una cosa frente a otra posición que permanece inerte. En derecho, las situaciones indecisas merecen escasa o ninguna protección. He aquí por qué una posición de actividad y ejercicio respecto a las cosas, que se estabiliza sin interrupción y con determinadas condiciones, por cierto tiempo, adquiere las suficientes garantías internas para ser legitimada objetivamente. Es lo que se consigue por la prescripción. [Para un estudio detenido de la influencia del tiempo en el nacimiento, modificación y extinción de los derechos subjetivos, en general, y para un análisis completo acerca de la naturaleza y funciones de la prescripción véase bibliografía indicada por Gierke en su «Deutsches Privatrecht»; Regelsberger, en sus «Pandekten», y Fadda e Bensa, en

[las Notas a la traducción italiana del «Lehrbuch der Pandektenrechts», de Winscheid.]

2. *La existencia de titularidades simultáneas o sucesivas sobre una misma cosa.*

15. Dos o más posiciones jurídicas, de igual categoría y rango, no pueden subsistir sobre una misma cosa, la una frente a la otra, a un mismo tiempo. La escuela personalista se ha esforzado en demostrar la posibilidad de este fenómeno frente a terceros, los cuales, en ocasiones, se ven obligados a respetar titularidades que se les aparecen como idénticas sobre un único objeto, según hemos indicado en el número 5. Aun admitiendo que esto sea verdad, no prueba de ningún modo que tales titularidades existan efectivamente. La esencia del denominado derecho real (el goce económico) impide la vida coetánea de dos posiciones de la misma naturaleza, opuestas entre sí, acerca de la misma cosa. Y es que cada situación jurídica agota el contenido económico de que la cosa y la situación misma son susceptibles en ese aspecto. Por ello es imposible la coexistencia de dos o más usufructos, de dos o más propiedades, de dos o más posesiones, de dos o más censos simultáneos. Naturalmente que son admisibles figuras como la del condominio, pero entonces la titularidad es única.

Mas no hay inconveniente alguno en aceptar que en ocasiones sean compatibles dos figuras reales distintas, siendo el objeto uno. Y se conceptúa posible admitir la propiedad en una persona, el usufructo en otra, una servidumbre en una tercera, etc.

En estos casos, la posición de cada persona limita la de la otra o las otras personas, y está prohibido el ejercicio de los actos o de las facultades que puedan perjudicar a los demás titulares. El titular de una servidumbre no podrá agravarla de manera que impida al usufructuario o al propietario el aprovechamiento económico de la finca. El titular de la propiedad no podrá, por su parte, realizar actos que impidan la utilización pacífica de la servidumbre o el goce del usufructo. Y del mismo modo, en todos los casos posibles.

Puede ocurrir también que las titularidades no sean simultáneas, sino sucesivas. Una propiedad temporal, a la que ha de seguir otra propiedad, usufructos sucesivos, simplemente, un usufructo que terminará en un determinado plazo, pasado el cual el

goce de la cosa recaerá en el propietario, son ejemplos que demuestran la posibilidad del supuesto antedicho.

El primer titular no deberá jamás, con el empleo de sus facultades o con la realización de sus actos, perjudicar a la titularidad que ha de venir. El contenido de la primera posición se encuentra limitado por el contenido de la segunda o ulteriores. A su vez, el segundo titular tiene un tipo de *jus ad rem*, que le faculta para impedir todo lo que pudiese disminuir su futura posición.

3. *Las limitaciones del interés público y del interés privado a la posición jurídica real.*

16. Este tipo de limitaciones afectan, en ocasiones, los actos del titular y, a veces, las facultades del mismo. Su razón está en que cada posición jurídica real no supone un aislamiento dentro del sistema general jurídico, sino que, por el contrario, existe dependencia y relación mutuas entre las varias posiciones y entre éstas y los derechos de otra naturaleza (derechos de carácter público). El llamado derecho real es, por su esencia y dentro de los límites propios, absoluto; pero en la vida aparece como limitado por la presión de otros derechos que merecen un respeto idéntico al de la posición del titular de aquél.

Las limitaciones que provienen del interés público y del interés privado son, sin embargo, de difícil catalogación, porque su fundamento es, por lo general, histórico y formal y depende del pensamiento jurídico y de las condiciones sociales de vida en un tiempo y en un lugar dados. Por eso este tipo de limitaciones, especialmente las causadas por el interés público, aumentan o disminuyen, según las épocas y las orientaciones sociales. Las figuras más fijas son la expropiación forzosa, las servidumbres públicas y el impuesto, que impiden, la primera, el libre ejercicio de las facultades de disposición, y las dos últimas, el goce y aprovechamiento exclusivos de las ventajas económicas de las cosas. Transitoriamente, o con menos importancia, aparecen frecuentemente otras limitaciones, como, por ejemplo, la prohibición de enajenar substancias alimenticias a más precio que el fijado por la Administración; la prohibición de venta de ciertas drogas, a menos que se cumplan ciertos requisitos; prohibición de determinados cultivos por fines fiscales o su reglamentación, como ocurre con el tabaco en España; prohibición de destrucción de algunas

masas de arbolado ; prohibiciones de instalación de fábricas de determinados productos en el seno de los núcleos de población ; limitaciones derivadas de preceptos de las leyes de Minas, Caza, Pesca, etc. Más transitoriamente aún se ofrecen limitaciones en períodos anormales, como en caso de guerra. La clasificación, repetimos, es imposible.

Dentro del interés privado, las limitaciones más importantes son las derivadas de las relaciones de vecindad. Pero se encuentran otras modalidades, como la limitación de las facultades de disposición de la mujer casada sobre sus propios bienes, las limitaciones a que da origen la existencia de la copropiedad, etc.

Todas las limitaciones a que he aludido son limitaciones legales. A su lado se colocan limitaciones que voluntariamente pueden establecerse por los titulares de posiciones jurídicas reales.

c) *Los actos no prohibidos y las facultades otorgadas.*

17. Una sola observación sobre la función del derecho objetivo relativamente a los actos y facultades del titular de una posición jurídica real. Cuando éste desenvuelve su actividad económica en el aprovechamiento directo de las cosas, parece que la función del Derecho no será otra que la de ampararle en su ejercicio, sin que se precise determinar de un modo positivo qué actos se le permiten, sino que bastará con enumerar los que se le prohíben. Por el contrario, tratándose de las facultades que puede realizar frente a terceros, el derecho objetivo marcha por el camino de señalar precisamente qué facultades son las que se le otorgan. En el primer caso, la Ley reconoce, ampara y limita. En el segundo, otorga de un modo expreso. Nada traba al titular para que dentro de las fronteras que el derecho positivo establezca, goce de las cosas del modo que le parezca más oportuno. Mas si trata de presentarse frente a las demás personas ha de hacerlo en los términos previamente instituidos objetivamente.

Y siendo esto así, no cabe, al parecer, duda alguna para la admisión de nuevas formas de posiciones jurídicas reales, distintas de las marcadas por la Ley ; formas que podrán corresponder a nuevos modos de aprovechamiento y goce económico, siempre, claro está, que con ellas no se viole el sistema general de los llamados derechos reales.

PARTE SEGUNDA

III.—CONSTRUCCIÓN TÉCNICA DEL USUFRUCTO

18. Parece inútil, dentro del sistema que acabamos de exponer, mantener la tradicional clasificación de los llamados derechos reales en tres términos: dominio, similares del dominio y limitativos del dominio. Esta catalogación induce a pensar que las categorías son diferentes y de naturaleza distinta, si bien todas deben ser referidas a un solo tipo: al dominio. Por mi parte, estimo que la posición jurídica real, efectivamente, es, en todos los casos, resultado de una sola modalidad de aprovechamiento económico de las cosas. Pero esa modalidad no es el dominio, sino la posesión. La posesión, porque es la forma de expresión más simple de la situación en que el hombre se encuentra con las cosas para obtener de ellas las ventajas y utilidades de que son susceptibles. Desde la posesión a la propiedad, que es el término final, el número de posiciones jurídicas reales es ilimitado (1), y las unas no se diferenciarán de las otras más que en el número y circunstancias de los actos y facultades en que se desenvuelve la actividad del titular. En resolución, todos los llamados reales no son, en su esencia, más que una posesión más o menos garantida y más o

(1) Por lo que respecta al problema del *numerus clausus*, mi posición es resueltamente contraria a la de la generalidad de los autores de Derecho inmobiliario. Prescindiendo de la sencillez que la limitación a tipos determinados de derechos reales supone para el sistema registral, lo cierto es que no hay razón técnica alguna para coartar la autonomía de la voluntad en la creación de derechos subjetivos de categoría real. Y por lo que respecta a la sencillez a que he aludido, no quedarían gravemente perjudicados con el *numerus apertus*, siempre que éste consistiese, no en la autorización a los interesados para amparar bajo un *nomen juris* de los reconocidos en el Código, facultades y actos distintos o divergentes de los señalados en la Ley, sino en su libertad para crear tipos nuevos de posiciones jurídicas reales, no catalogados. Esto es, la enumeración hecha por la Ley debe ser rígida e inflexible; pero hay que admitir que al lado de las posiciones jurídicas reales nominadas pueden existir otras innombradas, siempre que produzcan los efectos propios de esta categoría de instituciones.

menos amplia. La propiedad es la posesión que reúne el máximum de amplitud y de garantías.

19. La técnica clásica construye el usufructo como una servidumbre personal, es decir, un derecho real sobre una cosa ajena (que limita, por consiguiente, las facultades del propietario), establecido en beneficio de una o varias personas. El usufructuario tendrá el derecho a gozar de la cosa de otro del modo más amplio posible, sin atacar su substancia (Inst. 2, 4, tít. *De usufructu*. Dig. 7, 1, tít. II *De usufructu*, y 7, 2.º, tít. *De usufructu*. Cod. 3, 33, tít. *De usufructu*). El usufructo comprende el uso y el aprovechamiento de los frutos de la cosa.

El usufructuario debe ejercitar su derecho *boni viri arbitratu*, y el uso que haga de las cosas debe ser idéntico al de un *bonus pater familias* (D. 9, 2 y 15, 4 h. t.). En cuanto a los frutos adquiere los naturales y los civiles, mas no los en concepto de extraordinarios, como el parto de la esclava (D. 22, 28, tít. I = 6, 17, título III), el aumento que por aluvión, avulsión o formación de isla tenga la heredad (D. 7, p.º 4, 9, tít. I) al tesoro (D. 24, p.º 12, 7, tít. III), el legado que se deja al esclavo (Inst. 2, 4, tít. IX). El goce de la cosa no implica que el usufructuario pueda transformar el destino de la misma (9, D. 15, 1, h. t. *Mancipiorum quoque usufructu legato non debet abuti sed secundum conditionem corum uti*, etc.), ni ponerse en contradicción con el modo según el cual suele gozar el propietario (D. 13, 8, h. t. *Item si domus usufructus legatus sit, meritoria illic facere fructuarius non debet, nec per cenacula dividere domum*, etc.), ni transformar esencialmente el objeto, sino conservarle en la forma que tenga.

La relación entre el propietario y el usufructuario crea un sistema de obligaciones recíprocas, encaminadas a salvaguardar los derechos respectivos. Con objeto de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones (principalmente conservación y restitución de la cosa) para con el dueño de la cosa está obligado el que la posee en usufructo a prestar caución.

Por último, el usufructo puede ser aprovechado por varias personas, teniendo cada una de ellas una cuotaparte, y es intransmisible por herencia e inalienable. Sin embargo, su ejercicio puede ser transmitido a tercera persona a título gratuito u oneroso. Al lado del *verus usufructus* existe un usufructo impropio (*usufructus*

earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur) que fuerza un poco la técnica interna de tal institución.

20. He aquí, de una manera elemental, expuesto el esquema de este tipo de institución real dentro del Derecho romano. Yo quiero, en un breve análisis, realizar una revisión de su contenido para construirle con arreglo a la técnica que en las páginas anteriores he expuesto de un modo general para todos los llamados derechos reales.

Lo primero que una observación atenta descubre en la esencia del usufructo es que está constituido por una posesión bastante amplia y de figura análoga a la de la propiedad. El titular ejerce sobre la cosa actos de dominación económica, en un todo semejantes a los que podría ejercer el propietario, con algunas limitaciones, que obedecen a dos causas distintas. La primera es la temporalidad, que caracteriza su forma de ser en la vida jurídica; temporalidad que la da una permanencia y estabilidad hasta un determinado momento, y nada más. En este aspecto el usufructo es una posición jurídica real afectada de decadencia. La segunda, por fin, es la sucesión de titularidades que a la terminación del usufructo se ha de verificar sobre el mismo objeto. Los actos y las facultades del usufructuario están subordinados a las circunstancias que se derivan de las dos mencionadas causas. El titular de la nuda propiedad, por su parte, tiene facultades de garantía y protección de su futuro goce. Sobre este punto es necesario apoyarse con alguna fuerza y hacer observaciones de importancia. Gierke, en su «Deutsches Privatrecht», con una fina visión de la técnica interna de esta institución, advertía que la división de titularidades a que el usufructo da lugar supone la coexistencia de dos derechos de igual rango sobre la misma cosa, limitándose el uno al otro recíprocamente. Esta posición es, sin embargo, inadmisible dentro del sistema esbozado en las páginas que preceden. Exponiendo en una fórmula simplista mi opinión sobre este punto, diré que el nudo propietario no tiene ningún derecho actual sobre la cosa usufructuada, sino simplemente facultades de garantía de un derecho futuro, para cuyo nacimiento hay marcado un plazo. No se puede hablar de un usufructo y de una propiedad actuales sobre una misma cosa, sino solamente de un usufructo actual y de una propiedad futura. El usufructo agota todo el con-

tenido interno del derecho real, teniendo siempre, naturalmente, en cuenta que su fisonomía está caracterizada por la temporalidad de su vida y, por la titularidad que ha de sobrevenir con entera plenitud. Al titular de la futura propiedad le están impedidos toda clase de *actos* sobre la cosa, y la Ley le concede simplemente *FACULTADES* por razón de la misma (véanse más atrás los apartados *b* y *c* del número II). Quiero prevenir una objeción fácil que sobre esta afirmación podrá hacerse. En efecto, se dirá, nada más absurdo que crear facultades protectoras de un derecho que no existe. Nada más ilógico que dar fuerza al lado externo de un derecho real cuyo lado interno no tiene todavía vida. La objeción no tiene fundamento. La posición jurídica del futuro propietario existe para el derecho objetivo, como existen todas las posiciones jurídicas sujetas a plazo *ex die*. No es lo que se ha llamado un derecho eventual, ni una expectativa de derecho, sino un derecho inerte que un día actuará. Es una posición jurídica, no sobre una cosa, sino frente a una persona, por razón de una cosa. Es un derecho personal con garantías reales. Es otra modalidad de *jus ad rem*.

El jurista moderno debe rechazar la técnica vieja, incompatible con los avances de la sistemática civil actual. El usufructuario no es titular de un derecho limitativo del dominio, ni ejerce facultades en cosa ajena. El usufructo no es una servidumbre personal. La nuda propiedad es una ficción tan insostenible actualmente como la de suponer la coexistencia de dos dominios (dominio directo y dominio útil) en la enfileusis.

Y es más absurda tal ficción si se piensa que a la hora presente el derecho positivo o desvirtúa la fórmula romana *salva serum sustantia* o la sustituye ventajosamente con otras prescripciones.

La institución del usufructo, en cuanto a su más elemental contenido, puede condensarse en unas breves ideas. El usufructuario tiene el más amplio goce económico de la cosa. No le están prohibidos, por norma general, más actos que los que puedan perturbar lñondamente el futuro disfrute. Además tiene el usufructuario facultades garantizadoras de su posición frente al futuro propietario y frente a los terceros, en general. Está, por otra parte, ligado a aquél por razón de la cosa, por una serie de obligaciones que no tienen otro objeto que el de proteger y asegurar

jurídicamente la transmisión y el aprovechamiento económico futuros.

El titular de la propiedad que posteriormente habrá de establecerse no tiene, por de pronto, sobre la cosa derecho alguno, pero sí con respecto al usufructuario y a los terceros por causa de la cosa. Le están impedidos todos los posibles actos de aprovechamiento directo. Le están concedidas, en cambio, facultades de garantía y protección de su posición jurídica.

En definitiva, se puede concluir afirmando que el usufructo es una posesión jurídica del más amplio tipo sobre una cosa, limitada, sin embargo, por la reunión de estas dos causas: limitación del tiempo de su vida y existencia de una titularidad sucesiva. Lo mismo se podría decir que el usufructo es una propiedad afectada de decadencia en favor de otra persona, una propiedad temporal, en fin.

ROBERTO SÁNCHEZ JIMÉNEZ,

Abogado del Estado.