

I

DERECHO INMOBILIARIO Y DERECHO HIPOTECARIO

1.—COSAS.

La discusión metafísica sobre la existencia del mundo exterior, no preocupa en la actualidad al jurista que trata de determinar el concepto de *cosa* (1), y aunque a veces suele contrapo-

(1) La definición legal de *cosa* debe arrancar de la concepción popular y no prestar atención a los refinamientos de la metafísica, así como tampoco a los de las ciencias físicas (SCHUSTER: *The principles of German Civil Law*, Oxford, «At the Clarendon Press», pág. 5^ª). La obra de Sokolowski-Sachbegriff und Körper (Halle a. S., Max Niemeyer, 1902) tiende a demostrar lo contrario con relación al Derecho romano. «Los sistemas de los platónicos, peripatéticos, epicúreos y estoicos (dice en la pág. 9.^ª) serán examinados y expuestos con imparcial esmero. Los juristas clásicos testimoniaban, por regla general, en sus referencias a estas doctrinas la mayor consecuencia.»

nerse el sujeto y el objeto de la relación jurídica como el Yo y el No-yo, la técnica arranca de conceptos vulgares y de percepciones corrientes para trazar las líneas generales, sin separarse de ellos.

En su sentido vulgar, dice el Sr. Sánchez Román (1), la palabra *cosa* comprende «todo objeto que existe en el mundo exterior y se halla fuera de nosotros». «En la determinación del concepto de cosa debe partirse, según Windscheid (2), de que por cosa se entiende todo objeto singular perteneciente a la naturaleza irracional» (3). «Cosas, a juicio de Cosack (4), son todos los objetos que tienen cuerpo, exceptuando el cuerpo humano.»

Por importante que sea el concepto así deslindado para el Derecho de cosas, nos deja to-

(1) Estudios de Derecho civil, t. II de la 2.^a edición, pág. 486. Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1911.

(2) *Diritto delle Pandette*, I, parte II, pág. 1.^a de la primera traducción italiana de los abogados C. Fadda y P. E. Benza. Torino, Unione Tipografico-Editrice.

(3) Sin esta limitación se halla la noción vulgar en Chironi-Abello: «Cosa en el uso común indica todo objeto de los sentidos o del pensamiento, *omne quod est aut cogitur*, todo lo que en la naturaleza existe y puede existir y sobre lo que la persona puede ejercitar su actividad de cualquier manera.» *Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. I, pág. 301. Torino, Fratelli Bocca, 1904.

(4) *Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts*, I, pág. 105, 6.^a edición. Jena, Gustav Fischer. La definición está influida por las discusiones relativas a los derechos sobre el cuerpo humano.

davía muy lejos del elemento objetivo que a modo de postulado (1) entra en la doctrina del Derecho subjetivo.

2.—COSAS CORPORALES E INCORPORALES.

Ya en el primitivo Derecho romano aparecían como cosas que se podían transmitir por el rito de la *mancipatio* el fundo itálico, los esclavos, algunos animales de carga y las servidumbres (2); y si las primeras formaban el embrión de la gran categoría, conocida más tarde con la denominación de *inmuebles*, y los segundos ocupan el lugar de los *muebles* o *semovientes*, las últimas dan carta de naturaleza a las cosas *incorporales*. Forman, por decirlo así, los cuadros, dentro de los cuales han de ser clasificados los múltiples objetos que el progreso de la vida económica y el desarrollo de la cultura han de lanzar al comercio jurídico.

Paralelamente a este desenvolvimiento, el análisis filosófico fué llevado a admitir infinidad de objetos de la relación jurídica, y hubo que distinguir los que caen bajo nuestros sentidos, de los que existen en nuestro pensamiento. Tal es el alcance del famoso pasaje de Cice-

(1) Vid. NICOL-SPEYER: *Der Allgemeine Rechtslehre*. Berlín, 1911; Vahlen, pág. 238.

rón, que separa las cosas que realmente existen de las que son pensadas: Aquéllas pueden ser percibidas y tocadas, como el fundo, la casa, la pared, etc.; éstas no, como la usucapión, la tutela, la *gens*, etc...; mas si bien no tienen cuerpo, *est tamen quaedam conformatio insignita et impressa intelligentia, quam notionem voco* (1).

Recogida esta afirmación por Gayo, nos dan sus Instituciones (2) una clasificación de las cosas que a través del *Digesto* (3) y de las *Instituciones* de Justiniano (4) se había de perpetuar en las Escuelas.

«*Quaedam preterea res, nos dice aquel gran jurisconsulto, corporales sunt quaedam incorporales. Corporales hae sunt quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles. Incorporales hae sunt quae tangi non possunt: qualia sunt ea quae jure consistunt, sicut hereditas, usufructus, obligationes quoquo modo contractae.*»

No puedo detenerme en el estudio de la controversia que en los tiempos modernos se ha suscitado alrededor de esta célebre distinción. Los anotadores italianos de Windscheid decla-

(1) Vid. Cic.-Topic., cap. V, t. III, pág. 281 de la edición 3.^a A. Amar, París, 1823. Ap. *Lefevre bibliopolam*.

(2) *Inst.*, II, 12-14.

(3) L. 1.^a párrafo 1.^o D. *de divisione rerum*, I, 8.

ran que la distinción de las cosas en corporales e incorporeales, como objetos de relaciones jurídicas, viene a representar un verdadero progreso, y el jurista no puede desconocer el alcance que tiene en el Derecho moderno (1). «Nos asombra, dice Kloess (2), la maravillosa precisión con que los romanos consiguieron ordenar cuanto les rodeaba, desde el punto de vista jurídico.» Después de estas alabanzas, no puede uno dejar de encontrar superficial la crítica de Planiol en su conocido tratado de Derecho civil (3): «Esta distinción no tiene sentido, porque pone de un lado las cosas y de otro los derechos; es decir, dos categorías que no tienen ninguna característica común, por ser de naturaleza diferente...» «Los Romanos han sido llevados a tan extraña idea, porque han confundido el derecho de propiedad con la cosa sobre que recae...»

De esta distinción, sin embargo, arranca Nicol-Speyer para investigar la esencia de la objetividad jurídica y Majorana para formar los

(1) Notas de los traductores al lib. II, pág. 661, del tomo I.

(2) En el artículo del «Archiv für die Civ. Praxis» que luego estudiaremos.

(3) *Traité élémentaire de Droit Civil*, t. I, pág. 659 de la 8.^a edición. Baudry-Lacantinerie reduce la distinción a una antítesis entre el derecho de propiedad y los demás derechos. *Précis de Droit Civil*, t. I, pág. 694 de la 11.^a edición. Sirey, Paris, 1912.

grupos de cosas incorpóras (obras científicas, artísticas, invenciones, nombre...) (1) y derechos sobre derechos (en cuanto los *jura* o, generalmente, las esferas de acción jurídica pueden ser a su vez objeto de otros derechos), así como para delinear los tipos de derechos reales administrativos o públicos. Y no hay peligro de que la técnica moderna confunda el derecho subjetivo con el objeto sobre que recae: «Cosa incorpóral, sienta Gierke, es una porción ideal de las relaciones del mundo exterior adecuadas para una potestad jurídica.»

«La cosa incorpóral recibe sus limitaciones, y en su virtud, su existencia especial, de la extensión y contenido del Derecho, respecto del cual aparece considerada como objeto.»

«Por esto se explica no sólo que muchas veces se designe la cosa incorpóral y el derecho constituido sobre ella con el mismo nombre, sino también que en la vida, en la ciencia y en la legislación aparezcan en la misma línea el concepto de la cosa incorpóral y el del derecho» (2).

(1) Y aun clientela, secretos de fabricación, título de un periódico, negocios, empresas...

(2) *Deutsches Privatrecht*, t. I, pág. 270. Leipzig, Duncker und Humblot, 1895.

3.—BIENES.

La noción de cosas corporales fijada en tales términos, va adquiriendo sentido jurídico gracias a un coeficiente económico que las transforma en *bienes*. Un texto de Ulpiano (1) pone de relieve etimológica y racionalmente el valor cualificativo de la utilidad: *Bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est, beatos faciunt; beare est prodesse*. Es decir: la palabra bienes procede del verbo *beo-as-are* que Plauto emplea en el sentido de hacer feliz; Horacio, en el de enriquecer; Terencio, en el de causar placer, y nuestro jurisconsulto en el de aprovechar.

Como un eco repiten nuestras *Partidas* (2): «Bienes son llamadas aquellas cosas de que los omes se sirven e se ayudan.»

El derecho, que es reglamentación y protección de los intereses de los particulares y de todos, debe seguir de cerca la evolución de tales intereses (3). Según otros autores (4), el concepto de utilidad es todavía demasiado amplio, y se refieren para transformar las cosas en objetos jurídicos a la posibilidad de apropiación.

(1) L. 49. D. de *verborum significacione*, 50, 16.

(2) Proemio del tit. XVII, *Partida* 2.^a

(3) Fadda y Benza. Nota y lugar citados.

(4) Véase, por ejemplo, Planiol, op. cit., I, pág. 657.

Bienes, en este sentido, comprende todo lo que es elemento de fortuna o de riqueza susceptible de apropiación.

4.—OBJETIVIDAD JURÍDICA.

Ni la utilidad, ni la apropiación, ni el valor, parecen suficientes para determinar la objetividad jurídica. Los Códigos hacen referencia a las cosas, sobre todo en los actos de enajenación o disposición, y la doctrina presupone su existencia concreta e independiente al discutir la causa del enriquecimiento, los efectos de la sucesión *inter vivos* o *mortis causa*, las consecuencias de los actos otorgados por el titular real o aparente (*non dominus*), la legitimación de situaciones posesorias, la comunidad, etc.

Partiendo de esta observación y con la vista puesta en el Código civil alemán, Sohm ha desenvuelto en una tesis muy discutida (1) la afirmación de que los objetos de la ley no son los propiamente jurídicos, sino más bien los susceptibles de enajenación, y ha sentado como conclusiones de la misma: a) que hay derechos cuya virtud se agota con su ejercicio (por ejemplo, el de compensar dos obligaciones, denunciar un contrato, etc.) y carecen de acción, pues-

(1) *Der Gegenstand* en la fiesta jubilar de Degenkolb, Leipzig, 1905 (Sonderdruck).

to que no se pueden dirigir contra nadie para que los satisfaga; b) sobre los anteriores se levantan los derechos corrientes dotados de acción, que nos autorizan para exigir de los demás una conducta determinada; c) estos derechos pueden ser personales o patrimoniales; los primeros, son intransmisibles; los segundos, independientes de las circunstancias personales de su titular, pueden cambiarlo y entrar en una sucesión; d) por ser transmisibles y objetos de tráfico, no por su valor, los derechos patrimoniales ocupan el más alto puesto del desenvolvimiento jurídico, son objetos de la circulación comercial (1). Con arreglo a estos cánones, niega la categoría de objetos a los derechos de personalidad, familia y sus derivados (por ejemplo, usufructo paterno), al patrimonio, a las deudas, a la posesión y a las acciones.

Bajando ya de estas altas esferas al campo concreto de nuestros estudios, cabe preguntar si en la técnica hipotecaria los derechos recaen directamente sobre las cosas corpóreas o pueden tener como objetos propios otros derechos.

Para la mayor parte de los pandectistas (2) y también para el Código civil alemán son cosas

(1) Der Grund ihres Vorranges aber beruht darin, dass sie «gegenstände» sind, Gegenstände des verfügungsgeshäftlichen Verkehrs (op. cit. in fine).

(2) Véase en la citada traducción de Fadda Benza la nota (g) del lib. II, pág. 658 y sig.

únicamente los objetos corporales (art. 90). Sobre ellas recaen directamente los derechos reales, y tan sólo se exceptúa de esta regla el usufructo y los derechos de garantía que pueden ser constituidos sobre otros derechos.

En el Derecho español parece que no hay límite para estas yuxtaposiciones; al menos no se ha planteado con precisión el problema de su licitud.

5.—MUEBLES E INMUEBLES.

Aunque el Derecho romano no fué indiferente a esta fundamental distinción, que se pone de relieve en los interdictos, en la prescripción, en el régimen dotal y en la tradición, puede afirmarse que, en general, los muebles y los inmuebles son tratados de la misma manera en el *Corpus juris* (1).

La Edad Media estableció diferencias tan profundas entre ellos por lo tocante a la adquisición, número de derechos reales, características de la hipoteca y de la prenda, régimen familiar y orden sucesorio, que como con razón afirma Hübner, no conoció una reglamentación única, sino un doble ordenamiento: el Derecho de cosas relativo a los inmuebles y el relativo a

(1) En tal sentido SOHM: *Institutionen*, pág. 377 de la edición 16.^a München und Leipzig, Duncker, 1912.

los muebles (1). Más que el valor económico, que en los pueblos primitivos se condensa especialmente en los muebles (caballos, armas, rebaños, esclavos, joyas y vituallas), la superior consideración que en la Edad Media se concede a la propiedad inmobiliaria, descansa en el papel jurídico, social y económico que representa. La existencia de las familias, la prosperidad de los pueblos, la nobleza de los linajes, la pujanza de los reyes van unidas a la inagotable fecundidad de la madre tierra, que no se agota por el consumo, como los muebles, y sobre la cual arraiga la organización feudal. La riqueza mueble, en cambio, se desenvuelve exuberante en las ciudades (mercados y puertos) y rompe los cauces de la severa contratación y de la exagerada protección legal, para derivar por las vías del tráfico comercial.

Frente al pensamiento romano que consagra la propiedad privada de la tierra y la sujeta como si fuese un objeto mueble al arbitrio de su dueño, se abre paso el ideal germánico que la encadena al servicio de todos. El romano decía: «Yo soy el señor, la naturaleza la esclava. Cuanto existe en el mundo, tiene el único fin de servirme.» El germano decía: «La naturaleza es mi nodriza, cuyas órdenes debo aten-

(1) HUBNER: *Grnzüge des Deutschen Privatrechts*, pág. 146 de la 3.^a edición. Leipzig, A. Deich. Verl., 1919.

der... La tierra es el patrimonio de la Humanidad, los particulares son sus administradores responsables.»

La distinción de las cosas por razón de la posibilidad de su traslado, que en Roma se refería exclusivamente a las corpóreas, se extiende paulatinamente en la Edad Media a las incorpóreas, derechos y acciones, y concluye por servir de base a una clasificación general de los valores patrimoniales. A veces, para evitar o provocar la diferencia de trato, se *inmueblizan* los muebles o viceversa, se movilizan las fincas. Los ejemplos abundan en el derecho matrimonial y en el hereditario, para modificar las consecuencias de la comunidad conyugal y de los retractos familiares. Una antigua costumbre de Bretaña admite *les meubles non muables*, al Código de Napoleón llega (1) el pacto de incluir en la comunidad los inmuebles presentes o futuros por vía de *ameublissement*, en Lübeck se transforman las fincas en muebles (*entliegenschaftung*) para poder venderlas sin permiso de los herederos, los siervos establecidos en un predio (*servi casati*) siguen en Alemania su destino como *pars fundi*, los peces en el estanque y la casa en el bosque son en Austria inmuebles, en todas partes va sujetándose los buques al derecho que rige las fincas, y, en fin, en Ara-

(1) Art. 1.497, núm. 3.

gón son bienes *sitios* con relación a los cónyuges, los muebles aportados con tal carácter al matrimonio (1).

En general, la categoría de inmuebles comprende: *a)* los predios (*terra, possessio, proprietas, hereditas*) que se designan por el título justificativo de la tenencia; *b)* los árboles, sobre todo los frutales, los bosques, las plantaciones y los frutos, si bien en cuanto eran bienes adquiridos pasaban a muebles en muchos sitios; *c)* los edificios, a medida que se va empleando la piedra en su construcción (2).

Mayores dificultades presentaba la determinación de las cosas incorporales inmuebles. Ante todo, se atendía al objeto mismo del derecho para clasificar a éste (3) y también a las especiales relaciones que se trataba de regular (régimen matrimonial, ejecución).

Por su importancia social y económica, así como por su capacidad para producir rentas y frutos, se incluían entre los inmuebles los privilegios, regalías y oficios enajenados de la Corona que arraigaban en una región determinada y conferían un poder dentro de ella. Por estar íntimamente unidos a los predios, seguían

(1) Observ. 43, De jure dotium, lib. V.

(2) Véanse las páginas 18 y 19 de mis conferencias sobre El derecho Real de Superficie.

(3) En la duda se atribuye a veces a todo derecho el carácter de mueble. Véanse los ejemplos citados por Gierke,

su cualidad las servidumbres y demás derechos subjetivamente reales. De igual manera entraron en el patrimonio inmobiliario las cargas reales, cuando eran consideradas en su totalidad, pues las prestaciones de ellas nacidas recibían frecuentemente el tratamiento de muebles. Respecto de los créditos hipotecarios, había una corriente poderosa que los *movilizaba*, tanto por el carácter accesorio que la hipoteca tenía respecto del crédito en el Derecho romano, como por facilitar su cesión. Eran muebles, los derechos de obligación que no tuvieran por objeto la prestación de cosas. Si tenían esta finalidad, el Derecho germánico los clasificaba entre los inmuebles, por razón de la cosa cuya propiedad o uso se reclamaba, y a veces por la perpetuidad o duración de las rentas o intereses. Para la teoría romana, cristalizada en el derecho común, todos los derechos de crédito parecían muebles. El patrimonio como unidad fué estimado mueble o inmueble, según los tiempos y las legislaciones. En fin, la incorporación de todos estos elementos en cédulas o títulos negociables, los transformaba en muebles.

La introducción del Derecho romano y el desarrollo de la riqueza mueble en las ciudades, que liberaban al hombre del predominio del señor territorial, influyeron en la distinción, la hicieron palidecer, pero no borraron sus lí-

mites. Se continuó dividiendo el campo entero de los derechos patrimoniales entre los muebles y los inmuebles, admitiendo al lado de las *res naturaliter immobiles vel mobiles*, las *civiliter immobiles vel mobiles* que absorbían el grupo de cosas incorpóreas.

Las *Partidas*, desde un punto de vista romano, declaran que las cosas «son en dos maneras: las unas muebles, las otras rayzes» (1), por lo cual Gregorio López se cree en el deber de advertir que la clasificación es tripartita, pues los derechos, acciones y créditos son un tercer género de cosas (2).

La Ley 1.^a del título XVII de la *Partida* 2.^a señala como nota distintiva la *movilidad*: «Las muebles se entienden por aquellas que viven e se mueven por sí naturalmente. E otrosí por las otras que magüer no son vivas e se non pueden por sí mover, pero muevenlas. E las rayzes son las heredades, e las labores, que se non pueden mover en ninguna destas maneras.»

Apenas si las Leyes 28 y 29, título V, *Partida* 5.^a, extienden el concepto de inmuebles a las cosas muebles *ayuntadas* a la casa para su servicio, o que estuvieren *fincadas* o *soterradas*.

Cuán lejos de la doctrina, de la jurisprudencia y de la vida se hallaba esta clasificación, no

(1) Proemio cit. del tít. XVII, *Partida* 2.^a

(2) Glosa «En dos maneras». Ibidem.

es para demostrado brevemente. Baste indicar que la tendencia germánica se impuso en nuestra patria como en los países del Occidente de Europa, y a medida que se crean los Registros hipotecarios en unos sitios y las Contadurías de Hipotecas en otros, se pone de relieve.

Así, en la Pragmática de D. Carlos III estableciendo estas últimas en todo el reino «se previene que por bienes raíces, además de casas, heredades y otros de esta calidad inherentes al suelo, se entienden también los censos, oficios y otros derechos perpetuos que puedan admitir gravamen» (1).

Con tales precedentes, se explica la influencia que en estos particulares, como en muchos otros, ejerció en nuestro país el Código de Napoleón, cuyo artículo 517 declara que los bienes son inmuebles o por su naturaleza o por su destino o por el objeto a que se aplican (2). Se refieren las dos primeras clases a las cosas corpóreas y la última a las incorpóreas.

La enumeración de los inmuebles por su naturaleza, que hacen los artículos siguientes, comprende tanto los inmuebles propiamente

(1) Núm. 3 de la Ley 3.ª, tit. XVI, lib. IX de la Novísima Recopilación.

(2) Con posterioridad al Código de Napoleón, los autores han introducido la categoría de inmuebles por determinación legal o por declaración privada (Planiol recomienda el empleo de la designación «Inmuebles por declaración»; op. cit., I, 682).

dichos (predios rústicos, *fonds de terre*), como los inmuebles por incorporación (construcciones, molinos de viento, cosechas pendientes, tuberías de conducción) (1). En la segunda clase, figuran ciertas cosas muebles por naturaleza que, conservando su individualidad, han sido unidas a un predio como accesorios por el propietario del mismo (animales destinados al cultivo, utensilios, semillas, máquinas). A la *inmueblización* por destino agrícola, industrial o comercial, añade la ley la que se lleva a cabo con el fin de utilizar o adornar un predio de un modo permanente (2). Por último, en la categoría de inmuebles por el objeto a que se aplican, se han colocado tan sólo el usufructo de cosas inmuebles, las servidumbres prediales y las acciones que tienden a reivindicar un inmueble, siguiendo en este extremo el antiguo adagio *actio quae tendit ad quid immobile est immobilis* (3).

Cualesquiera que fueran las diferencias entre nuestra legislación y la francesa, desaparecieron en los autores españoles de la segunda mitad del pasado siglo, hasta el punto de que leyendo a algunos, por ejemplo, a los señores Gómez de la Serna y Montalbán, se duda de si están comentando los artículos del Cód-

(1) Arts. 518, 519, 520, 521 y 523.

(2) Arts. 522, 524 y 525.

(3) Art. 526.

go de Napoleón. En efecto, al hablar de las cosas inmuebles o raíces, dicen los citados autores (1): «Este carácter le reciben las cosas, o por su naturaleza, o por su destino, o por el objeto sobre que recaen o a que se aplican.» Y en este último apartado incluyen «algunas cosas incorporales, como el usufructo de fincas, las servidumbres prediales y las acciones que para reivindicar los bienes inmuebles nos competen.»

Los sistemas hipotecarios, sobre todo los basados en los principios germánicos, imprimieron un nuevo giro a la clasificación, que será estudiado oportunamente, y la Exposición de Motivos de la ley Hipotecaria española de 1861, aun advirtiéndolo, sin darse cabal cuenta de su misión, que no correspondía a la misma definir y clasificar las diferentes clases de bienes, justificó la introducción del artículo 4.º que negaba la consideración de bienes inmuebles para los efectos de la ley, a los oficios enajenados, a las inscripciones de la Deuda pública y a las acciones de Bancos y Compañías Mercantiles.

En el Código civil, la clasificación examinada absorbe la totalidad de los bienes patrimoniales, porque si bien el artículo 333 se refiere

(1) Elementos del Derecho Civil y Penal de España, t. I, página 697 de la 10.ª edición. Madrid, Sánchez, 1871.

a las cosas que son o pueden ser objeto de *apropiación*, esta palabra está tomada en el amplio sentido de *titularidad*, y el no aludir a las acciones se deberá a que, suponiendo el carácter adjetivo de las mismas, se las estima unidas a los derechos correspondientes y clasificadas con ellos.

No obstante la diferente estructura del artículo 334 de aquel cuerpo legal y la de los artículos citados del Código de Napoleón, continúa en nuestras escuelas la clasificación de los inmuebles, corriente en la técnica francesa, con algunas variantes en la fraseología. Así, el señor Sánchez Román los distingue por su naturaleza (suelo y subsuelo), por su incorporación (cosas unidas al suelo de una manera permanente), por su destino (muebles adheridos a los inmuebles por razón de utilidad) y por su analogía (derechos reales sobre cosas inmuebles y acciones concedidas para su ejercicio).

Estos complejos desenvolvimientos pierden casi todo su valor cuando se intenta delinear los principios hipotecarios de un sistema como el vigente en España. El valor absorbente de la finca, como superficie deslindada e inscrita bajo número especial; las derivaciones impuestas por el estudio de sus partes integrantes, la sustantivación de ciertos derechos para ponerles al nivel de aquélla, abriéndoles en el Registro un folio aparte, etc., ninguna luz reciben de

los citados artículos del Código civil. En este sentido, resulta inocente el artículo 4.º de la vigente edición de la ley Hipotecaria, a cuyo tenor: «Se reputan inmuebles los enumerados en el artículo 334 del Código civil, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley sobre los requisitos y forma de la inscripción.»

Con superior prudencia, el Código civil alemán no divide las cosas en muebles e inmuebles, sino que contrapone las fincas a los muebles, fijando únicamente lo que entiende por patrimonio inmueble (1) al hablar de las aportaciones de los esposos en el régimen de comunidad de muebles y ganancias.

6.—EL PROBLEMA DE LAS ENERGÍAS FÍSICAS.

Los modernos desenvolvimientos de las ciencias físicas han puesto en entredicho la clasificación de cosas en corpóreas e incorpóreas, amenazándola con la introducción de un ente intermedio: la energía.

Se presentó, en primer término, el problema

(1) Art. 1.551, párrafo 2.º—Al patrimonio inmueble, en el sentido de esta disposición, pertenecen las fincas con sus accesorios, los derechos en ellas, con excepción de la hipoteca, deuda territorial y renta territorial, así como los derechos personales dirigidos a la transmisión de la propiedad sobre fincas o a la constitución o transmisión de uno de los indicados derechos o a la liberación de una finca.

de la naturaleza jurídica de la electricidad con sus repercusiones inmediatas en el derecho público y privado.

Para la intuición jurídica popular y sus cristalizaciones legales, son de escaso valor las discusiones científicas sobre la naturaleza física de la electricidad. Existan dos flúidos diferentes (1), o uno solo, cuyos elementos se rechazan, unido a las moléculas de los cuerpos en un estado de equilibrio natural (2); admitamos las líneas de fuerza magnética cuyo carácter y distribución ilusionaron a Faraday, o la identidad entre los fenómenos eléctricos y luminosos como Maxwell, Hertz y Lodge, que los consideraban movimientos vibratorios del éter, o, en fin, la aproximación moderna de la electricidad a la materia, componiéndola con pequeñas partículas llamadas *electrones*, unidas tan íntimamente al éter, que cada movimiento de un electrón produce un movimiento en el éter y viceversa (3), ¿qué significado tendrán estas teorías para pueblos y legisladores?

Los cuadros lógicos ya están formados; los elementos de las relaciones jurídicas tienen sus casilleros; si no queremos arruinar de un golpe

(1) Electricidad vítrea y resinosa de Symmer.

(2) Teoría de Franklin: Los cuerpos *más o menos* electrizados originan la electricidad positiva o negativa.

(3) *Die Electricität und ihre Anwendungen*, D. L. Graetz, 19-auf.-XV (Einleitung), Stuttgart, Engelhorn's, 1919.

nuestra ciencia, debemos *catalogar* la electricidad.

La jurisprudencia americana, francesa, italiana, austriaca y española principiaron por estimarla *cosa mueble* y por calificar de sustracción fraudulenta las instalaciones clandestinas, el empleo de procedimientos para impedir el movimiento del contador, el uso simultáneo de lámparas combinadas, la sustitución de una lámpara por otra más fuerte, etc. En cambio, la jurisprudencia alemana se negó a admitir tal delito, y para evitar las dudas suscitadas por una vivísima discusión (1) se votó una ley especial que lo regula (2).

Las dificultades parecen insuperables al tratar de fijar la naturaleza de las convenciones y la posibilidad de derechos reales sobre flúido eléctrico. Unas veces se habla de compraventa, otras de suministro, otras de arrendamiento de servicios, de obra o de cosa, y aun en este último supuesto, se discute si la cosa arrendada es la misma electricidad, las máquinas generadoras, o un punto del circuito.

Por si los problemas que con tal motivo se habían planteado a fines del pasado siglo dejaban alguna esperanza de solución, los adelantos de la telegrafía y telefonía sin hilos nos han

(1) Puede verse la literatura en los *Comentarios de Staudinger* al art. 90 del Código civil alemán.

(2) Ley de 9 de Abril de 1900.

traído el de la propagación de las ondas hert-
zianas y el de la licitud de la instalación de los
aparatos receptores (1).

Para obviar las dificultades que a los nuevos
problemas oponen los antiguos métodos, inten-
ta Kloess elevar el plano de la discusión, estu-
diando en general las energías como objetos
del comercio, y precisando los caracteres espe-
cíficos del derecho subjetivo de tipo dominical
(*eigenrecht*) que sobre las mismas se puede
construir (2).

Unidas íntimamente a las cosas del mundo
exterior, pueden las energías ser conducidas
por las cosas (cualquiera que sea la función del
Eter) o hallarse almacenadas en las mismas
(con cierta independenciam de aquel medio elás-
tico). Dentro del primer supuesto, las cosas sir-
ven de (*conductoras*) a la electricidad, luz, calor
radiante, magnetismo y radioactividad. Como
portadoras pueden las cosas acumular o almace-
nar calor molecular, sonido, energía mecánica
(potencial o actual), atracción, expansibilidad,
elasticidad y energías químicas.

Puesto que de las energías se puede disponer
mediante el uso de los conductores (toma de la

(1) Véase el artículo de Pilon sobre el problema jurídico
de la electricidad en la «Revue trim. de Droit Civil», 1904.

(2) Die Energie in-und ausserhalb des Verkens und das Eigen-
recht an ihnen. «Archiv für die Civilistische Praxis» 103,
Band, 84 y sigs.

corriente eléctrica para el alumbrado de una casa) o el consumo de los portadores (combustión de la leña, carbón, etc.), cabe incluirlas en los objetos jurídicos patrimoniales, y en consideración a que son *mediatamente* percibidas por los sentidos (1) podemos ampliar la clásica división en la forma siguiente:

I. Objetos.

1. Percetibles por los sentidos (*quae tangi possunt*).

a) *Inmediatamente* perceptibles por los sentidos, por ejemplo, los objetos corpóreos (cosas).

b) *Mediatamente* perceptibles por los sentidos, por ejemplo, energías.

2. *No perceptibles* por los sentidos, por ejemplo, los derechos patrimoniales, derechos de propiedad en el comercio.

II. *No-objetos*, por ejemplo, posesión, deudas, derechos personalísimos (2).

Colocadas, por tanto, las energías a igual distancia de los objetos materiales y de las cosas incorpóreas, no pueden ser consideradas como *frutos naturales* de los conductores o acumuladores (la fuerza hidráulica, por ejemplo, no es un fruto natural de la finca) por no ser objetos

(1) Que necesitan ponerse en contacto con el conductor o el portador.

(2) Nótase aquí la influencia de la citada monografía de SCHW: *Der Gegenstand*.

físicos (1), aunque sí pueden ser incluídas entre los *productos* de un derecho, y resultar naturalmente del *uso* de las máquinas o establecimientos.

Para averiguar las normas que han de regir los contratos sobre *energías físicas*, es necesario distinguir si éstas se aprovechan utilizando un conductor o portador (depósito), o si, por el contrario, presuponen el consumo del portador mismo; pues en este último caso el suministro de energías necesariamente se subordina al clásico derecho sobre las cosas (el aprovechamiento de los miles de calorías de un kilogramo de hulla va íntimamente unido al *jus abutendi* sobre la misma).

Surge de tales presupuestos la necesidad de perfilar un derecho dominical (*Eigenrecht*) sobre las energías, que legitime su señorío, disposición y aplicación en forma relativa (*mediatamente*). Este derecho especial se confundirá con el de propiedad cuando el consumo de la energía implique consumo de la cosa *portadora*, o cuando el propietario transforme o produzca la energía con sus propios medios; pero son de distinta naturaleza y casi tan separables como la propiedad intelectual de una obra lite-

(1) Riezler, en el comentario al art. 99 (J. V. Staunders Kommentar, ed. cit., pág. 377 del t. I) niega que los frutos tengan que ser siempre *corpóreos*.

raria y el dominio de un ejemplar determinado de la misma.

El derecho dominical sobre energías puede adquirirse originariamente por ocupación de las cosas y energías comunes (previa concesión administrativa cuando sea necesaria y supuesto el derecho de usar los medios técnicos: establecimientos, máquinas, redes, etc.), o por transformación o especificación, aplicando materiales (madera, carbón...), o energías naturales (luz, calor solar, aire, fuerza hidráulica) a los aparatos empleados (motores, turbinas . . .) para apri-sionar las fuerzas libres o utilizar nuevas formas de energía (presupuestos el derecho de aplicar los materiales y de usar los medios técnicos).

Modo derivativo de adquisición de las energías es la transferencia por persona capaz, poniendo al adquirente en condiciones de ejercer mediatamente el poder dispositivo, esencial al derecho examinado. No basta el acuerdo de transmisión entre cedente y cesionario, es necesario que el primero confiera al segundo el medio de utilizar el conductor o portador de energía.

Sin necesidad de remontarnos a una construcción tan sutil y ateniéndonos a los precedentes aludidos de nuestra jurisprudencia (1),

(1) Verdad es que en la Memoria de la Fiscalía del T. S. co-

podemos distinguir la electricidad parte integrante de un inmueble, de la que por ir unida a una cosa mueble no cae dentro del ámbito de nuestras investigaciones. Tanto una como otra, pueden ser acumuladas, medidas y enajenadas con separación de los *conductores*; y las relaciones jurídicas de este modo creadas, en el primer caso se acercarán a los tipos de enajenación de productos (frutos), a los derechos reales de goce o aprovechamiento de la cosa ajena (1) y a las

respondiente al año 1899 (pág. 148), se decía: «Doquiera que hay defraudación o perjuicio y engaño para causarlos, existe el delito de estafa, y verdaderamente el que, habiendo contratado con una Sociedad de electricidad el alumbrado de su casa, un contador, mediante una cantidad determinada por el número de lámparas y por la forma de las bujías, acrecienta el consumo en beneficio propio, ya acrecentando el número de las primeras ya usando en ellas bujías de mayor potencia, defrauda, mediante este engaño, los intereses de la Sociedad con la que contrató, y es, por lo tanto, responsable del delito de *estafa* que precisamente define y pena el art. 554 del Código Penal.» Pero la sentencia del T. S. de 30 de Octubre de 1909, sin apreciar la alegación del recurrente fundada en que «el fluido eléctrico no puede reputarse como cosa mueble, sino un estado dinámico producido por la vibración de las moléculas», afirmó: «Que este Tribunal tiene declarado con repetición que el fluido eléctrico merece el concepto legal de *cosa mueble*, como comprendido en la denominación genérica que hace el Código civil en el art. 335 de los bienes de esta clase», y declaró que la Audiencia no había incurrido en error de derecho o infracción de ley al calificar de *hurto* los actos realizados.

(1) Esta posición es análoga a la adoptada por el art. 713 del Código civil suizo, que reputa muebles a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación que no estén comprendidas en los inmuebles.

concesiones administrativas de utilización de energías naturales (1).

7.—DERECHO DE COSAS.

La división de Gayo *Onme jus quo utimur ad personas pertinet vel ad rem vel ad acciones*, aunque haya servido para fijar la estructura del Código de Napoleón, cuyos tres libros tratan respectivamente de las personas, de los bienes y de los modos de adquirir, e indirectamente se haya reflejado en el nuestro, no puede darnos una clara idea del contenido de esta rama del derecho civil. El libro segundo del Código civil español, a pesar del epígrafe «De los bienes, de la propiedad, y de sus modificaciones», no agota el derecho de cosas, al que pertenecen múltiples disposiciones de los libros tercero y cuarto.

Más bien llegaremos a una idea de su contenido estudiando el plan de los libros sistemáti-

(1) La Dirección general de los Registros y del Notariado, en resolución de 23 de Mayo de 1910, refiriéndose a ciertos compromisos contraídos a favor de una persona por una Empresa, dice: «Que la cláusula primera de la escritura de transacción origen de este recurso no presenta ni el nombre ni los caracteres de derecho real sobre cosa inmueble, sino más bien los de una obligación personal contraída por la Popular Eléctrica Saguntina, a favor de dicho señor, respecto a la no utilización para aquel fin de un *producto* o elemento industrial, cual es la energía eléctrica engendrada por un salto de agua, pero sin establecer sobre éste carga o gravamen de naturaleza real.»

cos de Derecho romano moderno (*Pandekten-lehrbücher*) o *Manuales de Pandectas*, esbozado por Hugo en sus *Instituciones* (1789), desenvuelto por Heise en sus *Principios de un sistema de Derecho civil común* (1807), extendido por Savigny y vulgarizado entre nosotros por los magistrales *Estudios de Derecho Civil*, del Sr. Sánchez Román.

Descartados los llamados derechos originarios primitivos o absolutos, «queda limitado el círculo de nuestros conocimientos a los derechos denominados derivativos, adquiridos o patrimoniales, consecuencia del ejercicio de nuestra libre actividad sobre el mundo exterior. Este se ofrece bajo los aspectos de la naturaleza *no libre* y la que *lo es*», y la acción de la voluntad sobre estas dos esferas engendra el Derecho de cosas y el de Obligaciones, así como la naturaleza social del hombre da origen al Derecho de familia, y la permanencia de las relaciones jurídicas encuentra su apoyo en el Derecho de sucesión *mortis causa* (1).

«La principal división del derecho privado, dice Windscheid (2), es la de derecho patrimonial y derecho de familia. Los derechos patrimoniales tienen por objeto: a) las relaciones jurídicas sobre las cosas; b) las relaciones jurídi-

(1) Vid. las pág. 87 y sigs. del t. I de los citados *Estudios de Derecho Civil*.

(2) *Op. cit.*, I, 40,

cas entre persona y persona, derechos de crédito u obligaciones.»

La superior división de los derechos por razón de su objeto, sienta Landsberg, es, en Derechos patrimoniales, de familia y de la personalidad (1). Los primeros (que se refieren a los bienes económicos) se dividen en personales (obligaciones) e impersonales (en las cosas).

Los Códigos Alemán y Suizo deben su estructura a esta sistematización, y de ahí que el libro tercero de aquél y el cuarto de éste señalen con bastante precisión los límites del derecho de cosas.

Según Windscheid (2), este derecho de cosas contiene los principios relativos a las relaciones jurídicas sobre las cosas. Salvando la vaguedad de esta expresión, Heilfron-Pick definen el derecho de cosas (*Sachenrecht*) en sentido objetivo, como el conjunto de las disposiciones legales aplicables a los derechos de cosa (derechos reales) en el sentido subjetivo (3). Y para evitar la logomaquia dice Kober: «El derecho de cosas, en sentido estricto, comprende los derechos de una persona en una cosa» (4).

(1) *Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches*, I, 61. Berlín 1904, Gutentag.

(2) *Op. cit.*, vol. I, parte II, 1.

(3) *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, III, 1-2.ª edición. Berlín, Speyer und Peters, 1903.

(4) *J. V. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*

La idea predominante, aunque no se expresa con claridad, es la de limitar el derecho de cosas a los llamados derechos reales, y así denomina este tratado nuestro Sánchez Román (1). Nótese que no son equivalentes las frases *derecho de cosas* y *derecho de los bienes* más que cuando se prescinde en la última del derecho de obligaciones.

El primer proyecto de Código Civil Alemán colocaba el contenido del artículo 90 (concepto legal de cosa) que ahora figura en la parte general, al frente del libro tercero como para indicar que el derecho de cosas se circunscribe en principio a las corporales, como en el derecho romano clásico.

Sin embargo, en aquél han encontrado cabida naturalmente, no sólo los derechos reales, sino también los de obligación o personales que van unidos en todas las legislaciones a los tipos clásicos de derecho real: las relaciones entre el poseedor y el dueño, entre el usufructuario y el nudo propietario engendran acciones personales que se rigen por el derecho de cosas, en cuanto a su nacimiento, o por el derecho de obligaciones, en cuanto a su desenvolvimiento y extinción. De aquí los tipos jurídicos que dan

und dem Einführungsgesetze, III, Erläutert von Dr. Karl Kober, 7-8.^a edición, 1912. München und Berlin, J. Schweitzer.

(1) Derechos reales. Derecho de la propiedad y sus modificaciones, según la portada del t. III de la obra citada.

lugar a las obligaciones *in rem scriptae, propter rem*.

Así, los códigos Alemán y Español regulan en el derecho de cosas la posesión, que no es contada por la mayoría de los autores entre los derechos reales.

La diferencia más importante que separa al *derecho de cosas* del de obligaciones, es la de referirse aquél directamente a un señorío sobre la cosa y éste a una dominación de la voluntad ajena, regulando, respectivamente, los Derechos subjetivos, reales y de crédito, que serán detenidamente estudiados en otro capítulo.

Derívase de esta distinta naturaleza el diferente valor que la ley y la voluntad adquieren en ambos ordenamientos.

Aceptando la distinción racional del derecho en necesario y voluntario, que nuestro gran Costa puso de relieve en su *Teoría del hecho jurídico* (1), o de normas coactivas y dispositivas, según sean impuestas por la ley en forma absoluta y obligatoria o en forma hipotética y libre, bajo el supuesto de que las personas a quienes interesa se acojan a sus prescripciones, cabe afirmar que el derecho de obligaciones recibe preferentemente su vigor de la voluntad, mientras el de cosas se halla estereotipado en

(1) Pág. 81 del vol. VII de la «Biblioteca jurídica de autores españoles». Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1880.

los cuerpos legales; en aquél la voluntad modifica y suple a la ley, en éste sólo debiera admitirse su poder arbitrario en términos sumamente restringidos; en el uno entran en primera línea los intereses de acreedor y deudor, el negocio se desenvuelve *inter partes*; en el otro la sociedad entera se halla directamente interesada, el derecho absoluto se ejercita *erga omnes*.

Desgraciadamente, en España no ha penetrado esta verdad ni en las leyes, ni en las academias, ni en el foro. Y, sin embargo, es evidente que los contratantes sobre un derecho real no pueden modificar su esencia (por ejemplo, crear un tipo especial de propiedad) ni transformar en cosa corpórea lo que no lo es, para establecer un derecho real (por ejemplo, gravar una cuarta parte indivisa de un predio con una servidumbre de paso), ni constituir un derecho independiente sobre una porción integrante de una cosa (por ejemplo, transferir la propiedad de la piel de un tigre que sigue encerrado en un parque zoológico).

El derecho de obligaciones, al decir de Ehrlich, satisface las necesidades individuales; del derecho real se ha de servir el individuo tal y como haya sido moldeado por las necesidades colectivas.

Por eso se plantean aquí interesantísimos problemas de limitación de la autonomía de la voluntad.

1.º El designado con la frase técnica *numerus clausus* (número cerrado), es decir, si nuestra sistemática admite tan sólo un número limitado de derechos reales o pueden ser éstos creados *ad libitum* (1).

2.º Si los elementos esenciales de cada uno de los derechos reales tipos han de ser mantenidos con rigidez, dejando solamente algún espacio libre al juego de voluntades dentro del marco trazado.

3.º Si es necesario que los momentos integrantes de los actos dispositivos y de la misma transferencia del derecho real sean regulados con un criterio férreo y sin dejar oscuridades.

4.º Si han de entenderse necesarias o coactivas las disposiciones del derecho de cosas, mientras, por excepción, no se exprese lo contrario.

Dentro del derecho de cosas, la división de éstas en muebles e inmuebles determina, como hemos anticipado, la formación de dos grandes ramas jurídicas que se separan en la técnica moderna, tanto por el número de derechos reales que sobre unas y otras se puede constituir, como por los momentos y efectos de la constitución, adquisición, modificación y extinción de aquéllos, y por el distinto papel que, como

(1) Este problema ha sido tocado por el Sr. Fernández Luis en su obra fundamental y por Castán en un artículo de la «Revista de Derecho Privado».

medios legitimadores de las situaciones jurídicas, desempeñan en las primeras la posesión y en las segundas el Registro de la propiedad (1).

8.—DERECHO INMOBILIARIO.

Entrando ya en su concreta determinación, hemos de atender, por razones que más tarde tendrán cabal desarrollo, a los límites que le asigna la técnica germánica.

Fuchs (2), sin comprometerse mucho en la terminología, señala su doble significado: en el sentido objetivo, designa el conjunto de normas jurídicas aplicables a las fincas; en el sentido subjetivo, los derechos que tienen una finca por objeto. En él no se comprende todo el derecho sobre inmuebles, añade, sino el basado sobre el sistema registral, y así únicamente las disposiciones del ordenamiento hipotecario; y de los derechos subjetivos, sólo los inscribibles. Es decir: a) Los derechos reales sobre inmuebles, derechos propiamente dichos *sobre fincas*, a los cuales se agruparán por analogía los derechos *sobre derechos*, los cuales no son derechos sobre

(1) En la Exposición de Motivos del Código civil suizo, Huber pone de relieve esta distinción, que ya late en las actas de las sesiones celebradas por la Comisión de Códigos que redactó nuestra ley Hipotecaria.

(2) *Materielles Grundbuchrecht*. Berlín, 1902. Heines, pág. 8.

fincas, sino derechos sobre derechos inmobiliarios (usufructo de derechos y patrimonios, pignación (1) de derechos); b) los derechos inscribibles, sin ser derechos reales, sobre inmuebles (anotaciones preventivas, limitaciones de enajenar y disponer).

De los términos empleados por D. Bienvenido Oliver, a quien se debe la introducción en nuestros estudios de la designación *Derecho Inmobiliario*, las disposiciones en él comprendidas se refieren total y exclusivamente a las relaciones jurídicas que el hombre mantiene (*sic*) con las cosas inmuebles (2), y casi viene a definir tal rama del derecho cuando, después de citar la frase de Cárdenas, que consideraba a la ley Hipotecaria como una especie de Código de la propiedad inmueble, añade que responde a la existencia de un *conjunto sistemático de reglas o preceptos legales acerca de los derechos constituidos sobre cosa raíz o inmueble* (3).

El contenido del derecho inmobiliario ha sido fijado entre nosotros por los principios y evolución de la ley Hipotecaria, pero la forma de su promulgación, la falta de relaciones continuas entre dicha ley y el Código civil, la limi-

(1) Pfandrecht-gage: •Derecho de garantía sobre muebles o fincas. •

(2) *Derecho Inmobiliario español*, t. I, pág. 879. Madrid. Sucesores de Rivadeneyra, 1892.

(3) *Op. cit.*, I, 880 in fine.

tación a terceros de sus efectos capitales, la voluntad de la inscripción, los medios ideados para llevar las fincas al Registro y otras muchas concausas han provocado un estado inarmónico de la legislación, y una técnica confusa y deficiente.

La propiedad inmueble en España puede hallarse en cinco posiciones jurídicas que implican regímenes diferentes (1).

1.º Fincas no inscritas en los Registros de la propiedad, sujetas al ordenamiento tradicional, hoy contenido en el Código civil y legislaciones forales.

2.º Fincas cuya posesión tan sólo se ha inscrito, y que originan problemas jurídicos cuya solución no puede obtenerse aplicando los principios hipotecarios en toda su pureza, sino teniendo también en cuenta las citadas legislaciones. (Régimen mixto.)

3.º Fincas que, a pesar de hallarse inscritas, viven jurídicamente fuera del Registro por contener la titulación correspondiente, defectos insubsanables o defectos subsanables no subsanados. (Se aproximan al primer caso.)

4.º Fincas que han originado inscripciones provisionales, como las autorizadas por el artículo 20 de la ley Hipotecaria de 1909 y la de

(1) Prescindiendo de la mayor complicación que han introducido las leyes catastrales.

3 de Agosto de 1922. (Igualmente de régimen mixto y sumamente oscuro.)

5.º Propiedad inscrita con plenos y característicos efectos registrales. (Derecho hipotecario puro.)

Los autores de tratados españoles y los programas o cuestionarios de oposiciones suelen referirse con la denominación *Derecho Inmobiliario* al Régimen del Registro de la propiedad. En tal sentido los Sres. López Palop y Campuzano (1) le asignan como principios adjetivos, en su aspecto material, el de publicidad, legalidad y especialidad; como principios adjetivos formales el de idoneidad de las personas a quienes se confíe el Registro, la circunscripción y capitalidad de éstos, la claridad y sencillez de los libros y asientos, la economía y rapidez en los procedimientos de inscripción, y que el Registro sea real o de fincas; como notas, la de regular los actos y contratos sobre inmuebles, y la capacidad de las personas en cuanto se relacionan con los mismos, la de ser formalista y tener carácter preventivo, y como fines, el jurídico de asegurar la propiedad, y el económico de proteger el crédito (2).

(1) Apéndice a los temas de Legislación Hipotecaria publicados por la casa Reus, pág. 7 y sig.

(2) Véase en análogo sentido JUAN Y JOAQUIN MUÑOZ CAsILLAS: *Derecho Hipotecario*, pág. 11 y sig. del t. I. Imprenta de «El Noticiero», Cáceres, 1921.—GARCIA GUIJARROS: *Bases*

9.—DERECHO HIPOTECARIO.

Refiriéndonos ya al Derecho Hipotecario, o sea al conjunto de normas que regulan los derechos reales inscribibles, determinan los efectos que las acciones personales adquieren contra tercero por la anotación y fijan el especial alcance de las prohibiciones de disponer, podemos decir que tiene en nuestra patria un contenido fijado por la evolución de la legislación especial, con independencia, en cierto modo, del Derecho civil Común y Foral, del Procesal civil y del administrativo, pero en constante e íntima relación con ellos.

En todos los países, las leyes hipotecarias, con vistas directas al crédito, han vivido fuera de los Códigos fundamentales, y la fusión de todo el derecho sustantivo relativo a inmuebles, en el libro tercero del Código civil alemán, no ha dejado de originar acres censuras por parte de cuantos entendían que la legitimación hipotecaria, sólo debe mantenerse en su pureza cuando el crédito público se halle directamente comprometido o interesado (1).

Nuestra primitiva ley Hipotecaria de 8 de

del Derecho Inmobiliario.—VENTURA Y SOLA: Fundamentos del Derecho Inmobiliario.

(1) Entre otras, puede consultarse la crítica de KINDEL: *Das Recht an der Sache*, Breslau, Morgenstern, 1889.

Febrero de 1861 y todas las posteriores hasta la vigente de 1909, tan sólo regulaban los efectos de la inscripción, el derecho real de hipoteca, el modo de llevar los Registros y el tránsito del antiguo al moderno régimen. Haciéndose cargo de sus lagunas, D. Bienvenido Oliver anunciaba una primera parte de su magistral tratado que, bajo el epígrafe «Constitución de la propiedad territorial y demás derechos reales sobre inmuebles», después de fijar el origen, fundamento y caracteres esenciales de los derechos llamados personales y de los reales o sobre cosa, y de explicar la naturaleza de estos últimos cuando afectan a los inmuebles, las condiciones generales para la adquisición, transmisión y gravamen de los mismos, especialmente las que de antiguo vienen designándose con los nombres de *título* y de *modo*, y el carácter absoluto o revocable de la adquisición de los expresados derechos; expondría con algún mayor detenimiento la doctrina relativa a la prueba del Derecho de propiedad territorial, concluyendo con una sumaria explicación de la doctrina sobre la reivindicación de los inmuebles (1).

Los tratadistas alemanes distinguen el derecho hipotecario material del formal. Incluyen en el primero: *a*) caracteres y determinación de

(1) Op. cit., pág. 883.

la finca hipotecaria; *b*) principios fundamentales del régimen; *c*) adquisición y pérdida de la propiedad; *d*) constitución, transferencia, modificación y extinción de los derechos reales, y *e*) contenido y rango del derecho amparado por la inscripción. En cambio, estudian en el derecho hipotecario formal todos los presupuestos adjetivos de la inscripción, la organización del Registro de la propiedad, la apertura de libros y la jurisdicción hipotecaria.

Es imposible separar el aspecto material del formal, si se quiere dar una idea exacta y completa del derecho inmobiliario, a la manera que las funciones y los órganos han de ser estudiados en su última dependencia para comprender la vida; pero cabe orientar las investigaciones en una u otra dirección, según la finalidad perseguida y según la vocación especulativa o práctica de los autores.

Por esta razón, la obra clásica de *Derecho Hipotecario Prusiano* (1), escrita en colaboración por un teórico, el profesor Dernburg, y un práctico, el magistrado Hinrichs, está desenvuelta con armónica ponderación, comprendiendo en una primera parte que titulan «Las

(1) *Das Preussische Hypothekenrecht*, von Dr. H. Dernburg und F. Hinrichs, t. I, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1877. El segundo tomo, publicado en 1891, fué obra exclusiva de Dernburg, aunque con algunas correcciones y adiciones de su colaborador.

doctrinas generales del Derecho Inmobiliario, los extremos siguientes: *a)* el registro, sus oficinas y procedimiento; *b)* el folio registral; *c)* la propiedad inscrita; *d)* las anotaciones preventivas, y *e)* las cargas reales; mientras la segunda parte comprende el derecho de hipoteca y el procedimiento ejecutivo sobre fincas.

Después de la publicación del Código civil y de la Ordenanza Hipotecaria, los comentaristas de uno y otra han de enfocar necesariamente el aspecto material (sustantivo) o el formal (adjetivo) por la fuerza misma del texto comentado.

En las obras de construcción dogmática, redactadas para teóricos y prácticos, el equilibrio entre ambas se conserva más fácilmente. Oberneck, en su *Derecho Inmobiliario del Imperio* (1) expone sistemáticamente la doctrina, con modelos y ejemplos, dedicando la introducción (*Einleitung*) a determinar el lugar que en la enciclopedia jurídica ocupa el derecho inmobiliario, sus fuentes y límites de su vigencia en el tiempo y en el espacio; el libro 1.º, a la organización del Registro (libros, jurisdicción, procedimiento y asientos); el 2.º, a las disposiciones generales del Derecho Hipotecario material (principios de inscripción, consentimien-

(1) *Das Reichsgrundbuchrecht, für Theorie und Praxis bearbeitet*, von Dr. Hermann Oberneck, 4.ª edición. Berlín, Heymanns.

to, prioridad y publicidad, y defensa contra ellos por las anotaciones y contradicciones); el 3.º, a la adquisición y pérdida de la propiedad en las fincas (con un capítulo dedicado a los derechos equiparados a las fincas); el 4.º, a los derechos *limitados* (1) sobre las mismas, y el 5.º, a los derechos de garantía (hipoteca y sus especies).

Por el contrario, en Predari predomina el elemento formal, como lo demuestra el título de su obra fundamental *Die Grundbuchordnung* (la ordenanza hipotecaria) (2) cuyo comentario constituye el fondo; pero esto no impide que en una extensa introducción (3) examine la adquisición, extinción y modificación por acto jurídico (*negotium*) de los derechos en las fincas, la consolidación o reunión de propiedad y derechos limitativos en una sola persona, las personas jurídicas como titulares, la fe pública del Registro; su inexactitud, rectificación y contradicción (*widerspruch*); las limitaciones en sus relaciones con la publicidad, la anotación preventiva (*vormerkung*), los conceptos generales de hipoteca, deuda territorial (*Grundschuld*) y renta territorial (*Rentenschuld*), las cédulas hipotecarias.

(1) El término *limitados* (*begrenzt*) no equivale a *limitativos*.

(2) Se ha tenido a la vista la segunda edición. Berlín, Heymanns, 1913.

(3) De más de 150 págs.

tecarias (*Briefhypothek und Briefgrundschuld*), y, en fin, el derecho transitorio.

Fuchs (1) y Tarnau-Förster (2) comentan en un primer tomo los artículos del Código civil (3), y en el segundo los de la Ordenanza (4).

En las Universidades francesas suelen estudiarse estas materias con sujeción a los programas oficiales, bajo la rúbrica «De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad».

Baudry-Lacantinerie trata en los cuatro títulos del Libro segundo de su *Précis de Droit Civil* (5): 1.º De la distinción de los bienes; 2.º de la propiedad y de los modos de adquirir; 3.º del usufructo, del uso y de la habitación, y 4.º de las servidumbres prediales.

La transcripción aparece desenvuelta en el

(1) *Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des B G B* (que llama derecho hipotecario material) und zur *G B O* (derecho hipotecario formal), Berlín, t. I, 1899-1902; el segundo tomo en colaboración con *Araheim*, 1902-1908, Guttentag.

(2) *Das Liegenschaftrecht*. Paderborn-Schöningh, 1906 (3.ª edición).

(3) La sistematización del tercer libro del Código es la siguiente: Posesión, Disposiciones generales relativas a los derechos reales sobre fincas, Propiedad, Derecho de superficie hereditario, Servidumbres, *Preemptio*, Cargas reales, Hipoteca, *Grundschuld* y *Rentenschuld*.

(4) La Ordenanza hipotecaria está dividida en cinco secciones: 1.ª Disposiciones generales. 2.ª Incripciones. 3.ª Cédulas hipotecarias. 4.ª Recursos. 5.ª Disposiciones finales.

(5) Se ha tenido a la vista la edición 11.ª Librairie de la Société du Recueil Sirey, París, 1912.

capítulo IV del citado título II, que examina el contrato (*convention*) desde el punto de vista de la transferencia de la propiedad. Todo lo relativo a Privilegios e Hipotecas queda relegado al título XV del tomo segundo (obligaciones contractuales), conforme al programa oficial de las Facultades del Derecho (1).

Planiol estudia en una primera sección de generalidades la noción del patrimonio, las clasificaciones de los bienes y la distinción de muebles e inmuebles; en la segunda, la posesión, acciones posesorias y precario; en la tercera la propiedad; en la cuarta los modos de adquirir; en la quinta los diferentes derechos reales, y en la sexta la propiedad colectiva (2).

Aunque la técnica inglesa se halle muy distanciada de la continental, tiene algún interés para nosotros el plan adoptado por Kelke en su manual *Real property law*: A) Propiedad.—B) Tenencias.—C) Estates (derechos temporales, vitalicios y hereditarios).—D) Cánones de sucesión.—E) Estados en comunidad (proindivisiones).—F) Expectativas.—G) Usos.—H) Herencias incorporales.—I) Chattels real (intereses inmobiliarios).—J) Hipoteca.—K) Actos

(1) Los tratados franceses, como los italianos, sobre la transcripción, son verdaderos comentarios a los textos legales respectivos.

(2) *Traté élém. de Droit Civil*, t. I, 8.^a edición. París, Lib. Gen., 1920.

constitucionales y transmisivos.—L) Testamentos.—M) Transferencias.—N) Requisitos y estructura de los documentos (1).

10.—NOTAS DEL DERECHO HIPOTECARIO.

Basado principalmente en la escritura, el derecho Hipotecario origina numerosas cuestiones de interpretación, en los sistemas que permiten a la voluntad individual el libre acceso a los libros, se estereotipa a veces en fórmulas oficiales, y pone otras en primer término la mecánica del encasillado.

Está apoyado en el principio de la fe pública, cuyos matices estudiaremos, que se hace efectiva mediante circunscripciones territoriales.

Paulatinamente, va poniendo el Derecho Hipotecario de relieve el principio de la legitimación.

Legitimación, diremos traduciendo libremente a Sohm (2), no equivale a facultad de disponer, pero la suple en el comercio. Produce la validez del acto dispositivo del *no-titular*, con cargo al verdadero titular, y a favor del adquirente de buena fe.

Legitimación es la prueba de la facultad de

(1) HASTINGS KELKE: Real property Law, 4.^a edición. Londres, Sweet and Maxwell, 1907.

(2) System des bürgerliche Rechts, 35.

disponer (titularidad), suficiente para el tráfico. Quien está legitimado, quien posee tal prueba, vale, en el comercio de buena fe, como titular, séalo en verdad o no. En el ordenamiento mobiliario, legitima la posesión; en el comercio de inmuebles, la inscripción en el Registro; en el derecho de obligaciones, se tiene por acreedor al que haya ostentado tal título frente al deudor, aunque el crédito haya sido cedido, si el deudor lo ignora; en el derecho sucesorio, el heredero declarado tal actúa como si lo fuese en verdad... Frente al derecho clásico, que impone desesperadamente el respeto a la situación jurídica una vez creada, el Derecho Hipotecario moderno reconoce que el interés del cambio y de la circulación de las riquezas, es superior al interés de mantener a cada cual en posesión de lo suyo.

Las operaciones del Registro se aproximan a los actos de jurisdicción voluntaria; como ellos autentican un estado jurídico que, si bien no es incontrovertible en la mayoría de los sistemas, produce efectos *erga omnes* y gana en extensión lo que pierde en intensidad.

En fin, en el Derecho Hipotecario aparece reforzada la nota de coactividad que señalábamos como característica del *derecho de cosas*. Los supuestos, requisitos y extinción de los asientos en el Registro, son casi de orden público.

11.—FINES DEL DERECHO HIPOTECARIO.

En el notable preámbulo del Real decreto de 8 de Agosto de 1885 que mandó formular un proyecto de la ley Hipotecaria, se condensan los principales fines que un sistema hipotecario debe cumplir o perseguir, al poner de relieve los vicios y defectos de las leyes vigentes a la sazón. «Las actuales se hallan condenadas por la ciencia y por la opinión—dice—porque ni *garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan en sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni dan la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales.*»

«Tres cosas se esperan de las disposiciones formales del régimen inmobiliario moderno, según la Exposición de Motivos del Código civil suizo (1): ...una constitución más segura, una publicidad más efectiva y una mayor movilización de los derechos reales.»

Concretando aún más la idea, indica Tuor (2):

(1) *Exposé des Motifs*. Berne, Büchler & C.^a 1903, página 711.

(2) *Das neue Rechts*. Zürich, Orell Füssli, 1912, pág. 310.

«La economía moderna exige la máxima publicidad y autenticidad de las relaciones jurídicas patrimoniales, y, sobre todo, de las de naturaleza real.»

La tierra liberada durante el siglo XIX de las cargas feudales entró en el comercio como una nueva mercancía. Las leyes hipotecarias aspiraron a convertirla en moneda acuñada para que circulase fácilmente, y el movimiento se hizo vertiginoso. El endeudamiento progresivo de la propiedad territorial y la especulación sobre solares y fincas, secuela del perfeccionamiento legal (1), provocaron crisis y protestas.

No se ha hecho esperar la reacción. En los mismos países germánicos, cuna del Derecho Hipotecario, los reformistas agrarios piden la confiscación del suelo para librarlo de las garras capitalistas. Al que llaman derecho burgués, oponen la socialización de la tierra, y al ideal hipotecario de la moneda territorial, la vuelta al antiguo derecho familiar germánico.

«La tierra (2) es por su naturaleza *res extra commercium*, y como tal debe ser tratada.»

(1) Esta fase no se ha alcanzado todavía en España.

(2) *Wagemann Unser Bodenrecht*, pág. 39.