

SUPUESTOS DE LA DIVISION DEL DOMINIO EN EL CODIGO CIVIL

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Terminología.
- III. Concepto del dominio dividido.
- IV. Importancia de la cuestión.
- V. Supuestos de la división del dominio en nuestro Derecho positivo.
 - A) Copropiedad.
 - a) Posturas negativas: a') Teoría de la propiedad plúrima total. b') Teoría de la propiedad única integral con sus variantes de la unanimidad y de la personalidad. c') Teoría de la interinidad. d') Teoría de la división del objeto.
 - b) Positivas: Teoría de la propiedad plúrima parcial: a') Teoría de la división real del derecho. b') Teoría de la división ideal.
 - B) Enfiteusis.
 - a) Teoría romanista.
 - b) Teoría moderna.
 - c) Teoría medieval.
 - C) Derecho de superficie.
- VI. Supuestos de dominio pleno.
 - A) Propiedad aplazada.
 - B) Dominio resoluble.
 - C) Propiedad horizontal.
- VII. Supuestos de desmembración del dominio.
 - A) Usufructo.
 - a) Usufructo ordinario.
 - b) Usufructo irregular.
 - c) Usufructo de disposición.
 - d) Seudousufructo.
 - B) Otros derechos reales limitados.

I.—INTRODUCCION

UN autorizado sector de la doctrina moderna considera herética toda construcción jurídica, que pretenda levantar un dominio dividido. Nosotros defendemos su ortodoxia.

Para ello habremos de enfrentarnos con una serie de dogmas, hoy en moda, unos, aceptados: el Derecho romano no empleó refiriéndose al dueño las expresiones «ius utendi», «ius fruendi», «ius abutendi», sino los verbos «uti», «frui» y «abuti» que indican acción y no derecho como las frases anteriores; el dominio no es una suma de facultades como el derecho intermedio lo definió confundiendo el concepto con el contenido, sino un señorío independiente de su contenido. Otros, no tan seguros: hablar de facultades del dueño es un anacronismo; el Código civil usa una terminología muerta cuando regula la enfiteusis, la frase dominio directo implica una supervivencia de la lexicología al concepto; la facultad de disposición es exherente al dominio y común a todos los derechos subjetivos; etc.

El camino para nuestras pretensiones es el siguiente: Principiaremos por definir y caracterizar el dominio, examinando simultáneamente si nuestro primer Cuerpo legal disciplina la propiedad como derecho abstracto y elástico, a pesar de haber formulado la doctrina estas notas con posterioridad a su promulgación; si hay incompatibilidad entre la concepción del dominio como señorío abstracto y las facultades o posibilidades de actuación como contenido del mismo, y si es posible dividir un derecho así pensado. Indicamos a continuación la terminología y la importancia de la cuestión y por último examinaremos las tres situaciones del

dominio, como derecho subjetivo pleno, dividido y desmembrado, desde un punto de vista jurídico positivo. Todo, para sustentar que la propiedad dividida no se origina a espaldas de la vida ni responde a un proceso histórico vencido, sino que encarna una realidad tangible. Y todo, para defender que la generalidad de las instituciones disciplinadas en el Código civil español no se alumbran con antorchas funerarias, sino con la luz de su propia proyección social.

* * *

El dominio es plena potestad sobre una cosa.

Se le caracterizó como derecho perpetuo, absoluto y exclusivo. Mas estas notas fueron con éxito impugnadas: A la perpetuidad se opuso la propiedad aplazada; a la exclusividad los derechos reales en cosa ajena; y la absolutividad la desvanece el estatuto jurídico asignado al dominio como secuela inexcusable del fin racional o función social que ha de cumplir en nuestros días.

Se pretendió cualificarlo como derecho general, en el sentido de conferir todos los servicios de la casa, e independiente, a diferencia de los demás derechos reales que han de recaer en cosa de otro. Estas notas tampoco prevalecieron. Se dice que el propietario es dueño y sin embargo el usufructuario tiene la mayoría de los servicios; la independencia, por otra parte, no es peculiar del dominio.

Modernamente dicha institución viene tipificada, hasta ahora con éxito, por dos caracteres, la abstracción y la elasticidad que acompañan a este señorío pleno. Es un derecho abstracto, es decir, independiente de sus facultades aún cuando alguna o varias se suspendan, lim^o en o cedan su esencia permanece inmutable. Es un derecho elástico, pues recobra toda su amplitud en el instante mismo en que desaparece la limitación que lo comprimía; esta elasticidad deriva de la plenitud que implica el derecho de propiedad y el objeto que constituye su proyección y determina o delimita su extensión,

de suerte que cuando desaparece el derecho real dividido o desmembrado que comprimía al dominio, éste recobra toda su amplitud.

BONFANTE formuló con acierto el concepto, donde recoge los expresados caracteres, valiéndose de una terminología de acentuado sabor escolástico: «El dominio es el señorío más general sobre las cosas corporales ya sea en acto ya al menos en potencia».

¿Responde nuestro Código civil a esta concepción? Creemos que dicho Cuerpo legal regula el dominio como señorío pleno con los caracteres de elástico y abstracto, no obstante haberles descubierto la doctrina después de su confección.

El dominio es un señorío pleno en nuestro Código civil.—
En su favor pueden aducirse los argumentos siguientes:

1.º—El artículo 348 al definir la propiedad como «el derecho de gozar y disponer de una cosa *sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*», evidencia el aserto.

2.º—Los artículos 467, 524, 530, 1.606, 1.607, 1.859, 1.869 y 1.876, relativos a los derechos reales en cosa ajena, determinan la facultad del dominio afectada, reputándolos como limitaciones del mismo y privándoles, por tanto, de la generalidad o plenitud.

3.º—El artículo 594 atribuye al propietario, en materia de servidumbres, un poder amplísimo consecuencia del diverso contenido que puede tener esta institución.

4.º—La jurisprudencia así lo entiende, presumiendo libre el dominio, es decir, sin limitaciones (S. 13 de octubre de 1927).

Pero del artículo 348 no se desprenden los típicos caracteres del dominio como derecho elástico y abstracto. No implica ello que nuestro Código civil no lo recoja. Para probarlo acudimos a la interpretación sistemática, la cual recibe su más firme fundamento en la codificación. Esto es evidente, el Código es, ante todo, un Cuerpo orgánico, es decir, exterioriza la articulación sistemática de todas las leyes de una rama del derecho positivo; por consiguiente su aplicación ineludiblemente deberá realizarse enlazando, apoyando, articulando unos preceptos en otros por exigencias de la unidad

que encarna el Cuerpo legal donde se contienen todas las normas vigentes de una rama jurídica.

El dominio es un derecho abstracto.—La concepción del dominio como derecho abstracto se deduce de aquellos artículos en que llama propietario o habla del derecho de propiedad lo mismo cuando el dueño goza plenamente de todas las facultades del mismo, que cuando se ha desprendido o ha cercenado alguna de ellas, creando un derecho real limitado sobre su cosa. Los artículos 348, 350, 351, 353, 354, etc., aluden a la propiedad no gravada o sea al dominio pleno. Los artículos 472 párrafo 3.º, 477, 485, 486, 494, 500 al 508, etc., denominan propietario a quien tiene desmembrado su dominio por un derecho de usufructo. El artículo 527 considera dueño a quien sobre su cosa soporta un derecho de uso o habitación. Los artículos 530, 533, 543, 545, etc., estiman propietario al del predio sirviente no obstante la limitación que sufre su finca en beneficio del predio dominante. El artículo 1.511 en materia de retracto convencional presupone el dominio en el comprador merced a la subrogación operada a su favor. Los artículos 1.606 y 1.607 relativos respectivamente al censo consignativo y reservativo hablan de propiedad a pesar de la carga que la cercena. Los artículos 1.859, 1.869, 1.877, etc., referentes a la prenda e hipoteca siguen el mismo criterio.

Luego nuestro Código civil considera propietario o dueño al titular del señorío pleno aunque sea solamente en potencia, en otros términos, se es propietario independientemente de haberse cedido o limitado alguna de las facultades del dominio.

El dominio es un señorío elástico.—La consagración del dominio como derecho elástico obtiene su sanción en nuestro derecho positivo en un triple sentido: 1.º) en aquellos artículos donde se presume atribuida al dueño al extinguir el derecho real que gravaba su cosa la facultad o facultades afectadas, como ocurre respecto del usufructo en el artículo 522: «Terminado el usufructo se entregará al propietario la cosa usufructuada...». La entrega no implica aquí la tradición a modo referido en el artículo 609 que es posesión civil, sino la posesión natural, propia del precarista. En lo que

se refiere al uso y la habitación la posición de nuestro Derecho positivo es idéntica por remisión del artículo 528. En lo que respecta a la prenda, una vez pagada la deuda, intereses y expensas, en su caso, el deudor (dueño) puede pedir la restitución de la cosa (artículo 1.871) con lo cual se reconoce la fuerza centrípeta ínsita en el dominio. Lo mismo puede decirse de la hipoteca, si bien como derecho real sin contacto posesorio lo procedente será solicitar la cancelación de la inscripción, pues no hay desplazamiento posesorio. 2.º) En la inexistencia, en nuestro derecho de precepto alguno donde se atribuya al titular del derecho real limitado el dominio que gravaba. 3.º) En el artículo 610 que señala como cosas apropiables los bienes muebles abandonados y en la Ley de Mostrencos de 16 de mayo de 1835 que atribuye al Estado los bienes inmuebles vacantes, como son los abandonados.

Aparentemente podrían formularse dos objeciones: Una derivada del artículo 521 «El usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere», lo cual implica que la cuota de los usufructuarios extinguida por su muerte o renuncia, se trasmite, no al nudo propietario sino a los restantes usufructuarios. Indudablemente parece reconocer el artículo 521 elasticidad al usufructo, o sea, otorgarle una fuerza centrípeta que prevalecerá incluso sobre la del dominio. Sin embargo no es exacto. Pudiera pensarse en el artículo 987, que confiere a los usufructuarios el derecho de acrecer, como solución; mas como dice ROCA SASTRE (1) este derecho sólo entra en juego tratándose de comunidades en formación, no en funciones o formadas, como es el caso del artículo 521. En aquéllas el derecho está deferido, supuesto del artículo 987 y en su caso del 637, en las comunidades formadas el derecho está adquirido, hipótesis del artículo que estudiamos. De ahí que no sea técnica la solución de extender el derecho de acrecer a comunidades en funciones, como hace ROCA SASTRE, aunque con grandes reservas, pues es contrario a la pureza de la institución, má-

(1) «Estudios de Derecho Privado». Vol. II, págs. 25) y siguientes.

xime cuando el propio legislador del 88 ofrece un camino mejor. El referido artículo 521 no es más que un concreto desenvolvimiento del artículo 609 en su párrafo segundo: «La propiedad y los *demás derechos reales* sobre los bienes *se adquieren y transmiten por la ley...*» y el artículo 521 no hace más que sancionar la adquisición por ministerio de la Ley de la cuota extinguida por muerte o renuncia de algún usufructuario.

La otra excepción aparece originada por el artículo 544 «El (dueño del predio dominante, cuando son varios) que no quiera contribuir (a los gastos de las cosas necesarias para el uso y conservación de la servidumbre) podrá eximirse renunciando a la servidumbre en provecho de los demás. Por tanto, la cuota renunciada se atribuye, no al dueño del predio sirviente, sino a los cotitulares del derecho subjetivamente real de servidumbre. Tampoco aquí **existe** verdadera excepción. La postura del legislador es consecuencia del carácter esencial de la servidumbre proclamado en el artículo 535, la indivisibilidad, que excluye la extinción parcial como es la del artículo comentado.

Por lo dicho resulta probado la inconsistencia de las objeciones expresadas; razón por la que en **nuestro Código** civil, aunque el propietario tenga en potencia alguna de las facultades del dominio, al extinguirse **el derecho** real limitativo, devendrán en acto y en su **persona**, luego el dominio es un derecho elástico en el ordenamiento jurídico vigente.

II.—TERMINOLOGIA

Demostrado que el Código civil estima el dominio como señoría pleno con los caracteres de elástico y abstracto, entramos en el fondo de la cuestión, principiando por la terminología (2).

(2) ROCA SASTRE usa esta terminología en su «Derecho hipotecario», 3.ª edición T. II, pág. 191.

Si el dueño de la cosa conserva íntegramente su señorío sin otras limitaciones que las derivadas de la propia institución o de la Ley se dice que, su propiedad, su dominio, es pleno.

Por el contrario, si constituye un derecho real sobre su cosa a favor de otra persona limitando voluntariamente su propiedad, se dice que su dominio se ha desmembrado. Mas los «iura in re aliena» son diversos y para tipificarlos o diferenciarlos es preciso señalar el sentido o extensión en que limitan el dominio, sino habría que identificar todos los gravámenes reales, v. g., la hipoteca con el usufructo o el censo consignativo. Ahora bien, para naturalizar los derechos reales nos fijamos en las facultades más destacadas del señorío dominical, (advertiendo que consideramos las facultades como poderes secundarios, subordinados, en otros términos, como posibilidades de actuación y no como derechos subjetivos parciales) por ejemplo: si limita su poder de disposición, se originará un derecho real de prenda, hipoteca, anticresis, tanteo, retracto, u opción; si cede el disfrute, se creará un derecho de usufructo; si solamente el uso, se formará un derecho de uso o habitación; si únicamente restringe el uso, se constituirá una servidumbre (3). Esto no quiere decir que contemplemos al dominio como una suma de facultades, según antes advertimos, pues su carácter abstracto lo repeje y hace que sea independiente de las mismas, independencia que creemos salvar atribuyendo en potencia al dueño las facultades suspendidas en beneficio de un tercero, titular del derecho real limitado, en otros términos, las facultades gravadas no son del propietario y por tanto no pueden adicionarse para integrar el dominio; pero el dueño las detenta

(3) BETTI cree erróneo este punto de vista; sin embargo no es convincente su objeción, pues si bien es cierto que el propietario puede continuar pasando sobre su finca a pesar de haber creado una servidumbre de paso, no es menos cierto que no puede excluir al titular de la misma y que ha limitado la facultad (en sentido propio) de usar de ella, ya que no podrá impedirle el paso, v. g., edificando en su propiedad. «Teoría general del negocio jurídico», pág. 27. Traducción española.

en potencia, ya que en el futuro pueden actualizarse en su persona. La dualidad potencia y acto referida a las facultades es la solución conciliadora entre la nueva concepción del dominio y la individualización de los derechos reales en cosa ajena.

Por último, si dispone de una fracción de su dominio en favor de una o varias personas o de todo su dominio a favor de varias personas y realiza el acto dispositivo sin dividir materialmente el objeto, bien atribuyendo idénticas facultades como ocurre en el condominio, bien deslindando las correspondientes a cada porción dominical, como sucede en la enfiteusis, se dice que estamos ante un supuesto de división del dominio.

Sin embargo, esta clasificación es rechazada por algunos pensando que hoy no puede hablarse de facultades, porque llevará a la concepción medieval del dominio, que lo reputaba una suma de las mismas. Mas en el sentido que se emplea aquí la palabra facultad no puede conducir, como ya dijimos, a semejante concepción. Para nosotros, y en esto seguimos a VILLAVICENCIO y VALLET DE GOITYSSOLO, la facultad es sinónima de poder accesorio, subordinado, secundario, de posibilidad de actuación, no de derecho parcial, y la contraponemos a poder principal o autónomo de quien reciben la vida. Ahora bien, estas facultades son ilimitadas, las posibilidades de actuación sobre una cosa no pueden enumerarse, no obstante, algunas están tipificadas por el uso y frecuencia con que el dueño suspende su ejercicio en beneficio de otro y entonces lo que para el propietario es facultad para el titular del derecho real limitado es derecho subjetivo.

Por otra parte se afirma que la facultad de disposición no es inherente al derecho de propiedad, sino exherente y además común a casi todos los derechos. Defiende esta posición de ascendencia extranjera y que tiene eco en España VILLAVICENCIO (4). Su tesis puede resumirse así:

(4) «La Facultad de disposición». Anuario de Derecho civil. T. III Fase. IV. Págs. 1.025 y siguientes.

La diferenciación de los derechos patrimoniales se funda en la doble vertiente de los mismos, la responsabilidad peculiar de los derechos de crédito y el disfrute propio de los derechos reales. Apoyándose en la distinción de PLANIOL que clasifica los actos del propietario en materiales (de goce y consumo) y jurídicos (de disposición total o parcial) señala que la facultad de disposición no puede ser objeto del derecho real porque su contenido es jurídico y no de disfrute, careciendo de valor en sí. Es el derecho el objeto de la facultad de disposición, no al contrario. Además el derecho que se transmite no puede ser la fuente y el fundamento del poder de transmisión, esto por una necesidad de ubicación. Si el poder de transmisión estuviera dentro del derecho ¿cómo podría arrojarlo del patrimonio? Lo que transmite no puede ser a la vez lo que se transmite. La facultad se halla en el sujeto, al transmitir no la enajena, sino que el adquirente pone a su servicio su propia facultad de disposición. Si la facultad de disposición perteneciera al derecho su ejercicio implicaría la extinción, más el ejercicio del derecho no debe destruirlo, sino conservarlo. La facultad de disponer es un poder accesorio a una situación jurídica determinada, vinculado a la titularidad del mismo derecho. Requiere aptitud en el derecho, capacidad de disponer y una titularidad sin la cual la concreción del poder es imposible.

Esta postura no es consistente. No es exacto el criterio propuesto para diferenciar los derechos reales de los de crédito : De una parte la responsabilidad no deriva exclusivamente del crédito, sino también del derecho real, del derecho de familia, etc. y en general del acto ilícito civil o penal, se dirá que originan obligaciones delictuales o cuasi-delictuales, mas su fuente no es el patrimonio, además, y en otro aspecto, las obligaciones naturales no serían tales, pues en ellas hay un débito sin responsabilidad; y de otra, el arrendamiento (aunque su naturaleza es debatida) y el comodato lo desvirtúan en materia de derechos reales; por último ¿qué disfrute tiene el nudo propietario? También es endeble la distinción de PLANIOL: la percepción de los frutos es un acto jurídico pues aquella realidad social que el derecho acota y transforma en jurídica es, según DE CASTRO, el hecho jurídico; aparte

la tradición real. La postura de VILHAVENC O I O distingue claramente la disposición (aptitud del derecho para separarse del sujeto, derivar en otro, o modificarse en el mismo). Esta es algo objetivo y potencial derivando del derecho en sí. Aquélla es algo actual, es un negocio jurídico por el cual se transmite, modifica o extingue inmediatamente un derecho. presupone la titularidad de éste la aptitud del derecho (poder de disposición) y capacidad de obrar en el sujeto. Confunden, por tanto, la facultad de disponer con su ejercicio o sea, la posibilidad y la realidad. El ejercicio del derecho no tiene como finalidad su conservación, sino la realización de su contenido que puede extinguirlo, si no admite tracto sucesivo; la disposición fuera de este caso, destuye el derecho provocando su pérdida total o parcial. Por último, la facultad de disponer no puede considerársela como un interruptor extraño adherido a la titularidad.

Por ello nosotros admitimos que la facultad de disposición puede ser amputada al propietario y que éste puede cederla condicionalmente v. g. con condición potestativa como ocurre en el retracto o bajo la «conditio iuris» de impago como sucede en la hipoteca.

III CONCEPTO DEL DOMINIO DIVIDIDO

Intentamos a continuación, formular un concepto del dominio dividido. Entendemos que acontece esta situación siempre que «el señorío más pleno que puede tenerse sobre las cosas corporales corresponda a varias personas sin división de su objeto».

Requisitos esenciales son: 1.º) Que sean varios los titulares de la cosa. 2.º) Que a cada uno de los titulares corresponda una fracción del dominio. 3.º) Que la cosa objeto del derecho desintegrado no esté dividida materialmente, ya que en caso contrario existirían tantas propiedades como partes hiciésemos del objeto, independientes unas de otras, ni idealmente, pues se desnaturalizaría el dominio al proyectarse sobre cosas incorporales.

IV IMPORTANCIA DE LA CUESTION

«Aquel tópico de recomponer el dominio, dice ROCA SASTRE (5), integrándolo en toda su plenitud de poder en una sola mano, libre y autónoma, se ha visto que no da todos los beneficios apetecibles, porque aquellas cargas, aquellos dominios directos, aquellos retractos, etc., más que cadenas eran frenos y vínculos que ligaban y jerarquizaban a la sociedad, impidiendo su estructuración atómica y estableciendo una trabazón que ordenaba orgánicamente el país».

La renuncia y la prescripción extintiva son las instituciones afectadas por este problema, juntamente con los modos de adquirir la propiedad, ya que en estos casos no es necesario título para adquirir por el condómino como luego veremos.

La importancia surge a causa de que ambas instituciones provocan la pérdida de un derecho, es decir, por ellas el derecho se extingue solamente para su dueño y no para toda la comunidad, por tanto, cualquiera puede adquirirlo o ya le pertenece y el tratamiento jurídico del destino del derecho prescrito o renunciado es distinto según estemos ante un supuesto de desmembración o de división del dominio. En efecto, en esta última hipótesis el titular en quien se consolida la plena propiedad, le bastará con el título adquisitivo de su fracción dominical y la demostración de la extinción de las correspondientes a los demás titulares para suponerle dueño de las fracciones de éstos; y esto en virtud de la elasticidad de su titularidad, que no se desnaturaliza ni pierde su esencia por la división. De lo contrario tendríamos que admitir, que en nuestro ordenamiento jurídico no hay supuestos de división del dominio, cosa que no aceptamos, como más tarde creemos probar, o incurrir en el absurdo de considerar su división como un modo de extinguir la propiedad. Mientras que si el caso es de desmembración, el titular del derecho real limitado para adquirir el dominio

(5) Derecho hipotecario. T. III, pág. 762. Barcelona 1918.

que grava, necesita de un título adquisitivo de propiedad que necesariamente será alguno de los enumerados en el artículo 609 del Código civil.

De ahí que si una relación jurídica de carácter real la calificamos como representativa de dominio dividido o por el contrario desmembrado, el destino del derecho renunciado o prescrito será diverso, como puede observarse en el siguiente ejemplo: si estimamos el usufruto como supuesto de desintegración del dominio, la renuncia del nudo propietario producirá la extinción del usufruto por consolidarse en la persona del usufructuario la plena propiedad; si, por el contrario, consideramos al nudo propietario titular de un dominio desmembrado, su renuncia no extinguirá el usufruto, sino que la nuda propiedad pasará al Estado conforme a la mencionada Ley de Mostrencos, si es inmueble la cosa usufructuada, y si es mueble devendrá en apropiable según el artículo 610 del Código civil.

Consecuencia de lo expuesto es la adquisición del dominio fraccionario sin necesidad de apoyarse en título alguno.

En los casos de propiedad dividida la adquisición se realiza por exigencias institucionales independientemente de la voluntad del dueño fraccionario, o sea, sin su consentimiento. En cambio en la desmembración, el titular del derecho real limitado no es del dominio, aunque renuncie o prescriba el derecho del dueño, si no es en virtud de uno de los modos de adquirir. Este modo de adquirir la propiedad será necesariamente alguno de los enumerados en el artículo 606 y requerirá el concurso del titular del derecho real limitado, es decir, la adquisición se verificará con su consentimiento manifestado en la aceptación, así en la sucesión (artículos 989 y 440 (6), en la donación (artículos 618, 623 y 629)

(F) Coocmos signíficade a ROCA SASTRE que nuestro C. c. está adscrito al sistema romáño. «Estudios de Derecho privado», vol. II, páginas 1 y siguientes. En contra GARCIA VALDECASAS (Guillermo), «La Adquisición de la Herencia en el Derecho español», R. D. Pr. Febrero de 1944 y «De nuevo sobre la adquisición de la herencia». En la misma revista, diciembre de 1951, donde defiende el sistema germánico como propio de

y en los contratos (artículos 1.261 núm. 1); o en el «*ánimus domini*» así en la ocupación, que exige la posesión de la cosa apropiable unida al ánimo de adquirir la propiedad, (de ahí, el sentido del artículo 443 que exige capacidad para adquirir los derechos derivados de la posesión, pues los incapaces carecen de «ánimus» no pudiendo adquirir el dominio), y en la usucapión donde la capacidad es la misma que para los otros modos de adquirir (artículo 1.931).

Mas la Ley es otro de los títulos adquisitivos del dominio, contenidos en el citado artículo 609, la cual origina algunas dificultades para esta distinción. Es cierto que en los casos de accesión industrial a que se refiere el artículo 361, de adjunción del apartado 2.º del artículo 379, de redención y comiso de la enfiteusis, de los artículos 1.659 y 1.660 relativos al censo consignativo y 1.664 al reservativo, de no enajenarse la cosa pignorada en la segunda subasta de que trata el artículo 1.872, así como también en los supuestos de las reglas 10.ª, 11.ª y 12.ª del artículo 131 de la Ley hipotecaria y en los tanteos y retractos legales la distinción se conserva, pues la Ley atribuye la propiedad con el consentimiento del adquirente al conferirle la potestad de hacer suya la cosa cuando se dan los requisitos exigidos por la pertinente disposición legal. Mas tampoco deja de ser cierto, que existen varios supuestos donde la adquisición se verifica sin el consentimiento del titular del derecho real o de quien no tenía ningún derecho, como acontece en el aluvión, avulsión, mutuación de cauce, y formación de isla a que se refieren los artículos 366 a 374, en la adjunción y commixión que regulan los artículos 375, 379, apartados 1.º y 3.º, 381 y 382, en materia de servidumbres con el artículo 599, en el del párrafo 2.º del 1.625, relativo a la enfiteusis y a los censos consignativo y reservativo, en el

nuestro derecho. La concepción económica de la herencia que inspira este último derecho es incompatible con la aceptación pura y simple del artículo 1.003 y haría superflua la aceptación a beneficio de inventario regulada en el art. 1.023, además, el art. 1.006 que consagra el derecho de transmisión, como dice ALBALADEJO, no tiene sentido en el sistema germánico.

de reversión: del artículo 1.653, en la citada Ley de Mostrencos, y las adquisiciones «a non domino» de los artículos 1.765 y 1.778 del Código civil (en cuanto al artículo 464 seguimos el criterio jurisprudencial reflejado en las S. S. de 19 de junio de 1945 y 14 de noviembre de 1950 que en el poseedor de bienes muebles con buena fe, ven, no un título de dominio, sino una presunción «iuris tantum» de título de propiedad), 34 de la Ley Hipotecaria y los artículos 85 y 545 núm. 3.º del Código de comercio. En todos estos casos, la Ley asigna la propiedad independientemente de la voluntad del adquirente, éste podrá renunciarla, mas ello implica que ya es dueño. Sin embargo, aún en estos últimos supuestos, en que el dominio se gana sin el consentimiento del adquirente, es fácil diferenciarlos de los casos de adquisición que tiene lugar cuando la propiedad se extingue por renuncia o prescripción exclusivamente, cosa que no sucede en las adquisiciones legales, donde el supuesto de hecho de las normas expresadas es diverso; además, cuando el dominio está dividido la adquisición se realiza por exigencias de la propia institución y es que la propiedad aunque esté dividida no pierde por ello su esencia o naturaleza, al contrario, conserva sus caracteres de derecho abstracto y elástico, recobrando su máxima plenitud, en virtud de la fuerza centrípeta ínsita en la misma, desde el instante en que se extingue la titularidad que la fraccionaba, sin necesidad de disposición legal que atribuya el dominio al condómino, mientras que en las adquisiciones «ex lege» contempladas es necesaria la declaración expresa del legislador para provocar la adquisición.

Así lo entiende nuestro Código civil. Cuando la adquisición se origina por ministerio de la Ley, el precepto ha de atribuir explícitamente la propiedad, como se desprende de la lectura de los artículos referidos, mientras que si el supuesto es de división del dominio, el precepto se limita a expresar el modo extintivo, sin hacer atribución de la fracción extinguida a otra persona. Esto resulta claro cuando un copropietario renuncia a su cuota «..... Sólo podrá eximirse

de esta obligación el que renuncia a la parte que le pertenece en el dominio» (artículo 395), donde se evidencia que no es precisa una asignación «ex lege» de la cuota renunciada a los restantes dueños.

Luego en la división del dominio la adquisición se verifica, en los supuestos de renuncia o prescripción de alguno de los dueños fraccionarios, por exigencias institucionales, sin el consentimiento del titular ni modo de adquirir y en los demás casos se necesita un título adquisitivo del dominio que necesariamente será alguno de los enumerados en el artículo 609 del Código civil.

Pero la importancia de la división del dominio se refleja también en el orden hipotecario. En el aspecto registral, la división del dominio tiene relevancia jurídica no sólo para la inmatriculación sino también para la fe pública. En efecto, la primera inscripción de una finca en el Registro de la propiedad será la de dominio pleno dividido o desmembrado, mas no la de un derecho real limitado por impedirlo el artículo 7.º de la Ley hipotecaria, de ahí que si el enfiteuta o el dueño directo son titulares de un derecho real limitado no pueden inmatricular, sino es por el procedimiento del artículo 312 del Reglamento hipotecario, pero si la enfiteusis es un supuesto de división del dominio cualquiera de ellos podrá hacerlo directamente conforme al título sexto de la mencionada Ley. Por otra parte, la fe pública registral no despliega sus efectos cuando se trata de la transmisión de un derecho real limitado extinguido por prescripción extintiva, según dispone el apartado último del artículo 36 de la Ley hipotecaria. «La prescripción extintiva de los derechos reales sobre cosa ajena, susceptibles de posesión o de protección posesoria perjudicará siempre al titular según el Registro, aunque tenga la condición de tercero». Ahora bien, si el derecho real es un dominio dividido el artículo 34 de la citada Ley establece una adquisición «a non domino» a través de lo dispuesto en los tres primeros párrafos del artículo 36.

V.—SUPUESTOS DE LA DIVISION DEL DOMINIO EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

A) Copropiedad.

La doctrina contraponen el condominio romano y la propiedad en común germana como variedades de la pluralidad de titulares con idénticas facultades sobre el mismo objeto. HUBER (7) destaca los rasgos de una y otra comunidad en estos términos: En el primero, lo dividido es el derecho de propiedad, no la cosa; cada condómino dispone libremente de su parte, sólo permanece indiviso lo que es indivisible, el señorío de hecho. En la propiedad común cada comunero tiene un derecho de propiedad completo, pero limitado porque otros tienen igualmente un derecho. Los unidos en la propiedad común lo están por un vínculo personal, cuyo fundamento deriva del derecho de familia, hereditario o de obligaciones y del que se desprende la existencia de la propiedad común; en el condominio las personas están ligadas por su común relación con el objeto. Este se refiere a cosas individuales; aquélla recae sobre un patrimonio (herencia, patrimonio del patrimonio, etc.) excepcionalmente su objeto puede ser una cosa aislada. El condómino puede disponer de su cuota, en la propiedad común el comunista puede disponer de lo que le corresponda en el futuro por consecuencia de la liquidación con lo cual no dispone de nada de la comunidad, sino de algo derivado de ella, pero que está fuera de la misma, etc.

No es necesario insistir para demostrar que el título III del libro II del Código civil disciplina la copropiedad en su acepción romana; pero la naturaleza jurídica de esta institución es debatida en la doctrina. La cuestión tiene importancia para nosotros, pues algunas de las teorías que explican el fenómeno de la copropiedad ven en ella un supuesto

(7) «Los derechos reales en el Derecho privado suizo», Madrid 1919. Trad. española, págs. 28 y sigs. Está publicado bajo el título general «Estudios sobre la publicidad en el Derecho Privado».

de división del dominio. Agruparemos las teorías en positivas y negativas, principiando por éstas en breve exposición crítica (8).

a) *Posturas negativas.*

a') Teoría de la propiedad plúrima integral defendida por RUGGIERO (9) y BELTRAN HEREDIA (10). Según ella, no hay división del derecho sino, tantos derechos como condóminos: cada sujeto es titular de un derecho pleno de propiedad, limitado cuantativamente por coexistir sobre el mismo objeto con los derechos de los demás condueños. Es una relación de igualdades que se limitan recíprocamente.

Se objeta que antes del condominio hay un sólo derecho de propiedad y durante él se multiplica en tantos iguales al primitivo como copropietarios existan y como dice DE CASTRO (11) «las unidades objetivas son las que terminan en último término, la individualidad de los derechos; por ello es un postulado de la moderna técnica jurídica, que no pueden existir dos derechos subjetivos de igual valor primario, sobre el mismo objeto». Además no encaja esta posición en el Código civil: el artículo 399 dice «Todo condueño tendrá la plena propiedad DE SU PARTE.....» dicha parte es del derecho de propiedad y el artículo 402 en su párrafo 2.º «En el caso de verificarse por ámbitos o amigables componedores (la división de la cosa común), deberán formar partes proporcionadas al derecho de cada uno.....»

b') Teoría de la propiedad única integral con sus variantes de la unanimidad y de la personalidad.

(8) Una exposición completa de las teorías de la copropiedad puede verse en las documentadas monografías, DONDARIS TATAY «La Copropiedad», Madrid 1933 y BELTRAN HEREDIA «La Naturaleza jurídica de la copropiedad», R. D. Priv., noviembre de 1953, pág. 956 y siguientes.

(9) Instituciones de Derecho civil, vol. I, págs. 570 y 571.

(10) Ob. cit.

(11) Derecho civil de España. T. I. Vol. I, pág. 583.

Teoría de la unanimidad: en la copropiedad el dominio reside en todos los condueños considerados como unidad.

No convence el hecho de que el derecho del condómino contemplado aisladamente no sea de dominio, además los artículos antes citados son un obstáculo para adaptarla a nuestro Derecho positivo.

Teoría de la personalidad patrocinada por CARNELUTTI (12) y seguida en España por DONDERIS (13). El primero argumenta así: «O negar que la sociedad sea comunidad o admitir que la comunidad sea persona». En la copropiedad no hay más que un cambio de sujeto individual en colectivo. Para que el grupo sea sujeto de derecho no es preciso que la insensibilidad patrimonial sea recíproca. Para que los patrimonios se reputen autónomos basta que goce de insensibilidad patrimonial uno solo de ellos.

La personalidad es causa y no efecto de la insensibilidad patrimonial. Esta postura que doctrinalmente no debe prosperar por lo antes dicho tampoco es la de nuestro Código civil. El primer postulado está contradicho por el artículo 1.669, donde se admite sociedades sin persona y se proclama la falta de personalidad en la comunidad de bienes. Por otra parte la insensibilidad patrimonial unilateral, si bien existe en materia de sociedades colectivas, conforme al artículo 127 del Código de comercio, es porque el apartado 2.º del artículo 116 del mismo Cuerpo legal le confiere expresamente personalidad jurídica, cosa que no sucede con las comunidades a quienes la Ley no les atribuye personalidad, requisito indispensable para gozar de capacidad jurídica, según el artículo 35 del Código civil.

c) Teoría de la interinidad: En la copropiedad se suspende el derecho subjetivo de dominio, los condueños tienen una titularidad preventiva, la titularidad interina pertenece a la unanimidad.

No es convincente esta doctrina que da una explicación sobrenatural de un fenómeno natural. Antes del condominio

(12) Cita de DONDERIS. Ob. cit. pág. 60.

(13) Ob. cit. pág. 72 y siguientes.

hay derecho subjetivo de propiedad, durante él perece y resucita con la división o la enajenación a una sola persona de las cuotas de todos los condueños.

d) Teoría de la división del objeto. Cada condueño tiene un derecho de propiedad sobre una parte ideal de la cosa, mas esta postura desnaturaliza el derecho de propiedad al proyecto sobre una parte ideal de una cosa corporal su objeto deviene en incorporal.

Las teorías de la interinidad, de la unanimidad y de la propiedad plúrima integral son explicaciones milagreras de un fenómeno jurídico, la copropiedad. La primera, la escuela mortuoria de Lázaro. La última, la partida de nacimiento de un aborto plural. La doctrina de la división del objeto desconoce la materia que sirve de soporte al derecho real. Por último CARNELUTTI invierte el problema, la insensibilidad patrimonial es consecuencia y no causa de la personalidad.

b) Posturas positivas. En este grupo se incluyen las teorías de la división del derecho real, ideal, y según su extensión. Para abreviar nos ocuparemos fundamentalmente de la segunda y aludiremos brevemente a la primera.

a) Teoría de la división real del derecho: El fraccionamiento abarca el derecho subjetivo no sólo en su contenido, sino también en su objeto. La división del objeto no puede ser real pues el presupuesto de la institución es la indivisión material del objeto y ha de ser, por tanto, ideal.

Se le arguye lo mismo que a la teoría de la división del objeto: desnaturaliza el dominio haciéndole recaer sobre cosas incorporales.

b) Teoría de la división ideal del derecho: Defendida por FERRARA (14) a quien seguimos nosotros y creemos que explica la regulación de nuestro Código civil.

Razona así «El derecho del condómino es cualitativamente de la misma naturaleza que el del propietario y cuantitativamente menor. Su titularidad es parcial y su cuota per-

(14) «Las personas jurídicas», pág. 455 y sigs. Trad. española.

tenece por entero a su patrimonio lo cual excluye el sujeto único de la persona jurídica. La copropiedad es una propiedad pluricéfala, no ácéfala.

Esta postura es la de nuestro Código civil así resulta de los siguientes artículos 395 «...sólo podrá eximirse de esta obligación el que renuncie a la PARTE que le pertenece en el DOMINIO», 399 «Todo condueño tendrá la plena PROPIEDAD DE SU PARTE...» 402 «En el caso de verificarse por árbitros o amigables componedores, deberán formar PARTES proporcionadas al DERECHO de cada uno...», etc.

Se dirá que el objeto es elemento del derecho subjetivo, y que es absurdo afirmar que el derecho está dividido cuando en rigor sólo está el contenido, mas esta objeción no puede progresar: La estructura del derecho subjetivo presenta un sujeto, la titularidad o nexo entre el derecho y el sujeto, el poder que determina el contenido del derecho y el objeto, pues bien, el sujeto y el objeto son elementos **exherentes** al derecho, presupuestos necesarios para su existencia no se admiten los derechos sin sujeto, porque el derecho subjetivo, como dice DE BUEN, exige por denominación y definición un sujeto y los derechos sin objeto son un imposible; pero sujeto y objeto no tienen sustancia jurídica, no son el derecho mismo, la **esencia** del derecho radica en su poder y esto es lo que FERRARA sostiene que se ha fraccionado.

B) *Enfiteusis.*

Debatida es también la naturaleza jurídica de esta institución. Dos posturas pueden distinguirse, una, que ve un dominio dividido y otra, un dominio desmembrado, ésta tiene dos variantes, la romanista, que considera titular del derecho real limitado al enfiteuta y la moderna, que ve en el dominio directo el derecho real limitado.

¿Cuál es la posición del Código civil? Creemos que la primera, sin embargo empezaremos haciendo un examen crítico de las dos últimas:

a) *Teoría romanista.*

La tesis romanista, defendida en España por Mucius Scaevola (15), Traviesas (16) y Nart (17), se funda especialmente en el derecho de reconocimiento atribuido al dueño directo en el artículo 1.647, en el comiso regulado en los artículos 1.648 y siguientes, en la reservesión establecida en el artículo 1.653, así como en el párrafo 2.º del artículo 1.625 y en el 1.632.

Mas ninguno de estos artículos prueba que el dueño útil no sea titular de una fracción del dominio, al contrario, exigen un título adquisitivo para consolidar en el censalista la plena propiedad, tanto los artículos relativos al comiso como el referente a la reversión y el párrafo 2.º del 1.625.

En efecto, el artículo 1.648 no es más que un desenvolvimiento del 609, confiriendo una adquisición legal en los casos de falta de pago de la pensión durante tres años consecutivos o en el de deterioro grave de la finca, y el título en el supuesto de incumplimiento de la condición estipulada en el contrato.

El artículo 1.653 tiene el mismo sentido, atribuye al dueño directo el dominio útil en defecto de herederos testamentarios y legítimos (18) del enfiteuta y siempre que éste no disponga de la finca de otra forma. Sanciona, por tanto, una adquisición legal por causa de muerte fundado, sin duda, en que el Estado no debe ser enfiteuta. En otro aspecto es un caso de «mortis causa capio».

El derecho de reconocimiento es del dominio directo y nada prueba frente a la división del dominio.

El artículo 1.625 apartado 2.º «Si se pierde (por caso fortuito o fuerza mayor la finca gravada con censo) sólo en parte no se eximirá el censatario de pagar la pensión, a no

(15) «Comentarios al Código civil». T. XXIV, pág. 252.

(16) Citado por NART, en el lugar que se indica en la nota 17.

(17) «Ex arrendamientos». Anuario de D. e. T. IV. Fasc. III, pág. 911.

(18) La S. de 1.º de junio de 1951 considera modificado el artículo 1.653 por el Decreto-ley de 13 de enero de 1958.

ser que prefiera abandonar la finca al censalista». La palabra abandono no puede considerarse, en este caso concreto, como sinónima de renuncia, ya que el censatario ha de abandonar necesariamente la finca si no paga la pensión, quiera o no, y la renuncia es un acto voluntario. Este precepto consagra una adquisición por ministerio de la Ley de la propiedad dividida del enfiteuta o de la propiedad desmembrada de los censatarios consignativo y reservativo y a favor del censalista. Se nos dirá que, en la hipótesis de la enfiteusis, es superfluo un título adquisitivo, pues bastaría el dominio directo para consolidar la plena propiedad en el censalista y como la citada disposición establece una adquisición legal es porque el dominio pertenece al enfiteuta como pretende la teoría moderna. Pero esto no es exacto, el derecho del censatario no se ha extinguido por renuncia o prescripción, sino por ministerio de la Ley puede atribuir tanto la propiedad plena como la dividida. La tesis romanista no puede apoyarse en dicho artículo a menos que niegue la adquisición legal que consagra y considere, además a los censalistas consignativo y reservativo propietarios, contra lo dispuesto en los artículos 1.606 y 1.607 que explícitamente proclaman dueños a los censatarios.

Por último, el párrafo 2.º del artículo 1.632 tampoco es suficiente para fundar la propiedad desmembrada del dueño directo. Dicho artículo reza así «(El enfiteuta) tiene los mismos derechos que corresponderían al propietario en los tesoros y minas que se descubran en la finca enfiteútica». Luego, dicen, si en cuanto a las minas y tesoros la Ley reputa dueño al enfiteuta, es que respecto a lo demás, a sea, a todo, considera al dueño directo propietario. Estos argumentos a contrario sentido son calificados por la doctrina como peligrosos, pues fácilmente conducen a error; pero en el caso propuesto es inadmisibles. En efecto, el argumento a contrario es admitido con recelo por la doctrina cuando hay que colmar una laguna y en el caso del artículo 1.632, no existe tal laguna, al contrario, son numerosos los artículos que refiriéndose al enfiteuta califican su derecho como dominio útil o bien le llaman dueño útil, como insistiremos al exponer la teoría medieval.

b) *Teoría moderna.*

La postura moderna, patrocinada por SANCHEZ ROMAN (19), MANRESA (20), BONILLA (21), SANZ (22), NOGUERA (23) y CASTAN (24), se apoya en el artículo 1.635 que autoriza al enfiteuta para disponer, no de su dominio útil, sino de la misma finca; en el artículo 1.631 en relación con el 1.627, que le concede el derecho a hacer suya, en principio, la indemnización por expropiación forzosa; así como el artículo 1.626 que atribuye al dueño útil la disposición del precio del seguro; y en el artículo 1.651 y concordantes referentes a la redención (25).

El primer argumento no ofrece solidez. No puede fundarse la atribución del dominio desmembrado al enfiteuta por el mero hecho de utilizar el legislador la palabra finca en vez de decir, al directo y al útil. 2.º) porque el artículo 1.641 de la expresión finca enfiteútica o dominio útil: 1.º) porque los artículos 1.636 y 1.637 se refieren al respectivo dominio, utilizan el término finca tanto para la enajenación del dueño directo como para la del enfiteuta. 3.º) porque el artículo 1.633 alude a predios enfiteúticos y el 1.636 y siguientes hablan de finca enfiteútica. 4.º) porque, en rigor, es el enfiteuta quien ostenta en acto la casi generalidad de las facultades del dominio, pues el dominio útil es esencialmente activo.

El segundo argumento también es endeble. El artículo 1.631 excluye el juego de la subrogación real extinguiendo el censo en caso de expropiación de toda la finca, atribuyendo

(19) «Estudios de Derecho civil». T. III. Págs. 670.

(20) «Comentarios al Código civil» T. XI. Pág. 30.

(21) «La propiedad dividida».

(22) «Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria». Pág. 66.

(23) «De la enfiteusis a la enfiteusis». Anales de la Academia Matritense del Notariado. T. V. Págs. 416 y siguientes.

(24) «Derecho civil común y foral». T. II. Págs. 598 y ss., 1950.

(25) Incidentalmente parece aceptar esta punto de vista la S. de 3 de julio de 1946.

al dueño directo. del precio de la expropiación, el capital fijado en la escritura de constitución y las pensiones vencidas y el resto al enfiteuta. Esto no implica equiparación de dueño directo a los censualistas de los censos consignativo y reservativo, como lo prueba el apartado 2.º del artículo comentado que establece un reparto proporcional del precio y no admite la sustitución por otra garantía de la parte expropiada, cosa que no ocurriría si no reconociese dominio alguno al dueño directo, como sucede con los otros censualistas según el apartado último del artículo 1.627.

El más firme argumento de la tesis moderna se apoya en el artículo 1.626. Se desarrolla así: El mencionado artículo atribuye el valor del seguro de la finca destruída sin distinguir si el censo es enfiteútico consignativo o reservativo, es decir, que en tanto el enfiteuta como los otros censatarios quedan sometidos a idéntico tratamiento jurídico y como el artículo 1.606, relativo al censo consignativo y el 1.607, referente al censo reservativo, determinan que el dominio reside en el censatario, se concluye, fundándose en la subrogación real que sanciona el artículo 1.626, que el enfiteuta, aquí censatario, es titular de un dominio desmembrado y no dividido.

Nosotros no creemos que el artículo 1.626 sea reflejo en nuestro Código civil de la postura que ve en el dueño directo el titular de un derecho real limitado. Nos fundamos, precisamente, en que el mentado artículo establece una subrogación real, de ahí que, si el valor del seguro sustituye a la finca, el tratamiento jurídico de ambas cosas ha de ser idéntico y el legislador no ha tenido opción, necesariamente debe conceder al enfiteuta la disposición del precio del seguro, no porque vea en el dueño útil el titular de un dominio desmembrado, como en los otros censatarios, sino porque la enfiteusis es un censo y como todos los censos esencialmente redimible, según dispone el artículo 1.608. De no ser así, si concediese la disposición del valor del seguro al dueño directo o a ambos dueños de común acuerdo, privaría al enfiteuta de la redención y en consecuencia, desnaturalizaría la subrogación real al no otorgar al bien sustituto el mismo régimen jurídico que al sustituido con perjuicio para el dueño útil

Así parece entenderlo también ROCA SASTRE (26) si bien se limita exclusivamente a citar el artículo 1.626 como caso de subrogación real en el Código civil (27).

Queda, por último, el examen de la redención. Esta no es más que una facultad legal conferida al censatario, que forma parte del estatuto jurídico de la enfiteusis. Dicha facultad conferida por la Ley al dueño útil para adquirir el dominio correspondiente al dueño directo, consolidando en su persona la plena propiedad, es uno de los modos de adquirirla por virtud de la Ley, si bien su ejercicio es potestativo del enfiteuta, mas no por ello su título adquisitivo deja de ser la Ley según el repetido artículo 609.

La teoría moderna que ve en la enfiteusis un dominio desmembrado no parece ser, por lo expuesto, la de nuestro Código civil.

c) *Teoría medieval.*

Doctrinalmente la construcción no ofrece dificultades: El propietario de una finca enajena la mitad individual de su dominio con determinadas facultades y se reserva la otra mitad con las facultades que la propia Ley le asigna. Los poderes accesorios o facultades que pertenecen en acto al enfiteuta los tiene en potencia el dueño directo y viceversa. Defienden esta interpretación VALVERDE (28), PUIG PEÑA (29) y ROCA SASTRE (30). A nuestro entender el derecho positivo español sigue esta concepción. Así resulta fundamentalmente del artículo 1.605 «Es enfiteutico el censo cuando una persona

(26) «La subrogación real». R. D. Priv. Abril de 1919. Pág. 288.

(27) En rigor se trata más bien de una conversión sustancial, pues a la subrogación se opone la imposibilidad de constituir la enfiteusis sobre bienes muebles (Art. 1.628), como es el dinero. La nueva figura jurídica es una obligación alternativa y los argumentos en pro y en contra son análogos.

(28) «Tratado de Derecho civil». T. II. Pág.

(29) «Tratado de Derecho civil». T. III. Vol. I. Págs. 638 y ss. con variantes.

(30) «Derecho hipotecario». T. II. Págs. 742 y ss.

cede a otra el DOMINIO UTIL de una finca, reservándose el (DOMINIO) DIRECTO y el derecho de percibir una pensión anual en reconocimiento de este mismo DOMINIO».

De los artículos 1.633, 1.634, 1.636 a 1.644, 1.646 a 1.653 que hablan de dueño directo, dominio directo y dominio útil.

Finalmente, del artículo 7.º de la Ley hipotecaria «La primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de DOMINIO y se practicará con arreglo a los procedimientos regulados en el título VI de esta Ley», en relación con el artículo 377 del Reglamento hipotecario «En el caso de hallarse separados el DOMINIO DIRECTO y el UTIL, la primera inscripción podrá ser de cualquiera de estos dominios; pero si después se inscribiese el otro DOMINIO, la inscripción se practicará a continuación del primeramente inscrito, de donde se desprende, que la legislación hipotecaria entiende que el Código civil regula la enfiteusis como dominio dividido, pues la formación de los derechos reales inmobiliarios, salvo el de hipoteca, es ajena a esta Ley, a ella le incumbe, como dice ROCA SASTRE, regular el dinamismo, el tráfico de los derechos reales inmobiliarios, no su formación o constitución y si creyese que el Código civil reglamenta la enfiteusis como dominio desmembrado el titular del derecho real limitado tendría que ajustarse, no al título VI de la Ley hipotecaria, sino al artículo 312 de su Reglamento conforme dispone el párrafo 2.º del artículo 7.º de la citada Ley. Es una interpretación transcendente por ser auténtica.

Luego el censo enfiteutico es para nuestro Código civil un dominio dividido.

C) *El derecho de superficie.*

Es también un supuesto de división del dominio en nuestro derecho, según el artículo 1.655, el derecho de superficie. Así lo entiende el Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de julio de 1941, donde se habla del dominio directo y útil y se figura similar a la enfiteusis refiriéndose a él, pues

el artículo últimamente citado lo equipara al censo enfiteúatico. Por tanto, lo dicho respecto a la enfiteusis es aplicable al derecho de superficie. No obstante, creemos que la verdadera naturaleza de este derecho, es la de considerar al superficiario titular de un derecho de dominio pleno adicionado con un derecho real en cosa ajena y al concédente titular de un dominio desmembrado, como exige su finalidad, recae sobre construcciones y no sobre cultivos y tiene una proyección urbana y no rústica.

VI SUPUESTOS DE DOMINIO PLENO

A) *Propiedad aplazada.*

Dentro de este epígrafe comprendemos las siguientes instituciones: Las sustituciones fideicomisarias a plazo y universales a que se refiere el artículo 748 del Código civil, el heredero instituido a término resolutorio del artículo 805, el heredero vitalicio sin disposición de la herencia y otras análogas; esto en cuanto a las adquisiciones derivadas de título universal y mortis causa, para las cuales el artículo 609 no exige la tradición o modo porque el artículo 440 confiere al heredero la posesión civilísima. En lo que se refiere a las adquisiciones a título singular sólo pueden verificarse **en virtud de contrato** gratuito u oneroso cuando se pacte en el mismo un aplazamiento no condicional de la transmisión, pues «*animus transferendi et accipiendi domini*» que integra el negocio de disposición va embebido en el título, por seguir nuestro derecho la doctrina del título y el modo según la formulación del derecho intermedio y esto mismo es aplicable a los legados, de acuerdo con el artículo 885 del Código civil que exige la entrega de la **cosa** legada por el heredero que tiene la posesión civilísima **de los bienes** de la herencia, según el artículo 440, como acertadamente interpreta la sentencia de 3 de junio de 1947. En

todos estos casos se exige para la adquisición, además del vencimiento del plazo la tradición.

Las razones en que nos fundamos para rechazar tanto la división como la desmembración del dominio, son éstas: La propiedad se adquiere en virtud de título y éste, en caso de aplazamiento, ninguna facultad atribuye de momento al futuro dueño y menos a una fracción de dominio, implica, es cierto, una limitación en el tiempo; pero nada más. El fiduciario, el heredero instituido a término resolutorio y el heredero vitalicio tienen un derecho subjetivo de propiedad que no se suspende ni aún transitoriamente y el fideicomisario y el heredero legítimo o testamentario, en su caso, tiene una expectativa o una titularidad aplazada, pero no un derecho subjetivo, porque éste no ha surgido aún, pues el hecho adquisitivo del derecho se produjo parcialmente. La doctrina que pretende explicar este fenómeno, considerando que el fideicomisario a plazo o el heredero adquieren el derecho en el instante mismo de fallecer el causante, suspendiéndose únicamente su ejercicio hasta la llegada del día prefijado no es convincente por estos dos argumentos: 1.º) La propiedad como derecho no puede reconocerse en dos personas distintas fuera de los casos de indivisión y o más moderno, la titularidad no puede reconocerse a dos sujetos diversos, salvo en las hipótesis de cotitularidad. 2.º) Porque el derecho subjetivo, como dice BARBERO, nace para teger un interés y esto solamente se logra con su ejercicio y si no puede ser ejercitado no hay tal derecho (31). Existen, ciertamente, dos propiedades no simultáneas, sino sucesivas.

De ahí, que el futuro propietario no sea titular de un derecho subjetivo, sino de una expectativa jurídica o titularidad aplazada y para dividir un derecho subjetivo es presupuesto necesario que exista este derecho, mas como aún

(31) GONZALEZ PALOMINO dice: «El término supone la adquisición del derecho diferido en cuanto a las posibilidades de su ejercicio». «La enajenación de bienes pseudo-usufructados». Anales de la Academia Matritense del Notariado. Tomo V. Pág. 910.

no se produjo íntegramente el hecho adquisitivo del mismo, el derecho no nació y nació y no puede, en consecuencia, dividirse (32).

B) *Dominio resoluble.*

Incluimos en este título todas aquellas hipótesis en que la transmisión de la propiedad depende de un hecho futuro e incierto establecido por la voluntad de las partes, «conditio facti», o impuesto por el ordenamiento jurídico «conditio iuris», como sucede con los contratos donde se transmite el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, reservas lineal y ordinaria, fideicomiso de residuo, sustitución fideicomisaria condicional, heredero y legatario condicionales (en los dos últimos supuestos se exige, además del cumplimiento de la condición la supervivencia del instituido al momento de cumplirse, artículos 758 párrafo último y 759) seudousufructo y donación por razón de futuro matrimonio.

A todos estos supuestos es aplicable el razonamiento hecho respecto a la propiedad aplazada, con la advertencia de que la expectativa jurídica del futuro e incierto titular es más débil que la del dueño (33).

(32) Las teorías del derecho eventual, de la situación jurídica interina y de las expectativas jurídicas pretenden explicar el fenómeno de la formación del derecho subjetivo, o sea, la posición jurídica del favorecido por hechos que han de integrar el título adquisitivo de un derecho subjetivo. La primera peca por exceso al ver derechos donde no existen, así en el derecho futuro. La segunda por defecto al no ver derechos subjetivos donde existen, la titularidad temporalmente limitada y la titularidad interina son para nosotros verdaderos derechos subjetivos. La última califica con exactitud a éstos, pero su construcción cuantitativa hace uniforme el concepto de expectativa. Para romper dicha uniformidad usamos la terminología de la teoría de la interinidad, mas nuestras simpatías las tiene la doctrina de las expectativas.

(33) En todos los casos de adquisición mortis causa, nos referimos, claro es, a herencias abiertas cuya partición, en su caso, se ha realizado.

C) *Propiedad horizontal*

La naturaleza jurídica de esta institución es debatida en la doctrina (teorías de la persona, de la servidumbre, del derecho de superficie, de la comunidad ordinaria, etc.), mas prescindimos de ellas, pues no es ocasión propicia para su examen y aceptamos la postura de nuestro **Código** civil según redacción dada al artículo 396 por la Ley de 26 de octubre de 1939.

Dicho artículo considera que cada uno de los propietarios «tendrá un derecho *singular y exclusivo de propiedad* sobre su piso o parte de él, y, además, un derecho conjunto de copropiedad sobre los elementos «comunes del edificio necesarios para su adecuado uso o disfrute...». Este texto es, por sí, lo suficiente explícito para evidenciar que el dominio de los propietarios de los pisos es pleno y no dividido ni desmembrado.

VII SUPUESTOS DE DESMEMBRACION DE DOMINIO

A) *Usufructo.*

a) **Usufructo ordinario.** En nuestro **derecho positivo** el usufructo ordinario es considerado como un derecho real en **cosa ajena** (34), así resulta del artículo 467, ya que ha de **recaer** necesariamente sobre bienes «AJENOS». **Consecuentes** con este criterio son: el artículo 522 al cual aludimos al tratar de la elasticidad del dominio; los números 1.º y 4.º del artículo 513, donde se señalan como causas de extinción la muerte y renuncia hechas por el usufructuario consolidando en el nudo propietario el pleno dominio, mientras que si la **renuncia** fuese del dueño la cosa desviente en

(31) La S. de 25 de junio de 1943 lo considera

apropiable, si es mueble (artículo 610), o la adquiere el Estado (Ley de 16 de mayo de 1835).

Por último, los números 1.º y 2.º del artículo 107 de la Ley hipotecaria refuerzan esta afirmación al disponer que, al extinguirse el usufructo, se extiende a él la hipoteca de la mera propiedad, salvo pacto en contrario, hipótesis que no contempla al extinguirse el derecho del nudo propietario, porque en este caso no hay consolidación.

b) Usufructo irregular. Con este nombre así como con los de usufructo anormal, impropio, y cuasi-usufructo se conoce esta modalidad del usufructo caracterizada por su objeto, cosas consumibles. Su origen es romano, tuvo como misión ofrecer viabilidad a aquellas disposiciones testamentarias que confiriendo el usufructo de un patrimonio existían en él cosas consumibles. La «cautio usufructuaria» garantizaba el derecho del nudo propietario que no era tal sino un mero acreedor. Este camino no es otro que el de la conversión sustancial, del cual el Derecho romano hizo algún uso como en el supuesto de las donaciones intervivos entre cónyuges, válidas como donaciones «*mortis causa*» después del Senado-Consulta de Severo y Caracalla, siempre que el donatario no premuriese al donante y éste no revocase la donación.

El Código civil español sigue esta configuración del usufructo irregular. El propietario cede al usufructuario la facultad de abusar, o sea, de consumir la cosa. Dicha facultad es de goce y no de libre disposición, de ahí sus diferencias con el ordinario y el de disposición y la obligación de restituir le separa del seudousufructo. Así lo entiende el artículo 482 «Si el usufructo comprendiera cosas que no se puedan usar sin consumirlas, el usufructuario *tendrá derecho a servirse de ellas* con la obligación de pagar el importe de su avalúo...» le confiere, por tanto, un derecho a utilizarlas o aprovecharlas; pero no a enajenarlas. Este precepto implica, por su especialidad, una excepción al artículo 467, pues excluye el mecanismo de la subrogación real, institución que consagra éste como más adelante veremos. En el usufructo irregular, desde el instante en que el usufructuario consume las cosas o las mezcla con otras de su pertenencia, se opera

una conversión jurídico material, el derecho real deviene en una deuda pecuniaria si las cosas se dieron estimadas o en una obligación alternativa en caso contrario, mientras que en el supuesto del artículo 467, cuando el usufructuario por la Ley o el título de constitución tiene la facultad de disponer de las cosas, el usufructo se constituye alternativamente sobre las mismas o sobre su valor, según se conserven o no.

La conversión sustancial exige, según DE CASTRO, dos requisitos: 1.º) Que las partes hayan querido un determinado negocio y que desconocen su nulidad (aquí la cosa no puede ser objeto del derecho de usufructo, y cuando lo es falta normalmente por consumición). 2.º) Que el negocio convertido pueda suponerse también querido por las partes, produciendo prácticamente el mismo resultado. Semejanza de causa (35). Además la conversión jurídico material no degrada el derecho del propietario al transformarlo en un crédito: Su posición como acreedor es fuerte, aún en los temporales de quiebra y concurso del usufructuario, y esto porque el artículo 491 impone una fianza legal a su favor, que en el usufructo irregular se extenderá al importe de la cantidad que deba restituirse, luego, conforme a los artículos 1.854 y 1.855, que regulan la fianza legal, el antiguo propietario o su sucesor puede repetir contra el fiador, o su crédito será pignoraticio o hipotecario.

c) Usufructo de disposición. Esta institución de contornos muy imprecisos es debatida doctrinalmente. Para determinar su naturaleza jurídica creemos imprescindible distinguir modalidades, que normalmente se confunden en esta variante del usufructo. Una, que denominaremos siguiendo a GONZALEZ PALOMINO (36), **seudo-usufructo**, en el cual se adiciona al usufructuario la facultad de disponer del dominio, libre o condicionalmente y se le releva de la obligación de

(35) Comentando la S. de 23 de junio de 1953 en *Anuario de Derecho civil*. Tomo VI. Fasc. IV.

(36) *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. «Estudios de arte menor sobre derecho sucesorio». T. II, págs. 441 y ss. «Enajenación de bienes pseudo-usufructados». T. V. Págs. 839 y ss.

restituir; la transmisión del poder de disposición no traspasa al usufructuario el dominio, si así fuera identificaríamos aquél y éste, o sea, el derecho subjetivo con un poder accesorio; es la exención de la obligación de devolver lo que transmite la propiedad, pues implica un verdadero título traslativo del dominio sujeto a condición a la vez resolutoria y potestativa (legado, donación, contrato oneroso). Y otra, que llamaremos usufructo de disposición simplemente, en el cual se autoriza al usufructuario de la Ley o título constitutivo para alterar la forma o sustancia o ambas cosas, es decir, para transformar los bienes usufructuados alterando el destino económico de los mismos, o para variar su valor en uso, confiriéndole el poder de disposición; mas con obligación en ambos casos de conservar el valor en cambio, o sea, con subrogación real, «res succedit loco pretii, pretium succedit loco rei» (37) y merced al mecanismo de la subrogación, más que una verdadera disposición hay una administración extraordinaria, ya que la obligación de conservar subsiste, si bien es preciso referirla al valor en cambio y no al valor en uso (38).

Podemos señalar la siguiente distinción: el usufructo ordinario recae sobre el valor en uso, el de disposición sobre el valor en cambio, el seudo-usufructo es un dominio resoluble y el usufructo irregular es un derecho de crédito.

Así como el seudo-usufructo exhibe una lexicología aparentemente equívoca, pero precisa, el usufructo de disposición encierra una construcción anómala derivada de la atribución al usufructuario de poderes para alterar la forma o

(37) ALFONSO GARCIA VALDECASAS traduce la expresión «con obligación de conservar su forma y sustancia» (artículo 467 del C. c.) por respeto del destino económico de la cosa y valor en uso respectivamente. «Idea de la sustancia en el Código civil». R. D. Priv., noviembre de 1951.

(38) Esta idea de considerar la facultad de vender con obligación de subrogar, como acto de administración, no es extraña a nuestro C. c., como lo prueba el párrafo penúltimo del artículo 144, en el cual se asigna a la mujer la facultad de vender determinados bienes de su marido, en ciertos casos, sin embargo de ser considerada exclusivamente por dicho artículo como administradora de los mismos.

sustancia del objeto de su derecho; la subrogación real es la columna que apuntala esta extraña construcción del usufructo evitando su ruina en un derecho de dominio o en un simple crédito.

La última modalidad del usufructo, que examinaremos brevemente, no desnaturaliza la institución, pues el nudo propietario conserva su derecho subjetivo, bien sobre la primitiva cosa, bien sobre la transformada o el valor de la enajenada, sin alterarse por ello la esencia del usufructo, o como dice VENEZIAN (39), lo que verdaderamente se constituye no es el usufructo de la cosa, sino *alternativamente* el usufructo de la cosa y el de su valor, correspondiendo la elección al usufructuario. En este sentido debe interpretarse el artículo 467 del Código civil «El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su contenido o la Ley autoricen otra cosa» y en este aspecto tiene razón DE DIEGO (40) ya que la facultad de alterar la forma y sustancia conferida por la Ley o el título constitutivo, no es otra cosa que un poder de disposición agregado al usufructo que no le desnaturaliza, en virtud del mecanismo de la subrogación real, implícitamente proclamada en el expresado artículo 467, por ser ajenos los bienes que transforma (41) o enajena (42) y de acuerdo con el aforismo «subrogatum sapit naturam subrogati». La conversión sustancial no puede tener lugar por impedirlo dicho artículo que considera usufructuario, tanto al ordinario como al que tiene la facultad de modificar la forma o sustancia.

Este parece ser el pensamiento de nuestro Código civil

(39) «Usufructo, uso y habitación». Vol. I, pág. 275.

(40) «Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas de residuo». Págs. 63 y siguientes.

(41) La transformación es una disposición, si se quiere rítmica, pero disposición porque modifica el derecho al variar su destino económico.

(42) La posibilidad de alterar la sustancia no significa la destrucción del objeto del derecho, ese supuesto, como vimos, es el del artículo 482, sino la sustitución de su objeto mediante la enajenación.

rido usufructuario de los efectos públicos, valores cotizables y bienes fungibles procedentes de dote inestimada, la disposición de los mismos, si bien con consentimiento de su mujer si es mayor de edad (43) (prescindimos de los supuestos en el párrafo último del artículo 1359, que atribuye al marido que la mujer es menor de edad).

d) Seudo-usufructo. Esta modalidad desnaturaliza el usufructo y lo convierte en un fideicomiso de residuo, según VENEZIAN (44), quien ve en el usufructo con facultad de enajenar y sin obligación de restituir el valor recibido en cambio, al terminar el mismo, la referida institución, porque entonces se transmitió la propiedad. NUÑEZ LAGOS (45) afirma que el usufructuario dispone en nombre propio y no en el de los nudos propietarios; no hay usufructo sino propiedad. Nosotros creemos que se trata de un dominio resoluble, pues si bien normalmente el seudousufructuario no puede disponer gratuitamente, y en este caso tiene idénticas facultades que el fiduciario de residuo, nada impide al constituyente autorizarlo expresamente para disponer «mortis causa» y entonces la figura no encaja en el fideicomiso de residuo porque el fiduciario de residuo no puede disponer por testamento.

Por último, lo entienden también de este modo las sentencias de 9 de junio de 1948 y 28 de mayo de 1954. La primera dice así: «No puede entenderse... la cláusula adicionada a su testamento por el causante, pues por sus mismos términos de que quería que todos sus bienes constituyeran el usufructo de su esposa viuda, incluso censos y «Los Perelladas», y que de esta finca podía vender las parcelas que quisiera, sin necesidad de dar cuenta, fianza, ni aseguramiento alguno, se revela claramente que el propósito del testador no fué facultar a la usufructuaria para transformar esos bienes, con lo cual quedaría el producto o resultado de esa transformación en la masa del usufructo... sino que la au-

(43) Mientras que respecto de los restantes bienes dotales inestimados es la mujer quien dispone aunque con licencia de su marido. (Art. 1.361).

(44) Ob. cit. Vol. I, pág. 326.

(45) Información jurídica. Enero de 1944.

torizaba para vender libremente, sin dar cuenta de lo que hiciera, y por tanto, sin que el producto de las ventas quedara también sujeto al usufructo.

...ese legado era de un objeto determinado y no del valor en que aquél pueda transformarse, que al salir de la masa del usufructo en virtud de las ventas autorizadas ya cesaba toda limitación impuesta sobre él por el testador, y que al carácter de usufructo común le añadió una modalidad que le convierte en usufructo de disposición, estableciendo a favor de los nudos propietarios un derecho únicamente a lo que quedara de esa finca después de las ventas...».

Esta sentencia distingue claramente el usufructo de disposición con obligación de restituir de aquél en que falta esta obligación. Su fondo es exacto; pero su terminología es equívoca.

La sentencia de 28 de mayo de 1934 resuelve un caso similar: Se trataba de «un heredero usufructuario, universal y vitalicio» con facultad de enajenar y gravar los bienes de la herencia, si así lo juzga conveniente, salvo determinadas fincas que no son objeto de este litigio...» calificándole «de usufructo de disposición», perfilando al final del considerando la institución en estos términos: «no se trata de un usufructo puro, sino de una institución más compleja, que al conferir al usufructuario el derecho de disponer de los bienes pudiendo gravarlos y enajenarlos le otorga esa *facultad dominical*, de la que ha hecho uso al vender las dos fincas, y por tanto a sus herederos, se les exige el otorgamiento de la escritura como sucesores de quien dispuso de ellas *ejercitando un acto de dominio*, distinto de los derechos que le asistían como usufructuario, pero coexistente con ellos por concesión expresa y especial de su causante...».

Esta sentencia usa una lexicología más precisa, si bien insiste en denominar usufructo de disposición, lo que es un verdadero derecho de dominio resoluble, quizá forzada por la redacción de los documentos. Es necesario tipificar la figura dentro de las variantes del dominio resoluble y no del usufructo, y término más exacto es el de *seudousufructo*, pues la frase usufructo de disposición la confunde con otra institución de diversa naturaleza, como ya vimos.

Por tanto, en el seudousufructo no hay división del dominio, ni tampoco desmembración, pues el destinatario de la cosa usufructada y no enajenada, tiene una titularidad preventiva o una expectativa jurídica más o menos consistente según que la facultad de disposición sea libre o menos o más condicionada.

En este sentido hay que interpretar el artículo 467 del Código civil «el usufructo da derecho a disfrutar de los bienes ajenos con obligación de conservar su forma y substancia, a no ser que el título de su constitución o la Ley autoricen otra cosa», el seudousufructo no está comprendido en el supuesto de hecho de esta norma, de lo contrario incurriría dicho artículo en el absurdo de admitir un usufructo sobre los propios bienes, a lo cual se opone el aforismo «nemini re sua servit» (46) o en el de considerar al destinatario de la cosa usufructada y no enajenada titular, no de una expectativa jurídica, sino de un derecho subjetivo de dominio y esto es inadmisibles porque carece de título adquisitivo del mismo, ya que sólo se dió parcialmente el hecho originador de su derecho futuro.

Resumiendo: el usufructo ordinario y el de disposición son derechos reales limitados, el usufructo irregular es un dominio pleno e irrevocable y el seudousufructo es un dominio pleno y resoluble.

B) Otros derechos reales.

a) **Uso y habitación.** Lo dicho antes respecto al usufructo ordinario es aplicable a estos derechos por remisión del artículo 528 del Código civil, con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley hipotecaria, pues son derechos intransmisibles (artículo 525 del Código civil) y no

(46) El «usufructus causalis» elaborado en la Edad media, es consecuencia de la confesión del dominio como una suma de facultades, lo cual hacía posible imaginar abstractamente destacada una de ellas, aún cuando todas pertenecieran a la misma persona. BÜGGEBÖ. Ob. cit. Vol. cit., pág. 703.

son, por tanto, hipotecables (artículo 108 número 3.º de la Ley Hipotecaria).

b) Servidumbres. Son otro supuesto de desmembración del dominio como resulta del artículo 530 «la servidumbre es un *gravamen* impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto *dueño*», y así se desprende del artículo 546 número 5.º que sigue este sentido al establecer que la renuncia del dueño del predio dominante es causa de extinción de la servidumbre (renuncia de la servidumbre) ya que el predio gravado es el sirviente, recobrando en el mismo instante de la renuncia su plenitud.

Mientras que si el renunciante fuese este último, la servidumbre subsiste, porque el acto es nulo, ya que los titulares que tienen que soportar el gravamen no pueden renunciarlo, pues sólo los derechos son renunciables y no las cargas o gravámenes por el titular pasivo. Si lo renunciado fuese el dominio del predio dominante o el del sirviente, la finca pasará al Estado, en ambos casos, y con persistencia de la servidumbre, salvo en el caso del artículo 599 «Si el dueño del predio sirviente se hubiese obligado, al constituirse la servidumbre, a costear las obras necesarias para el uso y conservación de la misma, podrá librarse de esta carga abandonando su predio al dueño del dominante. Este precepto no es más que una aplicación concreta del artículo 609, consagrando una adquisición legal.

c) Censos consignativo y reservativo. La mera lectura de los artículos 1.606 y 1.607 relativos respectivamente al censo consignativo y reservativo, evidencian que la propiedad reside en el censatario, si bien gravada con un canon o pensión a favor del censalista, que es titular de un derecho real en cosa ajena, conforme al artículo 1.623, que al conferirle una acción real para tutelar su derecho, éste necesariamente ha de ser real.

Por otra parte la redención de estos derechos es una facultad legal para adquirir, no la propiedad, sino un derecho real limitado de acuerdo con lo dispuesto en el mencionado artículo 609 «La propiedad y *demás derechos reales* sobre los bienes *se adquieren* y transmiten por la *Ley...*».

d) Hipoteca y prenda. No es necesario insistir acerca de la naturaleza jurídica de estos derechos reales en nuestro Código civil, basta citar el artículo 1859 «El acreedor no puede *apropiarse* de las cosas dadas en prenda o hipoteca ni disponer de ellas», para probar la veracidad de nuestro aserto, pues del mismo artículo claramente se desprende que el deudor sigue siendo dueño de la cosa pignoral o hipotecada, si es de dominio el derecho que se gravó.

e) Anticresis. Controvertida es la naturaleza de esta figura, no sólo en la doctrina, sino también en nuestro Derecho positivo. Concretándonos a éste, encontramos un argumento favorable a su calidad de derecho real (47) en el artículo 27 de la Ley hipotecaria «Las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o *cualquiera otra forma de garantía real* se asegure su cumplimiento». Como otra forma de garantía real incluye ROCA SASTRE, acertadamente, la anticresis y puede añadirse el negocio fiduciario de garantía. En efecto, si aceptamos el aforismo «*verba legis cum effectu sunt accipienda*», la frase cualquiera otra forma de garantía real no puede referirse sino a la anticresis y a la «fiducia cum creditore», ya que la prenda recae sobre bienes muebles, la hipoteca está excluida en la creación anterior y el derecho de retención, cuya naturaleza jurídica es discutida (48), no es el supuesto del artículo 27, ya que para su ejercicio es indispensable poseer el inmueble y cuando existe una prohibición de enajenar el poseedor es el dueño y no el beneficiario de la prohibición. Luego no habiendo en nuestro derecho otras formas de garantía real

(47) Así lo entienden las R. R. de 30 de junio de 1913, 31 de julio de 1915 y 11 de marzo de 1932. ROCA SASTRE en su Ob. cit. cit. T. III, págs. 31 y ss. y SANZ «El Derecho de preferencia en la anticresis», R. D. Priv. Abril de 1913, págs. 223 y siguientes.

(48) La opinión mejor fundada lo considera derecho personal, pues es una manifestación de la «*exceptio doli generalis*» y así lo considera la sentencia de 21 de junio de 1911.

inmobiliaria, pues la condición resolutoria expresa no implica garantía real, es indudable que el mencionado artículo se refiere a la anticresis y a la fiducia de garantía como derechos reales.

Ahora bien, si conforme al artículo 1884 «El acreedor no adquiere la propiedad del *innueble* por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido», y es nulo el pacto en contrario, es porque el *deudor* continúa siendo dueño del *innueble*, si bien su dominio está desmembrado.

f) Retracto convencional y opción. Cuando la propiedad está limitada por un derecho de retracto el dominio es resoluble (49), ya que está afectado por una condición resolutoria y potestativa expresamente pactada. Si esta condición llega a realizarse, la propiedad vuelve al antiguo dueño o persona que ostente el derecho de retracto. Mas como esta persona había perdido el dominio, según dispone el artículo 1.511 «El comprador sustituye al vendedor en todos los derechos y acciones», es necesaria la retransmisión de la propiedad por alguno de los títulos enumerados en el artículo 609, y en ese caso concreto será el contrato acompañado de la tradición, así lo reconoce la sentencia de 30 de octubre de 1946. Por consiguiente, se excluye toda participación en el dominio del retrayente, limitando este derecho exclusivamente el poder de disposición del comprador.

En el derecho de opción, cuando se construye como derecho real, el mecanismo es idéntico con la única diferencia que el titular del dominio impone la condición a la vez suspensiva y potestativa a favor del optante, conservando aquél el dominio.

(49) No incluimos estos supuestos en el epígrafe del dominio resoluble, a pesar de su analogía, porque en ellos no hay derecho real alguno en favor del futuro e incierto titular, sino expectativa jurídica, pues el hecho adquisitivo se produjo parcialmente; mientras que en el caso del retracto, si bien el comprador es titular de un dominio resoluble, el retrayente tiene un derecho real limitado por haberse realizado íntegramente su hecho adquisitivo y este derecho limita la facultad de disposición del comprador, de ahí la desmembración de su dominio.

g) Tanteo convencional. Lo dicho respecto al retracto es aplicable al tanteo, con la savedad de que el ejercicio de este derecho no es potestativo de su titular que depende de la voluntad del propietario.

En lo que se refiere al retracto y tanteo legales, creemos, siguiendo a ROCA SASTRE (50), que no son derechos reales, sino limitaciones legales del dominio, enfiteusis, arrendamiento, etc., o mejor aún, delimitaciones, establecidas en el estatuto jurídico del derecho a que se refieran.

ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA

(50) Ob. últ. cit. T. III págs. 6 y siguientes.