**TEMA 28. EL DERECHO REAL: CONCEPTO Y CARACTERES. DIFERENCIAS CON LOS DERECHOS DE CRÉDITO. POSIBLES FIGURAS INTERMEDIAS: EL “*IUS AD REM*”, DERECHOS REALES “*IN FACIENDO*” Y OBLIGACIONES “*PROPTER REM*”. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES. SISTEMA DEL “NUMERUS CLAUSUS”. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL ALICABLES A LOS BIENES.**

#### EL DERECHO REAL: CONCEPTO Y CARACTERES

El Derecho de Cosas se integra en el llamado Derecho Civil Patrimonial, del que regula su aspecto estático (titularidad y goce de los bienes), correspondiendo al Derecho de Obligaciones el aspecto dinámico (tráfico).

El Derecho de Cosas o Bienes aparece como una parte diferenciada del Derecho Civil tanto en el Plan Germánico o de Savigny como en el Plan Romano-Francés o de Gayo. Nuestro Cc dedica dos de sus Libros a los derechos reales:

el Libro II: De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones

el Libro III: De los diferentes modos de adquirir la propiedad.

Ahora bien, estos dos Libros distan de agotar toda su regulación, debiendo completarse con disposiciones dispersas del Libro IV (censos, derechos reales de garantía, traditio y usucapión) y numerosas disposiciones especiales (destaca LH y RH).

Como destaca LACRUZ, el concepto de derecho real es producto de una generalización ya que primero surgieron la propiedad, el usufructo, la hipoteca, etc. y a posteriori, se observaron en todas estas figuras unos rasgos comunes:

* Esta generalización se hace en Roma, pero no en el plano de los derechos, sino en el de las acciones, distinguiéndose entre actio in rem y actio in personam.
* Es en el Derecho común cuando la doctrina comienza a distinguir entre ius in re y ius in personam como categorías generales e independientes, si bien la distinción sólo alcanza la madurez y su pleno significado con las primeras codificaciones.

Con todo el derecho real no es una figura de contornos claros e indiscutidos. Siguiendo a CASTAN, podemos distinguir tres caracterizaciones diversas:

* Concepción **clásica** (RUGGIERO, inmediatividad). El DR supone una relación inmediata entre la persona y la cosa, a diferencia del derecho de crédito, que implica una relación entre dos personas, acreedor y deudor.
* En contra de dicha posición, la concepción obligacionista (FERRARA, **erga omnes**) considera que las relaciones patrimoniales sólo se dan de persona a persona (todos los derechos patrimoniales son obligacionales), si bien en los DR el sujeto pasivo es indeterminado o genérico y en los derechos de crédito es determinado, concreto.
* Fruto de la crítica al excesivo unilateralismo de las dos posiciones anteriores, surge una concepción **intermedia o ecléctica** (BARASSI y la mayoría de la doctrina) que considera que el DR tiene dos elementos:
  + Uno interno o de señorío, en cuanto implica un poder directo e inmediato sobre la cosa, que varía según el tipo de derecho real
  + Otro externo (protección de dicho poder frente a todos).

Se define así el derecho real como **aquel que atribuye a su titular un poder de directa e inmediata dominación sobre una cosa frente a cualquiera** (“derecho subjetivo que atribuye a su titular un poder directo e inmediato sobre una cosa imponiendo a todos un deber de respeto y abstención” ROCA SASTRE)

CARACTERES (LACRUZ):

- **Inmediatividad o INHERENCIA a la cosa,** en cuanto atribuye a su titular un poder directo e inmediato sobre la misma, sin necesidad de mediación de ninguna persona. Se habla, en este sentido, de la exclusividad de los derechos reales.

Sin embargo en algunos DR como la hipoteca (al no implicar posesión y prohibirse el pacto comisorio, aunque existen manifestaciones de poder sobre la cosa como la acción de devastación del art. 117 LH) falta la inmediatividad. Por eso, GIORGIANNI prefiere hablar de inherencia.

- **Oponibilidad erga omnes (ABSOLUTIVIDAD**), siendo indeterminado el sujeto pasivo de la relación que el DR implica, en cuanto implica un deber general de abstención por parte del resto de la comunidad. En este sentido, se habla de:

* REIPERSECUTORIEDAD ((droit de suite): Ubi rem meam invénio, ibi vindico donde mi cosa va, allá yo la reivindico. Existen no obstante excepciones (irreivindicabilidad, 34 LH)
* EXCLUSIÓN. Su titular puede adoptar medidas tendentes a evitar intromisiones o perturbaciones de terceros (vg. facultades de deslinde, amojonamiento y cerramiento).
* PREFERENCIA. Por regla general los derechos reales colisionan al recaer sobre una misma cosa, lo que obliga a establecer reglas de preferencia de unos sobre otros. En este sentido juega un papel fundamental la prioridad registral (en sus dos vertientes: prelativa y excluyente).

DIFERENCIAS CON LOS DERECHOS DE CRÉDITO

CASTÁN distingue las ss:

Por las **PERSONAS** que intervienen en la relación. En los DR sujeto pasivo indeterminado (deber general de respeto y abstención) mientras que en los derechos de crédito el sujeto pasivo está individualmente determinado.

Sin embargo, se constata que:

. el sujeto pasivo (o activo) de una obligación puede ser determinado sólo de forma mediata (vg. obligaciones propter rem) y el sujeto pasivo de un DR ser una persona especialmente obligada (ej. servidumbres).

. según algunos existiría una obligación genérica de respeto a la res inter alios facta en el campo de las obligaciones. Y un principio civil de protección frente a la acción del titular real (del adquirente a título oneroso y de buena fe (los arts. 1295 y 1473 serían manifestaciones de tal principio). Es muy discutible la existencia y alcance de dicha obligación genérica y principio.

Por el **OBJETO** El DR tiene por objeto una cosa corporal, específica y determinada, y el derecho de crédito una prestación o conducta del deudor.

Sin embargo, se habla de derechos reales sobre derechos (subhipoteca) o sobre bienes inmateriales (si bien la doctrina prefiere considerar a las denominadas propiedades industrial e intelectual como categorías independientes de los DR).

Por razón de la COMPATIBILIDAD DEL **PODER** que atribuyen a su titular:

* Los DR implican un poder directo o inmediato sobre una cosa. Constituyen derechos de exclusión (dos propiedades sobre el mismo bien), aunque no siempre (prioridad prelativa, p.e. dos hipotecas sobre el mismo bien)
* Mientras que los de crédito son derechos de unión que sirven a la cooperación social (STAMMLER). No hay propiamente preferencias entre los derechos de crédito (solo cuando el patrimonio de un mismo deudor resulta insuficiente).

Por su eficacia: **ERGA OMNES** y erga debitorem (derechos relativos).

Por el papel de la **AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD**. Sin entrar ahora en la problemática de numerus clausus o apertus, no hay duda de que en los derechos de crédito el papel de la autonomía de la voluntad es más amplio (1255) que en los derechos reales, que obedecen al principio de orden público (restricciones tanto en su configuración –fondo- como en su documentación *–*forma *ad probationem* (art. 1280 CC) o *incluso ad solemnitatem,* hipoteca, superficie-)

Por su **PROTECCION REGISTRAL**. Dice el art. 1.1 LH:

El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Las obligaciones en cambio no son inscribibles (art. 9 RH)

Existen sin embargo matizaciones:

* En el RP solo se inscriben DR sobre inmuebles. Si bien al Registro de Bienes Muebles acceden determinados muebles (por ejemplo vehículos a motor o maquinaria industrial).
* Algunos derechos reales no son inscribibles: a) posesión (art. 5 LH –si bien su naturaleza, de derecho o simple hecho, es discutida-); b) los derivados de la propia ley, como la servidumbre natural de aguas (552 CC) o el retracto legal (37.3º LH); y c) las servidumbres aparentes (el TS admite su oponibilidad a terceros pese a no figurar inscritas).
* Hay derechos personales o al menos de discutida naturaleza real que tienen acceso al Registro: arrendamiento de inmuebles y los subarriendos, subrogaciones y cesiones de los mismos (art. 2.5 LH) o la opción (art. 14 RH)

Por los **MODOS DE ADQUIRIRSE**. La adquisición derivativa de los derechos reales requieren título y modo o traditio (609), mientras que los derechos de crédito nacen inmediatamente del contrato.

La **PRESCRIPCIÓN** de los derechos reales puede ser adquisitiva y extintiva, mientras que para los derechos de crédito sólo cabe esta última (no son usucapibles al no ser poseibles).

Por su **DURACION y causas de EXTINCION**. El derecho real tiene vocación de permanencia (ello no significa que sean perpetuos, pero sí que satisfacen el interés de su titular mientras los ostenta): su ejercicio, en vez de extinguirlo, lo consolida. Al recaer sobre una cosa, el perecimiento de ésta lleva consigo la extinción del derecho.

Por el contrario, el derecho de crédito tiene naturaleza transitoria ya que su ejercicio lo extingue. Pero, en cambio, subsiste éste de ordinario, aun desapareciendo la cosa que, en su caso, haya de darse, ya que su objeto es la prestación y no la cosa misma (por regla general es al extinguirse mediante el debido cumplimiento de la prestación cuando su titular ve satisfecho su interés).

Como resulta de todo lo dicho:

+ **La distinción derecho real-obligación sigue siendo útil**. Como en Roma, en donde la distinción era meramente práctica, sin pretensiones doctrinales. Se trataba entonces de la distinta redacción de la INTENTIO (in rem o in personam), uno de los cuatro apartados ordinarios de la “formula” (intentio, demonstratio, condemnatio y adiuticatio)

+ **La distinción derecho real-obligación no termina de ser concluyente.** Buena prueba de ello son las figuras intermedias. De ahí que haya quien prefiera centrar la atención en otro tipo de distinciones:

. En las Instituciones de Gayo se distingue entre personas, cosas y acciones. Napoleón sustituye las acciones por los modos de adquirir. En España, desgajamos de los modos de adquirir las obligaciones y contratos. Savigny distingue entre una Parte General (en la que incluye a la Persona) y otra parte Especial (Familia, Sucesiones, DR y Obligaciones). Pues bien, habría distintos tipos de derechos por razón de su objeto, dependiendo a qué campo del Derecho resultasen referidos.

Esta distinción es meramente descriptiva y en consecuencia poco aporta.

. Windscheid distinguía entre derechos absolutos (que además de a los DR incluiría a los derechos de la personalidad, los derechos sobre bienes inmateriales y el derecho hereditario) y relativos (in personam u obligacionales).

Esta distinción sirven a superar las dificultades en la asimilación de las denominadas propiedades incorporales al dominio real; ahora bien, la amplitud de la categoría le hace perder fuerza caracterizadora.

Además, como advierte DE CASTRO, la distinción no supone una contraposición tajante y excluyente ya que hay derechos, como los de familia, que presentan aspectos relativos y absolutos.

. Messina distingue entre derechos negativos, constitutivos, modificativos y extintivos. Un subtipo lo constituirían los derechos potestativos (o potestades unilaterales de configuración jurídica -Gestaltungsrechte-).

Aparte la importancia de realzar la existencia de derechos potestativos, la clasificación es meramente descriptiva.

. Derechos registrables y no registrables (Carbonnier). Importa por ejemplo que la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no propietario es inscribible (en otro caso una afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido del 34 LH, RDGRN 25 octubre 1999), NO si tal derecho tiene o no caracter real (o familiar, tertium genus).

La clasificación es poco interesante en un sistema de numerus apertus como el nuestro, dado que la cuestión aparece entonces reconducida a determinar qué características han de reunir los derechos no expresamente reconocidos como registrables para ser susceptibles de inscripción (lo que en definitiva nos hace retornar a la caracterización del derecho real).

. Patrimoniales y extrapatrimoniales, de disposición y no dispositivos, etc

#### POSIBLES FIGURAS INTERMEDIAS: EL “*IUS AD REM”*

Las dificultades para establecer una nítida diferenciación entre DR y de crédito ha propiciado la aparición de categorías intermedias. Dentro de dichos intentos de configurar un tertium genus destacan los denominados "ius ad rem", las "obligaciones propter rem" y "DR in faciendo"

**HISTORIA DEL IUS AD REM**

La figura tiene su origen en el Derecho Canónico. En la Edad Media, cuando un Obispo enfermaba, se le nombraba un coadjutor que le auxiliaba en sus funciones y le sucedía a su fallecimiento. Para describir la situación jurídica de este coadjutor SINIBALDO DEI FIESCHI (el que sería más adelante el Papa Inocencio IV) acuñó en el s. XIII la expresión ius ad rem:

Mientras vivía el **Obispo** el coadjutor no tenía un derecho real (ius in re) sobre el obispado y sus beneficios, pero tenía la seguridad de que lo adquiriría al fallecimiento de aquél, pues no podía ser privado de tal derecho al cargo

Su futuro ius in re era cosa segura para él con más fuerza que la de un simple derecho personal. Esto llevó a considerar esta situación jurídica como intermedia entre el derecho real y el derecho personal, que se bautizó como ius ad rem.

En el Dº Feudal se empleó el ius ad rem para definir el derecho de aquellos nobles FEUDATARIOS a quienes se concedía el disfrute de un territorio o feudo, durante el lapso de tiempo que iba desde la **investidura** o concesión formal o simbólica de ese derecho hasta la efectiva puesta en posesión del feudo.

Llegado el siglo XIX el concepto de ius ad rem había evolucionado en la doctrina, que lo utilizaba para definir el derecho de crédito que se tenía contra el deudor obligado a entregar una cosa (datio rei):

\* Se utilizaban las expresiones ius in rem y ius ad rem para mostrar la contraposición entre los derechos reales y determinados derechos de crédito o personales. Así, decía POTHIER que el ius in re es el derecho que tenemos en una cosa, mientras que el ius ad rem es el derecho que tenemos frente a una persona en relación con una cosa.

CASTAN estima inadecuada la expresión *ius ad rem* sería para significar derechos de crédito:

éstos no siempre implican la prestación de dar alguna cosa (hacer o no hacer)

induce al error de considerarla extraída de las fuentes romanas (INTENTIO formulae in rem/in personam, nada q ver con el ius ad rem)

\* A lo largo del siglo XX algunos autores como ATARD o DE LA CÁMARA retomaron la idea del ius ad rem para reforzar la posición de quienes se encuentran en ciertas situaciones en las que no se puede hablar de auténtico derecho real, pero que consideran dignas de una protección mayor que la que brinda un mero derecho personal (una **categoría de derechos patrimoniales intermedia**). Ejemplos de tales situaciones serían:

* El cedente de un solar a cambio de obra futura, cuando la cesión no se constituye con eficacia real.
* El comprador de pisos o locales “sobre plano”.
* El que no puede obtener por el momento la inscripción registral de su derecho (por defecto subsanable, por ejemplo) pero puede obtener una AP susceptible de convertirse en inscripción el día de mañana.

En la **DOCTRINA ALEMANA** se denominan derechos de "vocación real" ya que, como señala ROCA SASTRE, son acciones personales dirigidas a provocar una modificación jurídico-real que, por ello, han de tener acceso al Registro.

En cualquier caso, se trata de una construcción que tiene escasa aceptación en la **DOCTRINA ESPAÑOLA**. En esta línea, VALVERDE la crítica severamente señalando que se trata en realidad de un dº personal que o permanece como tal o se convierte en real. Además, añade, es difícil una construcción de Derecho hipotecario que implicaría configurar a todo derecho futuro como ius ad rem.

Pese a tan escasa aceptación, la **DGRN** aludió a este concepto en algunas resoluciones. Así, en la de 9 de agosto de 1943, al hablar de las anotaciones preventivas derivadas de aquellas pretensiones que siendo todavía personales, tienden, sin embargo, de un modo inmediato a provocar una modificación jurídica real, por virtud de una vocación o “*ius ad rem*”, que ascenderá a la categoría de “*ius in re*” o se cancelará según triunfe o no el derecho que la anotación defiende (art. 42.1 LH).

#### DERECHOS REALES “*IN FACIENDO*” Y OBLIGACIONES “*PROPTER REM*”

Hay supuestos en los que el sujeto pasivo de un DR resulta determinado y además viene obligado a realizar una prestación positiva (excepción a LA inmediatividad y absolutividad) como:

- las servidumbres positivas (art. 533), que imponen al dueño del predio sirviente una obligación de hacer (SERVITUS ONERIS FERENDI, servidumbre de hacer algo), como excepción al principio romano "sérvitus in faciendo consístere néquit".

- los gravámenes o cargas reales (como los censos, foros o la rabassa morta catalana) que imponen al poseedor el pago de un canon o prestación (1604 y ss recogen como esencia del dº real de censo la obligación del censatario de pagar un canon o pensión al censualista)

- o incluso las obligaciones que surgen entre el dueño y el usufructuario o entre los condueños, especialmente en las situaciones de PH o urbanizaciones.

Asimismo encontramos ejemplos de obligaciones (propter rem) en nuestro ordenamiento, cuyos sujetos pasivos se determinan por relación a la cosa.

Nada que ver con las titularidades ob rem (vinculación entre sí de dos propiedades) que alude al sujeto pasivo de la relación.

Dentro de las obligaciones propter rem destacan las de contribuir a los gastos de conservación:

de la cosa común (395 CC)

de la pared medianera (575 CC)

del predio dominante por el dueño del sirviente que se obligó a ello en las servidumbres voluntarias (599 CC)

de los elementos comunes en el régimen de propiedad horizontal (9 LPH)

La doctrina se divide a la hora de apreciar la naturaleza de estas dos figuras:

* Para STOLFI son verdaderos DR ya que lo que se grava directamente es la cosa y sólo mediatamente a la persona por relación con ella (derechos reales in faciendo)
* Otros consideran que constituyen obligaciones cuyos sujetos pasivos se determinan por relación a la cosa (obligaciones reales o propter rem).
* No faltan autores que consideran que el derecho real in faciendo y la obligación propter rem son dos caras de una misma relación jurídica
* LACRUZ opina que mientras que en los DR in faciendo la responsabilidad se limita al valor de la cosa, pudiendo liberarse el deudor abandonando la misma, en las obligaciones propter rem la responsabilidad del obligado, ex art. 1911, es universal (no limitada ni al fundo ni tampoco al valor del fundo) sin posibilidad de abandono (pudiendo discutirse si 1911 para todo lo devengado hasta entonces o solo durante el tiempo que fue él titular).

ALBALADEJO habla de supuestos en los que el contenido obligacional es un medio para servir al fin del poder real (servidumbres positivas), mientras que en las obligaciones propter rem el poder real es un medio para servir al fin obligacional.

En **DERECHO ALEMÁN** las cargas reales **REALLASTEN** aparecen más perfiladas que entre nosotros. Son derechos reales “sui generis”:

* In faciendo (Diez Picazo). Sólo que, a diferencia de en otros derechos reales in faciendo, **el contenido obligacional es** **autónomo** y principal (no se presenta como un complemento o modulación de un señorío directo sobre la cosa) además de **positivo**
* Gravan como su propio nombre indica no a un sujeto sino a una cosa, en el sentido siguiente: su dueño se ve “afectado” sólo indirecta –LIMITADAMENTE- por ella.

Queda **limitada su responsabilidad personal** al cumplimiento de las prestaciones devengadas mientras fue tal propietario.

Acción real frente a la finca y acción personal LIMITADA frente a su propietario (sólo por el importe devengado mientras es tal dueño –*no responde con su patrimonio “personal” de lo que no pagó el anterior*)

* La figura germánica de la Reallast genera entre nosotros dificultad.

Se discute si existe o no aquí algún caso de Reallast.

Los **supuestos típicos** en Alemania de **Reallasten** (monatliche Versorgungsrenten und Pflegeleistungen –rentas vitalicias y alimentos-) claramente **entre nosotros NO son tales** cargas reales (pues entre nosotros no provocan limitación de responsabilidad).

* La Reallast se diferencia de la Grundschuld und Hypothek en 2 cosas: una en todo caso (recurrente/no) y otra solo en ocasiones (prestación no necesariamente dineraria / prestación solo dineraria).

. La REALLAST es **RECURRENTE** (wiederkehrend) y puede NO consistir en el pago de una cantidad de dinero. La Grundschuld e Hypothek NO son recurrentes y sólo garantizan dinero.

. Grundschuld e Hipoteca se diferencian entre sí en que la Grundschuld es ABSTRACTA y la hipoteca CAUSAL. Por eso en la práctica la gente prefiere la primera (pueden negociar con el “rango” de la deuda fácilmente, sin necesidad de ceder el crédito adjunto a ella –en la hipoteca-)

CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES Siguiendo a CASTAN, podemos diferenciar entre:

Derechos **SOBRE BIENES INMATERIALES**, en cuyo ámbito se encuentran la propiedad industrial e intelectual (curiosamente en el mundo anglosajón la Intellectual Property (IP) incluye en su seno a la que nosotros denominamos propiedad industrial), si bien suelen considerarse una categoría distinta de los derechos reales strictu sensu.

Derechos sobre cosas corporales, o derecho reales propiamente dichos:

* Un derecho de protección provisional: **POSESIÓN** (si bien se discute si realmente es un derecho real, 5 LH). Remisión a tema 44.
* Los derechos reales de protección absoluta, dentro de los cuales se distingue:

Un derecho pleno, que es la **PROPIEDAD**.

Los derechos limitativos del dominio: de goce, de garantía o de adquisición.

Los dºs limitativos **de GOCE** son:

+ el usufructo, uso y habitación.

+ En el ámbito estrictamente inmobiliario las servidumbres, la superficie (arts. 16 y 30 RH), sobre-elevación y sub-edificación (art. 16 RH), y las denominadas cargas reales tales como los censos reservativo y consignativo (el enfitéutico en cambio según un sector doctrinal sería un supuesto de dominio dividido) o la rabassa morta), y el dº de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles (cuando se constituya como dº real limitado y no con carácter obligacional, art. 23 Ley 4/2012).

Los **DE GARANTÍA** son:

· En el ámbito mobiliario la prenda e hipoteca mobiliaria.

· En el inmobiliario la hipoteca y anticresis.

Los **DE ADQUISICIÓN**:

RETRACTO LEGAL: 1521 Cc **es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago**. Art. 37 LH.

TANTEO LEGAL: Aparece mencionado en el CC en sede de censos (1636 y 1656), además de regulado en leyes especiales (LAR, LAU). Es el dº a adquirir una cosa en las mismas condiciones en las q su titular pretende enajenarla a un 3º.

DERECHO A RETRAER en la venta con pacto de retro (mal llamado por el Cc “RETRACTO CONVENCIONAL” en los art. 1507 ss). Es el derecho que se reserva el vendedor a recuperar la cosa vendida reembolsando el precio y determinados gastos. Tiene naturaleza real ex art. 1510

**El vendedor podrá ejercitar su acción contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional, salvo lo dispuesto en la LH respecto de terceros**.

FIGURAS DE NATURALEZA DISCUTIDA

**DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO VOLUNTARIOS** (no confundir con el convencional o pacto de retro):

Los derechos de opción, tanteo y retracto voluntarios tendrán carácter real cuando así se establezca (Ley 460 Navarra).

Dado el sistema de numerus apertus (art. 7 RH) podrán constituirse con carácter real por las partes, observando los requisitos que determina la DGRN.

*(Los legales, como antes dijimos, tienen clara naturaleza real, art. 37.3 LH)*

**DERECHO DE OPCIÓN**

* + VALVERDE y DE BUEN consideran que se trata de un derecho personal, por lo que no podría acceder al RP.
  + ROCA SASTRE lo configura como un ius ad rem (derecho personal con vocación real que puede acceder al Registro).
  + CASTAN, ley 461 C. Navarra y la DGRN consideran que será real o personal según la voluntad de las partes
  + CAMY le otorga naturaleza real (dº de adquisición *preferente* y no solo a exigir un determinado comportamiento)

El R.H. se inhibe de esta cuestión, limitándose a declararlo inscribible (otorgándole cierta eficacia real) con determinados requisitos (art. 14):

**1ª Convenio expreso de las partes para que se inscriba.**

**2ª Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.**

**3ª Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años.**

**ANTICRESIS.** Algunos autores, basándose en su configuración original en el derecho romano, sostienen su naturaleza personal (no recae sobre la cosa sino en sus frutos). Sin embargo hoy en día la mayoría de la doctrina y la DG reconocen su naturaleza real.

**DERECHO DE RETENCIÓN (**453 al poseedor; 522 al usufructuario; 1600 al que ejecuta una obra en cosa mueble; 1730 al mandatario; 1780 al depositario; 1866 al acreedor pignoraticio en el llamado pignus gordianum).

* Algunos lo consideran un derecho real si bien sin dº a enajenar la cosa.
* DE BUEN estima que más que un derecho autónomo es una facultad (que opera como excepción procesal) derivada de otras situaciones jurídicas y tendrá la misma naturaleza que el derecho principal.
* En Cataluña, el art. 569 de su CC (Libro V), lo configura como real (al igual que la anticresis) y permite su inscripción en el RP.

**DERECHO HEREDITARIO IN ABSTRACTO** (remisión al tema de sucesiones).

* SANCHEZ ROMAN entienden que es un DR sobre un patrimonio.
* CASTAN lo incluye en la categoría de los derechos absolutos (in universum ius), distintos de los DR.
* DE CASTRO sostiene que es una mera titularidad, cualidad jurídica, posibilidad de adquisición y no un derecho subjetivo.

**ARRENDAMIENTO** (remisión). En la actualidad la cuestión es controvertida, ya que el art. 2.5 LH admite su inscripción independientemente de su duración (tras su reforma, operada por la LAU 1994); y las leyes especiales LAR y LAU, frente a la regla “émptor non tenétur stáre colóno” (venta quita renta, 1571), establecen una especial subsistencia de la relación pese a los cambios en la propiedad.

La mayoría de la doctrina, siguiendo a ROCA considera que se trata de un derecho personal, pues carece de:

poder directo e inmediato sobre la cosa (el arrendatario disfruta en virtud de una prestación continuada del arrendador, art. 1554.3 Cc)

oponibilidad erga omnes (os supuestos de continuidad de las leyes especiales se basan en una subrogación ex lege por razones sociales y no por la naturaleza real del derecho).

**DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL** La RDGRN 25 de octubre de 1999 deja imprejuzgada la cuestión de si la atribución del uso de la vivienda al cónyuge que no es propietario es o no un derecho real, afirmando que en todo caso debe ser inscribible, ya que constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario (cfr. artículo 90 del Código Civil) que produce efectos "erga omnes".

#### SISTEMA DEL NUMERUS CLAUSUS

Se discute si la enumeración de los derechos reales que establecen los ordenamientos es cerrada o por el contrario la voluntad de los sujetos puede dar lugar a derechos reales.

El sistema numerus clausus (sistema alemán) favorece la certeza y seguridad jurídica pero impide la adaptación a las nuevas realidades sociales, a la vez que supone una fuerte limitación a la autonomía de la voluntad.

**NUMERUS APERTUS** DIEZ PICAZO o ROCA-SASTRE consideran que en nuestro derecho rige sistema numerus apertus:

* Art. 1255 C.C.:

Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

* Art. 2.2º LH en virtud del cual son inscribibles

Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.

* Art. 7 R.H

**Conforme a lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.**

La DGRN defiende el sistema de numerus apertus con algunos requisitos entre los que destaca GOMEZ GALLIGO:

- Que haya voluntad clara de configurar el derecho con las notas de inmediatividad y eficacia erga omnes, de manera que no sea un mero compromiso obligacional.

- Que haya una causa o razón que justifique suficientemente la creación del nuevo derecho (*lo que implica que el fin perseguido por el mismo no pueda alcanzarse adaptándose al molde de un derecho real típico, ni se vea suficientemente protegido mediante un derecho personal*)

- Que no constituyan gravámenes perpetuos que restrinjan el principio de libertad de tráfico (necesaria fijación de plazos de duración y ejercicio).

- Que se cumpla con el principio de especialidad, esto es, se determine de forma exacta y precisa el contenido del derecho creado.

- Que no se trate de garantías reales, pues las normas sobre concurrencia y prelación de créditos y ejecución de garantías reales son imperativas (no obstante lo cual la propia DGRN invocó en resolución de 8 de junio de 2011 la teoría del numerus apertus para justificar la admisibilidad de la controvertida hipoteca en mano común)

**NUMERUS CLAUSUS** HERNANDEZ GIL, JERONIMO GONZALEZ o LACRUZ consideran que en nuestro ordenamiento rige un sistema de numerus clausus, suavizado por la posibilidad de variar el contenido de cada derecho real (así, los arts. 467 y 470 respecto al usufructo; el art. 523 respecto al uso y la habitación; el art. 594 respecto a la servidumbre). Esta tesis considera que:

· el art. 1255 se refiere a las obligaciones y no a los derechos reales;

· el art. 2.2º L.H. puede referirse a cualesquiera otros derechos reales típicos no nombrados en él;

· el art. 7 R.H. circunscribe la falta de nombre propio en derecho al contrato o acto y no al derecho en sí, además de ser una norma reglamentaria de la que no cabe deducir juicios de valor de tal trascendencia.

**LA DOCTRINA MÁS MODERNA** señala que la discusión tiene escasa trascendencia práctica, pues existe acuerdo sustancial en que la libertad de creación no es absoluta, sino que se han de cumplir estrictos requisitos de fondo y forma.

Aplicaciones prácticas de la **admisión por la DGRN del numerus apertus** son su reconocimiento del carácter inscribible por ejemplo de:

* el tanteo voluntario (RDGRN 20 de septiembre de 1966)
* el leasing inmobiliario (del que admite su inscribibilidad e hipotecabilidad como un derecho real autónomo, y no como una mera yuxtaposición de arrendamiento y opción de compra)
* las modalidades atípicas de servidumbre (ej derecho a instalar carteles en terraza ajena)

#### NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO APLICABLES A LOS BIENES

El criterio estatutario de aplicar a los inmuebles la ley de situación (lex réi sítae) y a los muebles la ley personal del titular (mobilia sequúntur personam) pasó a las primeras codificaciones, entre ellas el español de 1889, pero ante las críticas de la doctrina, principalmente Savigny, las legislaciones modernas optaron por aplicar tanto a muebles como a inmuebles la ley de situación.

Así, tras la reforma de 31 de mayo de 1974, art. 10 en sus nº 1 a 4:

**1. La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la Ley del lugar donde se hallen.**

**La misma Ley será aplicable a los bienes muebles.**

**A los efectos de la constitución o cesión de derechos sobre bienes en tránsito, éstos se considerarán situados en el lugar de su expedición, salvo que el remitente y el destinatario hayan convenido, expresa o tácitamente, que se consideren situados en el lugar de su destino.**

Dicha ley aplicable regirá en todo lo relativo a los requisitos de la eficacia real jurídico-real (constitución, modificación, transmisión y extinción de los derechos reales, así como su contenido y efectos y su publicidad registral (RDGRN de 22 de febrero de 2012).

**2. Los buques, las aeronaves y los medios de transporte por ferrocarril, así como todos los derechos que se constituyan sobre ellos, quedarán sometidos a la Ley del lugar de su abanderamiento, matrícula o registro. Los automóviles y otros medios de transporte por carretera quedarán sometidos a la Ley del lugar donde se hallen.**

**3. La emisión de los títulos-valores se atendrá a la Ley del lugar en que se produzca.**

Este apartado se ha visto profundamente afectado por los arts 98 y ss y 162 y ss de la LCCH de 1985.

**4. Los derechos de propiedad intelectual e industrial se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la Ley española, sin perjuicio de lo establecido por los convenios y tratados internacionales en los que España sea parte.**

Entre los que cabe destacar el Convenio de Luxemburgo de 1975 sobre patente comunitaria y el Reglamento de Marca de 1993.

Todavía, mediante Decisión adoptada en 2011, **el Consejo autorizó una** cooperación reforzada en el ámbito de la patente unitaria **entre 25 Estados miembros** (de los 27 Estados miembros entonces de la Unión), dado que [España e Italia no quisieron participar](http://www.lexdiario.es/noticias/151975/espana-se-excluye-del-acuerdo-para-crear-una-patente-unica-europea).

En relación a los **puntos 5 y ss del art. 10** remisión al tema 7.