

## **PARTE III**

### **Las diversas relaciones entre una obligación y una cosa**

La obligación *propter rem*, suele decirse, es aquella que vincula al propietario o titular de un derecho real, por el hecho de serlo, en tanto lo sea, transmitiéndose a la par que la propia titularidad<sup>291</sup>. A partir de esta noción simple, encontraremos distintas situaciones que aparentemente reflejan, responden o se parecen a ese esquema. La doctrina presenta tipologías distintas, dependiendo de diferentes matices que quieren encontrarse en la definición, y, a su vez, a través de las listas de supuestos (formadas con una amplitud muy general, o más restringida, con arreglo a criterios de los que parte el intérprete) se nos ofrece el concepto<sup>292</sup>.

---

<sup>291</sup>Cfr., por todos, BALBI, voz “*Obbligazione reale*”, *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Torino, 1965, p. 666 y ss; BIONDI, B, *Las servidumbres*, Trad. y notas por GONZALEZ PORRAS, Madrid, 1978, n. 283 (Las referencias de la edición original corresponden a *Le servitù, Trattato CICU-MESSINEO*, XII, Milano, 1967); NATUCCI, A., *La tipicità dei diritti reali*, II, 1ª ed., Padova, 1985, p. 119; BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali...*, cit., pp. 4-5; ABERKANE, *op. cit.*, pp. 1-2.

<sup>292</sup>“Bajo el perfil de la obligación *propter rem* la doctrina enumera una serie amplia y heterogénea de casos, presentando listas más o menos largas (...) Nos hallamos frente a un círculo vicioso: de casos concretos formados apriorísticamente se llega al concepto. Fijado así el concepto, se forma la lista”. Cfr. BIONDI, *Las servidumbres*, cit., pp. 1287-1288. No existe –explica NATUCCI– una definición legislativa de la obligación real. Por ello, vienen insertas en

En este orden de ideas, el profesor DIEZ-PICAZO trae a colación el muestrario de CASTAN, quien, para ilustrar la relación entre una obligación y una titularidad real<sup>293</sup>, característica de la esfera de las obligaciones *propter rem*, refiere supuestos muy variados<sup>294</sup>, sobre los cuales se echa en falta una labor de discernimiento y clarificación, como la intentada con buen criterio por ALBALADEJO<sup>295</sup>. El propio DIEZ-PICAZO, con agudeza, descubre diferentes maneras de concebir la obligación real (a pesar de la aparente sencillez y univocidad del concepto). Y cómo los supuestos presentados por la doctrina pueden responder a diferentes órdenes de problemas, no siempre evidencian los mismos elementos estructurales, y revelan la presencia de distintas líneas de pensamiento en torno al concepto<sup>296</sup>. Todo ello, habiendo excluido ya algunas formas de relación entre obligación y cosa que parecen alejadas del esquema y sólo algunos incluyen.




---

tal cuadro, según el punto de vista teórico de los diversos autores, las más variadas hipótesis. (*La tipicità...*, II, cit., p. 121).

<sup>293</sup>Para otros la idea debe ser más amplia, y hablan de obligaciones conectadas con una titularidad o posición jurídica (que no tiene por qué ser real, ni siquiera relacionada con una cosa). Cfr. BIONDI, B., “*Oneri reali ed obbligazioni «propter rem»*”, *Scritti di diritto moderno*, Milano, 1967, pp. 183 y ss., p. 194. Crítica en BALBI, *Le obbligazioni...*, cit., p. 25. Veremos que, en efecto, este puede ser el punto de partida de la consideración de los deberes generales y obligaciones *propter rem* en el terreno, de vastos horizontes, pero característico, del equilibrio de derechos, intereses y esferas jurídicas en contacto (la vecindad en sentido amplísimo). Vid. BETTI, *op. cit.*, II, p. 112 y ss.

<sup>294</sup>Cfr. CASTAN, *Derecho civil...*, II-1, cit., (Reimpresión de la 12ª ed. revisada y puesta al día por G. Gª Cantero, Madrid, 1984) p. 53 y ss. Presenta un muestrario elemental de hipótesis variadas, sin mayores preocupaciones de clarificación. Indica con ello la real dimensión que se concede al problema entre los tratadistas, salvo contadas excepciones.

<sup>295</sup>Vid. ALBALADEJO, *Curso...*, III, cit., pp. 15-17.

<sup>296</sup>Vid. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, III, cit., 4ª ed., 1995, p. 73 y ss. especialmente p. 87 y ss.

## Los precedentes en derecho romano

Los precedentes históricos pueden resultar instructivos, dice BIONDI, y, en este sentido, los romanistas presentan algunos ejemplos de obligaciones ambulatorias<sup>297</sup>. Pero conviene ser cautos, pues no encontramos en Roma una categoría bien definida, sólo referencias dispersas a obligaciones relacionadas con las cosas (que *ambulant cum dominio*, o *actiones in rem scriptae*, o referencias al abandono liberatorio<sup>298</sup>) y los supuestos aludidos parecen responder cada uno a problemas particulares y distantes entre sí, aunque se conecte en ellos obligación con titularidad en una o un conjunto de soluciones técnicas que ciertos autores quieren ver como el esquema característico de la obligación *propter rem*<sup>299</sup>.

Pues bien, aunque el esquema está ahí (por ejemplo, en materia de *actio noxalis*) y para algunos, lo único que ocurre es que tal técnica en derecho moderno ha cambiado de sede<sup>300</sup>, resulta que puede responder, en Roma, a una problemática específica, diferente al de otras obligaciones conectadas con la cosa en el propio derecho romano, y alejada del ámbito de problemas de la moderna obligación real. Y así, aunque sirva la referencia para una orientación inicial, puede después confundir más que ilustrar, cuando no se menciona la distancia –siempre relativa, eso sí– entre los problemas. Por tanto, el mecanismo de obligación por la cosa, ambulatoria y con liberación por abandono, resulta, sin duda, característico de la obligación real, pero determinadas manifestaciones de esa técnica pueden situarse en terrenos alejados de aquella, mientras que verdaderas obligaciones reales, de las que interesan en derecho moderno, presentan variaciones o matizaciones del esquema.

---

<sup>297</sup> Vid. entre otros, BIONDI, *Las servidumbres*, cit. n. 1284 y ss., y doctrina allí citada. Entre los pandectistas, es interesante el conciso tratamiento de FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, (a partir de ahora, *Pandette*) 3ª ed. riveduta, Milano, 1908, n. 427 y ss., p. 549 y ss.

<sup>298</sup> Vid. D. 4, 5, 7, 1; D. 7, 1, 25, 2; Inst. 4, 8, 5; GAYO, 4, 75-77; D. 9, 1, 1, 12; D. 4, 2, 9, 8. En ocasiones, más que abandono liberatorio, se trata de sanción de pérdida del derecho por no cumplir cierto comportamiento. Cfr., en comunidad, D. 17,2, 52, 10, que se refleja en P. III, XXXII, 26. Vid. MANRESA, *Comentarios...*, III, cit. 1893, p. 389; FERRINI, *Pandette*, cit., n. 340. También, D. 39, 2, 35 y ss. (*Cautio damni infecti*).

<sup>299</sup> Advertencia de BIONDI, *Las servidumbres*, cit., pp. 1284 y 1287: Los ejemplos más característicos del esquema romano no existen en derecho moderno.

<sup>300</sup> Cfr. LIVER, “*Die Realobligation...*”, cit., p. 263.

Un ejemplo concreto de esta tipología de supuestos romanos, encontramos en IGLESIAS, que enumera, como “casos principales de obligaciones ambulatorias, los siguientes:

- 1- La obligación de resarcir el daño causado por un animal o por un esclavo, que atañe al *dominus* que tiene la propiedad o ejerce la potestad sobre uno u otro en el momento de intentar la *actio* el perjudicado –*noxæ caput sequitur*.
- 2- la obligación que incumbe al heredero de verificar prestaciones en favor de personas cuya determinación se encomienda a un tercero.
- 3- La obligación de reparar el muro en la *servitus oneris ferendi*, que corresponde a quien sea propietario del edificio sirviente en el momento de ser requerida la reparación, y se constituye a favor del propietario del edificio dominante en el propio momento.
- 4- La obligación que incumbe al enfiteuta, al superficiario o al propietario de pagar los impuestos vencidos, aun cuando la falta de pago sea debida a personas que anteriormente ostentaban dichos títulos. Lo propio sucede respecto de la obligación de pagar el *solarium* en la superficie y el *canon* en la enfiteusis.
- 5- La obligación de restituir lo adquirido en uso de violencia, que corresponde a quienquiera que haya obtenido el provecho o tenga la cosa<sup>301</sup>.

El esquema siempre es el mismo, en estos supuestos: la prestación debe ser realizada o puede ser exigida por la persona que se encuentra en cierta situación. La ambulatoriedad, podemos decir, interpretando el sentir de IGLESIAS, es completa. Sin embargo, los supuestos presentados corresponden a problemáticas distantes entre sí, tienen, cada uno, un sentido distinto, y tuvieron además una evolución diferente, aunque, en un momento dado, contemplados bajo cierto prisma, parezcan idénticos<sup>302</sup>.

Comentando alguno de estos ejemplos, ha explicado DE LOS MOZOS cómo GINOSSAR, remontándose al pasado para situar la obligación real, señala que la idea de

---

<sup>301</sup>Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, 11ª ed., Barcelona, 1993, p. 340; Otra lista semejante en ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho romano, II*, 14ª ed., Madrid, 1977, pp. 549-550.

<sup>302</sup>En nuestra investigación, nos resistimos a quedarnos simplemente con esta idea de esquema técnico. Además, una imagen, aislada de su proceso, puede parecer idéntica a otra de sentido muy distinto.

*res obligata* está en la base de la noción de obligación en el derecho primitivo<sup>303</sup>. Pero “esto no tiene nada que ver con nuestro tema, pues va a desembocar en el tema de la *obligatio rei*, que se relaciona (...) con lo que después se ha llamado responsabilidad objetiva... Lo mismo ocurre con las obligaciones *ob rem* que pueden encontrarse en el juego de los innominados, o en el terreno propio de la *condictio indebiti*”<sup>304</sup>.

Todo esto es susceptible de cierta clarificación: En realidad, hemos encontrado una bifurcación de caminos, pues esta *obligatio rei* que la cosa «guarda» a consecuencia de ciertas vicisitudes negociales o fácticas, y con la que «está esperando» al futuro propietario, es *obligatio propter rem*, en la *actio noxalis* en un sentido un poco distinto a la obligación real de la *servitus oneris ferendi*, y tampoco existe una identidad de aquel ejemplo, desde el punto de vista material, con las acciones reales *in rem scriptae*, en que la cosa trae una obligación a quien la tiene, no porque ésta sea «de la cosa», ni «producto de una relación en el reparto de las utilidades», sino derivada de la irregularidad del proceso que ha conducido a la misma cosa, o al provecho, al «obligado»<sup>305</sup>.

---

<sup>303</sup>Cfr. GINOSSAR, S., *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, 1960, p. 94 y nota 97.

<sup>304</sup>Cfr. DE LOS MOZOS, “La obligación real...”, *cit.*, pp. 336-337. Vid. KASER, *Das römische Privatrecht...*, *cit.*, p. 596 y ss.

<sup>305</sup>La *actio quod metus causa*, explica BIONDI, “se puede ejercitar no sólo contra el autor de la violencia, sino incluso contra el simple poseedor de la cosa usurpada. Se califica de *in rem scripta* para indicar que tiene contenido obligatorio (pago de la pena) pero carácter real, en cuanto se puede ejercitar contra cualquier poseedor y el demandado queda exento de responsabilidad restituyendo la cosa” (Cfr. BIONDI, *Las servidumbres*, *cit.*, pp. 1285-1286. )

Se trata de una acción penal, encaminada a resolver las consecuencias de la violencia psíquica o intimidación, que, en el *ius civile*, no viciaba los contratos (el pretor introduce, por ello, primero, una *exceptio*, con carácter impersonal; después, la *actio*, a partir del 80 a. de C. también utilizable para cualquier enriquecimiento derivado de aquella intimidación-).

El autor de la extorsión, si la acción se ejercita durante el primer año, era condenado al cuádruplo del valor de la cosa o interés lesionado, pudiendo librarse de ello si restituía de acuerdo con las instrucciones del Juez. Después, o si la acción se ejercitaba contra el heredero, la condena se reducía al «*id quod ad eum pervenit*».

Esta posibilidad de eludir la sanción restituyendo, se muestra por la doctrina como elemento que asimila esta situación con la *actio noxalis*, dentro del marco de la *obligatio propter rem*. Y, sobre todo, si tenemos en cuenta que, quizás desde el siglo II, (sin duda con Justiniano) la acción será ejercitable contra quien hubiera obtenido provecho de la extorsión.

Y todo ello se aleja de esos mecanismos de reparto patrimonial, más o menos indirectos, que son las cargas hereditarias y las cargas reales, de carácter público o privado<sup>306</sup>.

Sin embargo, curiosamente, no encontramos, en la tipología de IGLESIAS, referencias a ciertas obligaciones de vecindad, en materia de aguas, por ejemplo, que la doctrina suele recoger, y que se encuentran, a mi modo de ver, más en sintonía con la esfera de las obligaciones reales, que algunos de los supuestos por él presentados<sup>307</sup>.

---

Por ello, dice BIONDI, en ambos casos (*actio noxalis* y *metus causa*) “nos encontramos frente a una responsabilidad negativa, fundada no en la culpa, sino en la posesión actual de la cosa”. Aquí se entiende que una cosa no puede hacer responsable a este tipo de deudor más allá de sí misma. Por ello “existe la facultad de *rem derelinquere*, para exonerarse, que no está permitida para las obligaciones”. “Una responsabilidad positiva, factible con los medios de ejecución de la obligación, podría surgir sólo por el hecho voluntario del demandado, que rechace la liberación que le ofrece la ley”.

Está clara la cercanía. Pero también la diferencia: En la *actio noxalis*, institución mucho más primitiva, cuyo fin primigenio es de vindicación, la situación del *dominus* no difiere, desde el principio, de la de cualquier adquirente ulterior, porque la cosa, antes libre, lleva en sí, desde el principio, la obligación. La cosa, verdaderamente, hace responsable al poseedor. En la *metus causa*, las consecuencias del acto de quien originariamente ha de ser sancionado se extienden, más adelante, al adquirente ulterior, no porque la cosa haya quedado vinculada al acreedor (ya lo estaba como propiedad), sino para facilitar una restitución. Vid. GUTIERREZ-ALVIZ, N., *Diccionario de derecho romano*, 3ª ed., Madrid, 1982, pp. 24 y 37; ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho romano, I, cit.*, p. 120; TALAMANCA, N., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 242 y ss.; PUGLIESE, G., *Istituzioni di diritto romano. Sintesi*, Torino, 1994, pp. 117, 481.

<sup>306</sup>Se incluyen en la lista por FERRINI, *Pandette, cit.*, n. 428.

<sup>307</sup>Sobre la *actio aquae pluviae arcendae*, Cfr. BIONDI, *Las servidumbres, cit.*, p. 1286; FERRINI, *Pandette, cit.*, p. 551. También aquí encuentra BIONDI la misma *ratio*, desde el punto de vista de la *obligatio propter rem*, que en las dos acciones antes comentadas (No verdadera obligación, sino responsabilidad, negativa, etc.) Existen, sin embargo, elementos que permiten integrar el supuesto en un terreno distinto: la *ratio vicinitatis*, que permite al propietario actuar ante el temor de un daño, y que obliga, primero, y de una forma, al *auctor operis* (¿se liberaría de la pretensión de costear la reparación transmitiendo o cediendo el fundo superior al perjudicado...?), y después, de otra, al adquirente del predio vecino. La «responsabilidad negativa», que implica, en la *actio noxalis, noxae deditio*, y, en la *metus causa, restitutio*, aquí sólo supondría una pasividad. Pero tal actitud no es equiparable a un abandono,

Por profundizar un poquito más en esta línea, podríamos detenernos en la obligación noxal: ejemplo significativo de cómo cada uno de los supuestos presentados en esas listas en que se colocan, una detrás de otra, «obligaciones ambulatorias», tiene su sentido propio y peculiar, aunque desemboque o se canalice con una técnica semejante. Además, nos sitúa en relación con aquella *obligatio rei* mencionada por GINOSSAR.

En realidad, el ejemplo característico que traduce la idea de *obligatio rei*, aunque proyectándola en derecho moderno, no es otro que la hipoteca, (en derecho romano, su versión primitiva resulta una modalidad de la prenda, que calificada «*pignoris obligatio*» aparece con frecuencia en las fuentes<sup>308</sup>).

Ciertamente, en su origen, la idea de obligación conecta con la de vínculo que sujeta a una persona a la acción del ofendido. La originaria obligación delictual, de la que surge el concepto, conecta las ideas de responsabilidad, ligamen... y todo ello se proyecta sobre la persona del deudor, de una manera elemental. Después, junto a esta idea de vínculo para la reparación del perjuicio se desarrolla, cada vez con más importancia, el vínculo personal para una prestación, garantizada por el ligamen de responsabilidad, en un momento en que la sujeción de la persona misma se ha sustituido por la garantía patrimonial<sup>309</sup>.

Pues bien, igual que la persona misma, originariamente, respondía un poco como si se tratase de una cosa, aunque después, con el desarrollo de la obligación contractual, la idea de responsabilidad aparezca sólo como un aspecto de la obligación, referido a la persona, pero respecto a su patrimonio, en la hipoteca es una cosa concreta la que, sin desplazamiento de la posesión, aparece vinculada al acreedor, soporta especialmente cierta responsabilidad (*obligatio rei*). Aunque la obligación, entendida en sentido moderno, se refiere siempre a la persona, y en concreto, al deudor originario<sup>310</sup>.

---

sino precisamente la conducta exigida por la situación de vecindad. En general, acerca de esta *actio*, y también, la *damni infecti* y la *operis novi nuntiatio*, vid. ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano, I, cit.*, p. 266 y ss.; PUGLIESE, *Istituzioni...*, *Sintesi, cit.*, pp. 318-319.

<sup>308</sup>Acerca de esta *pignoris obligatio*, vid. ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho romano, I, cit.*, p. 313.

<sup>309</sup>Acerca de la evolución histórica de la obligación, en Roma, vid. por todos IGLESIAS, *op. cit.*, p. 327 y ss., con abundante bibliografía.

<sup>310</sup>Vid. IGLESIAS, *op. cit.*, p. 330 y nota 6.

Centrándonos ya en la *actio noxalis*, ocurre que sus manifestaciones, por las peculiaridades que concurren en el supuesto, constituyen también un significativo ejemplo de *obligatio rei*<sup>311</sup>, aunque después, existe una cierta evolución que nos permite considerarlo como a caballo entre la sujeción real característica, por ejemplo, de la hipoteca y la esfera de las modernas obligaciones *propter rem*, precisamente por la intervención del criterio del deber general *neminem laedere*, pero aplicado al *dominus*, conectado con la obligación de ejercicio *civiliter* de los derechos y también manifestado en la responsabilidad de aquél (que parece objetiva) por los daños causados por sus cosas (el criterio de la culpa o negligencia recibe una importante coloración, en relación con el ejercicio cuidadoso del propio derecho).

La peculiaridad del supuesto depende en buena medida de la condición del hijo sujeto a la *manus* paterna, o del esclavo, que es reconocido en algunos aspectos como persona, pero al mismo tiempo como objeto de propiedad. Aunque también, en general, de la semejanza primitiva entre la obligación delictual personal y el daño cometido por animal o esclavo... En estos últimos casos, no se opta por exigir una responsabilidad a quien, en el momento del daño, fuera propietario, sino por situar al ofendido en condiciones de satisfacerse directamente con el *corpus obnoxium* de tal animal o esclavo. Esto presenta especial relevancia en el caso de éstos últimos, pues, aunque no sólo no tienen patrimonio propio, sino que ni siquiera son completamente personas, pueden, intencionadamente, dañar a otro<sup>312</sup>. Todo ello da lugar a la peculiar solución romana de la *noxae deditio*, que en la doctrina moderna suele verse como paradigma del abandono liberatorio característico de la obligación *propter rem*, cuando en realidad responde a coordenadas históricas y jurídicas especiales<sup>313</sup>.

---

<sup>311</sup>Y sin duda, el ejemplo más completo en la mentalidad arcaica, en que no se distingue, a estos efectos del ligamen, entre personas, cosas... Por ello, tanto el hijo bajo la *manus*, como el esclavo, el animal, no importa, es «responsable» precisamente por delito (fuente primigenia de la *obligatio*, lo que no ocurre en los supuestos negociales de la prenda). Si el hombre viene sujeto por su ofensa (primitiva obligación) de una manera tosca y brutal, con más facilidad esto se va a producir en el caso del esclavo, o el animal.

<sup>312</sup>Si el esclavo es manumitido o el hijo sale del ámbito de la *manus*, el *paterfamilias* no tendrá nada que ver con esa responsabilidad. Al contrario, si el delito se realizó por sugerencia del *pater*, no cabe exonerarse con el abandono. *Vid.* PUGLIESE, lugar citado *infra*.

<sup>313</sup>*Vid.* BIONDI, *Las servidumbres*, *cit.*, p. 1284-1286; FERRINI, *Pandette*, *cit.*, n. 427.

Pues bien, parece que con la *actio noxalis*, lo que trata de facilitarse, en un principio, es que el esclavo quede a disposición del ofendido porque, verdaderamente, la obligación es suya (*obligatio rei*). De modo semejante a lo que ocurre con el tercer adquirente de bien hipotecado, con el abandono no se libera el *dominus* de una obligación, porque propiamente, la sujeción corresponde a la cosa misma. Con la diferencia de que no existe un «deudor originario», porque no hay verdadera obligación, sino responsabilidad de la cosa (más que responsabilidad objetiva)<sup>314</sup>. Ahora bien, igual que el tercer adquirente que, para evitar problemas, satisface la deuda, si el *paterfamilias*, o el propietario del esclavo en el momento en que se ejercita la acción lo desea, por la relación de paternidad, o por la que haya llegado a tener con el esclavo, o porque le resulta valioso, puede asumir, echar a sus espaldas la responsabilidad y pagar la deuda. La *obligación noxal* procede de la cosa y llega a la persona, pero, en su prístino sentido, tiene más peso en la institución el abandono a merced del deudor, que el pago de una cantidad.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo, explica FERRINI, el centro de gravedad, se desplaza a la reclamación de cantidad frente al *dominus*, quedando el abandono como una posibilidad, ahora sí, con un acentuado matiz liberatorio. Con ello, en el orden de las ideas, se podría pensar, lo que se comienza a sancionar ahora es la responsabilidad del *dominus*. De alguna manera, en todo momento esta asunción de responsabilidad por el propietario supone, indirectamente, una valoración de su relación con el hijo o el esclavo, que le lleva a considerarse responsable de su acción, pues no está dispuesto a desprenderse de él y, sin embargo, no ha empleado la atención necesaria para evitar su actividad dañosa<sup>315</sup>.

---

<sup>314</sup>La «verdadera» obligación es del propio esclavo, que ha cometido el delito. Pero, es como si el daño lo hubiese causado un animal, no importa la culpa. Se trata de una *obligatio rei*, y la cosa queda a disposición del ofendido (parecido a la *pignoris obligatio* en que la prenda queda sujeta para satisfacer al acreedor).

<sup>315</sup>“*Nei casi dell'azione nossale e dell'azione de pauperie il fenomeno (la obbligazione ambulatoria o a soggetto indeterminato) dipende da ciò, che in origine l'uomo o l'animale che aveva offeso era tenuto a subire la pena e doveva essere consegnato all'offeso da chiunque ne disponesse. Più tardi costui potè evitare la consegna coll'offrire il risarcimento del danno; più tardi ancora il risarcimento del danno apparve siccome il contenuto precipuo dell'obbligazione, salva la facultas noxae dandi, divenuta tanto meno considerevole in quanto non si trattava più di esercitare una vendetta sull'ofensore*”. Cfr. FERRINI, *Pandette*, cit., n. 427, pp. 550-551; Desarrolla el tema en parecidos términos PUGLIESE, *Istituzioni...*, *Sintesi*, cit., pp. 379, 469 y ss. esp. p. 470.

Sin embargo, estas consideraciones, esta propia responsabilidad del dueño, no llega a cristalizar en derecho romano, por cuanto la reclamación se hará a quien, en cada momento, sea dueño del esclavo, con independencia del momento en que se produjera la actividad dañosa. Esto, junto con el abandono liberatorio, siempre permanece como una consecuencia del primigenio sentido de estas acciones. Tal cuestión tampoco tiene que ver, pienso, con la moderna responsabilidad objetiva, sino con la idea de *obligatio rei*, que no llega a suponer una verdadera obligación para el *dominus*, sólo echarse a la espalda las consecuencias de cierta responsabilidad vinculada a la cosa, como ocurre, en otro sentido, con el poseedor, en las *actiones reales in rem scriptae*, o como sucede, de distinta manera, en la hipoteca.

Paradójicamente, será en derecho moderno cuando, al vincularse más o menos esta cuestión con la responsabilidad objetiva, en el sentido antes comentado, ésta aparece, vinculada con deberes generales, y como una manifestación «distinta» del mundo de las obligaciones *propter rem*, obligaciones reales, pero recayendo sobre quien era titular en el momento del daño. Después, no tiene la ambulatoriedad romana, ni cabe un semejante abandono liberatorio, y sin embargo estamos ahora más cerca, o hemos podido entrar de lleno, a mi modo de ver, en la esfera de las obligaciones reales.

## Las tipologías en la doctrina moderna

Entre los tratadistas de la obligación real, son varios los que presentan los frutos de su investigación comenzando con un elenco de supuestos<sup>316</sup>. A partir de aquí, después de señalar los ejemplos comúnmente admitidos, van tratando de demostrar que este o aquél efecto plasmado por el legislador ha de incluirse en la lista. Se corre con ello el riesgo de forzar algún ejemplo para ensanchar el ámbito de aplicación de la categoría, reconduciéndolo al esquema propuesto, o de incluir aquí efectos que aparentemente funcionan de modo semejante, aunque puedan corresponder a una problemática distinta<sup>317</sup>. Otros enumeran la lista aparentemente común, para después ir introduciendo alguna

---

<sup>316</sup>Por ejemplo, ABERKANE, *op. cit.*, p. 2 y ss.; BALBI, *Le obbligazioni...*, *cit.*, p. 7 y ss.

<sup>317</sup>Un ejemplo de lista verdaderamente amplia encontramos en DE LUCA, F., *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, Roma, 1915. Entre los manuales, *vid.* MESSINEO, F., *Manuale de diritto civile e commerciale*, III, 9ª ed., Milano, 1959, p. 52 y ss.

matización que lleva a la exclusión de casos semejantes, pero distintos de la obligación real, con arreglo al esquema y concepto que van perfilando<sup>318</sup>.

En este momento del estudio del problema se plantean dos cuestiones un poco distintas, aunque relacionadas entre sí. Por un lado, la enumeración de los ejemplos característicos, que se traen de distintas instituciones en que juega la obligación real, por otro, su distinción con relaciones entre obligación y cosa diferentes, pero más o menos afines.

Y, aquí, cabría deslindar dos niveles: la comparación de la obligación *propter rem* con figuras afines, pero que parece más sencillo distinguir, lo que va a resultar útil para la comprensión del concepto; y la distinción, más sutil, de la obligación real o *propter rem* respecto de otros deberes u obligaciones conexas a las cosas, en que se determina al deudor o acreedor con relación a una cosa o titularidad, o que *ambulant cum dominio* y que, sin embargo, se pretenden distinguir de aquella. Prácticamente en todos los autores encontramos estas distinciones más sutiles. Dependen de su peculiar modo de concebir el concepto, que les llevará, incluso, en ocasiones, a separarse del discurrir común e incluir en la esfera de la obligación real algunas de aquellas figuras afines más alejadas, o excluir ejemplos o conjuntos de ellos, contra la aparente doctrina general.

Como ejemplos más claros de obligación real, de los que sería preciso partir, dice NATUCCI<sup>319</sup>, se citan la de contribuir a los gastos de conservación, en la comunidad de bienes<sup>320</sup> (con su proyección en los gastos generales de la propiedad por pisos), las obligaciones en materia de conservación de la servidumbre<sup>321</sup>, y la de contribuir a los gastos

---

<sup>318</sup>BIGLIAZZI-GERI propugna, según afirma, una significativa reducción del cuadro de hipótesis, preocupada por la diferenciación entre obligación real y límite del derecho, aunque luego da más amplitud por otro camino. Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali...*, cit., p. 22 y ss., 85 y ss.; BALBI, *Le obbligazioni...*, cit., p. 26 y ss., trata de delimitar rigurosamente el concepto, dejando fuera supuestos como el arrendamiento oponible, las cargas reales, los impuestos, las relaciones vinculadas a la empresa...

<sup>319</sup>Cfr. NATUCCI, *La tipicità...*, II, cit., p. 123.

<sup>320</sup>Según ABERKANE, *op. cit.*, n. 69 y ss., toda la regulación de la comunidad de bienes es “una simple manifestación de la idea de obligación *propter rem*”, lo cual, pese a su punto de exageración, no deja de ser interesante.

<sup>321</sup>Obligación del propietario del fundo sirviente, dice NATUCCI, de cumplir determinadas prestaciones accesorias para hacer posible el ejercicio de la servidumbre (1030, 1069, 2 y 3, y 1070 CCI).

de reconstrucción de la medianería. BIGLIAZZI-GERI, que quiere reducir el cuadro de supuestos, incluye ejemplos como el reparto de cargas en el usufructo, conservación y mantenimiento en las servidumbres (con diversas manifestaciones), gastos en comunidad, medianería, condominio<sup>322</sup>. BALBI intenta profundizar en la materia de las obligaciones reales de vecindad, con alguna curiosa distinción<sup>323</sup>. Otros autores nos muestran ejemplos en el usufructo, en la ordenación de la relación de superficie, etc<sup>324</sup>.

Pero después, resulta que otros tratadistas, dependiendo, como es lógico, de distintos planteamientos metodológicos y de concepto por ellos adoptados, incluyen en la lista otros supuestos. Desde las obligaciones recibidas con la herencia<sup>325</sup>, o la posición del tercer poseedor de finca hipotecada<sup>326</sup>, hasta la obligación de respetar el arrendamiento o transmisión de contrato característica de la protección registral, o por leyes especiales, de aquél<sup>327</sup>, pasando por las cargas reales, censos, renta vitalicia<sup>328</sup>... E incluso se traen a

---

<sup>322</sup>Vid. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali...*, cit., p. 96 y ss.

<sup>323</sup>Hace una crítica a la teoría de las relaciones de vecindad como limitaciones del derecho de propiedad. Cuando el comportamiento debido sea negativo, dice, se trata de servidumbres. Si fuera positivo, son obligaciones *propter rem*. Cfr. BALBI, *Le obbligazioni...*, cit., p. 67 y ss. De todas formas, no tiene por qué haber contradicción entre la idea de limitaciones de vecindad y encontrar este terreno como característico de la obligación real. El propio BALBI propugna una categoría de obligaciones *propter rem* que fijarían límites o modalidades en la utilización de una cosa (cfr. *ibidem*, p. 138) y pudieran ser de contenido negativo, sin llegar a convertirse en servidumbres.

<sup>324</sup>Vid. *infra* en el capítulo correspondiente.

<sup>325</sup>IGLESIAS presenta este ejemplo en su tipología. En Francia, MICHON vinculó a la noción de obligación *propter rem* la facultad del heredero de abandonar los bienes a los acreedores del causante. Cfr. MICHON, L., *Des obligations propter rem dans le Code civil*, Nancy, 1891, p. 108. Crítica en DE JUGLART, M., *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, Bordeaux, 1937, p. 262 y ss. Vid. un resumen más moderno en ABERKANE, *op. cit.*, n. 189 y ss..

<sup>326</sup>Este último supuesto, los manuales franceses, en general, lo presentan como el tipo de obligación real. Entre las monografías, especialmente MICHON, *op. cit.*, n. 130. En contra, DE JUGLART, *Obligation réelle...*, cit., p. 261; BALBI, *ibidem*, p. 213. Amplio tratamiento en ABERKANE, *op. cit.*, n. 166 y ss.

<sup>327</sup>Es característico de buena parte de la doctrina suiza, como veremos *infra*. En la doctrina italiana, Cfr. DE LUCA, *Gli oneri reali...*, cit., p. 74 y ss.; crítica en BALBI, *ibidem*, p. 28 y ss. Y, entre los autores más modernos, de un modo general, en algunos manuales. Cfr. MESSINEO,

colación los impuestos inmobiliarios<sup>329</sup>, o diversas cargas, límites y obligaciones procedentes de ciertas reglamentaciones administrativas<sup>330</sup>. O se plantea la posibilidad de integrar en este campo las cláusulas de no concurrencia<sup>331</sup>. Es posible incluso encontrar autores que no ven inconveniente para considerar la propia servidumbre como ejemplo característico de la obligación real<sup>332</sup>. Y, tomando en cuenta la relación obligatoria globalmente, encontramos referencias a los títulos-valores, o a todo el universo de los créditos y deudas *propter rem* relacionados con la unidad de la empresa<sup>333</sup>. Por fin, alrededor del tema de la obligación real, aparecen las obligaciones surgidas o manifestadas

---

*Manuale...*, *cit.*, pp. 52-53; BARASSI, L., *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1963, p. 126 y ss., encuentra proximidad, pero también cierta distancia entre la obligación de respetar el arrendamiento y el resto de las obligaciones reales.

<sup>328</sup> Además de lo visto sobre cargas reales y censos, ABERKANE plantea la cuestión de las liberalidades con carga, excluyéndolo de nuestro ámbito, cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 186. Respecto a la renta vitalicia del art. 1802 CC., RODRIGUEZ LOPEZ, F., “La naturaleza «*ob rem*» de la obligación de renta vitalicia”, *RCDI*, 1980, n. 541, p. 1335 y ss., vincula la obligación a la titularidad de los bienes dejados con tal carga, en lo que no está de acuerdo la doctrina común, a pesar de las dudas que suscita el texto literal del Código. *Vid.* GUILARTE, V., *Comentarios EDERSA, XXII-1*, Madrid, 1982, p. 390 y ss.

<sup>329</sup> En cuanto a los impuestos, traen a colación el tema, por ejemplo, CLAPS, G., “*Le cosi dette obbligazioni reali*”, *RISG*, 1896, 21-III, p. 294 y ss, 22-I, p. 39 y ss., 22-II, p. 278 y ss., en concreto, 21, p. 326 y ss., 22, p. 330 y ss.; DE LUCA, *Gli oneri reali...*, *cit.*, pp. 9 y ss., 130 y ss. BALBI hace una crítica (*Le obbligazioni...*, *cit.*, pp. 30-32), pero con arreglo a su particular visión del esquema de la obligación *propter rem*, y no, como parece más justo, dejando la cuestión de lado por encuadrarse en otra esfera jurídica, el reparto de la riqueza con la generalidad a través del fisco.

<sup>330</sup> *Vid.* DIEZ-PICAZO, L., “Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística”, *RDU*, 1971, p. 13 y ss.

<sup>331</sup> Sobre la posibilidad de encuadrar esta y otras cláusulas en el terreno de las obligaciones *propter rem*, para una primera aproximación, DE JUGLART, *Obligation réelle...*, *cit.*, p. 123 y ss., 142 y ss.; ABERKANE, *op. cit.*, n. 172 y ss.; BALBI, *Le obbligazioni...*, *cit.*, p. 108 y ss.

<sup>332</sup> *Vid.* ABERKANE, *op. cit.*, n. 132 y ss.

<sup>333</sup> Interesante cuando se configuran estos créditos como elementos vinculados a una propiedad o explotación, que se transfieren con ella, salvo manifestación en contrario.

en la liquidación posesoria<sup>334</sup>, en materia de accesión<sup>335</sup>, o figuras como los créditos refaccionarios, el derecho de retención...

Hay que recordar aquí otra constatación que de algún modo ya hemos mostrado: no sólo encontramos, en las relaciones entre una obligación y una cosa, la distinción entre obligación real y figuras afines<sup>336</sup>, con discrepancias entre los autores, como hemos visto, sino que, incluso en los supuestos comúnmente admitidos, se concibe de distinto modo el esquema técnico de la obligación real<sup>337</sup>.

Así, por ejemplo, en la teoría de BALBI<sup>338</sup>, no se trata sólo de que el obligado vaya a quedar determinado en un momento concreto con referencia a una cosa, pues “los caracteres de la obligación real son ulteriores”, y consisten en lo que llamaremos «ambulatoriedad absoluta»<sup>339</sup>. Si, determinado el deudor, este después no cambia, o no

---

<sup>334</sup>Ultimamente, *vid.* RODRIGUEZ MARIN, C, *Liquidación de gastos con ocasión de la tenencia de una cosa*, Barcelona, 1994.

<sup>335</sup>La normativa de la accesión supone también una aplicación de la teoría de la obligación real, especialmente según ABERKANE, *op. cit.*, n. 159 y ss.

<sup>336</sup>De las cuales, algunas no constituyen propiamente relaciones entre obligación y cosa, otras sí pero de una naturaleza diferente a la obligación *propter rem*, y otras, en fin, parecen conexiones de titularidad y obligación (igual o semejante a la obligación real) pero que pueden quedar fuera de nuestro ámbito: unas, con facilidad, por tratarse de obligaciones de carácter público, o deberes generales... Otras sólo podrán distinguirse o no de la obligación real después de una detenida reflexión.

<sup>337</sup>Otras discrepancias se refieren a la diferenciación entre obligación real y límite del derecho, o limitación (concepto, éste último, sobre el que pueden superponerse los de deber general, deber u obligación real). O a la consideración de la idea de accesoriedad (que para algunos, explica NATUCCI, tiene, simplemente, el sentido de *straneità*) y en consecuencia, el sentido de la separación (o unión) y distinción (o semejanza) entre la obligación real y el derecho real.

<sup>338</sup>Que pasa por ser, entre los autores italianos, el conocedor más certero de la noción, y entronca, en este punto, con la mayoría de la doctrina suiza, a quien suele atribuirse la paternidad del descubrimiento moderno de la categoría.

<sup>339</sup>Este esquematismo «real» implica, explica BALBI, el esquema romano trasplantado. Tal vez sea cierto, e incluso en la propia servidumbre *oneris ferendi* la ambulatoriedad fuera total y absoluta; pero conviene tener cuidado, pues, como acabamos de ver en el supuesto de la *actio noxalis*, el esquema, conectado también con la idea de *obligatio rei* (o, después, con las cargas reales *-vectigal, canon...-*) aunque pudiera resultar útil en otros casos, y, efectivamente,

puede ya liberarse abandonando la cosa, la obligación, simplemente, puede llamarse *ob rem*, explica este autor, pero no es una obligación real<sup>340</sup>.

Pero, otras autorizadas voces manifiestan que la obligación real, o *propter rem*, implica un modo de determinación del deudor, y, sin embargo, una vez «concretada la prestación», resulta que *cessa omni ambulatorietá*, y se transmitiría o extinguiría por los cauces ordinarios<sup>341</sup>. La peculiaridad de tales obligaciones, señalan otros, estribaría en su origen real, y, en consecuencia, una curiosa manera de fijarse, de una vez o sucesivamente, el obligado. La liberación de las deudas por abandono, y la transmisión de las mismas con la cosa se conciben como elementos excepcionales que, si bien podrían resultar acordes con el concepto de obligación real en tanto noción independiente, exigen una manifestación clara del legislador<sup>342</sup>.

Y esto, en definitiva, constituye un problema por cuanto, la ley, en ocasiones, presenta una obligación real pero no concreta hasta qué punto entrarán en juego tales elementos ni en qué medida la obligación se personalizará o permanecerá adherida absoluta y únicamente a la cosa o la titularidad<sup>343</sup>.

---

ajustarse a la *ratio* de las obligaciones reales, corresponde también –y originariamente– a ideas y conceptos en ocasiones distanciados de ellas.

<sup>340</sup>Otra manifestación más del enmarañamiento terminológico que, como denunciaba LOPEZ DE ZAVALIA, reina en esta materia. Otros autores utilizan la expresión *ob rem* como sinónima de obligación real. Para otros, las obligaciones *ob rem* tienen un esquema diferente también al de BALBI. Por fin, hay quien, dentro del campo de las obligaciones reales o *propter rem*, considera un supuesto especial, y de mayor excepcionalidad, aquellas plenamente ambulatorias de BALBI, y les reserva el nombre de obligación *scripta in rem*. ABERKANE, por su parte, considera *scriptae in rem* las obligaciones que el legislador, para fines concretos de protección del acreedor, permite vincular a una cosa, pero un poco fuera del terreno propio de la obligación real. Sus caracteres excepcionales son posibles en virtud de esta intervención legislativa, que BALBI o LIVER consideran, en general, decisiva para todo el universo de las obligaciones *propter rem*.

<sup>341</sup>Vid. BIONDI, *Las servidumbres*, cit., p. 1294 y ss.

<sup>342</sup>Cfr. por todos NATUCCI, *La tipicità...*, II, cit., p. 132 y ss.; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., 1978, p. 61; MIQUEL, J.M., *Comentarios EDERSA*, V-2, Madrid, 1985, ad art. 395, p. 105.

<sup>343</sup>Para este aspecto, la doctrina italiana cuenta con la ventaja del dato positivo, presentado por el art. 1104 CCI, en materia de comunidad. Esto le sirve a BIGLIAZZI-GERI para postular el supuesto como paradigma, criterio utilizable en otros ámbitos ante el silencio de la ley y la

Para concluir estas reflexiones, quizás convenga únicamente hacer notar una impresión que parece ir tomando cuerpo en la medida en que profundizamos en la materia: entre todas las obligaciones que se adhieren a la propiedad (o derecho real) es posible plantearse que algunas respondan, de modo más profundo, a una idea material: son obligaciones de origen real<sup>344</sup>.

Aquí, hay que evitar interpretaciones exageradas de esta idea, como las de GOUTAL, (en la línea de ABERKANE<sup>345</sup>), y en este sentido, es de tener en cuenta la crítica que hace BIONDI a quienes explican la obligación real como una expansión o manifestación de la potencialidad íntima del derecho real<sup>346</sup>. O el apunte de NATUCCI, que, frente a los límites estructurales del derecho real, ve la obligación como un elemento eventual<sup>347</sup>. Nunca puede hablarse, es cierto, de un origen real absoluto, en el sentido de que el derecho real exija la obligación real. Pero, fuera de esta interpretación, la idea resulta esclarecedora, por cuanto en la relación jurídica de derecho real, que implica siempre posiciones personales diferentes frente a la cosa y sus utilidades, la obligación real, en cierto sentido, manifiesta o cubre necesidades originadas por el propio derecho real (posición concreta de atribución de utilidades en la relación). La obligación es, por tanto, de origen real, en un sentido más profundo. No es sólo *propter rem* en cuanto vinculada a la cosa, sino en cuanto necesaria o conveniente en la ordenación del reparto de las utilidades de la cosa, por las –diversas– razones que sean. No brota, y esto es lo interesante, primero la obligación, para después

---

incertidumbre consiguiente. Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali...*, *cit.*, p. 123 y ss. En España lo sugiere en materia de comunidad, BELTRAN DE HEREDIA, J., *La comunidad de bienes en el derecho español*, Madrid, 1954, p. 254. Criticado por MIQUEL, *Comentarios...*, V-2, *cit.*, p. 105.

<sup>344</sup>Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, p. 137; GONZALEZ, J., “Propiedad sobre pisos y habitaciones”, *Estudios de derecho hipotecario y derecho civil, II*, Madrid, 1948, p. 303 y ss., pp. 349-350.

<sup>345</sup>La obligación real no sería más que una concreción de la obligación pasiva universal, sin más matizaciones. Es la «metáfora» del derecho real. *Vid. infra*.

<sup>346</sup>Cfr. BIONDI, *Las servidumbres*, *cit.*, pp. 1290-1291, criticando Cas. 18 de enero de 1951. En el sentido criticado por BIONDI –exageración de la idea de «origen real», que, sin embargo resulta exacta–, *vid.* ABERKANE, *op. cit.*, n. 26.

<sup>347</sup>Cfr. NATUCCI, *La tipicità...*, II, *cit.*, pp. 130-131.

adherirse a una cosa, sino que es tal o cual derecho real el que da sentido, permite, «produce», en la relación, tal o cual obligación real<sup>348</sup>.

Pues bien, en esta relación entre una obligación y una cosa, quizás sea lícito afirmar que una misma relación «formal» o esquema técnico (conexión *propter rem*, en nuestro caso) podría responder a distintas relaciones materiales: en ocasiones, a aquella obligación real (de origen real, en el sentido profundo), en otras, no tanto... Y viceversa, aquella misma relación material (la obligación real) podría proyectarse en distintos esquemas formales, que, incluso alejados del *a priori* mecanismo de la obligación *propter rem*, respondan en el fondo al universo de la relación obligacional de origen real.

## Planteamiento metodológico: obligación *propter rem*, obligación real

Hemos de plantearnos cómo entrar en esta materia, caracterizada, dice DÍEZ PICAZO, por el casuismo de las soluciones y las diferencias terminológicas y de criterio. Y, me parece, una vía para acceder con cierto fruto al problema puede ser adoptar un enfoque, un punto de vista que, sin pretensiones de ser el único posible, ni siquiera abarcar todos los supuestos o agotar la cuestión, pueda servirnos para construir una teoría general. Hay que recordar aquí al insigne tratadista argentino LAFAILLE: es preciso reconocer, afirmaba, la existencia de la obligación *propter rem*, pero también la carencia de una doctrina que la explique<sup>349</sup>. Y esta explicación no consiste tanto, entiendo, en formular un concepto, un esquema, un tanto apriorístico, y luego rastrear su existencia en diversos preceptos legales; no consiste en mostrar, idealmente, la vinculación entre una obligación y una titularidad, señalando que tal cosa es posible, y que no deja de suponer una obligación como cualquier otra, aunque vayan cambiando los deudores. Se trata más bien de reconocer y manifestar la peculiaridad del modelo, y, sin embargo, tratar de comprender qué sentido pueda tener su existencia.

---

<sup>348</sup> Este es el sentido de la explicación y distinción que hace DI MAJO, “*Delle obbligazioni in generale*”, *cit.*, p. 41 y ss., especialmente pp. 44-45.

<sup>349</sup> Cfr. LAFAILLE, H., *Derecho civil, III, Tratado de los derechos reales, I*, Buenos Aires, 1943, n. 20, p. 24.

Conviene ahora mostrar ese enfoque, ese punto de vista que nos ha de permitir, de entrada, situarnos y situar, al menos, un buen conjunto de obligaciones *propter rem* (constituye, podemos adelantar, el núcleo de este trabajo). Sin perjuicio de que, después, y esta es también la virtud del enfoque, podamos extender nuestra mirada hacia todos los supuestos posibles de relación entre una obligación y una cosa, situándolos con referencia al terreno delimitado.

Para ello, podemos fijarnos en una curiosa discrepancia: la obligación *propter rem*, insiste BIGLIAZZI-GERI, *no tiene nada de particular*; no es más que una obligación, desprovista de cualquier «*sfumatura di realtà*»<sup>350</sup>. Además, sería preciso reducir el cuadro de supuestos legales, para quedarnos con los que presentan sin lugar a duda una relación obligatoria. Y entonces, como normales obligaciones, podrán los particulares establecerlas libremente<sup>351</sup>, pero, qué curioso, según explica, ha de intervenir la *trascrizione*, por exigencia de la buena fe, para que, lo que no es más que una obligación, alcance la *particular efficacia* de las obligaciones *propter rem*<sup>352</sup>. A todo esto, entonces, objeta NATUCCI que, aunque desde el punto de vista de la estructura, nos encontremos ante relaciones obligatorias, desde el punto de vista de la eficacia la relación en estudio bien puede catalogarse como «real»<sup>353</sup>. Lo que a BIGLIAZZI-GERI preocupa, y trata solventar acudiendo a las ideas de buena fe y transcripción registral procede, dice NATUCCI, de que estamos en presencia de un fenómeno sustancialmente semejante al derecho real, que como éste limita la propiedad<sup>354</sup>. Su particularidad «*non è cosa da poco*» y reviste una importancia decisiva. La expresión «real», aplicada a estas obligaciones, se refiere pues –en

---

<sup>350</sup>Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali...*, *cit.*, p. 22.

<sup>351</sup>Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali...*, *cit.*, p. 70 y ss.

<sup>352</sup>Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali...*, *cit.*, p. 72 y ss.

<sup>353</sup>Cfr. NATUCCI, *La tipicità...*, *II, cit.*, pp. 122, 138-140.

<sup>354</sup>Y aquí NATUCCI otorga a la expresión «obligación real» un sentido muy especial, porque la obligación se habría convertido en un derecho real. La oponibilidad, que se concibe como la característica esencial del derecho real (veremos cómo LIVER critica, con justeza esta concepción reduccionista, tanto del derecho real como de la idea de oponibilidad) al manifestarse en la obligación de que se viene tratando, la configura como «real». No será éste el sentido que aquí se dará a esta expresión (conviene aclararlo, porque vamos a utilizarla de modo decisivo y a otorgarle especial importancia y, además, el equívoco puede acecharnos en todo momento), por más que, en la concepción de fondo, nos parezca más ajustada la reflexión de NATUCCI que los intentos de BIGLIAZZI-GERI.

NATUCCI- a su eficacia, e implica, ni más ni menos, que *nos encontramos ante una relación muy especial*<sup>355</sup>.

En efecto, cuando abordamos una aproximación a esta figura, encontramos normalmente en la doctrina esa alusión al carácter de anomalía, excepcionalidad. Así, si lo hacemos en los tratados relativos a derecho de obligaciones, en el panorama general de los sujetos de la relación, encontraremos (será una referencia puntual, mucho menos importante que las cuestiones conectadas con la mancomunidad o solidaridad) como obligaciones con sujeto múltiple «sucesivo», el supuesto de la obligación ambulatoria, o con sujeto indeterminado<sup>356</sup>.

Igualmente, al estudiar el régimen de la obligación, relación de derecho personal, se nos dirá que es característico de su relatividad que “el crédito no podrá ser invocado más que por aquél en cuyo provecho ha sido creado, igual que la deuda no podrá en principio ser exigida más que de aquél respecto a quien ha nacido”. Entonces, frente a la característica dificultad de transmisión de la relación personal, ciertas obligaciones, vinculadas a las cosas, se transfieren automáticamente al sucesor a título particular, o cabe desligarse de ellas abandonando la titularidad. Todo esto es excepcional<sup>357</sup>.

Aunque la peculiaridad se recalca también desde otros puntos de vista: así, se nos habla, por ejemplo de los “límites marcados por la ley para la constitución de cualquier obligación: no pueden gravar permanentemente un fundo”<sup>358</sup>. O se nos dice que presenta una oponibilidad excepcional, característica del derecho real<sup>359</sup>.

A partir de aquí, es posible esbozar un planteamiento metodológico, que nos sirva como punto de partida para afrontar la cuestión.

---

<sup>355</sup> Cfr. NATUCCI, *La tipicità...*, II, *cit.*, pp. 143-144.

<sup>356</sup> Así, el tratamiento en los manuales de derecho Romano que hemos visto (IGLESIAS, ARIAS RAMOS...).

<sup>357</sup> Cfr. DE JUGLART, M., *Cours de droit civil*, I-1, 13ª ed., Paris, 1991, nn. 72 y ss., n. 76; I-2, 9ª ed., 1978, nn. 629 y ss., n. 633.

<sup>358</sup> Cfr. BIONDI, “*Oneri reali...*”, *cit.*, pp. 195-196. En sentido análogo, LUPO COSTI, M., “*Un caso di obbligazione «propter rem»?*”, *Giur. It.*, 1979, I, 1, p. 795 y ss.

<sup>359</sup> Cfr. NATUCCI, *La tipicità...*, II, *cit.*, pp. 121-122, 143. Respecto a la oponibilidad como nota básica del derecho real, en el sentido de este autor, *vid.* vol. I, p. 132-133.

Desde la teoría de las obligaciones (que parece el lugar adecuado para abordar lo que se ha calificado como «obligación»), la obligación *propter rem* aparece, o se nos muestra por la doctrina como una relación anómala, excepcional.

La peculiaridad no se refiere tanto a la estructura –pretensión a una prestación– como a las consecuencias (que inciden después, eso sí, aunque sea indirectamente, en la estructura de la obligación) de la vinculación real. Este es el elemento que produce la excepcionalidad. Y tal excepcionalidad resulta, por un lado, al confrontar la idea de relación de crédito, ordinaria, relación de derecho personal, con la peculiar despersonalización del vínculo de obligación real (transmisión, liberación por abandono).

La imagen que se resume en estos términos: obligación *propter rem* – obligación excepcional, resulta de la confrontación que se ha hecho clásica entre las dos grandes categorías derecho real – derecho de crédito<sup>360</sup> (la obligación correspondería al concepto de derecho de crédito, relación de «derecho personal»). Pero también de consideraciones traídas de la doctrina de la propiedad y los derechos reales, y de las relaciones entre propiedad y contrato: excepcionalidad de una obligación vinculada de modo estable a una titularidad real (como en el campo de las cargas reales), excepcionalidad de un elemento negativo que «pesa» sobre el propietario o titular, sin tratarse, además (como se admite, de algún modo, en las cargas reales) del propio «*pati*» de un derecho real.

Así pues, no será sencillo presentar o utilizar, sin más, la noción de obligación *propter rem*, concepto general, como un camino amplio y fácil para vincular cualquier obligación con una titularidad real, como si ello fuera una posibilidad normal encuadrable en la teoría general de las relaciones obligatorias. Esta es la decepción que expresa ABERKANE, cuando, después de un hipotético optimismo inicial al respecto<sup>361</sup>, reconoce que tal vinculación, desde distintas consideraciones, es una posibilidad excepcional<sup>362</sup>, que podría utilizar sólo el legislador para concretas finalidades, lo que verifica en algunos supuestos con una técnica específica, denominada por este autor *obligationes scriptae in rem*<sup>363</sup>.

---

<sup>360</sup>Cfr. DE JUGLART, *Cours...*, I-1, *cit.*, n. 72 y ss.

<sup>361</sup>Derivado de las opiniones de DE JUGLART, *Obligation réelle...*, *cit.*, p. 323 y ss.. Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, nn. 14-17.

<sup>362</sup>Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 192.

<sup>363</sup>Son obligaciones relativas a un bien que el legislador prevé se transmitan con él. Cita la de respetar el arrendamiento, o la continuación por la empresa de los contratos de trabajo. Aquí la obligación permanece como personal, explica ABERKANE, no es posible la liberación por

Aquí viene fácilmente al recuerdo la observación de LAFAILLE. Pero, ciertamente, intentar una teoría general de la obligación *propter rem*, bajo el peso de toda esa tradición de anomalía, excepcionalidad, asusta un poco. Solventar la cuestión manifestando que es un tipo de obligación legal, parece pobre.

Así pues, como primer punto de nuestro planteamiento: la idea general de obligación *propter rem*, abordada, como parece invitar el *nomen*, desde la teoría general de las obligaciones (construida ésta además, en buena medida, a partir de la obligación contractual *stricto sensu*) sugiere, a partir de diversas consideraciones (unas, tomadas de la teoría de la obligación y el contrato, otras, desde la perspectiva del derecho real, y, siempre, en la óptica de la distinción entre derecho real y derecho de crédito) una relación anómala, excepcional<sup>364</sup> Así la presenta la doctrina. Y, ¿Cómo intentar una teoría general acerca de lo excepcional?

Pero, el propio ABERKANE, frente a ese universo general de la obligación vinculada al derecho real, se ha querido centrar en un aspecto más concreto, que él distingue: el panorama de la obligación real; y ello, enfocando la cuestión desde la teoría de las relaciones de atribución; la obligación real, en o desde la teoría del derecho real. El

---

abandono. Estas obligaciones “no corresponden a una noción bien definida en nuestro derecho”, no sólo no siguen el régimen de las obligaciones reales, tampoco corresponden. Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 187 a su definición.

<sup>364</sup>En esta «teoría general de la obligación» o, mejor, del derecho personal, que se enfoca desde el punto de vista de la relación contractual, es donde resalta el principio de la relatividad de las convenciones (que otros denominan, sin más, relatividad del derecho personal, o de la relación obligatoria). Y aquí, evidentemente, choca la obligación *propter rem*. “Si admitiésemos la posibilidad de que cada uno discrecionalmente hiciese nacer obligaciones reales, concederemos un camino fácil para eludir el principio general por el que las obligaciones personales no se pueden transmitir a los terceros”. Cfr. SALVI, F., “*Perpetuità di un diritto di godimento?*”, *RTDPC*, 1949, p. 192 y ss., p. 195.

A pesar del principio de relatividad de la relación obligatoria –explica DE JUGLART– existen obligaciones que se transmiten a los causahabientes a título particular... Por ello, constituyen una categoría intermedia entre el derecho real y el derecho personal. Cfr. DE JUGLART, *Cours...*, I-2, *cit.*, n. 633, p. 359.

Frente a la relación de derecho personal, es significativo que los «*engagements qui se forment sans convention*» aparecen en la doctrina como relaciones «de segunda categoría» frente a la auténtica obligación. Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, n. 17.

problema, en este autor, es que termina confundiéndola con la otra cara del derecho real, de modo, que, por ejemplo, son, para él, las servidumbres, un ejemplo característico<sup>365</sup>.

Sin embargo, el planteamiento puede ser aprovechable. Frente a esa idea muy general –la obligación *propter rem*, que parece debe ser abordada desde la teoría de las obligaciones y ahí se presenta, sin más, como excepcional (o, en todo caso, un peculiar tipo de obligación legal), conviene delimitar un nuevo campo, la obligación real, enfocada la cuestión desde la teoría del derecho real. Se trata de intentar una doctrina general precisamente donde se puede mitigar aquella excepcionalidad. Encontramos, pues, simplemente, un punto de vista que puede ser adecuado, sirviéndonos para esta distinción de ámbitos de esa dicotomía de denominaciones para que adquieran importancia en el sentido y en cuanto al método de la investigación<sup>366</sup>. Sin olvidar que la obligación real no es más que una obligación *propter rem*, se trata de abordar su estudio desde una óptica adecuada. Es posible encontrar un espacio propio de la obligación *propter rem*, el de la obligación real, que puede manifestarse, lógicamente, analizando los supuestos en que el legislador la presenta, pero que trasciende un poco ese concreto análisis. Y ello es accesible en este itinerario de la obligación real, desde la teoría del derecho real.

Por otro lado, no conviene olvidar un matiz importante: la doctrina general de las obligaciones no sólo nos conduce a la simple constatación de una posible obligación *propter rem* legal, pero excepcional, sino que tampoco ofrece elementos para explicar o centrar la figura, puesto que su anomalía le viene de un elemento extraño a la doctrina de la obligación como tal, que es la vinculación real. Por otro lado, la anomalía de la figura resulta también de consideraciones extraídas de la doctrina del derecho de bienes, sobre todo en una determinada manera de entender la propiedad y los derechos reales. La mitigación de excepcionalidad, que permite una doctrina general de la obligación real, exige, no sólo estudiar el tema desde la teoría del derecho real, sino, más aún, moverse en el ámbito de una doctrina de las relaciones de atribución en que se respete, para aquella, lugar adecuado.

Así pues, «obligación real» implica reflexionar sobre una obligación, relación de crédito, pero en el ámbito de la doctrina de las relaciones reales. Si allí se mitiga su excepcionalidad, y aparece en su terreno propio, es necesario, también, en esta línea, no abandonar arbitrariamente, *a priori*, las notas características de las obligaciones, para

---

<sup>365</sup>Cfr. ABERKANE, *op. cit.*, nn. 21 y ss., 90 y ss., 103 y ss., etc.

<sup>366</sup>Cfr. DE LOS MOZOS, “La obligación real...”, *cit.*, p. 342.

sustituirlas por otras especiales o excepcionales. Puesto que, afirmamos, se trata de una obligación, su régimen habrá de ser lo más parecido posible al resto de ellas, salvo que se demuestre suficientemente lo contrario. Una vez explicada la obligación real como una realidad natural, en su ámbito propio, su teoría general habrá de respetar, en principio, los elementos característicos de cualquier obligación, salvo que las exigencias del propio concepto de obligación *propter rem* como noción independiente, combinadas con el análisis de las manifestaciones del legislador, inviten a lo contrario<sup>367</sup>.

## Problema histórico dogmático: un difícil momento para la obligación real.

### Panorámica general

El planteamiento metodológico que hemos hecho puede parecer, de entrada, simple, poco matizado, pero lo cierto es que llegar a estos o parecidos enfoques se ha visto dificultado por razones histórico-dogmáticas, y a la vez resulta necesario para sortear dificultades a partir de nuevas premisas. Razones, dificultades, conexas a las ideas que sedimentan en el momento de la codificación, en el Código de Napoleón<sup>368</sup> y después, todavía más, desde el punto de vista del saber jurídico, cuando se concibe como «sistema» con la ciencia –positivismo científico, pandectística– del siglo pasado<sup>369</sup> (y éste, en buena medida). Aunque luego el panorama de la propiedad «decimonónica» entre en crisis, hasta los cambios que contemplamos en el actual momento<sup>370</sup>.

---

<sup>367</sup> Así plantea la cuestión, entre otros, ABERKANE, *op. cit.*, n. 103 bis.

<sup>368</sup> Vid. por todos, GROSSI, P., voz “*Proprietà (Diritto intermedio)*”, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1988, p. 226 y ss., p. 245 y ss.; DE LOS MOZOS, J. L., “La formación del concepto de propiedad que acoge el código civil”, *RCDI*, 609, 1992, p. 581 y ss.

<sup>369</sup> Vid. WIEACKER, F., *Storia del diritto privato moderno*, II, trad. italiana por S. A. Fusco, Milano, 1967, p. 31 y ss., 123 y ss.; CAPELLINI, P. “*Systema iuris*”, *Quaderni fiorentini*, 17/18, Milano, 1984/85; BELFIORE, A., *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979, p. 213 y ss., 354 y ss. DE LOS MOZOS, J. L., “Iusnaturalismo y Pandectismo en las grandes codificaciones modernas”, *Estudios Jurídicos Homenaje a Ursicino Alvarez*, 1978, en *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, Madrid, 1988, p. 95 y ss.

<sup>370</sup> Por todos, vid. DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad...*, cit.

En este sentido, se ha hecho notar que acaso no se haya reflexionado todavía lo suficiente sobre las consecuencias técnico-dogmáticas derivadas de la función histórica que la propiedad moderna ha tenido que cumplir<sup>371</sup>. Consecuencias que resultan –y a su vez conforman– una mentalidad cuyos ingredientes se irán presentando a lo largo de los tiempos anteriores a la Codificación (Humanismo, Derecho Natural Racionalista, Ilustración...<sup>372</sup>) y se acentúan en la ciencia jurídica posterior al *Code civil*, a partir de la Escuela Histórica<sup>373</sup>. Se trata de una mentalidad que se plasma en los códigos, pero también determina las líneas maestras de la ciencia jurídica y, por tanto, la interpretación de aquellos.

Como resume DE LOS MOZOS, la profesora PATAULT, haciendo un gran esquema, contrapone una mentalidad medieval, objetivista, cosmológica, en que el hombre, ubicado por Dios en el mundo creado, utiliza las cosas y se sirve de ellas en una perspectiva de «criatura» que se inscribe con humildad en el *ordo naturalis*<sup>374</sup>, con otra visión, que va abriéndose paso en el final de la Edad Media y después con el Renacimiento, en que el hombre –que se ve como centro del universo creado– comienza a reflexionar «desde sí mismo»<sup>375</sup>. Son los albores de la mentalidad subjetivista que configura después, de un modo u otro, el pensamiento moderno<sup>376</sup>. Esta contraposición, parece acaso simplista y, además, la

---

<sup>371</sup>Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad...*, cit., p. 69; “La formación del concepto...”, cit., p. 633.

<sup>372</sup>Un resumen general y visión crítica, en GALLEGO, E. A., *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Madrid, 1996.

<sup>373</sup>Vid. DE LOS MOZOS, J. L., “La doctrina de F.C. von Savigny en torno a la transmisión del dominio”, *RGLJ*, 1967, recogido en *Estudios sobre el derecho de los bienes*, cit., p. 75 y ss., pp. 82-83; “La formación del concepto...”, cit., p. 624 y ss.

<sup>374</sup>Cfr. PATAULT, *op. cit.*, nn. 10, 114; HATTENHAUER, H., *Conceptos fundamentales del derecho civil*, trad. esp., Barcelona, 1987, p. 48; GROSSI, *Le situazioni reali...*, cit., p. 191, etc.

<sup>375</sup>Cfr. GROSSI, P., “*Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*”, *Quaderni fiorentini*, I, 1972, p. 287 y ss., p. 306 y ss.; “*La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica. La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*”, *Quaderni Fiorentini*, Milano, 1973, p. 117 y ss., pp. 122 y ss., 130 y ss.

<sup>376</sup>Vid. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 12 y ss.

evolución del derecho no puede explicarse sólo desde el plano ideal. Sin embargo, resulta de utilidad para situarse<sup>377</sup>.

Frente a las formas de atribución características del mundo medieval, estático, concebidas desde la lógica del objeto, cumpliendo una función dispensadora de la utilidad que ofrecen las cosas<sup>378</sup>, en el tránsito al mundo moderno, a la par que los juristas han ido descubriendo la propiedad plena (aunque trataran de aplicar el concepto de dominio, analógicamente, a distintas formas de atribución concurrente) como dominio por antonomasia, que vincula la cosa misma con la persona de su titular<sup>379</sup>, se afirma que ésta (manifiesta en los textos romanos en el *dominium ex iure quiritium*, que experimentará un proceso de idealización<sup>380</sup>) es la forma «natural» en que la persona se relaciona, desde la óptica de la justicia y el derecho, aunque también por influjo de las doctrinas económicas, con el mundo de las cosas. De la inserción del hombre, criatura, en un orden natural utilizando las cosas, pasamos a una «natural» propiedad plena, deducida de la persona frente al universo de aquellas<sup>381</sup>, y cuyo rasgo decisivo viene a ser el *ius disponendi*<sup>382</sup>, expresión de que no se trata tanto de una situación de «participación» para utilizar la cosa (o en que frente a las cosas se coloca la persona en el marco de relaciones personales relevantes) cuanto del sometimiento de una porción del mundo exterior al arbitrio personal<sup>383</sup>.

---

<sup>377</sup>Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad...*, cit., p. 28 y ss.; PATAULT, *op. cit.*, *passim*.

<sup>378</sup>Cfr. GROSSI, *Le situazioni reali...*, cit., pp. 34 y ss, 160 y ss.; “Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà”, *Quaderni fiorentini*, 5-6, 1976-1977, p. 216 y ss.; PATAULT, *op. cit.*, nn. 1, 4, 5, 8 y ss., etc.

<sup>379</sup>Cfr. GROSSI, “La proprietà nel sistema...”, cit., p. 204 y ss.; *Le situazioni reali...*, cit., pp. 144 y ss., 183 y ss.; PATAULT, *op. cit.*, n. 88 y ss.

<sup>380</sup>Vid. LOBATO GOMEZ, J. M., *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, Madrid, 1989, p. 42; DE LOS MOZOS, “La formación del concepto...”, cit., pp. 584, 589 y ss.

<sup>381</sup>Por todos, cfr. GROSSI, “La proprietà nel sistema...”, cit., pp. 165-166.

<sup>382</sup>Por todos, cfr. PATAULT, *op. cit.*, nn. 115-116.

<sup>383</sup>Sobre estas cuestiones, la bibliografía es amplia. Vid. DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad...*, cit., p. 17 y ss.; LOBATO, *op. cit.*, p. 43 y ss.; PATAULT, *op. cit.*, n. 114 y ss.; RENOUX-ZAGAME, M. F., “Du droit de Dieu au droit de l'homme: sur les origines théologiques du concept moderne de propriété”, *Droits*, I, 1985, p. 17 y ss.; GROSSI, “La proprietà nel sistema...”, cit., p. 117 y ss.; voz “Proprietà...”, cit., p.234 y ss.; DIFERNAN, B.

Tal fundamentación que se obtiene *ex inthima philosophia*, desde el interior de la persona<sup>384</sup>, en un principio se inscribe, como vemos, en una profundización en el *ordo naturalis*<sup>385</sup>. Pero después se centra en el hombre mismo cada vez más, en el sujeto individual, quien, súbdito del soberano o vinculado por el *contrat social*, exige sin embargo el reconocimiento de su autonomía, de su libertad y, como inmediato corolario, de su propiedad, derecho natural<sup>386</sup>. Fundamento de aquel orden social que no tiene sentido sin su respeto, será por ello *inviolable et sacré*<sup>387</sup>. Y más tarde habrá de construirse

“La propiedad vista a través de los clásicos agustinos españoles del siglo XVI”, *ADC*, 1957, p. 25 y ss.

<sup>384</sup>GROSSI, voz “*Proprietà...*”, *cit.*, p. 241, 242 y ss.; “*La proprietà nel sistema...*”, *cit.*, pp. 130 y ss., 148 y ss.;

<sup>385</sup>*Vid.* DE LOS MOZOS, “La formación del concepto...”, *op. cit.*, p. 604 y ss.; *El derecho de propiedad...*, *cit.*, p. 30 y ss.; LOBATO, *op. cit.*, p. 44 y ss.; RENOUX-ZAGAME, *op. cit.*, p. 22-23; DIFERNAN, *op. cit.*, p. 36 y ss.; GROSSI, “*La proprietà nel sistema...*”, *cit.*, p. 140-142, 152; AMBROSETTI, A., *Il diritto naturale della riforma cattolica*, Milano, 1951, p. 21 y ss.; FOLGADO, A., *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo; estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo del Escorial, 1960, p. 146; BRUFAU, J., “La noción analógica del *dominium* en Santo Tomás, Francisco de Vitoria y Domingo de Soto”, *Salmanticensis*, IV, 1957, p. 96 y ss.

<sup>386</sup>*Vid.* DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad...*, *cit.*, p. 41 y ss.; “La formación del concepto...”, *cit.*, p. 612 y ss.; PATAULT, *op. cit.*, n. 114 y ss., 128; GROSSI, “*La proprietà nel sistema...*”, *cit.*, pp. 148-149, 154 y ss.; voz “*Proprietà...*”, *cit.*, p. 242 y ss.; HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 112 y ss.; ORESTANO, R., “*Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*”, *Ius*, 1960, p. 150 y ss., 161 y ss.; COMPORTI, *Diritti reali...*, *cit.*, p. 5 y ss.; SOLARI, G., *Individualismo e diritto privato*, Torino, 1959, p. 7 y ss., 172-173; D'ADDIO, M., voz “*Contrattualismo*”, *Enciclopedia del diritto*, X, Giuffrè, Milano, 1962, p. 216-225; NEGRI, A., *Alle origini del formalismo giuridico (Studi sul problema della forma in Kant e nei giuristi Kantiani tra il 1789 e il 1802)*, Padova, 1962, p. 195 y ss.; GARDIES, J. L., “*La chose et le droit sur la chose dans la doctrine du droit de Kant*”, *APD*, 24, 1979, pp. 142-143.

<sup>387</sup>En la ideología del *Code civil* convergen –explica PATAULT– la propiedad derecho natural, y *contrat social*. Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 201. *Vid.* HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 114-115; DE LOS MOZOS, *La propiedad...*, *cit.*, p. 48 y ss.; LOBATO, *op. cit.*, p. 50 y ss.; PATAULT, *op. cit.*, n. 151, 185 y ss.; RIALS, S., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988; MORANGE, J., “*La Déclaration et le droit de propriété*”, *Droits*, 8, 1988, p. 101 y ss.; GARAUD, M., *Histoire générale du droit privé français (1789-1793). La révolution et la propriété foncière*, Paris, 1959, p. 390 y ss.; PORTALIS, J. E. M., *Présentation*

dogmáticamente (con él, todo el ordenamiento) como un desarrollo de las ideas abstractas de libertad (atendiendo sólo al sujeto humano libre, frente al mundo material) e igualdad (resolución de un contacto de arbitrios)<sup>388</sup>.

No es posible ahora profundizar en las diversas líneas en la evolución del derecho de propiedad, o, en general, del derecho de bienes que desemboca, en la ciencia pandectística del siglo pasado, en el sistema de los derechos reales. Interesa sólo hacer notar que el momento de la Codificación y la ciencia jurídica posterior no es, ni mucho menos, el mejor para plantear una doctrina o teoría de la obligación real. Vamos a movernos entre la ruptura con el *Ancien Régime* que desemboca en el Código de Napoleón<sup>389</sup> y la revolución ideológica y conceptual de la Pandectística, sumergida en el positivismo científico<sup>390</sup>, que supone no sólo una ordenación de la propiedad plena con eliminación de los elementos que puedan oscurecer su predominio, sino la pretensión de construir el concepto a través de la exclusiva contemplación de la libertad subjetiva, siguiendo las huellas de KANT<sup>391</sup>.

Se trata de un período clave de «purificación» de la propiedad<sup>392</sup>. Para empezar, ha de ser única y siempre la misma con independencia de las peculiaridades del objeto y la condición del sujeto<sup>393</sup>. Cargada de toda su fuerza ideológica en el ejemplo francés, ha roto

---

*au corps législatif et exposé des motifs*, n. 35, pp. 114-134, en FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1927, reimpresión 1970.

<sup>388</sup>Vid. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 15. HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 115 y ss.; GALLEGU, *op. cit.*, p. 122 y ss.

<sup>389</sup>Por todos, vid. DE LOS MOZOS, “La formación del concepto...”, *cit.*, p. 618 y ss.; PATAULT, *op. cit.*, n. 136 y ss.; OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, n. 87 y ss., 94 y ss.; LEPOINTE, G., “*Le concept de la propriété dans le Code civil: ses origines et son évolution durant le XIXe siècle*”, *Études de droit contemporaine*, Paris, 1962, p. 102 y ss.; GARAUD, *op. cit.*; FENET, *Recueil...*, *cit.*, VIII y IX; LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminale de la France*, Paris, 1827-1832, VIII.

<sup>390</sup>Vid. CAPELLINI, *Systema iuris...*, *cit.*; WIEACKER, *Storia...*, II, *cit.*, p. 123 y ss.; GROSSI, “*Tradizioni e modelli...*”, *cit.*, p. 315 y ss.

<sup>391</sup>Cfr. por todos, COMPORTI, *Diritti reali...*, *cit.*, p. 5 y ss.; HATTENHAUER, *op. cit.*, pp. 50, 118.

<sup>392</sup>Cfr. ATIAS, CH., “*Destins du droit de propriété (Ouverture)*”, *Droits*, I, 1985, pp. 5-6.

<sup>393</sup>Cfr. ATIAS, “*Destins...*”, *Droits*, I, *cit.*, pp. 4-5.

con el complicado sistema de concurrencias, jerarquías y estatismo del *Ancien Régime*<sup>394</sup>; y más tarde, construida dogmáticamente sobre bases «nuevas» (por llevar hasta sus últimas consecuencias una serie de presupuestos revolucionarios) queda como el resultado de un imperativo jurídico, y como un valor que el ordenamiento deja a disposición del titular para que aparezca en el tráfico con toda claridad<sup>395</sup>.

Su ordenación es la consecuencia de una lucha de arbitrios, solventada necesariamente –resulta, para KANT, un imperativo *a priori*– por un pacto social plasmado en la ley general, que coloca a quien ha cumplido ciertas premisas, frente a los demás, con un derecho de exclusión<sup>396</sup> relativo a una porción del mundo exterior. Cada cosa material, cada objeto (no se habla ya de bienes, sino de objetos corporales) se presenta ante todos como un ámbito dominado, en un momento concreto, por el poder dispositivo de una libertad<sup>397</sup>. La relación jurídica, confrontación de libertades que sólo puede construirse, igual que aquel pacto, a partir de las ideas abstractas de igualdad y libertad, puede ser expansión de la libertad personal que se pone a disposición de otro (contrato *inter partes*, vínculo obligacional) o convenio general y abstracto que excluye por completo a todos (iguales y también libres) al proyectarse sobre un objeto corporal. En este caso, la idea general (en el interior de la reflexión kantiana y pandectística) no puede ser sino la irrelevancia, desde el punto de vista «jurídico», tanto de las particularidades del objeto como de las posibles

---

<sup>394</sup>Vid. PATAULT, *op. cit.*, n. 123 y ss., 136 y ss., 155 y ss.; OURLIAC-MALAFOSSE, *op. cit.*, n. 95 y ss.; GARAUD, *op. cit.*, p. 251 y ss.

<sup>395</sup>DE LOS MOZOS, “La formación del concepto...”, *cit.*, p. 624 y ss.; GROSSI, voz “*Proprietà...*”, *cit.*, p. 252 y ss.; “*Tradizioni e modelli...*”, *cit.*, p. 316 y ss.

<sup>396</sup>La propiedad resulta, ante todo, un derecho de exclusión, y los demás derechos reales, sobre todo, *iura in re aliena*. La idea pertenece a la afirmación iusnaturalista y antropocéntrica-liberal de la propiedad. Vid. LOCKE, *Two treatises of government*, ed. Caslette, Cambridge, 1970, II, 5, § 26, p. 304. Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 114; HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 112; GARDIES, *op. cit.*, pp. 142-143; DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad...*, *cit.*, p. 43. Pero se acentúa y dogmatiza en la Pandectística. Cfr. DE LOS MOZOS, “La formación del concepto...”, *cit.*, *ibidem*; HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 118-120; GROSSI, “*Tradizioni e modelli...*”, *cit.*, p. 318 y ss. Vid. WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, traducción italiana y notas de FADDA y BENZA, Torino, 1902, I, § 37/38, 167 y ss.

<sup>397</sup>Cfr. DE LOS MOZOS, *ibidem*; GROSSI, “*Tradizioni e modelli...*”, *cit.*, p. 319-320; HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 47 y ss.

conurrencias e interferencias de «los otros», que han quedado simplemente excluidos, a la espera de una mejor oportunidad<sup>398</sup>.

El mundo de las interferencias no puede considerarse sino como una excepción, no sólo en la línea de la ruptura con las derivadas del *Ancien Régime* propia del *Code civil*, sino ahora por más motivos. La concurrencia, aún después del desmantelamiento del mundo feudal, podría venir contemplada en una mentalidad de aprovechamiento de utilidades de las cosas, pero en el sistema decimonónico lo interesante es la propiedad preparada para el tráfico<sup>399</sup>. Y, si todavía el *Code civil* presenta, como se ha dicho, la idea «anacrónica» de una propiedad expresada como suma de poderes<sup>400</sup>, y no renuncia a ocuparse, como parte del concepto y en la regulación de los derechos reales, de las concurrencias en la utilización de los bienes<sup>401</sup> compatibles con el concepto-faro de plena atribución, ni se olvida de las cortapisas que una libertad «abstracta» encuentra en el mundo de las relaciones jurídicas en que se desenvuelve (presentando, pues, un concepto de la relación jurídica diferente al de KANT, aunque cercano al de SAVIGNY<sup>402</sup>) después, la mentalidad filosófica, las exigencias de la revolución del tráfico, desembocan en un sistema construido al servicio de esa propiedad única, abstracta, absoluta (frente a la «relatividad del derecho absoluto» que todavía se manifiesta en el *Code civil*<sup>403</sup>).

---

<sup>398</sup> Acerca de la idea de derecho como «organización de la libertad», *vid.* por todos, HATTENHAUER, *op. cit.*, pp. 200-201. Para la concepción en este sentido de la relación jurídica y su diferenciación en derecho personal y real, p. 49 y ss., 65 y ss., 82-83; GARDIES, *op. cit.*, p. 142 y ss. *Vid.* GROSSI, “*Tradizioni e modelli...*”, *cit.*, p. 316 y ss.; voz “*Proprietà...*”, *cit.*, p. 246 y ss.; COMPORTI, *Diritti reali...*, *cit.*, p. 7 y ss.

<sup>399</sup> “*La Révolution apparaît comme une vaste entreprise de mobilité de l'immeuble*”. Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 154.

<sup>400</sup> Cfr. GROSSI, voz “*Proprietà...*”, *cit.*, pp. 251-252.

<sup>401</sup> Cfr. ATIAS, *Les biens, I, cit.*, p. 79 y ss.

<sup>402</sup> Sobre este punto, *vid.*, HATTENHAUER, *op. cit.*, pp. 19-20.

<sup>403</sup> Cfr. ATIAS, “*Destins...*”, *Droits, I, cit.*, pp. 11-12. Acerca de la doble lectura que ofrece el *Code civil*, *vid.* GROSSI, “*Tradizioni e modelli...*”, *cit.*, p. 216 y ss.

El *humus* ideológico que ha precedido y acompañado el triunfo de la propiedad exclusiva aflora en las declaraciones doctrinales, programáticas, en el propio Código, en la retórica posterior. Pero tras el pórtico solemne, dirá GROSSI, en el interior encontramos la propiedad inmersa en relaciones jurídicas. Concebida como derecho natural, supralegislativo, señala PATAULT (*op. cit.*, n. 127), la propiedad-soberanía se había considerado dañada por toda regla

Al servicio de ésta concepción se presenta el sistema registral, que fortalece aún más la contemplación de la cosa atribuida –realidad legal– como elemento perfectamente preparado para el tráfico, como un valor, con independencia (fuera de la relación jurídica originaria plasmada en la ley y a cuyo servicio ésta se pone) de todo mundo personal, tanto

---

que la organizara (la concurrencia de vecindad, por ejemplo, no puede seguir siendo «*droit de cité*» –COQUILLE– para considerarse «servidumbres legales» –BOURJON–). Así, dirá MERLIN, “*c'est grever un propriétaire d'une servitude que de l'empêcher de faire sur son fonds de qui lui est permis de droit naturel*” (*Recueil Alfabétique des questions de droit*, 2ª ed., Paris, 1820, voz *servitude*, p. 694). Sin embargo, el *Code civil* no termina de plasmar radicalmente esta idea, y podrá matizar DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon, XI. Traité des Servitudes, I*, 5ª ed. Paris, 1872, n. 8.: “*C'est se placer dans une abstraction tout à fait quimérique que de supposer un droit naturel d'après lequel chaque propriétaire aurait la liberté absolue de faire sur son héritage tout ce qu'il voudrait*”. Esta doble orientación se manifiesta en PORTALIS.

Podría pensarse, entonces, que el *Code civil* no había ido tan lejos como hubiera sido deseable. Pero esa impresión es tributaria más del énfasis doctrinal que precede, acompaña y sigue a la ordenación legal. En esa línea, no faltó quien propugnara una definición «más rigurosa»: “*Le droit en vertu duquel una chose se trouve soumise, d'une manière absolue et exclusive, à la volonté et à l'action d'une personne*” (AUBRY y RAU). Vid. PATAULT, *op. cit.*, nn. 185 y ss., 196 y ss.

Desde este punto de vista, cabría considerar que “*Il rapporto giuridico di proprietà –questa ombra opaca dell'archetipo proprietà– rappresentando la caduta del modello astratto dal limbo dell'assoluto intraindividuale nella incandescenza delle relazioni intersoggettive, si configura dunque come una proprietà diminuita e viziata nella sua contaminazione con il sociale*”. Encontramos en el *Code civil* la propiedad, en su esencia ideal, pero también como derecho en relaciones jurídicas. Cfr. GROSSI, “*Tradizioni e modelli...*”, *cit.*, pp. 271-272.

Si tal presentación se contempla como carencia o imperfección, no es de extrañar que la doctrina volviera sus ojos hacia la ciencia alemana, pues, como apunta ORESTANO, la gran ilusión de la pandectística fue la convicción de poder transportar del plano filosófico-iusnaturalístico al jurídico-positivo la idea del individuo-sujeto de derecho, con todos sus atributos y sus predicados, y poder construir sobre su potestad de querer el entero sistema jurídico. Cfr. ORESTANO, *op. cit.*, p. 159 y ss. Frente al modelo francés, se suscitará el ansia por el «sistema». Vid. GROSSI, “*Tradizioni e modelli...*”, *cit.*, p. 315 y ss.; LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. esp., Barcelona, 1960, p. 33 y ss.

a nivel de concurrencias como de posibles dependencias causales –esto, en el sistema alemán<sup>404</sup>.

Las concurrencias que pudieran contemplarse en torno al aprovechamiento de la utilidad de los bienes, o las limitaciones de la propiedad, en relación con los demás (genérico) o con «otros» concretos, quedan como realidades subsidiarias, reducidas, limitadas, y, lo que es más importante, dentro del «sistema» conceptualmente desplazadas, de tal manera que, aun cuando su importancia práctica pudiera ser muy relativa, peor paradas aún salen desde la perspectiva del encuadramiento teórico y sistemático, lo que es muy difícil de llenar (por encontrarnos, además, ante elementos sin duda secundarios en el sistema de la propiedad y su vida práctica, lo que no invita a la reflexión sobre el tema).

Entonces, relaciones que se mueven en la práctica de la utilización de las cosas, en relaciones de concurrencia, quedan desdibujados u oscurecidos, también en la medida en que entran en confrontación con la institución registral, lo que comunica al ordenamiento y comprensión de la propiedad y relaciones jurídico-reales un grado de rigidez que no se corresponde con la realidad del concepto. Mientras por razones de política jurídica ingresan en el Registro verdaderos derechos personales como el arrendamiento, obteniendo niveles de oponibilidad característicos del derecho real, elementos característicos de la construcción de relaciones jurídico-reales parecen quedar fuera de él, por cuanto los derechos personales (y, en el fondo, todo lo que pueda enturbiar la claridad del sistema) no tienen acceso al Registro<sup>405 406</sup>.

---

<sup>404</sup>Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad...*, cit., p. 58 y ss., 61-62; HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 53-56; COING, *Derecho privado...*, II, cit., pp. 499-501. ROMAN GARCIA, *op. cit.*, pp. 39-42; ROCA SASTRE, R. M. y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario, I, Fundamentos de la publicidad registral*, 8ª ed., 1995, p. 46 y ss.; NUÑEZ LAGOS, R., “El Registro de la Propiedad Español”, *RCDI*, 250-251, p. 137 y ss.

<sup>405</sup>Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad...*, cit., p. 70. En el sistema alemán, la única voluntad que puede acceder al Registro es la voluntad general. Entre nosotros, simplemente, es clásica de los hipotecaristas la preocupación por «no recargar excesivamente el Registro» (Cfr. GONZALEZ, “Propiedad sobre pisos...”, cit., pp. 350-351; SERVAT ADUA, “Derechos reales y pactos de trascendencia real”, *RCDI*, 1948, p. 752 y ss.

<sup>406</sup>Por último, me parece oportuno resaltar aquí que, al dejar oscurecido todo este mundo de importancia secundaria en el orden de los derechos de atribución, pero relevante a la hora de entender la relatividad de la propiedad, o la interpenetración del mundo personal y la realidad de las cosas, cuando el concepto decimonónico de propiedad entra en crisis, no se encuentra en el

## Equilibrios y desequilibrios en el sistema de la propiedad y los derechos de atribución

Por contra, en la obra, por ejemplo, de VAREILLES-SOMMIÉRES, en consonancia con el «verdadero» concepto que acoge el *Code civil*, encontramos la propiedad de BARTOLO y POTHIER<sup>407</sup>, y podría incluso sorprender el desarrollo que dedica a su encuadre en la relación con el poder público y los no propietarios, en términos de gran equilibrio entre el decisivo factor individual y el mundo relacional circundante y penetrante en aquella esfera, todo ello dentro del sistema de la propiedad privada<sup>408</sup>.

Este equilibrio nos evoca los que se conservan en nuestro Código civil, completado por la Ley Hipotecaria. Aunque tal sistema de publicidad lo hemos recibido de fuera y ha podido en un momento dado, al servicio de la propiedad exclusiva y el tráfico inmobiliario, introducir mecanismos que oscurecen la continuidad del sistema de atribución, y una rigidez formal que no conecta del todo armónicamente con el propio Código, a la vuelta de cierto tiempo se puede decir que tales desarmonías se encuentran mitigadas<sup>409</sup>. El Registro

---

sistema el anclaje para aquello que, en realidad, nunca estuvo fuera de él, y, en un movimiento pendular, se pasa (como en Alemania) del extremo de la propiedad-derecho subjetivo, al de la función social, y, al rechazarse un enemigo en buena medida creado en un momento concreto (la propiedad absoluta, sin relatividad de ningún tipo) hay que irse al otro extremo, introduciendo las limitaciones en el concepto a través del derecho público, que termina por «delimitar» el concepto y el contenido de la propiedad, con lo que existe el peligro de desnaturalizar un concepto que, sin ser «individualista», ha de ser «individual». Así, la propiedad «obliga», se dice, pero en un sentido desenfocado. Ante el error, se trata de solventar ahondando en el propio error, aunque ahora en sentido contrario. *Vid.* HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 120 y ss.; LOBATO, *op. cit.*, p. 98 y ss.; DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad...*, *cit.*, pp. 62-63, 105 y ss., etc.

<sup>407</sup>Cfr. ATIAS, *Les biens, I, cit.*, p. 80; DE LOS MOZOS, *La propiedad...*, *cit.*, pp. 102-104.

<sup>408</sup>*Vid.* VAREILLES-SOMMIERES, “*La définition...*”, *cit.*, p. 438 y ss.

<sup>409</sup>Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad...*, *cit.*, p. 68 y ss. Explica COSSIO, con referencia al sistema alemán, cómo lo que inicialmente aparecía como mero instrumento de publicidad, por su gran relevancia social frente a terceros termina convirtiéndose en el único título válido e inatacable y definitivo. Cfr. COSSIO Y CORRAL, A., *Instituciones de derecho hipotecario*, Barcelona, 1956, p. 18 y ss. Salvando las distancias, si –para determinada finalidad– se ha querido contar con un instrumento formal, también en nuestro sistema, es lógico que se pule y perfeccione. Sucesivas reformas lo han mejorado, a la vez que se procura la armonización con el Código. El instrumento registral introduce una derivación en el cauce general, para una vertiente específica y concreta. Incluso si, con el tiempo, su desarrollo

se ha convertido también en un instrumento al servicio de la atribución en concurrencia, del enriquecimiento del derecho de bienes con la aparición de nuevas formas de objetos y titularidades. Y es posible afirmar que existe, en general, fuera, y también (lo que resulta decisivo) dentro de él, un lugar para la obligación real, por mucho que pueda inducirnos a confusión su consideración como derecho personal<sup>410</sup>.

¿Cuáles son esos equilibrios a que nos venimos refiriendo? El que es preciso establecer entre la fuerza del derecho subjetivo y su consideración relacional, como se manifiesta también, en la doctrina, en el tratamiento que dedica DE CASTRO a esta cuestión, siguiendo las huellas de SAVIGNY<sup>411</sup>.

El equilibrio entre el orden jurídico, el universo de las personas y el mundo de las cosas. El patrimonio sigue siendo una dimensión personal, y las manifestaciones de voluntad influyen en la vicisitud de la transferencia jurídico-real en cuanto a la causa y la propia ordenación de las concurrencias, pero sin que baste el simple consenso particular para el cambio en el destino de las propias cosas. Equilibrio entre la utilización de los bienes, y la importancia del poder de disposición y el aspecto dinámico del tráfico. Entre el patrimonio personal y la manifestación externa de los derechos; entre la realidad natural y el mundo del Registro...

---

permitiera una utilización más radical, se trataría de una evolución natural encuadrable en el dinamismo del sistema. En fin, la ordenación registral sigue apoyándose en la realidad, relacional y causal, y su verdad, en apariencia monolítica, presenta las oportunas grietas por las que el agua de la realidad podría introducirse socavándola. *Vid.* DE LOS MOZOS, “La doctrina de F.C. von Savigny...”, *cit.*, pp. 76-77; “Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el derecho español”, *ADC*, 1972, en *Estudios...*, *cit.*, p. 145 y ss., pp. 224-226; ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario, I, cit.*, 175 y ss.; NUÑEZ LAGOS, “El Registro...”, *op. cit.*, p. 137 y ss.

<sup>410</sup>*Vid.* ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario, I, cit.*, pp. 256-259; GARCIA GARCIA-VIDAL FRANCES-ALVAREZ BELTRAN, “Los conjuntos inmobiliarios en relación con el Registro de la Propiedad”, *Ponencias y comunicaciones... V CIDR*, Madrid, 1983, p. 2 y ss.; ARNAIZ EGUREN, R., “Notas sobre las modalidades de organización de la propiedad inmobiliaria en el Derecho español”, *Ponencias, IX, CIDR*, Madrid, 1993, tomo II, p. 999 y ss. En relación con el urbanismo, ARNAIZ EGUREN, R., *Registro de la propiedad y Urbanismo*, Madrid, 1995, p. 17 y ss.

<sup>411</sup>Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 552 y ss.

Equilibrio, al fin, dentro del mismo sistema de la propiedad, entre el arbitrio individual, los no propietarios vecinos o titulares de otros derechos reales, y los poderes públicos representando a la generalidad. En un término medio (aunque no equidistante, sino respetuoso con los intereses en juego) entre un derecho subjetivo «absoluto» y una idea contraria de función social.

Algunos de ellos resultan más erosionados por la dinámica del momento codificador, pero todos, a mi modo de ver, resultan salvados, sobre todo en la comparación con otras soluciones más cercanas al momento revolucionario, o implicadas en mayor grado con los «avances» del sistema<sup>412</sup>.

Pues bien, la imagen de la obligación *propter rem* excepcional corresponde o se acentúa en la mentalidad de un momento histórico muy especial; en el Código Francés y, en general, en los demás, encontramos ejemplos de ella. Pero en la doctrina jurídica posterior, caracterizada por la profundización dogmática del nuevo orden de la propiedad, es difícil encontrar su lugar adecuado. Es necesario recuperar esos equilibrios que la retórica revolucionaria y, después, el sistema de la pandectística, han podido erosionar.

La erosión se manifiesta ya en la propia justificación del derecho de propiedad, cuando, de la necesaria consideración de la persona y su libertad como elemento clave para su explicación, se transita a una acentuación del subjetivismo: fundamentándola en y desde una exclusiva consideración de la persona individual, cuando estamos ocupándonos de una realidad social, lo que otorga sentido a la reflexión jurídica<sup>413</sup>.

---

<sup>412</sup>Respecto a esos equilibrios en el interior de nuestro Código civil completado por la Ley Hipotecaria, *vid.*, base 19 del Código civil, y *Exposición de Motivos de la Ley de 8 de febrero de 1861, Legislación Hipotecaria y Jurisprudencia*, vol. dirigido por AMOROS GUARDIOLA, Madrid, 1995, p. 13 y ss.; DE CASTRO, *op. cit.*, p. 206 y ss.; DE LOS MOZOS, J. L., “Estudio preliminar”, *El código civil. Debates parlamentarios (1885-1889)*, I, Madrid, 1989, p. 59 y ss. Más en concreto, “El derecho de los bienes en el Código civil”, separata de *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia*, 21-2, 1989, p. 61 y ss., pp. 80-82, 93-95, 112-116. Sobre alguno de estos puntos, recientemente, *El hipotecarista Francisco de Cárdenas. Trabajos y empeños de su vida y de su obra*, Madrid, 1997, p. 45 y ss., esp. 56 y ss.; ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario, I, cit.*, pp. 212 y ss., 231 y ss. Acerca de la *vis atractiva* del «sistema» y su acogida en la doctrina italiana, *vid.* GROSSI, “*Tradizioni e modelli...*”, *cit.*, pp. 315-316.

<sup>413</sup>*Vid.* ALONSO MARTINEZ, M., “Estudios sobre el derecho de propiedad”, Madrid, 1874, en *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, coord. por C. ROGEL y C. VATTIER, Madrid, 1991,

Igual que la socialidad no puede considerarse unilateralmente, como una simple solución arbitraria al problema de la «coexistencia» humana, la propiedad es una realidad, en parte natural y en parte consensual, o, mejor, ambas dimensiones son como las dos caras de una misma moneda. Cabe hablar de una propiedad natural que se recoge y regula en la propiedad jurídica, porque en las relaciones sociales, al contemplar cómo el género humano tiene a su disposición las cosas, los bienes, y su relación con los demás, que reflejará las notas de igualdad, libertad... ahí están las semillas de la reflexión jurídica posterior, que no puede resolverse en un simple arreglo voluntarista y arbitrario.

El hombre capta esa juridicidad «natural» y la plasmará en el consenso social, de forma que la propiedad, sin necesidad de justificarse más o menos arbitrariamente, simplemente porque se trate de un derecho subjetivo<sup>414</sup> (donde sólo la contemplación del arbitrio individual abstracto ofrece un fundamento, y la igualdad también abstracta un problema a solventar a través del contrato social) encuentra suficiente apoyo en aquella consideración de «derecho natural de segundo grado», consecuencia de una reflexión jurídica sobre las relaciones de las personas entre sí con relación a las cosas.

La propiedad no precisa una afirmación radical, como derecho innato. Le basta el reconocimiento de que la apropiación individual resulta coherente con reflexiones fundadas en la realidad natural de los hombres y las cosas. Reflexiones que son precisamente el terreno de lo jurídico, que siempre resultará una meditación humana acerca del modo de solventar de la manera adecuada los actuales o previsibles conflictos<sup>415</sup>.

---

p. 861 y ss., pp. 894-895; GALLEGO, *op. cit.*, pp. 124-125. Frente a la imagen de autonomía de la persona, que no tendrá más remedio que vivir en sociedad exigiendo el respeto de aquella autonomía, DE CASTRO conecta la relación jurídica con la «comunaleza», de nuestro derecho tradicional, que inspira las Partidas. Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 552. Vid. NICOLO, R., voz “*Diritto Civile*”, *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, pp. 904-905. Acerca de la alteridad del derecho, por todos, REALE, M., *Introduzione al derecho*, 5ª ed., trad. BRUFAU PRATS, Madrid, 1982, pp. 19 y ss., 62, 66, etc. Ahí es posible encuadrar la doctrina de la relación jurídica en SAVIGNY, no tanto la propia de KANT. Vid. HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 84.

<sup>414</sup>Vid. el sentido de esta idea en HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 118.

<sup>415</sup>Sobre estas cuestiones, NICOLO, voz *cit.*, *ibidem*; ATIAS, *Les biens*, I, *cit.*, n. 56; LOBATO, *op. cit.*, pp. 43-44, 48-49; RENOUX-ZAGAME, *op. cit.*, pp. 11-14, 18; GALLEGO, *op. cit.*, pp. 46 y ss., 81 y ss., 122 y ss.; STEINAUER, “*La propriété privée...*”, *cit.*; DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad...*, *cit.*, pp. 4-5, 99 y ss., 229 y ss. Este es el sentido de la

La excepcionalidad de la obligación real resulta mitigada en una reflexión en el interior del derecho de bienes que intente liberarse, o, al menos, no olvidar los desenfoques que esos ciertos desequilibrios pueden haber provocado. Hay que reconocer que, después de más de un siglo, pasado aquel período de purificación de la propiedad, cuando el derecho patrimonial ha seguido evolucionando y, entre otras cosas, vuelve a manifestarse la importancia del mundo de las concurrencias en las titularidades inmobiliarias, estamos mejor preparados para colocar cada concepto en su lugar<sup>416</sup>. Y, en este sentido, aunque la obligación real pudiera presentarse revestida de relativa importancia práctica económica, o parezcan escasos los litigios relevantes a que pueda responder, desde el punto de vista teórico es uno de esos conceptos de frontera, piedra de toque para calibrar la comprensión realista y flexible que tenemos del derecho de bienes. Un elemento más cuyo encaje manifiesta el equilibrio, en el derecho real, del mundo de las cosas y la esfera personal.

### La consideración de la obligación real como anomalía y excepcionalidad. Elementos que la acentúan

Es necesario, antes que nada, obtener una explicación del derecho patrimonial en que tenga lugar adecuado: decíamos que desde la óptica de la teoría general de las obligaciones, se nos presenta aquella excepcionalidad. Pero –conviene aclararlo– no tanto en la confrontación con el vínculo obligatorio, sino al contemplar el elemento «vinculación

---

explicación de ALONSO MARTINEZ, “Estudios...”, *cit.*, pp. 861-1037, pp. 890 y ss., 976 y ss., 1036 y 1037. Y también de MANRESA, *Comentarios...*, III, Madrid, 1893, p. 104 y ss.

<sup>416</sup>Acerca de estas transformaciones del derecho patrimonial, con especial relación a la propiedad (nuevas formas de atribución que aspiran y consiguen tal rango, nuevos objetos...) la bibliografía es amplia. *Vid.*, además de las referencias en notas anteriores, LOBATO, *op. cit.*, p. 93 y ss.; DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad...*, *cit.*, p. 88 y ss.; BOLLA, G., “Il «fondo» nei suoi aspetti giuridici”, *Scritti di diritto agrario*, Milano, 1963, p. 281 y ss.; ARNAIZ EGUREN, R., “Algunas consideraciones en torno al derecho de propiedad inmobiliaria”, *RDCl*, 560, 1984, p. 61 y ss.; GOUBEAUX, G., “Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière (à propos du découpage de l'espace en volumes cessibles)”, *Études dédiées a Alex Weill*, Paris, 1983.; ATIAS, “Destins...”, *Droits*, I, *cit.*; TERRE, F. “La évolution du droit de propriété depuis le Code Civil”, *Droits*, 1, 1985, p. 33 y ss. Y el volumen AA. VV., *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3e Journées SAVATIER, Paris, 1991 (trabajos de PATAULT, ZENATI, TOMASIN, MOREAU...), especialmente CATALA, P., “Exposé de synthèse”, p. 181 y ss., esp. pp. 184-185.

*propter rem*»: aquí es donde la figura se convierte en excepcional. También por consideraciones derivadas de una mentalidad a la hora de entender los derechos de atribución, absolutos, oponibles, en su contraposición con los derechos de crédito, de carácter relativo y no oponibles, y sin que la doctrina general de las obligaciones pueda estar en condiciones de ofrecer elementos de solución al problema.

Es en la teoría de las relaciones de atribución donde puede intentar encontrarse una explicación adecuada al efecto *propter rem*, y es allí donde pueden removerse los obstáculos para su integración como elemento de la naturaleza de las cosas. Las premisas adoptadas en esta materia determinarán la anomalía de la figura que, sin poderse solucionar en la teoría de las obligaciones (porque la obligación en sí misma no tiene nada de particular, la especialidad es el efecto *propter rem*) sólo podrá mitigarse regresando a la doctrina de la atribución, en general al *ius rerum* y contemplándolo con ojos distintos.

En la doctrina italiana, que puede ser un buen campo de observación en este punto (recoge la influencia francesa, pero también después la pandectística) veamos lo que expone NATUCCI: si excepcional es el derecho real, mucho más la obligación real, por cuanto «sin ser derecho real» pretende serlo<sup>417</sup>. En la visión de este autor<sup>418</sup>, para empezar, la misma propiedad tiene un sentido de excepción, de ruptura, cuando la contemplamos desde la perspectiva de la igualdad sustancial de los *cives*: no otorgaría justificación alguna a ese destacarse de uno sobre los demás y excluirlos en relación con los objetos apropiables. En esta perspectiva, y teniendo como fenómeno jurídico básico el contrato, sólo sobre tal consenso que se plasma, como un precipitado, en la ley general, y fruto, nada más, de la necesaria(;) concurrencia de esas voluntades libres, es posible plantearse una justificación de la propiedad que vendría a ser la explicación de una excepción<sup>419</sup>.

Igual que la propiedad es una realidad legal, porque la autonomía privada no es de por sí idónea a crearla –implica un deber de abstención generalizado– ocurre algo parecido con los derechos reales limitados “por el carácter de oponibilidad que les es propio”. Oponibilidad frente a un propietario o adquirente ulterior, de un contrato<sup>420</sup> que limita su

---

<sup>417</sup>Cfr. NATUCCI, *La tipicità...*, II, cit., pp. 150-151.

<sup>418</sup>Que representa a un amplio sector en la doctrina italiana.

<sup>419</sup>Cfr. NATUCCI, *La tipicità...*, cit., I, p. 151 y ss.; II, p. 30.

<sup>420</sup>Cfr. NATUCCI, *La tipicità...*, I, cit., pp. 155-157. “No se olvide –explica– que la constitución o transferencia de un derecho real son *efectos relativos (sic)* del contrato”. Ahora bien, “*trasferire il diritto di proprietà così trasferito è sì efficacia assoluta, ma non dipende dal*

propiedad. Un derecho real, entonces, no lo es tanto por su naturaleza, que la ley reconocería poniéndose a su servicio (idea que se conserva en el sistema francés<sup>421</sup>) sino porque la propia ley lo prevé en un determinado tipo como limitación posible y tipificada al derecho del actual y sucesivos propietarios<sup>422</sup>.

Pues bien, la obligación real pretende tener igual efecto sustancial que el derecho real (en definitiva, una cortapisa para el propietario<sup>423</sup>) siendo, sin embargo, una obligación, en cuanto impone una conducta positiva.

Sólo la ley, que establece los posibles derechos reales, podría atreverse a señalar algunos supuestos de obligaciones reales, pero en todo caso lo haría consagrando con su fuerza una excepción a la propiedad de grado superior al clásico derecho real. Sin diferenciarse de éste en cuanto limitación (por tanto, excepción necesariamente típica) a la propiedad, supondrían un paso más, y muy especial, *en el mismo camino* de lo excepcional. Por ello, aunque son posibles por determinación legal, en el sistema se encuentran más al margen que el propio derecho real: la ley, que limita con éstos al propietario, con la obligación real le limita también, sustancialmente, pero en una forma que correspondería a fenómenos ya extinguidos, de derecho real *in faciendo*, admisibles si acaso en el mundo anterior a la codificación. No cabe ya este derecho real *in faciendo*, en principio queda fuera del sistema, y la noción de obligación *propter rem* es un mero *nomen* para designar esos extraños casos en que el legislador tiene a bien vincular con obligaciones al propietario (o titular) no sólo actual sino sucesivo.

En conclusión, una serie de elementos histórico dogmáticos, que inciden también en el método de estudio, dificultan y oscurecen la noción y ubicación en el sistema de la obligación real. Rasgos de una cierta mentalidad que conviene un poco sortear o, al menos, tener presente, cuando pretendemos una doctrina general en que aquella tenga cabida adecuada. Intentar elaborarla en el marco de aquellas coordenadas difícilmente puede

---

*contratto, bensí dalla legge*". Cfr. *La tipicità...*, II, cit., p. 30 y nota 86. Sólo la ley puede directamente prestar su eficacia general, a terceros, para reforzar aquello que el contrato no podría. Vid. *La tipicità*, I, cit., p. 164-166. Y, la propiedad, lo mismo que el derecho real, no es más que esto.

<sup>421</sup>Cfr. GOUTAL, J. L., *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Paris, 1981, p. 89.

<sup>422</sup>Cfr. NATUCCI, *La tipicità...*, II, cit., p. 21 y nota 57.

<sup>423</sup>Cfr. NATUCCI, *La tipicità...*, II, cit., pp. 140, 144, 150.

conducir a una útil clarificación. En cierto modo, esto es lo que va a ocurrir con la doctrina francesa, y, después, con la italiana.

¿Qué elementos contribuyen a resaltar la excepcionalidad?

Como hemos visto, la acentuación de matices de subjetivismo y voluntarismo –el ordenamiento se construye a partir de la libertad individual y el poder de la voluntad– que acompañan al triunfo de la propiedad exclusiva, y su reflejo en la dogmática posterior<sup>424</sup>. En la medida que partiendo de los datos legales que ofrece el *Code civil* la doctrina francesa estudia la obligación real, pero lo hace en un tiempo todavía muy próximo a la Codificación, puede estar como predestinada al fracaso, al buscar la especulación sobre una categoría impropia de la dinámica del momento. Tendrá que pasar un siglo para que, sin necesidad de las grandes monografías del pasado, la doctrina general acepte y manifieste el lugar que este concepto tiene en el ordenamiento<sup>425</sup>.

En esta mentalidad, el derecho real es una excepción radical, y el mundo de las concurrencias carece de sentido<sup>426</sup>. La obligación real quedará entonces como algo parecido a las *reallasten* que, a pesar de su purificación o práctica eliminación, pudiera tener sentido en la tradición germánica. Buscarle un sitio en el sistema queda reducido, para la doctrina

---

<sup>424</sup>Extraer consecuencias dogmáticas de las premisas socio-filosóficas del individualismo, es lo que separa la Pandectística del panorama anterior. Con ella “finalmente una reflexión científica traducía en términos jurídicos el modelo cultural del individualismo posesivo”. Cfr. GROSSI, *Tradizioni e modelli...*, cit., p. 318 y ss.; DE LOS MOZOS, “La formación del concepto...”, cit., p. 624 y ss.; ORESTANO, *op. cit.*, p. 159 y ss.; COMPORTI, *Diritti reali...*, cit., p. 7 y ss.

<sup>425</sup>Cfr. PATAULT, *op. cit.*, nn. 228 y 230.

<sup>426</sup>La distinción propiedad-derecho real adquiere importancia desde el siglo XVI. Es revelador –señala PATAULT– encontrar a GROCIO en el origen de la distinción. Cfr. PATAULT, *op. cit.*, n. 130, con referencia a FEENSTRA, R., *L'influence de la pensée juridique de Grotius, XVI siècle*, 1983, p. 487 y ss. Tardará en afirmarse la tajante contraposición. PUFFENDORF admite que una cosa “como se ve cada día, pertenece a varios, *maîtres* de ella según diferentes maneras”. En POTHIER, y el propio *Code civil*, encontramos analogía y distinción. Cfr. PATAULT, *op. cit.*, nn. 120, 132. Pero en la Pandectística, se impone la distinción radical. “La propiedad y la servidumbre están separadas por una diferencia sistemática exactamente igual que la propiedad y las obligaciones” (IHERING, *El espíritu del derecho romano*, 4, n. 63, cit. por PATAULT, *op. cit.*, n. 92). Los derechos reales limitados no participan en la vida esencial de la propiedad, Cfr. GROSSI, “*Tradizioni e modelli...*”, cit., pp. 322-323; voz “*Proprietà...*”, cit., pp. 252-253; NUÑEZ LAGOS, “El Registro...”, *op. cit.*, pp. 218-219.

suiza, a un mero reconocimiento de su existencia, dependiendo de la *voluntas legislatoris*. Y poco más.

La construcción del ordenamiento a partir de la persona individual y su potestad de querer, es un hilo conductor en que engarzarán, con diversa fuerza y varias ramificaciones, consensualismo, contractualismo, formalismo<sup>427</sup>.

Tomar como punto de partida, idea-faro, categoría jurídica básica el contrato, manifestación de la abstracta concurrencia de voluntades libres a partir de una igualdad también abstracta. Desde esta óptica la propiedad aparece como una excepción. Una vez justificada como proyección de la propia libertad, presupuesto y corolario del *contrat social*, las personas concretas –el propietario individual– no puede a través del contrato interpersonal introducir limitaciones que afecten a propietarios futuros: vendrían atacados en la básica libertad e igualdad para todos de su propiedad. Más adelante, la cuestión de los derechos reales tiende sutilmente a pasar del terreno de la absolutividad (no sería sino la otra cara de la atribución natural, y sobre esa base, jurídica, que recoge y consagra la inmediatividad) al de la oponibilidad, y además, de un contrato, que básicamente limita la propiedad<sup>428</sup>.

Abandonada la contemplación de la realidad natural de las cosas en que la nota de inmediatividad reconocida por el legislador, mantiene capital importancia<sup>429</sup>, el concepto de derecho real no puede por sí mismo permitir al propietario determinar el destino de la cosa repartiéndolo su atribución, en términos de concurrencia entre titulares, siempre que tenga «causa» negocial para ello y el esquema establecido corresponda al ámbito natural de las relaciones del hombre con las cosas. Sólo podrá ocurrir esto cuando la ley, que afirmó la propiedad, pero sin fijarse en las relaciones naturales y sociales, como una sustancia «propriadamente jurídica», solución a un conflicto de arbitrios, prevea un esquema típico para que el contrato o acto traslativo, en la forma que sea, con un sentido más legal que

---

<sup>427</sup>Vid. GALLEGO, *op. cit.*, p. 92 y ss., 120 y ss.; D'ADDIO, voz “*Contrattualismo*”, *cit.*, p. 216-225; LARENZ, K., *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. italiana, Milano, 1966, p. 19 y ss., 37 y ss., 51 y ss.; HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 63 y ss.; DE LOS MOZOS, “La doctrina de F.C. von Savigny...”, *cit.*, p. 75 y ss.; COMPORTI, *Diritti reali...*, *cit.* p. 9 y ss.

<sup>428</sup>Lo hemos visto en NATUCCI, *vid. supra*.

<sup>429</sup>Lo que se manifiesta en la doctrina de los modos de adquirir, y también, de perder el dominio.

«natural», establezca derechos reales limitados, simples excepciones que se sostienen en la realidad por la fuerza de la ley.

Frente a esto, otra categoría de derechos responden mejor a la idea kantiana de «relación jurídica», los derechos de crédito, a los que basta la *lex inter partes* del contrato para mantenerse en la existencia<sup>430</sup>. Por ello, una obligación real, que pretende –a través, además, de un contrato– desplegar una eficacia que sólo la ley posibilita para los derechos reales, resulta algo muy extraño que, de ser posible, solamente lo sería por la fuerza de la ley, pero aún con menos justificación.

Resalta la excepcionalidad, por tanto, hacer depender la cuestión de la contraposición y separación –ahora tajante– entre derechos reales y de crédito, como una estructura que delimita y cierra el horizonte patrimonial<sup>431</sup>. Sería preciso colocarse en otra perspectiva y encuadrar el tema, no tanto como un aspecto de la confusión entre ambas categorías o la dificultad de deslindarlas adecuadamente<sup>432</sup>, sino de la intercomunicación entre lo personal y el mundo de las cosas en el universo del derecho de bienes. Pero este punto de vista, o se ve ilógico, o resulta, sencillamente, imposible y ajurídico, cuando se presenta la dicotomía, por exigencias de la «lógica jurídica», o del sistema establecido para un «nuevo» derecho patrimonial, primero, en el Código civil argentino y después, en la doctrina alemana<sup>433</sup>.

---

<sup>430</sup>Cfr. HATTENHAUER, *op. cit.*, pp. 82-83. Por ello, está más asentada que la propiedad y el derecho real, en la moderna visión de la relación social. Cfr. DE LOS MOZOS, J. L., “Reflexiones preliminares sobre el derecho de obligaciones”, *Libro Homenaje a José María Chico y Ortiz*, p. 416, nota 38.

<sup>431</sup>FELTMANN (s. XVII) presenta la distinción como “*noveauté de nature à engendrer une certaine stupéfaction*”, un virtuosismo doctrinal. Mucho después planteará DEMOLOMBE: “¿Existen derechos a la vez reales y personales?»: son “más que diferentes; son contrarios y parecen verdaderamente incompatibles e inconciliables”. DEMOLOMBE, *Cours...*, IX, *cit.*, n. 467. Cfr. PATAULT, *op. cit.*, nn. 117, 130, 200.

<sup>432</sup>Sobre este punto, en nuestra doctrina, es clásico VALLET DE GOYTISOLO, “Notas críticas a la pretensión de encasillar todos los derechos patrimoniales en las categorías de derechos reales y de crédito”, y “Determinación de las relaciones jurídicas referentes a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto de tercero”, en *Estudios sobre derecho de cosas*, I, 2ª ed., Madrid, 1985, pp. 217-225, y pp. 253-364.

<sup>433</sup>*Vid.* NUÑEZ LAGOS, “El Registro...”, *op. cit.*, p. 145; DE LOS MOZOS, J. L., “Los derechos reales en la sistemática de Vélez Sarsfield”, *RDP*, junio 1986, p. 491 y ss.; “Reflexiones preliminares...”, *cit.*, p. 409 y ss., pp. 413 y ss.

En Francia, la distinción entre el *ius in re* y un *ius ad rem* (crédito relativo a una cosa, no en el sentido de los códigos austríaco y prusiano) que POTHIER invita a estudiar entre los derechos de obligación, mantiene al menos la ilusión de una cierta continuidad en la unidad del *ius rerum*, y en tal perspectiva (interpenetración entre patrimonio de las personas y realidad de las cosas, entre atribución y esfera del contrato) encuentra un lugar la obligación real<sup>434</sup>. Pero al no establecer la distinción suficiente entre contrato y transferencia jurídica real, se verán obligados a asegurar la distinción por otras vías, lo que resulta dañino para el encaje de aquella<sup>435</sup>. Esto se acentúa cuando, por el influjo de KANT, la doctrina obligacionista trata de hacernos ver el derecho real como una forma distinta de organizar una obligación (pasiva universal). Si la distinción entre derecho real y personal enferma por estas complicaciones, la obligación real, o estorba, porque complica el triunfo de la propiedad y oscurece el terreno del «auténtico» derecho real (aparece como una servidumbre que no osa decir su nombre) o se confunde con la otra cara del derecho real<sup>436</sup>.

Pero donde la separación y contraposición derecho real-derecho personal recibe un impulso formidable, en la construcción del ordenamiento a partir de la autonomía y libertad-igualdad abstracta, es en el sistema alemán. En Kant, la libertad se proyecta, o en

---

<sup>434</sup>Vid. DE LOS MOZOS, “El derecho de los bienes...”, *cit.*, pp. 72-77.

<sup>435</sup>El *humus* voluntarista se vinculará a la doctrina del derecho natural, en la teoría de la transmisión *solo consensu*. El poder de disposición, dirá GROCIO, ha de llevar consigo el de transmitir por la sola voluntad. Si, históricamente, el contrato, por ser real, lleva consigo la transmisión, con el tiempo, debilitada la *traditio*, la propia voluntad contractual –sin atender a lo que ocurra después– ha cobrado fuerza como fundamento traslativo y no sólo en cuanto causa. Cfr. DE LOS MOZOS, “La doctrina de F.C. von Savigny...”, *cit.*, p. 98 y ss.; PATAULT, *op. cit.*, p. 199 y ss. COING, *Derecho privado...*, II, *cit.*, pp. 493-494. Vid. FEENSTRA, R., “Grocio y el derecho privado europeo”, *AHDE*, XLV, 1975, pp. 605-621; AUGÉ, G., “*Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius*”, *APD*, 13, 1968, pp. 99-114. La vinculación de las cosas, como bienes, al mundo personal, libertad, recibe así una potenciación, filosófica, «espiritualista», en apariencia coherente. Una misma voluntad contractual obliga a las personas o transmite las cosas. Mas, en el mundo del derecho, realidad social, frente a los bienes, distribución de las cosas... ¿es suficiente? Cfr. *Exposición de Motivos de la Ley hipotecaria*, *cit.*, p. 24; DE LOS MOZOS, “El derecho de los bienes...”, *cit.*, p. 81 y ss.; ATIAS, *Les biens*, I, *cit.*, p. 189.

<sup>436</sup>Cuya existencia precisamente negaban los juristas argentinos, con buen criterio, cuando afirmaban –con expresión un tanto equivocada– que no hay obligación que corresponda a los derechos reales.

las cosas corporales, después del acuerdo abstracto general, o en la voluntad del obligado, tras el compromiso contractual. Y SAVIGNY va a distinguir el contrato, relación personal, y el negocio de transmisión real. No es posible que el mismo tipo de negocio sea el vehículo de la voluntad contractual, o de la voluntad general que reconoce el traspaso real.

El voluntarismo latente en el sistema consensual se acentúa y se proyecta aquí en una dirección distinta. Si la libertad frente al objeto exterior del arbitrio, aceptada y reconocida por la voluntad general, es el fundamento del dominio, las cosas, objetos del mundo exterior, cambiarán de titular cuando el *animus adquirendi y trasferendi*, en un acuerdo abstracto, converge y recibe el reconocimiento de la voluntad general, en materia inmobiliaria a través de la inscripción en el registro. Lo que ocurrirá, siempre igual, para la propiedad, en virtud de los postulados anteriores, sin consideración alguna a las relaciones previas a la manifestación del acuerdo. Y, respecto al *ius in re aliena*, cuando el objeto del acuerdo constituya una de las formas típicas en que el convenio general, sedimentado en la ley, permite, *in abstracto* una peculiar atribución parcial.

La autonomía de la persona sólo admite que ésta entre en relación a través del compromiso contractual. Si en el Registro, que es el mundo de las cosas, objeto y valor dispuesto para el tráfico, llegara a entrar una relación, una interdependencia personal, el sistema habría fracasado. Porque las cosas, los objetos, no pueden traicionar a la persona, relacionándola. En el Registro sólo ingresa la voluntad general. No puede tener un sitio una distribución o arreglo contractual. Por ello, cuando LIVER señala: «hay también obligaciones reales», esto sólo puede causar perplejidad<sup>437</sup>.

Sin embargo, igual que el Código argentino no puede hacer olvidarla del todo<sup>438</sup>, respecto al BGB –paradójicamente– encontramos en él ejemplos claros de obligación real, si bien pequeños, limitados, subsidiarios y con un tratamiento modesto, que precisamente es el adecuado, aunque esto venga facilitado por la tradición de las cargas reales, lo que permitirá atribuirles una consideración análoga a éstas, aunque todo ello carece de una explicación en el sistema, simplemente queda ahí la constatación de su presencia en la ley,

---

<sup>437</sup> Sobre estas cuestiones, por todos, *vid.* NUÑEZ LAGOS “El Registro...”, *cit.*, p. 137 y ss. ; DE LOS MOZOS, “El derecho de los bienes...”, *cit.*, p. 87 y ss.; “La doctrina de F.C. von Savigny...”, *cit.*, *passim*, esp. p. 136 y ss.; “Crisis del principio de abstracción...”, *Estudios...*, *cit.*, p. 145 y ss.; GARDIES, *op. cit.*, p. 142 y ss.; HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 53-56. COING, *Derecho privado...*, II, *cit.*, pp. 490 y ss., 499-501.

<sup>438</sup> Cfr. DE LOS MOZOS, “El derecho de los bienes...”, *cit.*, p. 103, 106.

a lo que casi se limita después la doctrina suiza, cuando «redescubre» la categoría en el sistema. Doctrina que tiene el mérito de negar que la obligación real sea un sinsentido sistemático, aunque con tímida argumentación, y luchando contra problemas que no aparecen desde la perspectiva de nuestro Código civil. Y si la doctrina suiza afirma su analogía con el derecho real y le aplica por ello, sin mayor profundización, la regla del *numerus clausus*, también es verdad que ciertos autores han profundizado en el sentido del concepto, su utilidad y su encaje y, tanto en la doctrina como en la legislación, con el amparo de la doctrina y sistema registral, se vislumbra algún acercamiento a la posibilidad de un uso más libre.

Decíamos que a la obligación real le basta con el reconocimiento de un lugar modesto, subsidiario, en el sistema, y un tratamiento también modesto y «accesorio». Haber olvidado esto supone otro problema que ha hecho resaltar su excepcionalidad. Partiendo de la base de la contraposición entre derecho real y derecho de crédito, y en una mentalidad marcada por el concepto-clave del contrato y por la idea de libertad de la propiedad y, después la del derecho real como realidad legal más que natural, no puede conducir demasiado lejos la pretensión de situar o contemplar la obligación real, o *propter rem* (sin deslindarlas) como categoría *a se*, autónoma, y que reclama un lugar y un estudio «propio», equiparable incluso al reservado para las dos grandes categorías del derecho real y el derecho de crédito.

En la contraposición entre esas dos categorías, cuando se trata de hacer esta gran arquitectura, no puede haber sitio –explica DE LOS MOZOS– para algo tan pequeño (y que, además, rompería el esquema). El resultado será no tenerla en cuenta y así –señala LIVER– no se ocupa de ella el Pandectismo y no encuentra un sitio, como concepto, en la Codificación. Pero, por otro lado, si desde aquellas premisas tratamos de hacerle un sitio como categoría intermedia, estaríamos pretendiendo para la noción un lugar demasiado amplio, como un polo de atención pretendidamente al mismo nivel que el derecho real o de crédito. Este problema va a tener la doctrina francesa, y va a conducir a buscar un tratamiento a la noción, al final confundiéndola con el derecho real, como la otra cara del mismo, con lo que se termina por diluir el concepto. Como, además, la generalidad de la doctrina no renuncia a la contraposición del derecho real y de crédito con los matices señalados, muchos verán en esta categoría «intermedia» que intentaría ponerse al mismo nivel que el derecho real, sin serlo y gozando de la libertad del derecho de crédito, una servidumbre que no osa decir su nombre.

No es necesario, pues, buscar a la obligación real un lugar demasiado grande, y menos aún querer que se sitúe a mitad de un espacio (que no cabría, o sería necesario establecer