

Cuestiones fundamentales para la comprensión del Derecho Europeo de Cosas*

CHRISTIAN VON BAR

Director Ejecutivo del *European Legal Studies Institute* de la Universidad de Osnabrück

Catedrático de Derecho civil, Derecho privado europeo y Derecho internacional privado

RESUMEN

Este artículo analiza tres cuestiones clave del «Derecho de Cosas» europeo. (1) ¿Es posible demostrar un entendimiento común en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea del Derecho de los derechos patrimoniales oponibles a terceros, para establecerlo (sin importar el nombre que recibe) como una materia sistemáticamente autónoma del derecho privado europeo? (2) ¿Cuáles son los puntos de referencia de estos derechos subjetivos o, en otras palabras, qué dice una jurisprudencia común europea acerca de las «cosas»? Y (3) ¿sobre la base de qué criterios los derechos subjetivos sobre las cosas [derechos reales] establecidos por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros pueden ser sistematizados, lo que permite una mirada al conjunto, sin perder de vista las características regionales?

PALABRAS CLAVE

Derecho de Cosas; Derecho privado europeo; Derecho privado europeo común.

ABSTRACT

The following article discusses three fundamental questions concerning European «Property Law» (or «law of things»). (1) Is it possible to provide evidence of a sufficiently common understanding of the law on patrimonial rights with effects against third parties in the legal orders of the EU Member

* Traducido por Dr. José Carlos de Medeiros Nóbrega (Osnabrück) y Prof. Dr. Celia Martínez Escribano (Valladolid). El artículo original, titulado «Grundfragen europäischen Sachenrechtsverständnisses», fue publicado en *Juristenzeitung* 70 (2015), pp. 845-860.

States to establish it (under whatever name) as a systematically independent area of European private law? (2) What are the points of reference of such rights, or to put it in another way: what can a common European jurisprudence say about «things»? And (3) according to which criteria can the property rights set up by the Member States' legal orders be systematized in such a way as to allow a glance at the whole without missing regional specificities?

KEYWORDS

Property law; European private law; Common European private law.

I. INTRODUCCIÓN

Una teoría europea que quiera abarcar los derechos reales de los Estados miembros en *un único* sistema, solo puede desarrollarse a través de una mirada en un constante ir y venir del todo a las partes y de las partes hacia el todo. El Derecho Europeo de Cosas se nutre de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros relacionándolos al mismo tiempo que los expone al ojo crítico de cada uno de los «otros»¹. La gran cantidad de material y abundancia de ideas que de este modo salen a la luz no pueden ser representados o incluso remotamente documentados con sus fuentes a través de un artículo; solo es posible hacerlo en un libro². Sin embargo, a través de un artículo sí que se pueden presentar algunas de las respuestas desarrolladas gradualmente en el libro en relación con las cuestiones fundamentales para la comprensión del Derecho Europeo de Cosas. Este es el objetivo de estas líneas.

II. ¿PARA QUÉ SIRVE Y QUÉ ES EL DERECHO DE COSAS?

1. DERECHO DE COSAS Y DERECHOS SOBRE COSAS [DERECHOS REALES]

Es sorprendentemente difícil encontrar una respuesta aceptable a la pregunta sobre lo que se entiende en un contexto paneuropeo

¹ Cfr. von Bar, *Privatrecht europäisch denken!* [¿Pensar el derecho privado como europeo!], *Juristenzeitung* 69 (2014), pp. 473-479.

² Cfr. von Bar, *Gemeineuropäisches Sachenrecht. Erster Band: Grundlagen, Gegenstände sachenrechtlichen Rechtsschutzes, Arten und Erscheinungsformen subjektiver Sachenrechte* [Derecho Común Europeo de Cosas. Vol. I: Fundamentos, Objetos de protección jurídica del Derecho de Cosas, Especies y Clasificaciones de derechos sobre cosas subjetivos/derechos reales] (Múnich 2015). El segundo volumen está en preparación para su publicación en 2018.

sobre el «Derecho de Cosas» [«Sachenrecht»] o sobre lo que puede ser identificado como perteneciente al Derecho de Cosas. Se podría decir que es un subconjunto de reglas que ordenan las relaciones entre sujetos de derecho privado en relación con «cosas». El Derecho de Cosas se divide en el Derecho de los derechos subjetivos sobre cosas [derechos reales] y el Derecho de posesión^{NT}. Este último sirve al Derecho de los derechos subjetivos en la medida en que garantiza su funcionamiento, pero no es parte del mismo. Los derechos subjetivos sobre las cosas confieren facultades de uso de las cosas y producen efectos en relación a cualquier persona que interfiere en estos poderes³. Los remedios jurídicos (pretensiones, derechos para iniciar una acción), arraigados en el derecho objetivo de las cosas están vinculados únicamente a la titularidad del respectivo derecho [derecho subjetivo sobre las cosas]. A diferencia de otros derechos subjetivos, los derechos [subjetivos] del Derecho [objetivo] de Cosas no desarrollan su particularidad en las relaciones bilaterales. Una vez que el Derecho de Cosas tiene que ver con vínculos legales en referencia a las cosas, la cuestión de lo que «es» una cosa se relaciona con la cuestión relativa a qué derechos sobre cosas están permitidos por el ordenamiento jurídico. La noción de cosa en el derecho de propiedad se diferencia de la del derecho de prenda o derecho de usufructo (y sin duda de la noción de cosa del derecho de posesión⁴). Este cambio de enfoque requiere que «cosa», en el sentido del Derecho de los derechos, se entienda como un objeto patrimonial en relación con el cual se pueda constituir un derecho subjetivo sobre cosas.

Los derechos subjetivos desarrollan su eficacia frente a terceros, pero no frente a cosas, y ello no depende en absoluto de si la noción de «derecho» [«Recht»] se refiere únicamente al núcleo del derecho [Stammrecht] o también a los remedios jurídicos que pro-

^{NT} La expresión «Recht der Rechte» o «Derecho de los derechos» es muy peculiar y propia de la teoría elaborada por el Profesor von Bar. En inglés, «Recht der Rechte» equivaldría a «law of [property] rights», y en español se ha optado por la traducción «Derecho de los derechos subjetivos» para hacer notar que «Derecho» alude al Derecho como una disciplina jurídica (law) y «derechos» a los concretos derechos subjetivos de que puede ser titular una persona (rights).

³ En este sentido, cfr. *van Erp*, en: Schulze y Schulte-Nölke (orgs.), *European Private Law – Current Status and Perspectives* (Múnich 2011), pp. 227, 231. Las definiciones legales de derechos subjetivos sobre cosas son inusuales. Una excepción puede encontrarse en el art. 973 del CC griego, según el cual los derechos sobre cosas (o «derechos reales») son aquellos derechos que «garantizan un dominio inmediato y oponible a todos sobre una cosa». Y el § 307 del ABGB austríaco define los derechos reales como derechos que «son atribuidos a una persona sobre una cosa sin tener en cuenta a las demás personas».

⁴ Lo que se demuestra especialmente en las reglas sobre posesión parcial [*Teilbesitz*], por ejemplo, en el § 865 del BGB alemán, en el § 49 de la Ley sobre Propiedad de Estonia y en el art. 993 del CC griego, según los cuales incluso la pared externa de un edificio puede ser objeto de posesión (Areopag 109/1971, NoB 19 (1971) p. 602; RGZ 26. 10. 1912, RGZ 80 p. 284).

porcionan su protección. No existen acciones judiciales contra las cosas⁵. El término «dingliche Ansprüche» (§ 198 del BGB alemán) [«pretensiones reales»] también es incorrecto porque una pretensión [Anspruch] siempre se dirige contra una determinada persona y por lo tanto no puede por sí misma presentar las características de un derecho real eficaz contra cualquier persona. Solo tiene naturaleza real el núcleo del derecho, que ejercita la pretensión, y no esta.

Solo la aparición de un tercero permite la distinción entre derechos obligacionales y derechos reales. Robinson Crusoe, tal como dijo *Gretton*, no necesitaba ningún derecho mientras estaba solo en su isla. Después que Viernes llegó a la isla, los dos naufragos podían vivir de acuerdo con normas de derecho, pero estas normas no podrían ser diferenciadas como derechos obligacionales y derechos reales. Esta distinción supone que al menos otra persona ha llegado a la isla⁶. En efecto, si Robinson y Viernes dividen la isla entre ellos, entonces sería irrelevante saber si el derecho a mantener la división resulta de una relación obligacional entre ambos o de dos derechos de propiedad. Esta pregunta se plantearía solo cuando fuera necesario probar que el acuerdo hecho entre los dos también se sustenta frente a un nuevo habitante de la isla.

Todos los ordenamientos jurídicos europeos consideran una tarea importante la de, en la medida de lo posible, evitar disputas sobre la clasificación de un derecho en una u otra categoría. Con este fin se utilizan diversas técnicas de reglamentación, incluyendo la técnica de limitar el número y las especies de derechos subjetivos sobre las cosas a través de un catálogo por imperativo legal. Es el llamado principio del *numerus clausus*, que si bien se ha relajado en algunos ordenamientos jurídicos de tipo romano y no rige en el derecho de *equity*, sigue jugando en términos generales un papel destacado⁷.

En el «lado pasivo» de una relación jurídica no se puede diferenciar entre el Derecho de Obligaciones y el Derecho de Cosas. Deberes no son *goederen*, ni *biens*, ni *property*; no se pueden descomponer en deberes obligacionales y reales. Los derechos de cosas se ejercitan solo de forma activa. Los remedios jurídico-reales se refieren solo a la titularidad del específico derecho real.

⁵ Esto también se aplica al derecho marítimo inglés: *Republic of India and Others v India Steamship Co. Ltd. (No. 2)*, [1998] AC 878 (HL).

⁶ *Gretton*, *Trusts Without Equity*, ICLQ 49 (2000), pp. 599, 607 (cfr. al respecto nota 44: «Robinson Crusoe had no law. When an island has two people, there must be law –ubi societas ibi ius– but only personal rights are needed, not real rights. Real rights will arrive with the third castaway»).

⁷ Cfr. *von Bar*, *The Numerus Clausus of Property Rights: A European Principle?*, en: *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law, Essays in Honour of Hugh Beale* (Oxford 2014), pp. 441-454.

Reaccionan frente a las intervenciones (inminentes) en las facultades del titular del derecho; no reaccionan, por el contrario, ni frente a una culpa, ni frente a un deber de custodia o a un enriquecimiento del demandado, ni siquiera frente a un daño o a un cierto estatus del solicitante.

El Derecho de Cosas pertenece a los instrumentos utilizados para una mejor asignación de los recursos. Su Derecho de los derechos (y este artículo solo trata de eso) solo puede funcionar de una manera justa, eficiente y autónoma, aceptando al menos cinco funciones de la regulación y decidiéndose por una de las posibles opciones de regulación siguientes *lege artis*. El Derecho de Cosas tiene que reconocer la eficacia frente a terceros de los derechos patrimoniales como una herramienta de formación del derecho privado y ordenar los remedios jurídicos que les sean propios; tiene que decir cuáles de estos derechos patrimoniales, por qué hecho constitutivo y en qué rango se aceptan en su territorio; tiene que determinar sobre qué objetos del tráfico jurídico pueden ser constituidos; tiene que establecer normas sobre la adquisición, transmisión y extinción de sus derechos patrimoniales; y tiene que responder a la pregunta de si es posible la disposición múltiple sobre la misma cosa o sobre el mismo bien y cuáles son sus consecuencias.

2. DERECHOS PATRIMONIALES ABSOLUTOS

Forma parte de los estereotipos de la literatura jurídica de no pocos Estados europeos comenzar la presentación de su Derecho de Cosas con el catálogo de sus principios rectores. Debido a su gran influencia, contribuyen poderosamente a la continuidad de muchas regulaciones del Derecho de Cosas. Esto, que se puede desear desde una perspectiva interna, sitúa al derecho privado europeo ante serias dificultades, ya que los llamados «principios del Derecho de Cosas» producen hasta hoy en día patrones de argumentación e identificación con fuertes colores nacionales. Del mismo modo, muchos de estos principios poco o nada dicen acerca de las características esenciales del Derecho de Cosas como disciplina. Muchas veces se agotan al poner de relieve las particularidades locales, como ocurre en el ámbito de la transmisión de los derechos sobre cosas [derechos reales].

Un derecho que goza de protección frente a cualquier persona se denomina en muchos ordenamientos jurídicos «absoluto». En consecuencia, los ordenamientos jurídicos incluyen los derechos reales subjetivos entre sus derechos absolutos. Con esto se hace evidente que ninguna obligación atribuida de modo específico a

una persona puede corresponder a un derecho subjetivo sobre cosas. Mientras que un derecho «relativo» siempre se puede formular como una obligación del deudor y sin esta obligación no podría existir el derecho [obligacional], el derecho «absoluto» solo puede coincidir con una obligación no específica de todos de no violar el derecho.

Tampoco se cuestiona esto en la doctrina inglesa de la *relativity of title* («*property is a relative concept*», pues «*the physical, legal and moral conditions of excludability may vary according to time and circumstance*»⁸). Esta doctrina no pretende superar la diferencia entre los derechos obligaciones y reales, sino reducir a un concepto un fenómeno intrínseco al Derecho de Cosas, en particular, que en el entendimiento del Derecho de las Islas Británicas, el principal problema consiste en saber si uno puede defender su derecho de aprovechamiento sobre un objeto patrimonial frente a otras personas que tienen un derecho de aprovechamiento incompatible con el derecho que se quiere defender. En el proceso, sería necesario determinar a quién se reconoce un mejor derecho o un mejor título sobre el objeto en cuestión, si al demandante o al demandado. *Cualquier* título es sin embargo absoluto. Es eficaz «casi» frente a todos; solo no lo es frente a aquellas personas que tienen un *title* (aún) mejor. Esto es fácil de entender si tenemos en cuenta que el Derecho de Cosas del *Common Law* no se desarrolla a partir de la protección de la propiedad, sino de la protección de la posesión [en concepto de dueño] de una cosa. La *possession* por sí sola establece un *property right*, que gana en importancia en función del motivo en el que se basa la adquisición de la posesión (robo, ocupación [hallazgo], arrendamiento, compra-venta, etc.).

Dondequiera que se utilice la expresión «derecho absoluto» como un concepto complementario al de los derechos relativos del Derecho de Obligaciones (y no simplemente como un término equivalente a «propiedad»), existe la idea de que los derechos subjetivos sobre cosas son eficaces frente a cualquier persona⁹. Esta

⁸ Gray, *Property in Thin Air*, [1991] CLJ 252, 295.

⁹ Cfr. por ejemplo, para Bélgica *Vandenberghé*, *Goederenrecht* (Leuven 2005), p. 4; para Bulgaria *Vassilev*, *Balgarsko veshtno pravo* (Sofia 2001), p. 14; para Alemania *Baur y Stürmer*, *Sachenrecht* (18. ed., Múnich 2009), § 2 nr. 2 y *MünchKomm (-Gaier)*, BGB VI (5. ed., Múnich 2009), Introducción, nr. 4; para Francia *Malaurie y Aynès*, *Les biens* (3. ed., Paris 2007), p. 95 nr. 368, así como *Atias*, *Les biens* (10. ed., Paris 2009), p. 56 nr. 77; para Grecia (donde el carácter absoluto es entendido como la principal característica de los derechos reales, cfr. el art. 973 del CC griego, según el cual los derechos reales deben ser observados por cualquier persona y protegidos frente a cualquier persona): *Triantos*, *Astikós Kodikas* (Atenas 2009), p. 1185 y *Filios*, *Empragmato Dikaio* (3. ed., Atenas y Komotini 2009), p. 44; para Italia *Torrente y Schlesinger*, *Manuale di diritto privato* (21. ed., Milán 2013), p. 257; *Gazzoni*, *Manuale di diritto privato* (10. ed., Nápoles 2003), p. 247; *Bianca*, *Diritto civile VI* (Milán 1999), p. 121 nota 1; *Trabucchi*, *Istituzioni di diritto civile* (44. ed., Pádova 2009), pp. 77 y 540-550); para los Países Bajos, cfr. Asser

eficacia *erga omnes* es parte de las características esenciales de los derechos sobre cosas; en este punto, incluso las diferencias entre el *Common Law* y el *Civil Law* son solo terminológicas, pero de ninguna manera sustanciales. Sin derechos eficaces frente a terceros, no existe Derecho de Cosas o como dicen en los países escandinavos, no hay una «protección jurídico-real» [«*sachenrechtlicher Schutz*», *sakrättsligt skydd*]. Esta frase se puede invertir en el sentido de que siempre donde hay derechos patrimoniales eficaces frente a terceros, habrá también un derecho sobre cosas. Y puesto que todos los ordenamientos jurídicos europeos dan a sus ciudadanos la posibilidad de adquirir tales derechos patrimoniales absolutos, entonces realmente también existe en todas partes un Derecho de Cosas. Cómo se va a llamar esta disciplina en cada ordenamiento jurídico es claramente otra cuestión, y lo mismo pasa con la pregunta de si o cómo los ordenamientos jurídicos europeos entienden la autonomía sistemática del Derecho de Cosas en su legislación, en su doctrina jurídica y en los planes de estudios de las Universidades.

III. OBJETOS DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE COSAS

1. PUNTOS DE REFERENCIA, TITULARIDAD Y CONTENIDOS DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS SOBRE COSAS

Un derecho subjetivo sobre cosas obtiene su identidad a partir de la respuesta a tres preguntas: ¿A qué cosas puede ser atribuido?, ¿quién puede ser su titular? y ¿cuáles son los poderes o facultades que ese derecho confiere a su titular? Los derechos subjetivos sobre cosas [derechos reales], dependiendo de la jurisdicción, pueden

(-Mijnsen/van Velten/Bartels), *Zakenrecht* (15. ed., Deventer 2008), nr. 18 y Pitlo (-Reehuis y Heisterkamp), *Goederenrecht* (12. ed., Deventer 2006), p. 13 nr. 22; para Austria Barta, *Zivilrecht* (Viena 2004), p. 484, y también *Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Call/Eccher*, *Sachenrecht* (2. ed., Viena 1985), p. 1; para Polonia los arts. 140 y 251 del CC polaco, y *Liebscher y Zoll*, *Einführung in das polnische Recht* (Múnich 2005), p. 163, *Gniewek*, *Prawo rzeczowe* (8. ed., Varsovia 2010), p. 12 nr. 31; para Portugal, entre otros, el art. 1311 del CC portugués y en el mismo sentido *Vieira*, *Direitos reais* (Coímbra 2008), pp. 229-230; para la República Checa *Švestka y Dvořák*, *Občanské právo hmotné* (5. ed., Praga 2009), p. 272, asimismo *Eliáš et al.*, *Občanský zákoník. Velký akademický komentář I* (Praga 2008), p. 511; para Hungría *Menyhárd*, *Dologi jog* (Budapest 2007), p. 18, y *Lenkovics*, *A dologi jog vázlatá* (7. ed., Budapest 2006), pp. 23-24, y para Suecia *Håstad*, *Sakrätt* (6. ed., Estocolmo 2000), p. 15. En el DCFR (*Draft Common Frame of Reference*, i.e., en el Borrador del Marco Común de Referencia), el principio del carácter absoluto de los derechos reales se expresa en el art. VIII.-6:101; correcto, cuanto a eso, *Stadler*, *Juristenzeitung* 65 (2010), pp. 380, 382.

estar constituidos sobre un número de objetos mayor o menor, no son accesibles a todos en todas partes y tampoco tienen el mismo contenido en todas partes, incluso cuando aparecen con el mismo nombre. Es importante ser consciente de las correlaciones entre el punto de referencia [*Bezugspunkt*], la titularidad y la extensión del derecho. La disociación entre la posición jurídica y la titularidad del derecho también es necesaria por otra razón, incluso para la concepción ordinaria de la propiedad, puesto que cuando se habla del «propietario de la cosa», en realidad tiene que entenderse como «titular del derecho de propiedad sobre la cosa». Si fuera diferente, nadie podría «transmitir la propiedad»; la propiedad tendría que extinguirse como propiedad del antiguo propietario y resurgir como propiedad del nuevo propietario *ex lege*. También está claro que el punto de referencia de un derecho sobre cosas afecta a su contenido. Una hipoteca mobiliaria simplemente no es lo mismo que una hipoteca inmobiliaria.

Poco afortunada parece ser la expresión generalizada, a veces incluso directamente establecida por la ley¹⁰, de los «derechos reales limitados». La teoría del desmembramiento, en cuyo contexto se formula esta expresión, solo podría ser correcta, en la mejor de las hipótesis, cuando el derecho más amplio –propiedad– pueda referirse a *cualquier* objeto susceptible de ser objeto jurídico-real (y no solo a las cosas corpóreas). La comparación implícita con el derecho de propiedad se hace necesaria cuando el Derecho civil en cuestión solo conoce un grupo limitado de cosas susceptibles de propiedad. Sin embargo, los «derechos reales limitados» se constituyen también sobre objetos de derecho que de ningún modo pueden ser objeto de propiedad. Además, la teoría del desmembramiento es inconsistente con su propio punto de partida. Según esta teoría, lo que queda sería una posición meramente residual y por tanto, ya no es propiedad. Los derechos no se desmembran en otros derechos, sino que gravan otros derechos, de tal manera que (salvo que un régimen legal disponga otra cosa) cualquier derecho sobre cosas puede gravar cualquier otro derecho sobre cosas. La propiedad es la única que no puede gravar nunca otro derecho.

¹⁰ Por ejemplo, el art. 3:8 del BW holandés («Un derecho limitado es un derecho que se deriva de un derecho más amplio, el cual es gravado por aquel») y el art. 244 § 1 del CC polaco («Los derechos reales limitados son: el usufructo, la servidumbre, la prenda, el derecho de propiedad del espacio cooperativo y la hipoteca»).

2. OBJETOS, OBJETOS DEL TRÁFICO JURÍDICO Y COSAS

La mera circunstancia de que, en alguna parte de Europa, casi todo lo que juega un papel en el tráfico de valores patrimoniales pueda llegar a ser un punto de referencia de un «derecho sobre cosas» significa, por otro lado, que hay numerosos objetos que en otras partes de la Unión están excluidos del círculo de objetos jurídico-reales. Además, incluso puede ser que un ordenamiento jurídico nacional intente mantener su flexibilidad y su potencial de desarrollo a través de la decisión de no catalogar los posibles puntos de referencia de los «derechos sobre cosas». Al final, ¿qué son «cosas»?

La respuesta a esta pregunta debe tener en cuenta la distinción entre objetos, objetos del tráfico jurídico (o bienes) y cosas. Por lo tanto, se avanza de lo general a lo particular. Podemos considerar como «objeto» todo lo que no es una persona, sino una entidad, a la que el ordenamiento jurídico pueda considerar como suficientemente determinable y la pueda encuadrar en su aparato de reglas jurídicas de carácter privado y, ciertamente, la encuadra. Aquello que puede ser vendido, cambiado o donado es un «objeto del tráfico jurídico» y, por tanto, también un «bien». Pues un *bien* es un objeto que, de alguna manera, es útil para una persona¹¹, y lo que es útil para las personas, se puede trasladar a todas las reglas del tráfico jurídico. Las «cosas», por último, son para nosotros aquellos objetos del tráfico jurídico (aquellos bienes), sobre los cuales pueden ser constituidos derechos eficaces frente a terceros, concretamente los derechos sobre cosas. Todas las cosas y todos los objetos del tráfico jurídico son objetos, pero, al contrario, no todos los objetos son también objetos del tráfico jurídico o cosas. El aire de la atmósfera no es un objeto; por otro lado, las concesiones comercializables atribuidas por un Estado para la emisión de gases son objetos del tráfico jurídico, llegando a ser cosas cuando y desde el momento en que pueden ser gravadas con una hipoteca¹². El derecho a la restitución de la posesión en virtud de la propiedad (reivindicación) no puede ser vendido separadamente en un sistema causal de transmisión, y, en cualquier caso, no puede ser cedido o pignorado separadamente en un sistema abstracto. Este derecho es

¹¹ Cfr., por ejemplo de *Page y Dekkers*, *Traité élémentaire de droit civil belge* V (2. ed., Bruselas 1975), p. 535 nr. 531 (una *chose* se convierte en un *bien*, cuando la cosa resulta ser útil y apropiable).

¹² Cfr., por ejemplo el art. 688, nr. 1 lit. d del CC portugués, según el cual también el derecho resultante de concesiones (transmisibles) sobre bienes del dominio público puede ser gravado con una hipoteca.

por tanto un objeto, pero en el primer caso no es objeto del tráfico jurídico y en el segundo no es cosa.

Dado que no todas las cosas pueden ser puntos referencia de todos los derechos sobre cosas de un ordenamiento jurídico, se recomienda subdividir aún más el concepto de «cosa». Al más alto nivel, lo mejor sería diferenciar entre cosas «reales» [i.e., verdaderas] y cosas «normativas»; en el siguiente nivel se puede hacer la subdivisión de todas las cosas «normativas» en fincas [*Grundstücke*] y cosas normativas puras. La palabra «cosa» se refiere también a los objetos, cuya corporeidad implica una delimitación en relación a otras cosas («mercaderías»). Las fincas comparten con estos objetos la característica de la corporeidad, pero esta característica no les sirve para constituir su contenido, sino para imposibilitarlo porque físicamente las fincas forman una parte inseparable de la Tierra. De esa manera, es primeramente el ordenamiento jurídico el que establece la cualidad técnica de finca. Las fincas ciertamente comparten con las denominadas cosas corpóreas la capacidad de ser un punto de referencia de una amplia gama de derechos subjetivos sobre cosas. Esto los diferencia de los meros derechos y de las cosas normativas puras sin substrato físico. Estas últimas son típicamente un punto de referencia solo para unos pocos derechos subjetivos sobre cosas. Las cosas normativas puras quedan equiparadas en el ordenamiento jurídico a las cosas verdaderas solamente para algunos fines específicos. Por así decirlo, asumen el papel de una cosa sin serlo realmente.

3. COSAS REALES

Nadie discute que es inherente a las cosas reales [*reale Sachen*] el tener potencial para una atribución exclusiva. Las cosas reales forman el grupo más fácilmente reconocible de objetos del tráfico jurídico bajo la protección del Derecho de Cosas por varias razones: pueden ser controladas por una persona, el derecho de monopolio sobre ellas no cede frente a necesidades prioritarias del bien común, y estos derechos sobre cosas reales se mantienen dentro de un marco razonable. Un derecho real sobre «cien kilogramos *cualquiera* de patatas de la especie X», al contrario, tendría que terminar en un absurdo, porque con esto *todas* las patatas en esta determinada cantidad serían puestas *extra commercium*. Se trata consecuentemente de objetos que pueden ser vendidos o donados, pero no de objetos que pueden convertirse en un punto de referencia de un derecho real. El elemento de formación de un derecho patrimonial eficaz frente a terceros no está a disposición de un

ordenamiento jurídico en relación con la información y la energía. Las informaciones no pueden ser transmitidas; con cada divulgación se convierten en un bien menos escaso. Un secreto revelado a alguien no es «compartido»; al fin y al cabo, también el informante conserva para sí mismo la información. No se debe confundir informaciones con otros bienes portadores de valor, como invenciones técnicas o creaciones intelectuales personales. Las patentes no son concedidas en razón de meras informaciones, sino de soluciones a un problema técnico, que sean pioneras, reproducibles y económicamente utilizables. A partir de este valor añadido a una mera información, se tiene un punto de referencia adecuado para un derecho de monopolio; así, solo el valor añadido es el objeto de cuyo aprovechamiento exclusivo se trata.

Si, sin embargo, un código PIN está protegido como mucho contra la utilización abusiva por el Derecho Penal y/o por el Derecho de Obligaciones, pero no por el Derecho de Cosas, no es por el hecho de que el código PIN no es un objeto corpóreo autónomo, sino por el hecho de que, en la lógica interna del Derecho de Cosas, no se puede otorgar derechos reales de exclusividad sobre meras informaciones¹³. La energía eléctrica y demás energías son equiparadas a las cosas por muchas codificaciones europeas¹⁴, pero una ley no puede cambiar el hecho de que la electricidad sea considerada cosa para fines ajenos al Derecho de Cosas y que sea tratada como tal. Esto es debido al hecho de que la energía no se deja «controlar» en un sentido relevante para el Derecho de Cosas. La luz y el calor, como tales, no pueden ser almacenados, ni ser objeto de una transferencia. La energía solo puede ser generada a partir de otras formas de energía y transformarse de nuevo en otras formas de energía. La energía tiene que «fluir» (requiere una diferencia), para

¹³ El Tribunal de Apelación de Łódź 16. 6. 2009, Az. II AKA 91/09, Lex-Nr. 582019, KZS 2010/2/52 también les niega la cualidad de cosa en el ámbito del derecho penal. Un código PIN no puede ser hurtado, por no ser una cosa en el sentido del art. 45 del CC polaco, tampoco parte integrante [*Bestandteil*] del aparato telefónico o su pertenencia [*Zubehör*]. Un código PIN no tendría, así, «existencia material autónoma». En Suecia se ha llegado a un resultado similar, HD 1. 6. 2001, NJA 2001 p. 362 (las informaciones constantes en una base de datos de clientes no pueden ser objeto de administración fraudulenta en el sentido penal [*olovligt förfogande*; literalmente: disposición ilícita] según el cap. 10 § 4 del Código Penal sueco [Brottsbalk] (1962:700), ya que este tipo legal protege únicamente los intereses de los propietarios y titulares de derechos de garantía, pero no los derechos exclusivos sobre bienes inmateriales). A continuación, la doctrina llegó a la conclusión de que las posibilidades, en el derecho sueco, de considerar las informaciones como punto de referencia de derechos de propiedad son muy pequeñas (*Wainikka*, SvJT 2003 p. 577).

¹⁴ Por ejemplo el § 15 de la Ley de Protección al Consumidor austríaca; el art. 814 del CC italiano; el art. 947(2) del CC griego; el art. 511-1(2) del CC catalán; el art. 15(2) de la Ley sobre Propiedad de Eslovenia; el § 5:14(2) del CC húngaro de 2014 (§ 94(2) del CC húngaro de 1959); el art. 110(2) de la Ley sobre Propiedad de Bulgaria y el § 497 del BGB checo.

llegar a ser útil («*bien* [Gut]»). Justamente por eso, la energía no se puede atribuir a una persona para su utilización o uso exclusivo.

4. COSAS NORMATIVAS

Todos los demás objetos del tráfico jurídico necesitan el derecho objetivo para alcanzar el *status* de cosa. Así que no solo el derecho objetivo fija el canon de los posibles derechos subjetivos. Además, los objetos son creaciones del Derecho por su cualidad de cosa. Un crédito, por ejemplo, no es parte integrante del mundo exterior. Una prenda sobre un crédito no presupone la decisión del ordenamiento jurídico de que los créditos puedan ser dados en prenda, sino también y antes de todo, qué créditos pueden simplemente existir. Resulta de eso que los créditos, en su cualidad de puntos de referencia de una prenda, son cosas «normativas». Lo mismo se puede decir sobre empresas, listas de clientes, *good will* y todas las *choses in action*, cuyo valor se deriva del hecho de que el derecho relaciona su titularidad a su ejecutabilidad ante los tribunales.

La distinción entre cosas reales y normativas no es idéntica a la distinción entre cosas corpóreas e incorpóreas. Esto se verifica en las fincas [*Grundstücke*]^{NT}. Un terreno [*Land*] es sin duda un objeto corpóreo. Mientras no esté dividido en parcelas, continúa siendo una parte indivisible de la Tierra; por lo que no se trata (aún) de una cosa, porque el cuerpo celeste Tierra, en la acepción del derecho privado, no es ni siquiera un objeto. El suelo [*Grund und Boden*], por su naturaleza, no es físicamente controlable. La parte correspondiente de la superficie terrestre [*Erdoberfläche*], que en el idioma alemán se denomina «*Grundstück*» [literalmente «pieza/trozo del suelo»], solo viene a ser una «cosa» controlable, cuando se delimita de otras partes de la superficie terrestre a través de reglas jurídicas. La delimitación horizontal se realiza típicamente en el Registro de la Propiedad [*Grundstücksregister*]. Sin embargo, la delimitación vertical «se esconde» en parte en las reglas sobre *res extra commercium*, pero sobre todo se contiene directamente en el entendimiento que hace el ordenamiento jurídico sobre la propiedad en relación con las fincas. El ordenamiento no solo decide lo que un propietario puede hacer con su finca, sino también en qué

^{NT} El término «*Grundstück*» se traduce aquí como finca y no como inmueble. No se trata, sin embargo, del concepto restrictivo español de «finca registral» sino de finca en un sentido más amplio (fincas rústicas y urbanas). Se rechaza traducirlo como «inmueble» porque aunque en un principio podría encajar en la idea del texto, este término tiene también una acepción más genérica o amplia, que no encaja en el concepto referido por el Prof. von Bar. En este sentido, el término inmueble se utilizará en una parte posterior de este trabajo para diferenciarlo de la idea de finca.

medida estos poderes se extienden hacia arriba (en el espacio aéreo) y hacia abajo (en el subsuelo).

5. COSAS NORMATIVAS CON UN SUSTRATO FÍSICO: FINCAS

Las fincas [*Grundstücke*] no existen por naturaleza; su capacidad de ser un punto de referencia de los derechos subjetivos sobre cosas se debe solamente al Derecho objetivo de Cosas. Con la formación de fincas (más exactamente: de entidades que nosotros en este estudio llamados de fincas [*Grundstücke*]), los ordenamientos jurídicos crean en paisajes [*Landschaften* («*land units*»)] entidades capaces de ser objetos del Derecho de Cosas. Un paisaje no es una cosa, aunque sea perceptible por los sentidos y por lo tanto frecuentemente interpretado como «corpóreo». Las cosas, es decir, los puntos de referencia apropiados a los derechos subjetivos sobre cosas se forman en un paisaje a través de la parcelación. Solo cuando de acuerdo con las reglas del derecho objetivo se realiza la parcelación es cuando el paisaje se convierte efectiva o potencialmente en objeto del Derecho de Cosas, o sea, en fincas¹⁵. Para comprender lo que «son» fincas, se debe responder en primer lugar a la cuestión anterior: ¿para qué realmente se necesita el concepto de finca? La respuesta será diferente dependiendo de la rama jurídica. Hay grandes ramas jurídicas que requieren para sus fines «cosas muebles», pero no «fincas», por ejemplo el Derecho Penal. Al contrario, el Derecho de Cosas, por un lado, y por ejemplo el Derecho de la Construcción o el Derecho Fiscal, por otro lado, no necesitan compartir la misma concepción de lo que sean «fincas». Ni siquiera el Derecho de Obligaciones y el Derecho de Cosas operan con el concepto de «fincas» necesariamente siempre con la misma finalidad y por eso simplemente atribuyen contenidos distintos a esta palabra¹⁶.

¹⁵ Para un análisis detallado, cfr. *von Bar*, Wozu braucht man und was sind Grundstücke? [¿Para qué sirven y qué son las fincas?], en: *Festschrift für Ulrich Magnus* (Múnich 2014), pp. 585-604.

¹⁶ En el derecho alemán, por ejemplo, el concepto de «Mietverhältnisse über ein Grundstück [relaciones arrendaticias sobre una finca]» (§ 578 del BGB alemán) incluye el arrendamiento de una área parcial de un terreno de camping (OLG Frankfurt 20. 6. 1985, NJW-RR 1986 p. 108) y el arrendamiento de una pared exterior de una casa para la instalación de un expendedor automático (Palandt [-*Weidenkaff*], BGB (71. ed., Múnich 2012), nota anterior al § 535 nr. 97). Esto también se aplica a Portugal. El derecho portugués no diferencia entre *Miete* y *Pacht*, sino entre el arrendamiento de cosa inmueble (*arrendamento*) y el arrendamiento de cosa mueble (*aluguer*). El *arrendamento* hace referencia a todas las cosas inmuebles en el sentido del art. 204, nr. 2 del CC portugués, como por ejemplo a los predios urbanos y a los predios rústicos (*Pires de Lima* y *Antunes Varela*, Código Civil Anotado II (4. ed., Coímbra 1997), nota 2, art. 1023, p. 344). La relación arrendaticia

Por tanto, es necesario tener primero un entendimiento de lo que son «fincas» para el Derecho de Cosas, considerando que la formación de fincas sirve al propósito de establecer derechos reales subjetivos sobre partes del planeta Tierra. Sin fincas, esto no sería posible. No se sabría con qué parte de la Tierra se relaciona el correspondiente derecho subjetivo sobre cosas. Las fincas, en el sentido del Derecho de Cosas, así como el paisaje, del cual quedan aisladas normativamente, son cosas que implican un sustrato físico. Pero eso no significa que las fincas deben su cualidad de cosas a la materialidad del suelo. Lo que pasa es justamente el contrario. Si nos fijamos bien, el elemento del suelo no les da siquiera corporeidad. Por cierto, uno puede estar de pie en un terreno de cultivo y ensuciar así sus zapatos; en este sentido, incluso se puede decir que se trata de una cosa «corpórea». Este no es, sin embargo, el concepto de corporeidad que interesa a los propósitos del Derecho de Cosas, pues su prioridad es crear antes de todo un «cuerpo», esto es, crear normativamente una unidad espacial para convertirse en objeto del Derecho de Cosas. Las cosas reales tienen en su corporeidad la delimitación en relación a otras cosas; eso condiciona su capacidad de ser objeto del Derecho de Cosas. Con las fincas es distinto, pues antes de nada tienen que ser creados por el ordenamiento jurídico –en todas partes, esto es, en el espacio aéreo, en el suelo y en la superficie terrestre–. Sus características naturales son «per se» un obstáculo para su cualidad de cosa. Las fincas, en el sentido del Derecho de Cosas, son productos de la fantasía. Se necesitan fincas siempre que las personas monopolicen no solo el uso de las mercancías y derechos, sino también el uso de un espacio terrestre a través de los medios del Derecho de Cosas.

puede cubrir tanto la totalidad del predio, como partes del mismo. En los predios urbanos, por ejemplo, pueden ser arrendadas terrazas y paredes exteriores para publicidad o ventanas para las personas que quieren ver un desfile (*Menezes Leitão*, *Direito das obrigações* III (4. ed., Coimbra 2006), pp. 308-309). En Inglaterra, a su vez, se hace la distinción entre derechos, y particularmente, entre los derechos de garantía del Common Law y aquellos de la Equity. Una *charge* (o *mortgage*) registrada se refiere indivisamente, en el Common Law, a un *freehold* como un todo; al contrario, la *equity* también conoce gravámenes sobre partes de un *freehold*, como por ejemplo sobre una de las dos fracciones de una casa jurídicamente indivisible (*Garwood v Bank of Scotland Plc* [2012] EWHC 415 (Ch); [2013] BPIR 450 [Norris J]). En cuanto a los Países Bajos, *Bartels*, NTBR 2013, pp. 124-125, defiende la tesis de que un objeto puede ser «cosa» o un mero «bien», no solo en función del contexto (por ejemplo el art. 7:5 del BW holandés, un dispositivo de transposición de la Directiva sobre ventas de consumo, incluye la energía en la lista de cosas muebles), pero también es concebible que una cosa sea considerada inmueble según el art. 3:3(1) del BW holandés y, por el contrario, según el Derecho Europeo, sea considerada cosa mueble (*op. cit.*, p. 125). En este sentido, esta cosa estaría sujeta tanto al art. 7:2 (Venta de cosas inmuebles) como también al art. 7:5 (Venta de cosas muebles) del BW holandés [NT: *Goederen*/bienes es el término genérico que abarca *vermogensrechten*/derechos patrimoniales y *zaken*/cosas].

Considerando que las fincas son creaciones del Derecho, resulta claro que solo pueden ser fraccionadas y parceladas por reglas de Derecho. El fraccionamiento de una finca es algo que ocurre todos los días, pero su parcelación no. Ésta es casi siempre necesaria por razones ajenas al Derecho de Cosas (concentración parcelaria; establecimiento de un tamaño mínimo para edificar). Al mismo tiempo, es correcto decir que el número de fincas puede aumentar o reducirse. Lo que no puede aumentar es el terreno [*Land*], pues esto es necesario para la formación normativa de la finca. En las cuestiones jurídicas sobre la formación de las fincas [*Recht der Grundstücksbildung*] se trata del delicado equilibrio entre la autonomía privada, cuyo objetivo es la diversidad, y el mandato mucho más complejo de protección a los terceros; en las cuestiones jurídicas sobre el uso de las fincas [*Recht der Grundstücksnutzung*] se trata de la posibilidad de atribuir poderes de la mejor manera posible al mayor número de sujetos de derecho privado.

Muchas veces se afirma respecto de las fincas, que se trata de superficies [*Flächen*], concretamente de «partes de la superficie terrestre» [«*Teile der Erdoberfläche*»]¹⁷. Sin embargo, lo cierto es

¹⁷ El art. 46 § 1 del CC polaco define fincas [*Grundstücke*] como «partes de la superficie terrestre, que son objeto de propiedad especial». El sistema de Registro de la Propiedad por lo tanto no es un presupuesto indispensable para la existencia de una finca. El § 2(a) de la Ley de Catastro checa define una finca (aunque expresamente solo para sus propios fines) como «la parte de la superficie terrestre que está determinada, en relación con sus partes limítrofes, a través del límite de una entidad pública territorial, a través del límite de un área catastral, a través de un límite de propiedad, a través del límite establecido por el plan de regulación o resolución administrativa de ordenación espacial, a través del límite de otro derecho según el § 19 (sobre propiedad estatal), a través del límite de derechos reales de garantía [*Pfandrecht*], a través del límite en el ámbito del derecho de superficie, a través del límite de las especies de fincas y, dado el caso, a través del límite del uso de las fincas». Se distingue entre fincas y parcelas. Solo las parcelas pueden ser transmitidas, esto es, solo las áreas o espacios que son descritos e identificados en el Catastro lo pueden ser. Sin embargo, una finca, ya que sea apenas una parte de una parcela, puede ser arrendada y adquirida por usucapión (*Spáčil y Spáčil, Přehled judikatury ve věcech občanskoprávních vztahů k pozemkům* (Praga 2011), p. 85). Para la posesión de una parte de una parcela (una «finca» [*Grundstück*] en el sentido de esta terminología), es necesaria su real delimitación en el mundo externo, pero esto es suficiente (una finca solo tiene que «estar expuesta»: OG 23. 1. 2002, 22 Cdo 96/2000, Soubor civilních rozhodnutí Nejvyššího soudu C 987, así como OG 30. 4. 2006, 22 Cdo 806/2006). Probablemente, el concepto más neutro del derecho austriaco es aquello de «*Land*» [tierra/terreno]. Un trozo de tierra [*ein Stück Land*] se convierte en un «trozo del suelo» [«*Grundstück*»], cuando es registrado como parte de un distrito del catastro con un número propio en el Catastro Fronterizo [*Grenzkataster*] o en el Catastro del Impuesto Territorial [*Grundsteuerkataster*] (§ 7a VermG; § 5(1) AllgGAG). El § 7a(1) de esta Ley austríaca de Medición y del Catastro Fronterizo [VermG] define: «Una finca [*Grundstück*] es aquella parte del distrito del catastro que está identificada en el Catastro Fronterizo o en el Catastro del Impuesto Territorial como tal, y que tiene su propio número». En parte, se utiliza como sinónimo del concepto de finca [*Grundstück*] el concepto de parcela o parcela del suelo [*Parzelle oder Grundparzelle*] (*Rassi, Grundbuchsrecht* (Viena 2010), nr. 1). Estos catastros son el fundamento del Registro de la Propiedad [*Grundbuch*], pues sus datos sobre los límites y la localización de la finca, así como sobre la forma de uso de la finca, son transferidos al Registro de la Propiedad (§ 2(2) frase 1 GUG). Para el derecho español, el Tribunal Supre-

que un objeto del tráfico jurídico solo puede ser calificado como finca, cuando está firmemente unido al *fonds de terre* (art. 518 del CC francés). Y al contrario, no es cierto decir que una mera superficie del suelo [*Bodenfläche*] es una finca. Para los ordenamientos jurídicos que permiten derechos sobre cosas solamente respecto de objetos corpóreos, esto se deriva necesariamente de la circunstancia de que las superficies bidimensionales no tienen extensión en el espacio. Para los demás ordenamientos jurídicos, la justificación es más simple: nadie puede caminar, cosechar o construir sobre una superficie bidimensional, de forma que no se puede hacer casi nada con esta superficie desde el punto de vista del Derecho de Cosas. A pesar de que su sustrato físico, o sea, el suelo [*der Grund und Boden*] no describe adecuadamente la finca, sigue siendo un presupuesto necesario para la formación de fincas, pues sin una unión fija con el suelo ningún objeto podrá convertirse en una finca capaz de ser objeto del Derecho de Cosas. El volumen sobre una superficie delimitada de un aparcamiento o el espacio aéreo sobre una casa¹⁸ no son objetos apropiados de una propiedad separada, aun cuando en las grandes ciudades se gaste mucho dinero para una licencia de uso (por ejemplo a través de la construcción de un edificio con estructuras que sobresalen) y que este negocio sea titulado «venta».

Una finca, en el sentido jurídico, es un espacio [*Raum*]. Esta concepción permite igualmente entender como fincas, en el sentido del Derecho de Cosas, también los espacios por encima y por debajo de la superficie terrestre, siempre que estos tengan atribuida capacidad autónoma para ser objeto del Derecho de Cosas. Lo que es esencial es que las cosas llamadas «fincas» están fijadas en el área del suelo; todo lo demás es una mera cuestión sobre la eficiencia de los conceptos jurídicos. Dado que todos los ordenamientos jurídicos en Europa (una vez más) han omitido al menos determinadas partes de los edificios [*Gebäudeteile*], algunas veces incluso edificios completos, así como otras construcciones erigidas por las personas como objetos autónomos del Derecho de Cosas, se tiene como resultado la formación separada de fincas [*separate Grundstücksbildung*], consi-

mo (TS 10. 12. 1960, RAJ 1960 nr. 4095, pp. 2664, 2666) ha llegado a describir una «finca» como «trozo de la superficie terrestre cerrado por una línea poligonal y objeto de propiedad». El derecho portugués se refiere, en cambio, al suelo [*Erdboden*] y no a la superficie terrestre [*Erdoberfläche*]. De conformidad con el art. 204, nr. 2 del CC portugués, la finca rústica [*landwirtschaftliches Grundstück, prédio rústico*] corresponde a una parte delimitada del suelo y la finca urbana [*städtisches Grundstück, prédio urbano*] a un edificio incorporado en el suelo.

¹⁸ Solo en Irlanda se entiende de un modo distinto. De acuerdo con la sec. 3(e) de la ley irlandesa Land and Conveyancing Law Reform Act 2009 se integra a *land* «the airspace above the surface of land or above any building or structure on land which is capable of being or was previously occupied by a building or structure and any part of such airspace, whether the division is made horizontally, vertically or in any other way».

derando el espacio que está por encima y por debajo de la superficie. De este modo, viviendas y otros espacios artificiales se convirtieron normativamente en cosas autónomas. Uno puede entender que estos espacios adquieren la cualidad de finca, ya que de acuerdo con los dispositivos de la legislación correspondiente (por ejemplo, con su propia inscripción en el Registro de la Propiedad) están separados de otras viviendas en el mismo edificio.

Finca [*Grundstück (land unit)*] e inmueble [*Immobilie*] no son lo mismo. Hay un sinfín de objetos que, sin ser fincas, son clasificados por los ordenamientos jurídicos como inmuebles. Los conceptos de *unbewegliche Sache*, *immeuble* o *land*, en la respectiva terminología nacional, no se vinculan a la afirmación de que son posibles puntos de referencia de derechos sobre cosas con eficacia frente a terceros. Para esta cualidad aún falta, hasta al día de hoy, por increíble que parezca, una palabra apropiada en un contexto europeo. «Inmuebles» [*«Immobilien»*] y «bienes inmuebles» [*«unbewegliche Sachen»*] son categorías generales, así como «cosas genéricas», «fungibles» y «consumibles» también lo son. En su configuración actual, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que lo utilizan, el concepto de inmueble [*Immobilienbegriff*] afecta a determinadas cuestiones resultantes de la formación de la finca, como, por ejemplo, cuestiones sobre las modalidades de adquisición y transmisión de derechos inscribibles, o afecta incluso a cuestiones en las que alguien que tenga un derecho de uso o un denominado derecho de realización de valor sobre una finca ajena, también puede tener acceso al patrimonio de su deudor que sirva para la explotación de la tierra. Estas reglas sin duda necesitan ser desarrolladas por separado no solo de un derecho subjetivo respecto del otro, y, en un contexto europeo, de un ordenamiento jurídico respecto del otro; además, tampoco se distingue claramente entre muebles e inmuebles, o (como en el art. 3:10 del BW holandés) entre cosas que pueden acceder al Registro [*registergoederen*] y cosas que no acceden al mismo. Más importante que eso es que estas reglas estén precedidas por otra, según la cual el respectivo ordenamiento jurídico simultáneamente permita y posibilite recortar de la tierra cuerpos que puedan ser considerados objetos de los derechos sobre cosas. Los términos «mueble/inmueble» no llegan al fondo de la cuestión. Una «cosa mueble» no presenta la capacidad de ser objeto de propiedad simplemente por ser mueble (también el agua corriente y las grúas portuarias extraíbles¹⁹ son

¹⁹ No obstante, también se trata de cosas «inmuebles», de acuerdo con las jurisprudencias neerlandesa y belga (HR 24. 12. 2010, NJB 2011 nr. 199; Cass. 14. 2. 2008, Pas. belge 2008 nr. 110 p. 440).

muebles), sino por ser separable de otros objetos y, como cosa real, por ser capaz de una atribución en exclusiva. Por el contrario, un «inmueble» no es en sí una cosa, se convierte en cosa cuando asume la forma de una finca [*Gestalt eines Grundstücks*]. Categorizar las cosas como «muebles» se basa en un concepto impreciso, aunque esto no llega a ser especialmente preocupante. Pero cuando se quiere contraponer «muebles» a «inmuebles» y crear una categoría jurídica propia para estos últimos, entonces las imprecisiones crecen y se convierten en un grave problema conceptual.

6. COSAS NORMATIVAS PURAS

El tercer grupo de objetos de los derechos sobre cosas consiste en cosas normativas puras. Se trata de un caleidoscopio de colores, difícil de ordenar, de objetos del tráfico jurídico que no poseen una existencia real (corpórea), ni siquiera un sustrato físico, como en el caso de las fincas. Créditos, participaciones sociales, las empresas, sus relaciones comerciales y su *good will*, las creaciones intelectuales, invenciones, marcas y otros similares que podamos imaginar, a menudo representan un alto valor monetario. Estos objetos no se pueden mover o tocar; son creaciones inmateriales del derecho. Todos los ordenamientos jurídicos europeos, incluso los que tienen un concepto de cosa declaradamente restringido, tienen derechos reales sobre objetos normativos puros. Basta pensar en los derechos de prenda sobre créditos o en el usufructo de participaciones sociales²⁰. Lo que diferencia los ordenamientos jurídicos

²⁰ Otra cuestión es saber *dónde* una codificación regula los derechos sobre derechos (si en el Derecho de Obligaciones o en el Derecho de Cosas, o, en otras palabras, se *llama* a estos derechos derechos sobre cosas). El art. 1439 del CC portugués (en el Libro III, Derecho de Cosas), por ejemplo, define el usufructo como «el derecho a disfrutar temporal y plenamente de una cosa o derecho ajeno, sin alterar su forma o sustancia.» El usufructo sobre derechos es visto como un usufructo irregular. Según su art. 1302 los derechos reales solo pueden ser constituidos sobre cosas corpóreas. Así que, técnicamente hablando, no hay derechos sobre derechos; el usufructo de créditos es consecuentemente parte del Derecho de Obligaciones, aunque esté ubicado en el Derecho de Cosas. Están regulados expresamente el usufructo de rentas vitalicias (art. 1463), de capitales que produzcan interés (art. 1464) y de acciones o participaciones sociales (art. 1467), cfr. von Bar (-*Seabra y Xavier*), *Sachenrecht in Europa III*, Portugal (Osnabrück 1999), p. 377. También en la doctrina polaca es difícil aceptar derechos reales subjetivos sobre objetos incorpóreos (véase, por ejemplo, *Gniewek, Prawo rzeczowe* (8. ed., Varsóvia 2010), p. 2 nr. 4: «El legislador infringe un principio obvio y hace incluir en la categoría de los derechos sobre cosas también aquellos derechos que tengan por objeto no solo objetos materiales, sino otros derechos como objeto». Hay que aceptar esta decisión, a pesar de que pueda ser criticada, pero así es *de lege lata*). Del mismo modo, opinan con resignación Radwanski y Gniewek (-*Machnikowski*), *System Prawa Prywatnego III* (3. ed., Varsóvia 2013), p. 28 nr. 60 que sería imposible desarrollar una dogmática unificada para los derechos reales sobre derechos.

de la Unión es el número de derechos de este tipo y la cantidad de objetos normativos sobre los cuales se pueden constituir. En una perspectiva paneuropea, no surgen antagonismos fundamentales irreconciliables, sino inexactitudes significativas. También se puede decir en relación a todos los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea que durante largo tiempo se ha prestado, comparativamente, mucha menos atención a las cosas normativas puras. Su importancia actual data de las más recientes evoluciones económica y tecnológica, así como el mercado creado a través de Internet. Estos objetos del tráfico jurídico moderno simplemente no eran conocidos por los autores de las codificaciones de los siglos XIX y XX. Entre los bienes que ellos conocían había algunos que se trataban como si fueran fincas o mercancías, aunque, obviamente, estuviese claro para todos que se trataba técnicamente de «derechos». Forman parte de este grupo los derechos sobre derechos que recaen sobre cosas físicamente existentes. El principal ejemplo son los derechos a través de los cuales la propiedad de otro sobre una cosa determinada puede ser gravada, es decir, los derechos sobre el derecho de propiedad sobre una cosa físicamente existente. Pero también son concebibles una prenda sobre una prenda sobre unas joyas²¹, una prenda sobre un usufructo de una cosa corpórea cual-

²¹ Cfr., por ejemplo, el § 1273(1) del BGB alemán, el art. 680 del CC portugués (que admite la prenda de derechos solamente cuando estos tengan por objeto cosas muebles y sean susceptibles de transmisión), así como el § 173(1) del BGB eslovaco y el § 1390 del BGB checo (en relación al llamado «*subpignus*» [Unterpfand]; que se constituye a través de la pignoración de un crédito asegurado por una prenda, cuando el objeto de la prenda es una cosa corpórea). De forma similar al art. 680 del CC portugués, el art. 1864 del CC español formula que: «Pueden darse en prenda todas las cosas muebles que están el en comercio, con tal que sean susceptibles de posesión». Según el art. 1861 del CC español, los contratos de prenda e hipoteca pueden asegurar toda clase de obligaciones. La prenda sobre derechos y créditos es entendida como una «prenda especial». Ésta es permitida cuando el derecho dado en prenda puede ser calificado como un bien mueble (*Díez-Picazo y Gullón*, Sistema de Derecho Civil III(2) (8. ed., Madrid 2012), p. 144; TS 26. 9. 2002, RAJ 2002 nr. 7873 p. 14321: «La prenda de derechos es el derecho real de prenda que no recae sobre una cosa, sino sobre un derecho y al acreedor pign[or]aticio (sic) se le transmite, no la posesión de la cosa, sino el poder en que el derecho consiste, que le permite realizarlo. En el caso de prenda sobre derecho de crédito se producen los mismos efectos que la posesión, por la notificación al deudor y por la facultad del acreedor pignoraticio de percibir directamente el crédito que ha sido objeto de aquella prenda». Además, la «prenda de créditos y demás derechos» se regula en el art. 90(6) de la Ley Concursal española [Ley 22/2003, de 9 de julio, reformada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre], así como en el art. 54, párrafo 2 de la LHMPD [Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión]. Resulta expresamente del art. 55 de la LHMPD que no podrá constituirse «prenda ordinaria sobre bienes que se hallen pignorados con arreglo a esta Ley», o sea, sin la transmisión de la posesión. La posibilidad de constituir una prenda sobre una prenda fue confirmada en Inglaterra (*Donald v Suckling* (1866) LR 1 QB 585 (QB): «Subprenda» sobre *debentures*, o sea, de un título obligacional de una sociedad) y *Halliday v Holgate* (1868) LR 3 Ex 299 (Ex Ch), así como en los Países Bajos (cfr. el art. 3:228 del BW holandés: «Todos los bienes, que pueden ser transmitidos, pueden ser gravados por prenda u hipoteca»).

quiera²², una hipoteca sobre un usufructo de una finca²³ o, al contrario, un usufructo de una hipoteca sobre una finca²⁴. Aunque estas construcciones en forma de pirámide cubran un derecho sobre otro derecho, esto no cambia en nada el hecho de que el verdadero objeto patrimonial con valor, después de todo, sigue siendo una cosa real o una finca. A través de la gradación de los poderes de realización y de uso, se produce en estos casos solo una expansión marginal, en el análisis final insignificante, del número de objetos del Derecho de Cosas. La situación es distinta cuando el último objeto en cuestión es una cosa normativa pura.

Pero no es lo mismo constatar que en toda la Unión Europea los objetos normativos puros son dignos de protección por el Derecho de Cosas, que describirlos y clasificarlos. Por lo tanto, debe haber

²² Por ejemplo, el art. 3:236(1) del BW holandés.

²³ Una hipoteca sobre un usufructo de una finca no es posible en Alemania (§ 1113 (1) del BGB alemán). Este es también el caso de Austria: los §§ 448 y ss. del ABGB austríaco regulan la prenda de una manera unificada para todo tipo de objetos pignoratícios. A la hipoteca corresponde la prenda registrable de acuerdo con el § 451 del ABGB y resulta del § 13 de la Ley del Registro de la Propiedad austríaca que la prenda solo se puede constituir sobre un objeto del registro de la propiedad [*Grundbuchskörper*] como un todo, pero no puede ser constituida sobre derechos aislados. En Grecia (art. 1259 del CC griego; cfr. Areopag 280/2011, NOB 59 [2011] p 1891; Tribunal de Apelación de Atenas 7567/1991, EllDni 34 [1993] p 641), Italia (art 2810 del CC italiano) y Francia (art. 2397 del CC francés), por el contrario, se permite constituir la hipoteca sobre un usufructo (de acuerdo con estas disposiciones legales, la hipoteca puede gravar no solo los bienes inmuebles, sino también un usufructo que tenga estos bienes como objeto; además, es posible una hipoteca sobre un *droit de superficie*, un *bail emphytéotique* y un *bail à construction* (art. L 251-3 del *Code de la construction et de l'habitation*). Lo mismo se puede decir en relación a Portugal (art. 688, nr. 1 lit. e del CC portugués). El derecho holandés regula en el art. 3:236(1) del BW cómo se puede constituir una prenda sobre el usufructo de una cosa o sobre un usufructo de un título a la orden o al portador. En Polonia se conoce la hipoteca sobre un usufructo perpetuo, pero no sobre un usufructo «normal» (art. 65(2) nr. 1 de la Ley del Registro de la Propiedad y de la Hipoteca, Ley de 6. 7. 1982), así como la hipoteca sobre una hipoteca para garantizar un crédito (art. 65(2) nr. 2 y nr. 3 de la misma ley).

²⁴ Un usufructo de una hipoteca ajena es posible, por ejemplo, de acuerdo con el § 1068 del BGB alemán (véase, también, el § 1080 del BGB alemán: Usufructo sobre deuda territorial o deuda de renta [*Nießbrauch an einer Grund- oder Rentenschuld*]) y el art. 1178 del CC griego (*Triantos*, Astikós kodikas, art. 1178 nr. 2: prenda e hipoteca pueden ser objetos de un usufructo cuando el usufructo se pueda constituir también sobre el crédito garantizado por la prenda o por la hipoteca), pero no parece ser posible en Italia (donde el usufructo de una hipoteca se considera impensable, puesto que la hipoteca solo conferiría un derecho de preferencia frente a los demás acreedores, pero no podría producir ningún fruto) y en Francia. Sin embargo, un usufructo en el derecho francés, puede constituirse no solo sobre las cosas corpóreas, sino también sobre los créditos, derechos de autor, patentes, *fonds de commerce* y otros bienes incorpóreos (*Terre y Simler*, Les biens (8 ed., Paris 2010), p. 705 nr. 788). Igualmente posibles son el usufructo sobre un usufructo (*Terre y Simler*, *op. cit.*) y el derecho de uso o habitación sobre un usufructo (Cass. 14. 1. 1997, Bull. civ. 1997, I, p. 13 nr. 22; RTD civ. 1998 p. 414, por *Zénati*). Tampoco en Austria se discute sobre la hipoteca sobre un usufructo. El verdadero usufructo (el «aprovechamiento de frutos» o «*Fruchtnießung*» del § 509 del ABGB austríaco) puede ser constituir sobre créditos, pero solo mientras no se verifique el consumo a través del ejercicio del usufructo (Klang [*-Klang*] ABGB II (2. ed., Viena 1950), p. 583). Eso es exactamente lo que se podría decir sobre la hipoteca, ya que una hipoteca solo legitima para la satisfacción del crédito debido con la finca.

criterios de clasificación apropiados, teniendo en cuenta, sin embargo, que estos criterios aún no hayan sido desarrollados dentro de un discurso común europeo. En no pocas partes de la Unión Europea falta al día de hoy una terminología coherente, incluso para el uso interno, para describir y clasificar los objetos patrimoniales de la economía que a menudo son clasificados (pero de nuevo imprecisamente) como «inmateriales».

Eso no solo ocurre en el caso en que el concepto de cosa, restringido a los objetos corpóreos, da a entender que todo lo que es incorpóreo se queda marginado como una categoría residual separada, bastando con realizar una mera lista de algunos ejemplos, como si no fuera necesario tratarlo con más detalle. Lo que hace daño a la vista es la angustia terminológica, ahí donde los juristas (como, por ejemplo, según el art. 516 del CC francés y las disposiciones de otros códigos civiles inspirados por él) se vieron forzados a encajar todos los puntos de referencia normativos puros en la categoría de los muebles o de los inmuebles. Es como si fuera necesario clasificar los vehículos como pertenecientes o al grupo de animales o al de las plantas en función del uso previsto, parte de ellos como pertenecientes a un grupo y la otra parte en el otro. En las Islas Británicas, el tratamiento de los objetos inmateriales no es menos difícil; de todos modos, la categoría de los derechos de las *choses in action* no se deja «europeizar», ya que esta categoría proviene de la historia del derecho procesal inglés y solo puede entenderse desde esta perspectiva. El Derecho privado europeo en última instancia debe buscar criterios de clasificación más apropiados.

Hubiera sido un paso importante que se hubiera diferenciado correctamente entre la capacidad de ser objeto del Derecho de Cosas y la capacidad de ser objeto del derecho de propiedad. Sin embargo, ambas cuestiones se confunden entre sí; la *Sachenrechtsfähigkeit* y la *Eigentumsfähigkeit* no son lo mismo, puesto que no todo lo que es un punto de referencia adecuado a un derecho subjetivo sobre cosas es también un punto de referencia de la propiedad del Derecho Civil. La distinción diseñada para el derecho romano por Gayo entre las cosas corpóreas e incorpóreas es decisiva aún hoy en algunos sistemas, pero está lejos de ser lo deseado. Se necesita determinar mucho más aquellas cosas normativas puras que se atribuyen a una persona independientemente de la propiedad. Son aquellas cuya atribución es una característica intrínseca de su existencia. Un crédito solo se convierte en un crédito porque tiene un acreedor y un deudor; un crédito no puede existir sin un acreedor. Una cosa real o una finca, en cambio, deben ser atribuidas [*zugeordnet*] a una persona para su uso exclusivo; el derecho al uso no les es inherente. Pre-

cisamente porque es así, es necesario el concepto jurídico de la propiedad para estas cosas, pero no para los créditos. En otras palabras, el motivo por el que los créditos no son objeto del derecho de propiedad no es porque no son «objetos corpóreos». En realidad no lo son, pero este criterio lleva a un resultado correcto solo por casualidad. Los créditos no son puntos de referencia adecuados para la propiedad absoluta, ya que no pueden concebirse sin una atribución legal. No es diferente el caso de las participaciones sociales y una empresa en su conjunto. Al igual que con los créditos, las empresas pueden ser objeto de los derechos sobre cosas en función de la respectiva decisión de política legislativa, pero no son objeto de propiedad porque necesitan, para existir, que hayan sido atribuidas a alguien. Sin embargo, el caso de los textos científicos, poesía y novelas, melodías, denominación de marcas y elaboraciones para la solución de un problema técnico son distintos. Todos ellos tienen, aun sin una atribución legal, una existencia intelectual [*gedankliche Existenz*]; no tienen que pertenecer a alguien para «ser». Por lo tanto, en principio, es correcto el término «propiedad» intelectual o industrial [*Geistiges oder Gewerbliches «Eigentum»*].

La propiedad tiene una doble función. Atribuye [*ordnet*] los objetos de tráfico jurídico a una persona para su uso exclusivo y hace posibles los actos de disposición sobre el derecho que se atribuye [*zuordnendes Recht*], en particular, su transmisión y su gravamen. La primera función (la función de atribución [*Zuordnungsfunktion*]) queda vacía en relación a los créditos, participaciones sociales y otros bienes «inmateriales». Esto conduce a la pregunta de si estos no requieren la propiedad debido a su segunda función, a saber, el aspecto de la propiedad que conduce a la transmisión y al gravamen. Responder a esta pregunta con un «sí» equivaldría a decir que la cesión del crédito se convierte en parte de la propiedad; responder con un «no», que la cesión del crédito sigue siendo parte del derecho de crédito y que su pignoración forma parte, no del derecho de propiedad, sino del Derecho de Cosas. La respuesta depende de lo que se desea enfatizar, si es el «lado de la atribución» [*Zuordnungssseite*] de la propiedad o si es el hecho de que la propiedad sirve como vehículo para describir de manera constructiva la transmisibilidad de objetos. Parece razonable que el énfasis *necesita* colocarse en la función de atribución, mientras que el derecho privado europeo quiere indicar con la «propiedad» algo más que el contenido descriptivo de una palabra. Interpretar la cesión de un crédito como la transmisión de la propiedad sobre un crédito, en nuestra opinión, no conduce a nada. Porque, así, no habría ningún contenido autónomo en el concepto jurídico de la

«propiedad». No se podría distinguir la «propiedad» de los otros derechos sobre cosas. Esto daría lugar a un empobrecimiento lamentable del lenguaje jurídico y a una pérdida de su eficiencia. El resultado sería que no se podría decir ya en qué consiste realmente el contenido de la «propiedad»; ya que «el derecho de propiedad» no podría diferenciarse de los demás derechos subjetivos del Derecho de Cosas. La «propiedad de un crédito» sería una construcción tan vacía de significado como la «propiedad de un derecho de prenda de un crédito» o la «propiedad de un derecho de prenda de una cosa real». Pues tampoco la prenda puede existir sin un titular. La titularidad del derecho también es una característica intrínseca del derecho, y por ser así, la transmisibilidad de un derecho resulta propia del mismo, y no una de una «propiedad» que recaiga sobre un derecho sobre el derecho. No existe una regla jurídica según la cual solo lo que pueda ser transmitido o pueda ser objeto de un acto de disposición sea propiedad. No existe una regla de este tipo.

Queda la cuestión relativa a cuáles son los objetos normativos puros del tráfico jurídico que ofrecen evidencias de ser objetos del Derecho de Cosas, aun cuando no sean objetos del derecho de propiedad. El intento de reunir estos objetos en una lista taxativa se enfrenta a no pocas dificultades. Porque la amplitud de las valoraciones políticas y legales, así como la amplia variedad de formas de los conceptos jurídicos, en los cuales afloran estos juicios de valor, siguen siendo muy significativas en la Europa actual. Sin embargo, es posible formular en una perspectiva que va más allá de un único ordenamiento jurídico, que los objetos normativos puros del tráfico jurídico, a lo sumo, se pueden describir como cosas [*Sachqualität*], cuando les sea inherente el potencial para una atribución exclusiva. Como se ha dicho, carecen de este potencial, por ejemplo, la información, la energía, las cosas futuras y las unidades monetarias. Los objetos de este tipo son sin duda puntos de referencia apropiados a las obligaciones contractuales, pero no son adecuados no solo como puntos de referencia del derecho de propiedad, sino tampoco en relación al Derecho de Cosas. No son susceptibles de ser atribuidos exclusivamente a una persona a través de ningún derecho sobre cosas imaginable, ni por medio del derecho de propiedad, como tampoco a través de otro derecho sobre cosas particular más específico, porque un objeto del tráfico jurídico solo tiene el potencial para una atribución exclusiva (independientemente de cómo se forma ésta) a un sujeto de derecho cuando es manejable, identificable y tiene un valor económico, exteriorizándose este valor por lo general a través de la transmisibilidad de

la titularidad sobre el objeto. El derecho objetivo tiene que considerar estos factores en el momento de la admisión de un objeto como una cosa. Todo lo demás, por el contrario, requiere una decisión político-jurídica. En la evaluación política no son los criterios económicos los que cuentan. Si, y en caso afirmativo, cuáles de los poderes de exclusividad en relación a (qué) cosas normativas puras se consideran aceptables, es una cuestión que depende mucho más, en cada ordenamiento jurídico, de su voluntad de tener una coherencia interna.

Dado que la cuestión específica de la mayor parte de las cosas normativas puras consiste en saber si pueden ser puntos de referencia de los derechos subjetivos sobre cosas, pero no puntos de referencia de la propiedad (en el sentido de *ownership*), entonces uno puede decir de tales cosas que son equiparadas a las cosas «verdaderas» solamente para ciertos fines. Esta observación permite determinar para qué cosas normativas puras es relevante una equiparación parcial con las demás cosas. Son (determinados) créditos, participaciones sociales, empresas con sus relaciones comerciales y *goodwill*, así como un grupo residual de derechos, que pueden ser descritos como privilegios²⁵.

7. COSAS FORMADAS POR LA UNIÓN DE OBJETOS DEL TRÁFICO JURÍDICO

La mayoría de las cosas están formadas por una pluralidad de objetos del tráfico jurídico. Un reloj, una finca edificada, una empresa y, dependiendo de la perspectiva, incluso un crédito formado por un derecho al capital y un derecho a los intereses, así

²⁵ Se trata principalmente de las concesiones (autorizaciones para la venta de bebidas alcohólicas, etc.) y las autorizaciones de cuotas para participación de mercado (como la antigua cuota láctea), además de ciertos privilegios, entre ellos los derechos a desempeñar un cargo o posición oficial, dotados de valor patrimonial. Ejemplos de este último grupo son algunos fenómenos del derecho inglés, como el poder del propietario fundiario, que tradicionalmente se clasifica como *property*, pero que hoy en el mejor de los casos es transferible solo a título gratuito y que no es registrable, poder este que consiste en sugerir a la iglesia un candidato para ocupar el puesto vacante de pastor (*advowson*), y también los *offices ministériels* del derecho francés. Estos son determinados cargos públicos (como las posiciones de *avocat à la Cour de Cassation*, ejecutor judicial, notario y subastador), que están dotados con un valor patrimonial en el sentido de que se refieren al derecho de sugerir un sucesor en el órgano estatal competente. El bien no es el cargo en sí, sino el poder de sugerencia. Este está dotado de valor porque su sucesor pagará para ser sugerido, y también será transmitido por herencia (Cass. civ. 28. 5.1946, p. 1947, 1, 9, por *Béguet*). La doctrina francesa llega a la conclusión de que los *offices ministériels* son manifestaciones de los *biens incorporels* (JClCiv Code [-Loiseau], Biens, Art. 527 à 532, fasc. 20 nr. 14). La jurisprudencia ya los había calificado antes como objetos del derecho de propiedad, al menos como objetos de una «propiedad especial» (Cass. 11. 11. 1857, p. 1858, 1, 55; Cass. 6. 1. 1880, DP 1880, 1, 361, por *Dutruc*; p. 1881, 1, 49, por *Labbé*).

como las acciones relacionadas con los derechos de voto, de beneficios y del producto de la liquidación, son uniones de objetos que forman cosas. Esto conduce a la pregunta relativa a cuál es la relación jurídico-real que tiene el todo con sus partes. Es necesario decidir en cada caso si los objetos de tráfico jurídico, una vez unificados, pierden la calidad de cosa. ¿Mantienen los objetos del tráfico jurídico, que tenían el *status* de cosas hasta la unión con otros objetos, esta cualidad posteriormente o ellos se convierten, a expensas de una nueva cosa, en objetos que solo pueden ser vendidos o donados, pero ya no pueden ser transferidos o gravados? Esta pregunta tiene que hacerse por separado. Para aquellos que solo quieren abstractamente describir lo que es una «cosa», no tienen con ello instrumentos disponibles para determinar con precisión lo que es «una» y lo que es una «nueva» cosa. Un tornillo, por ejemplo, es evidentemente un «objeto corpóreo» (un «mueble»), así como también lo es el reloj, dentro del cual el tornillo presta su servicio; la cuestión de si lo que importa es el uno o el otro permanece sin respuesta. La decisión, sin embargo, tiene consecuencias de trascendencia, pues si se trata solamente del reloj, entonces los derechos reales solo se refieren a él, y no a las partes componentes con las que se haya fabricado el reloj. Físicamente hablando, los componentes y la materia de la que están compuestos están todavía presentes, pero en términos jurídicos, han perdido su cualidad de cosa [*Sacheigenschaft*]. El Derecho de Cosas incluso no los reconoce ya; solo tiene en cuenta (al contrario del Derecho de Obligaciones) el reloj. La consecuencia es que las partes componentes no son propiedad de nadie. Pero tampoco se encuentran sin dueño, porque decir esto es tan impensable como decir aquello. Solo hay una cosa ahora, que es el reloj. Los tornillos, las agujas y la esfera solo vuelven a convertirse de nuevo en cosas cuando se retiran del reloj. Se podría pensar que la cualidad de cosas de las partes componentes quedaría suspendida temporalmente. Sin embargo, esto no sería correcto. En el caso de que vuelvan a aparecer, el Derecho de Cosas no los atribuye ya a su antiguo propietario. Ahora pertenecen a la persona a quien pertenece el reloj, mientras este exista. En términos jurídicos, el «viejo» tornillo vuelve a ser una cosa «nueva». No hay ninguna propiedad «dormida»²⁶.

La respuesta a la pregunta de lo que es una o lo que son dos o más cosas es complicada por varias razones. En ella se mezclan observaciones de hecho y consideraciones legales. Esto es debido al

²⁶ A diferencia del derecho romano, las partes integrantes, una vez separadas, no vuelven a formar parte de la propiedad del antiguo propietario (cfr., por ejemplo, el art. 554 del CC francés y, expresamente, la sentencia BGH 21. 12. 1956, BGHZ 23 p. 57).

hecho de que no se puede proporcionar respuestas iguales para todos los grupos de objetos. Lo que *una* cosa real viene a ser, con carácter general no se puede determinar conforme a los mismos criterios que la pregunta de lo que viene a ser *una* finca o *una* cosa normativa pura. Las cosas reales se basan principalmente en los elementos físicos; las fincas se basan más en las disposiciones sobre el uso y en los intereses colectivos y para las cosas normativas puras no queda más que el recurso a los criterios normativos puros, pues no se puede determinar lo que es *uno* o lo que son *dos* créditos, participaciones sociales, empresas, entre otros, sin el recurso a los criterios ontológicos. La segunda dificultad surge del hecho de que las uniones de cosas y/o de objetos pueden ser el resultado de diferentes procesos. Los líquidos desaparecerán, los productos a granel se mezclarán, las piezas de metal y cables se montarán en máquinas y los muros y cimientos se alzarán en una casa. Los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros abordan estos fenómenos en parte en el Derecho de Cosas, en parte en el derecho de propiedad sobre las cosas, y así (y a veces sin razón aparente), en diferentes partes de sus sistemas jurídicos, también difiriendo en relación a la solución de algunos aspectos de detalle. La tercera dificultad resulta del problema de cuándo y por qué solo en razón de la transformación de una cosa se puede considerar jurídicamente que ha surgido una cosa nueva. La respuesta más fácil se desarrolla desde la perspectiva de los clientes, porque sin el derecho de la especificación ni siquiera se conseguiría adquirir un pastel.

Todos los ordenamientos jurídicos europeos conocen, además, los objetos con una naturaleza dual, es decir, los objetos del tráfico jurídico que solo en algunos aspectos, pero no en todos, ocupan la posición de cosa (autónoma). Solo a partir del contexto se puede determinar si se trata de una cosa única que se ha formado por diversos objetos del tráfico jurídico o si se trata, en cambio, de cosas diversas. Un objeto del tráfico jurídico sigue siendo cosa solamente en la medida en que el ordenamiento jurídico le atribuye la cualidad de objeto del que se puede disponer de forma autónoma. En comparación, tal objeto pierde su cualidad de cosa, si y siempre que comparta el destino jurídico de otra cosa, o sea, de la cosa principal. Solo las fincas son cosas principales en la mayoría de los casos²⁷. Las cosas reales y las cosas normativas puras, por el

²⁷ Cfr, por ejemplo, en el BGB alemán el § 97 (solo cosas muebles pueden ser accesorios/pertenencias) y el § 946 (unión de cosas muebles con una finca); los arts. 956, 959 y 960 del CC griego (accesorios de una finca, de un edificio o de una finca rústica); el art. 852 del CC de Letonia (los accesorios muebles de un inmueble se rigen por las disposiciones sobre cosas inmuebles); el art. 5:20 del BW holandés (la propiedad inmobiliaria abarca edificios y obras; esta regla imposibilita que una finca sea considerada parte integrante de una construcción con valor mucho más elevado); el art. 48 en concordancia con

contrario, y según las circunstancias del caso concreto, se reducen al *status* de «cosas accesorias» dependientes, ya sea en su relación de una con las otras (la documentación del vehículo y el vehículo), ya sea en su relación con una finca (el ganado y la maquinaria agrícola). En función del grado de dependencia a su vez se puede diferenciar entre cosas fuertemente dependientes y cosas débilmente dependientes. Por su naturaleza, «los derechos que están vinculados a la propiedad de una finca» (§ 96 del BGB alemán), por ejemplo, presentan un (fuerte) grado de dependencia. Sin embargo, incluso una servidumbre de paso sigue siendo un objeto autónomo de disposición: el propietario del predio dominante puede renunciar en cualquier momento al derecho de paso sin tener que renunciar a su propiedad. Por el contrario, lo que tiene un bajo grado de dependencia, porque solo son dependientes de una (otra) cosa conforme a su finalidad, son los créditos en relación al título valor en el que fueron emitidos (pues la destrucción de papel no da lugar a la extinción del crédito, aun cuando el crédito no se pueda transmitir sin la transferencia del título [papel]), así como las cosas que a menudo reciben el nombre de pertenencias/accesorios [*Zubehör*]. Pensemos una vez más en el ejemplo del reloj, pero esta vez en un valioso reloj vertical de péndulo en una biblioteca con paneles de

el art. 191 del CC polaco (partes integrantes de una finca) y el art. 210, nr. 1 del CC portugués. El art. 49 del CC polaco también prevé la posibilidad de que las construcciones se conviertan en parte integrante de un sistema conductor. Además, cfr. en cuanto a Italia la sentencia Cass. 12. 3. 2001, nr. 3610, Giur. it. 2002, 1384 (frescos considerados como bienes culturales son vistos como parte de una vivienda, incluso cuando los frescos son más valiosos que toda la vivienda). No se puede, en este contexto, nivelar los conceptos de «Grundstück» [finca] e «Immobilie» [inmueble] o «unbewegliche Güter» [bienes inmuebles]. En los derechos de tipo romano, «bienes inmuebles» pueden ser considerados cosas dependientes, lo que se explica, por ejemplo, porque en el Código Civil español no se encuentra una disposición semejante a la del § 97 del BGB alemán. El concepto de «Zubehör» (*pertenencias/accesorios*) es apostrofado como «germánico»; España está bajo la influencia del concepto francés de los *immeubles par destination* (Díez-Picazo, Fundamentos III (5. ed., Madrid 2008), pp. 217-218). Una observación más atenta permite decir que las diferencias se remontan al hecho de que el art. 334, párrafos 4 a 7 clasifican «estatuas, máquinas, vasos, instrumentos de explotación, viveros de animales, abonos» etc., por así decirlo, como bienes inmuebles (en la interpretación de la doctrina como «*inmuebles por destino/destinación*»). En el ABGB austriaco, los §§ 295 y ss. llevan a la conclusión de que las fincas son siempre consideradas como cosa principal. Estas normas contienen una lista de lo que puede ser pertenencia/accesorio [*Zubehör*] o parte integrante [*Bestandteil*] de una finca. Además, no se encuentra en ningún lugar, sea en la jurisprudencia o en la doctrina, una indicación de que una finca sea clasificada como pertenencia/cosa accesoria. Solamente las fincas industriales de las empresas son eventualmente clasificadas como tal cuando (en el contexto de la ejecución procesal forzosa) se trata de la afectación de una finca para la empresa (OGH 28. 6. 1994, JBl 1995, pp. 123, 125). En sentido estricto, no es correcto hablar de «Zubehör» [pertenencia/cosa accesoria] de una empresa (cfr. detalles en Klang [-Kisslinger], ABGB (3. ed., Viena 2011), § 302 nr. 18), porque una empresa no es más que una universalidad y como tal no es un punto de referencia adecuado a un derecho sobre cosas (OGH 19. 10. 1966, SZ 39/174; en sentido contrario, OGH 3. 12. 1969, SZ 42/181 [fue negada la adquisición de la propiedad sobre objetos en un almacén con la justificación de que estos no serían cosas accesorias, sujetas a un derecho especial, de una «empresa viva» [*lebendes Unternehmen*]].

madera en un edificio antiguo. El reloj ciertamente es una cosa real autónoma. Es al mismo tiempo un accesorio dependiente de la finca (o, lo que es lo mismo, un mero objeto del tráfico jurídico), y como tal, está sujeto solamente a las reglas del derecho inmobiliario. Esto, sin embargo, significa que el reloj vertical, dependiendo del contexto, puede ser *tanto* una cosa real autónoma *como* un objeto del tráfico jurídico incorporado a una finca, sin la cualidad propia de cosa [*eigene Sachqualität*].

IV. DERECHOS SOBRE COSAS SUBJETIVOS

1. ES DIFÍCIL CLASIFICAR LOS DERECHOS SOBRE COSAS

Ordenar los derechos reales [derechos sobre cosas, *Sachenrechte*] es difícil. La diversidad de esfuerzos nacionales para desarrollar de manera eficiente los sistemas y las formas de presentación de estos derechos es un claro testimonio de ello. Algunos distinguen entre *droits réels principaux* y *droits réels accessoires*, otros apuestan por la diferenciación entre derechos reales mobiliarios e inmobiliarios, otros por la distinción entre *iura in re propria* e *iura in re aliena*, y hay quien apuesta por preguntar si un derecho puede tener como punto de referencia exclusivamente *zaken* o también derechos patrimoniales. Los «clásicos» de la doctrina inglesa se dedican o bien al Derecho de Cosas mobiliario o bien al Derecho de Cosas inmobiliario, pero nunca a ambas áreas al mismo tiempo, y cada autor elige, incluso en aspectos clave de su presentación, lo que le parece ser adecuado y eficiente²⁸. Existe una gran confusión.

²⁸ Bell, *Modern Law of Personal Property* (Londres 1989), por ejemplo, trata en su obra, poco después de la introducción, en primer lugar de los *common law interests* (posesión, *legal ownership*, *bailment*, garantías con base en la posesión) y los *equitable interests* sobre *personal property*, y solo después trata de las disposiciones [*Verfügungen*] sobre los mismos (haciendo la distinción entre disposiciones entre vivos y por causa de muerte). El capítulo final trata de la «duración» de los *interests*, pero no solo de su pérdida a través del paso del tiempo, sino que también trata del *tracing* y cuestiones de clasificación. Bridge, *Personal Property Law* (3. ed., Oxford 2002) analiza el significado de *personal property*, se dirige entonces a los *interests in chattels*, la protección de los derechos sobre cosas, así como su transmisión. Las garantías se tratan en último lugar. Menos aún en común es lo que se encuentra en la obra de Cheshire, Gray y Sparkes. Cheshire y Burn (*-Burn* y *Cartwright*), *Modern Law of Real Property* (17. ed., Oxford 2006) ofrecen una visión general sobre las intenciones del Common Law y Equity, explican la «simplificación» del derecho a través del legislador, estructuran *estates* e *interests* sobre *land* en *freehold estates*, *leasehold estates* e *equitable beneficial interest in land* (principalmente el *trust of land*), pasan entonces a las servidumbres positivas y negativas, deudas fundiarias, *mortgages* y *licences* (en el sentido de derechos de utilización), discuten la constitución, transmisión y extinción de los *estates* e *interests* sobre *land*, y concluyen con las restricciones de uso de *land*

2. DIMENSIONES ESPACIALES, TEMPORALES Y DE CONTENIDO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS SOBRE COSAS

Los derechos subjetivos sobre cosas tienen una dimensión espacial, una dimensión temporal y una dimensión del contenido (determinante de su extensión). Algunos derechos sobre cosas están relacionados con objetos con una limitación real en el espacio, otros con fincas y otros, a su vez, con las cosas normativas puras. Algunos derechos sobre cosas pueden estar relacionados con objetos de diversos grupos, otros solo con los objetos de uno de estos grupos; ningún derecho sobre cosas puede estar relacionado con todas las cosas, ni siquiera la propiedad. Junto a esta dimensión espacial, coexisten una dimensión temporal y otra del contenido. La dimensión temporal se demuestra sobre todo por el hecho de que algunos derechos sobre cosas tienen que ser necesariamente concedidos por un período indeterminado de tiempo, otros pueden ser facultativamente concedidos por un período indeterminado, mientras que otros derechos terminan obligatoriamente o con la muerte de una persona (típicamente del primer titular) o con el vencimiento de un plazo. La dimensión del contenido de los derechos subjetivos sobre cosas se manifiesta en los poderes por ellos atribuidos. Algunos conceden amplios poderes de uso, otros solo poderes de uso limitados; algunos permiten la utilización económica de una cosa, otros permiten solamente la participación en su rendimiento; algunos, su adquisición, otros, su enajenación. Cada derecho sobre cosas, incluida la propiedad, se limita de alguna manera, ya sea espacial, temporal o en cuanto al contenido, a veces por lo menos en dos aspectos, y a veces incluso en los tres ámbitos.

Esta observación se puede aplicar a la clasificación de los derechos subjetivos sobre cosas. Ciertamente, no es suficiente atender solo a una de estas dimensiones como pauta, sino que es posible combinarlas. La dimensión del contenido admite prácticamente cualquier orden, y la dimensión espacial y la temporal tampoco proporcionan criterios para una diferenciación bien diseñada. Solo

(«derecho de la construcción») y expropiación, con origen en el derecho público. *Sparkes*, *A New Land Law* (Oxford 1999), comienza con el «registro de la propiedad», se ocupa principalmente de los *trusts of land*, discute el derecho de arrendamiento [*Miete y Pacht*], seguidamente *mortgages*, servidumbres, derecho de construcción, prescripción y rectificación del «registro de la propiedad». *Gray y Gray*, *Land Law* (7. ed., Oxford 2011) aclaran conceptos fundamentales, tratan la posesión y el título (*freehold y leasehold ownership*; servidumbres), las garantías sobre *land* (*mortgage*, deudas fundiarias, *rights of entry*), el *trust* (*beneficial ownership*), los negocios de disposición, la usucapión y prescripción, la protección de la esfera privada y, por último, una vez más, el derecho público de la construcción y la expropiación.

se avanza cuando se pregunta de qué manera la dimensión espacial y la temporal de un derecho subjetivo sobre cosas contribuyen a la determinación de su contenido. Se deduce de ahí que la dimensión espacial es la menos significativa. Para la individualización y la clasificación de los derechos subjetivos sobre cosas, esta dimensión no es completamente improductiva, aunque sí en gran medida. Esto se puede observar especialmente en la diferenciación entre los derechos sobre cosas «mobiliarios» e «inmobiliarios». Hay una serie de razones por las cuales esta dimensión, a pesar de encontrarse extendida, no cuenta con un gran alcance. Un argumento contrario a ella es el hecho de que se basa en una *summa divisio*, cuyos fundamentos se han demostrado hace mucho como inestables. Un argumento de más peso es el hecho de que el inventario siguiendo una clasificación de derechos reales mobiliarios e inmobiliarios trae consigo la producción de numerosas entradas duplicadas en ambas listas y que también los derechos sobre cosas normativas puras no se pueden calificar de forma plausible, pues muchos de los derechos subjetivos sobre cosas se refieren tanto a las cosas reales, como a fincas y también a algunas (aunque no todas) cosas normativas puras. Una tercera dificultad resulta del hecho de que las listas de los derechos subjetivos sobre cosas, que se clasifican por grupos de objetos, corren el riesgo de ocultar elementos intrínsecos comunes. No son pocos los derechos subjetivos que tradicionalmente reciben un nombre diferente en función de que se trate del Derecho de Cosas mobiliario o del Derecho de Cosas inmobiliario. Diferentes denominaciones no ofrecen ninguna garantía de que se trate de derechos con un contenido diferente y, por el contrario, el mismo nombre no garantiza tampoco que los derechos así denominados puedan ser atribuidos a una misma categoría a un lado y al otro de una frontera nacional.

Antes de nada, la dimensión espacial de los derechos subjetivos sobre cosas solo describe sus puntos de referencia, no repercutiendo o repercutiendo solamente en una pequeña medida en su contenido, y a través de ello, en su extensión. Por lo general, no se obtiene, desde el punto de vista del espacio, la respuesta a la pregunta, ¿por qué algunos de los derechos concebidos como derechos sobre cosas son posibles solo sobre cosas reales, mientras que otros derechos también (o solamente) son posibles sobre fincas o sobre cosas normativas puras? Normalmente no hay casi ninguna conexión causal entre las dimensiones del espacio y del contenido de los derechos subjetivos sobre cosas. No es justamente la «incorporeidad» de un crédito lo que puede explicar por sí solo que no se pueda constituir un derecho de propiedad sobre el mismo. No es la

normatividad de las fincas lo que puede explicar por qué se puede constituir en algunas de ellas (en Alemania, y por cierto solo en Alemania) deudas territoriales no accesorias [*Grundschulden*] y no es la «corporeidad» de un vehículo (su delimitación en el espacio) lo que proporciona el motivo por el que no es posible constituir una servidumbre sobre el mismo. Por sí misma, la dimensión temporal tampoco es un criterio de clasificación suficientemente eficiente; una individualización y una categorización de los derechos subjetivos sobre cosas basadas solamente en este criterio terminarían en numerosas duplicidades. Lo que, en una perspectiva del espacio, implicaría una división entre derechos sobre cosas mobiliarios e inmobiliarios, resultaría en una perspectiva del tiempo en una estructuración de todos los derechos subjetivos sobre cosas en derechos temporales o no temporales. Una vez más, lo que resulta de los criterios de clasificación no es satisfactorio. Pero el tiempo no llega a ser un criterio completamente irrelevante, pues gana en importancia cuando se pregunta para qué derechos sobre cosas el tiempo se convierte en un factor determinante del contenido y para cuáles no. Por lo tanto, es posible diferenciar entre los derechos sobre cosas que se delimitan principalmente por el tiempo y aquellos que se delimitan principalmente por el contenido. En otras palabras, es posible identificar los derechos sobre cosas que contienen restricciones de contenido, que los diferencian de la propiedad, teniendo estas restricciones como base primaria el hecho de que estos derechos sobre cosas solo se adquieren y constituyen en razón del tiempo. En comparación con estos, hay otros derechos sobre cosas cuya identidad no se desprende precisamente del hecho de que se presentan en una variante «perpetua» o temporal.

3. DERECHOS SOBRE COSAS ILIMITADOS EN RELACIÓN CON EL TIEMPO Y CON EL CONTENIDO

El ejemplo paradigmático de un derecho sobre cosas ilimitado en relación con el tiempo y el contenido es la propiedad; solo el usufructo perpetuo del derecho polaco [*użytkowanie wieczyste*] se puede situar en este grupo, aunque con algunas restricciones. La propiedad forma parte del repertorio estándar de todas las codificaciones de los Estados miembros de la Unión Europea. Las codificaciones tienen que responder sobre todo en razón de la presión argumentativa de los juristas suecos e ingleses a la pregunta de para qué el Derecho de Cosas privado realmente necesita de la

figura de la propiedad²⁹. Esta es una pregunta fácil de entender cuando se piensa en el lastre innecesario que el concepto de propiedad en el derecho civil ha sufrido con el paso del tiempo. Por otro lado, se observa que no existe un ordenamiento jurídico de un Estado miembro que pueda simplemente renunciar al derecho subjetivo sobre cosas llamado «propiedad». Este es un indicador claro de que tal medida crearía un vacío que ningún otro derecho sobre cosas podría llenar. El hecho de que la propiedad es un derecho subjetivo sobre cosas indispensable no tiene que ver en primer lugar con motivos políticos, sino con motivos de orden interno del derecho privado y, por lo tanto, de orden sistemático. El motivo principal es que el Derecho de Cosas objetivo requiere una figura conceptual de un derecho que puede ser gravado, pero que por sí solo no puede convertirse en un gravamen sobre otro derecho sobre cosas (ni siquiera un gravamen sobre la posesión). Se necesita un nombre para este derecho y este nombre ha sido desde siempre «propiedad». Uno puede, por ejemplo, gravar la propiedad ajena con una prenda, una hipoteca, un derecho real de arrendamiento, de usufructo o con un derecho de preferencia, pero no se puede gravar una hipoteca, un arrendamiento o un usufructo, etc., con la propiedad ajena, lo que viene a contradecir la idea de la propiedad sobre una hipoteca, un arrendamiento o un usufructo. Esto terminaría en un concepto contradictorio, porque la «propiedad» quedaría desprovista del perfil propio del derecho sobre cosas. Sería lo mismo que decir que hay dos propietarios, uno a quien se atribuye el derecho gravado y otro a quien se atribuye el derecho que grava. Por lo tanto, no habría ya una palabra reservada para aquel a quien se confiere el derecho de constituir por primera vez sobre una finca hasta ahora libre de gravámenes, una hipoteca o un usufructo (o constituir una prenda sobre una cosa real, etc.). Al mismo tiempo, lo que viene a corresponderse con el derecho al derecho se suprimiría del lenguaje del Derecho de Cosas, es decir, el que las correspondientes facultades de uso vuelvan una vez que se extingan las cargas correspondientes³⁰. No hay ninguna razón para un tamaño empobrecimiento del derecho privado.

²⁹ Sobre esto cfr. *von Bar*, *Eigentum. Europäische Betrachtungen zu einem unverzichtbaren Sachenrecht* [Propiedad. Consideraciones europeas para un derecho sobre cosas indispensable], en: *Festschrift für Egon Lorenz* (Karlsruhe 2014), pp. 741-767.

³⁰ Tiene razón *Pollock*, *A First Book of Jurisprudence for Students of the Common Law* (5. ed., Londres 1923), pp. 180-181, cuando comenta: «[T]he owner of a thing is not necessarily the person who at a given time has the whole power of use and disposal; very often there is no such person. We must look for the person having the residue of all such power when we have accounted for every detached and limited proportion of it; and he will be the owner even if the immediate power of control and use is elsewhere. In the same way a ruler does not cease to be a sovereign prince merely because he has made a treaty by which he has agreed to forgo or limit the exercise of his sovereign power in particular respects».

Desde la perspectiva del derecho de disposición, también la propiedad es un derecho sobre cosas completamente normal. El poder de disposición no es algo que se derive de la propiedad *qua propiedad*; en el fondo, cualquier titular de un derecho patrimonial y por lo tanto, también cualquier titular de un derecho sobre cosas tiene el poder de disponer de su derecho. Cuando un ordenamiento jurídico impone excepciones a esta regla básica (como, por ejemplo, en algunos lugares al derecho del usufructo³¹), es solo por razones de política legislativa; estas excepciones no cambian en nada el hecho de que la transmisibilidad de un derecho sobre cosas es parte de su existencia como derecho sobre cosas. También la propiedad recibe su capacidad de ser transmisible de su cualidad de derecho sobre cosas, y no de sí misma. El mero hecho de que la transmisibilidad, en principio, se garantice de manera ilimitada e independientemente del tiempo, es una consecuencia de la identidad específica de ese derecho sobre cosas, es decir, es una consecuencia del hecho de que la propiedad se concibe como un derecho ilimitado en relación con el tiempo y con el contenido. El hecho de que para la decisión de muchos de los litigios jurídicos, tal vez para la mayoría de ellos, no sea necesario o al menos útil identificar al propietario de la cosa, no resta valor a la figura abstracta de la propiedad. A menudo basta con la posesión. La posesión no solo en

³¹ La característica que da identidad al usufructo no es su intransmisibilidad. El usufructo «normal» (pero no el usufructo «perpetuo») a menudo no permite a su titular a ejercer el poder de disposición. Lo que ocupa el lugar de transmisibilidad es la «cesión del ejercicio [Überlassung zur Ausübung]», de carácter solo obligacional: (por ejemplo, el § 1059, frase 2 del BGB alemán; el § 215 de la Ley sobre Propiedad de Estonia; el art. 1202 del CC de Letonia; el art. 4.143(6) del CC de Lituania [donde es necesaria la autorización del propietario]; el art. 254 del CC polaco; el art. 230(3) de la Ley sobre Propiedad de Eslovenia y el § 1265(2) del BGB checo). Esto se debe «solo» a una decisión de orden político del respectivo legislador, y no a una decisión técnica obligatoria. No solo puede un legislador, que considera el derecho de usufructo fundamentalmente como intransmisible, permitir excepciones en algunos casos (por ejemplo, para las personas jurídicas y las sociedades personalistas con capacidad jurídica: cfr. el § 1059 lit. a del BGB alemán) o dejar la decisión sobre transmisibilidad para las partes (art. 1166 del CC griego). Especialmente los ordenamientos jurídicos románicos no ven ningún problema en permitir a todos los usufructuarios la disposición de su derecho. Pero está claro que el derecho solo puede ser cedido por un tiempo limitado, dentro del tiempo a que el primer titular esté sujeto (por ejemplo el art. 980 del CC italiano, así como el art. 595 del CC belga, francés y luxemburgués). El hecho de que el usufructo no está sujeto al Derecho de Sucesiones no excluye en modo alguno las disposiciones *inter vivos*; pero el usufructo se extingue con la muerte del primer titular del usufructo (*Bergel/Bruschi/Cimamonti*, *Les biens* (2. ed., Paris 2010), p. 304 nr. 258; *Terré y Simler*, *Les biens* (8. ed., Paris 2010), p. 727 nr. 819; *Hansenne*, *Les biens* (Liège 1996), p. 1043 nr. 1031; *Watgen y Watgen*, *La propriété immobilière* (Windhof 2013), p. 382 nr. 385). De todos modos, el usufructo perpetuo o sucesorio del derecho polaco es transmisible. Se aplica a su transmisión el régimen de transmisión de la propiedad sobre inmuebles (cfr. art. 237 del CC polaco). De conformidad con el art. 157 del CC polaco, a su vez, la propiedad sobre un inmueble no se puede transmitir bajo una condición o a término. Un contrato que obliga a la transmisión de la propiedad sobre un inmueble, que se celebró bajo una condición o a término, solo puede transmitir la propiedad si, además, hay un acuerdo incondicional de las partes sobre la transferencia de la propiedad.

comparación con la propiedad, sino también en comparación con los derechos reales limitados, es el fundamento de demanda más eficiente –y nadie *los* considera a pesar de ello insignificantes.

Es útil desligarse de la idea de que los demás derechos subjetivos sobre cosas son siempre «divisiones» de la propiedad. Esta es una imagen muy divulgada, pero incorrecta. En ella se contempla la propiedad como un pastel del que se cortan los derechos reales como si fueran porciones. Se trata de una metáfora desafortunada, ya que no puede explicar cómo las piezas separadas se pueden devolver al propietario después de un cierto periodo de tiempo o después de cumplir con su función. La propiedad no se desmembra, sino que se grava. En el caso de que se quiera demostrar esto a través de una imagen, sería posible hacerlo a través de una pirámide. La propiedad sería la franja inferior. Sobre ella, los derechos se irían apilando como capas sucesivas, cada vez más pequeñas. Sobre la propiedad de una finca, por ejemplo, se coloca un derecho de superficie; sobre él, una hipoteca; sobre esta, una prenda o, dependiendo del ordenamiento jurídico, otra hipoteca. Cuando uno de estos gravámenes deja de existir, se iría a la capa inferior siguiente; si todas las cargas dejan de existir, aparece de nuevo la última capa en toda su plenitud, a saber, la propiedad, que hasta entonces solo desarrollaba su importancia en relación con las capas no cubiertas, y ahora permite la actualización de toda su parte inferior. Por una razón muy similar, hablar de gravámenes de una cosa [*Belastungen einer Sache*] es lingüísticamente incorrecto. El BGB alemán, por ejemplo, utiliza frecuentemente este término, pero no es exacto: una cosa solo puede ser gravada con pesos, pero no con derechos. Con derechos se pueden gravar otros derechos, tanto los derechos reales limitados, como el derecho de propiedad. La «integridad» del derecho de propiedad, de acuerdo con el § 358 del ABGB austriaco, «no se disolverá a través de las restricciones impuestas por ley o por voluntad del propietario».

4. DERECHOS SOBRE COSAS ESENCIALMENTE LIMITADOS EN EL TIEMPO

En un segundo grupo principal de derechos subjetivos sobre cosas se encuentran los derechos limitados con respecto al tiempo. No todos los derechos reales de uso de una cosa ajena están limitados en el tiempo con carácter esencial, pero todos los derechos sobre cosas limitados en el tiempo de forma esencial son derechos de uso de una cosa ajena. Se identifican por el hecho de que al titular de esos derechos se le permite utilizar la cosa-madre en su con-

junto, pero no se le permite dañarla o destruirla; solo se le permite consumirla en circunstancias específicas, puesto que la cosa-madre solo le ha sido cedida temporalmente. Por la misma razón, puede disponer de su derecho, dado el caso, a través de la transmisión o gravamen solo por el período de tiempo durante el cual se le concedió el derecho. Tal es el caso del simple usufructo [*Nießbrauch*], del derecho de uso [*Gebrauchsrecht, usage*], de habitación [*Wohnrecht, habitation, abitazione*], del derecho de aprovechamiento por turno de inmuebles [*Teilzeitnutzungsrechte, timesharing*] y cuando es considerado como derechos sobre cosas, el derecho de arrendamiento [*Miete, Pacht*]. El usufructo es el derecho de aprovechamiento más amplio en los ordenamientos jurídicos continentales³². El derecho de uso [*Gebrauchsrecht*] es un «mini-usufructo», que se diferencia del primero en cuanto al contenido, pero que en general es un derecho de la misma especie. Los *leaseholds* [*Miete und Pacht*, es decir, arrendamiento] son su equivalente funcional en los ordenamientos jurídicos del Common Law, en los que no se conoce la figura del usufructo. La naturaleza jurídica del arrendamiento es objeto de discusión en los sistemas de derecho civil; allí donde se considera como derecho sobre cosas (que es la excepción), por lo general se añade al derecho de usufructo. También los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmue-

³² En los ordenamientos jurídicos escandinavos, el usufructo, concebido como el derecho de aprovechamiento más amplio, no tiene ninguna importancia práctica en la actualidad. Suecia se conforma con una serie de «pequeños» derechos de uso sobre fincas ajenas. El cap. 7 §§ 1, 3 de la Ley del Suelo de Suecia [Jordabalk, 1970] enumera como *nyttjanderätter* el arrendamiento con derecho a los frutos en la forma de arrendamiento de vivienda (*bostadsarrende*), el arrendamiento de instalaciones (*anläggningsarrende*) y el arrendamiento económico de tierras (*jordbruksarrende*), pero también enumera otros derechos, tales como el arrendamiento de uso [NT: En Derecho sueco se distingue entre un arrendamiento dirigido únicamente al uso de la cosa (*hyra, Miete*) y un arrendamiento con derecho a los frutos (*arrende, Pacht*)], el derecho de superficie y el derecho a cortar madera en una finca ajena para fines distintos de la construcción de una casa (*rätt att avverka skog på fastigheten*), y también el derecho de apropiarse de los frutos y productos naturales de una finca, así como el derecho de caza y pesca en la misma. Estos derechos pertenecen al círculo exclusivo de los derechos que, junto con las servidumbres prediales [*servitut*] y del derecho a la electricidad [*rätt hasta elektrisk kraft*], pueden ser publicados en el Registro de la Propiedad, en la sección reservada para la propiedad (*fastighetsregistrets inskrivningsdel*), cfr. cap. 7 §§ 1 y 10 Jordabalk y de ese modo lograr una mayor protección jurídico-real (*sakrättsligt Skydd / sachenrechtlicher Schutz*). En los registros de la propiedad, hasta hoy se encuentran los llamados *avkomsträtter*, los derechos de usufructo de carácter tradicional. Se trata, sin embargo, de derechos ancestrales. Desde la entrada en vigor del Jordabalk, no pueden practicarse nuevas inscripciones de estos derechos en el registro. La cuestión de si y en qué medida se puede atribuir a los «nuevos» *avkomsträtter* la oponibilidad frente a terceros y qué podría implicar un acuerdo sobre su contenido son preguntas que deben ser respondidas caso por caso; de todos modos, estos derechos indeterminados ya no están en la categoría de derechos inscribibles (*Rodhe, Handbok i sakrätt* (Lund 1985), pp. 558-559), incluso no habría ya necesidad de ellos, puesto que los derechos de uso inscribibles abarcan lo esencial. Estos derechos ancestrales se eliminarán automáticamente de los registros en 2018 si no se hace una solicitud de prórroga (*Lag om vissa av förnyelse inskrivningar i fastighetsregistret* (2013: 488)).

bles se clasifican en parte como derechos obligacionales y en parte como verdaderos derechos sobre cosas. El derecho de usufructo, así como el derecho de uso, pueden recaer sobre cosas de todo tipo, también sobre cosas que no pueden ser objeto de propiedad. Ambos derechos pueden tener por objeto tanto las cosas reales como fincas y también las cosas normativas puras. El *lease* en *common law* y en *equity*, por el contrario, son *estates* relacionados a fincas. El arrendamiento de cosas muebles otorga al *bailee* los mismos derechos que un propietario, pero en ambos casos se trata de derechos fuertemente basados en la posesión, con funciones de defensa y reparación de daños, a los que les falta un elemento equivalente de reivindicación³³. La tendencia de cosificación de los derechos de arrendamiento es una característica especial del arrendamiento de viviendas. Los derechos de habitación y de aprovechamiento por turno [*Wohn- und Teilzeitnutzungsrechte*] también son derechos que recaen sobre fincas. Parte de los principales problemas del Derecho de los derechos sobre cosas esencialmente limitados en el tiempo consiste en tener que distinguir claramente, por una parte, entre el régimen del derecho gravado y el régimen del derecho a gravar y, por otra parte, entre los contenidos de orden obligacional o real de las normas que regulan los poderes de las partes. Al determinar estas líneas fronterizas se advierte rápidamente el fenómeno de que los poderes derivados de los derechos de aprovechamiento presentan diferentes niveles de oponibilidad frente a terceros. Esto conduce inevitablemente a fricciones en los ordenamientos jurídicos que insisten en una estricta diferenciación entre el Derecho de Obligaciones y el Derecho de Cosas, al contrario de lo que sucede en Suecia, donde es común conformarse con el análisis de intereses en cada caso concreto, sin considerar esta *summa divisio*, tenida como un criterio demasíadamente rudimentario³⁴.

5. DERECHOS SOBRE COSAS ESENCIALMENTE LIMITADOS EN LA EXTENSIÓN

El tercer principal grupo de derechos reales [*dingliche Rechte*] se integra por derechos sobre cosas subjetivos esencialmente limitados en razón de su extensión. Sus límites de contenido no tienen

³³ Sheehan, *Principles of Personal Property Law* (Oxford 2011), p. 279. Palmer y McKendrick (-Swadling), *Interests in Goods* (2. ed., Londres 1998), pp. 491, 524 resalta aún que para efectos de responsabilidad delictual no es más decisivo saber si hay un *bailment*. Lo que importa es la *possession*.

³⁴ Cfr. en la doctrina alemana Amann, DNotZ 1989, p. 531 y Canaris, Festschrift für Werner Flume (Colonia 1978), p. 371, entre otros.

ninguna relación causal con su duración, ni siquiera cuando las partes (y excepcionalmente también la ley) hayan fijado su término. La mayoría de estos derechos se extinguen en todo caso cuando la cosa sobre la que recaen se destruya. En estos derechos, el derecho objetivo debe procurar una mayor distancia respecto de la propiedad que en el caso del usufructo, sus subespecies y el arrendamiento con naturaleza -real. Por ejemplo, si un derecho subjetivo con la extensión de un usufructo pudiera quedar «comprimido» en la figura de una servidumbre predial «perpetua», daría lugar a una propiedad dividida temporalmente, es decir, un resultado que no solo infringiría el principio de *numerus clausus* previsto por la ley, sino también, en algunos lugares, la correspondiente Constitución³⁵.

a) **Derechos de uso sobre fincas**

Al grupo de derechos sobre cosas limitados esencialmente en razón de su extensión pertenecen, obviamente, los derechos de uso de una finca ajena, incluyendo las servidumbres positivas (mientras que las servidumbres negativas son derechos limitados de soberanía sobre la propiedad inmobiliaria ajena). En Europa, los ordenamientos jurídicos en Derecho de Cosas se encuentran separados, en el ámbito de los derechos de uso sobre fincas ajenas, por las profundas diferencias existentes entre sus respectivos sistemas, que se corresponden con los diversos conceptos de «servidumbres» [*«Dienstbarkeiten»*]. Donde se permitan las servidumbres «personales», como por ejemplo en Alemania, cambia también a menudo el acceso sistemático de la ley sobre «sus» derechos de aprovechamiento. Por lo tanto, se abre de pronto la posibilidad de presentar también el derecho de usufructo y sus subespecies como «servidumbres». Los códigos que consideran que este es un camino ventajoso se encuentran en un momento posterior ante la dificultad de distinguir entre las servidumbres en sentido amplio (o sea el usufructo) y las servidumbres en sentido estricto (o limitado), y en esta última categoría, incluso entre las servidumbres prediales y las servidumbres personales. El sistema se vuelve confuso. Solo se convierte de nuevo en comprensible cuando se basa en la tesis de que ambos derechos, tanto el usufructo como las servidumbres «limitadas» son derechos intransmisibles. Pero esto en concreto no es suficiente, pues el usufructo se caracteriza precisamente no por su imposibilidad de transmisión, sino por su limitación temporal. Su

³⁵ Cfr., por ejemplo, la sentencia austriaca OGH 29. 5. 2001, SZ 74/95.

silueta se reviste de esta limitación, incluso cuando el usufructo de hecho no se puede transmitir.

b) Derechos de extinción de derechos ajenos sobre fincas

El Derecho Europeo de Cosas encuentra dificultades especiales en relación con las cargas reales [*Reallasten*], deudas territoriales y de la renta [*Grund- und Rentenschulden*], y con las hipotecas [*Hypotheken*]. Este problema tiene poco que ver con su diferente presentación y propagación regional (*Grundschulden* son una peculiaridad del derecho alemán; *Reallasten* no tienen mucha difusión y por ello todavía se definen de formas muy distintas)³⁶. La verdadera dificultad, por lo tanto, no es de naturaleza comparativa, sino jurídico-real. Consiste en agrupar correctamente los derechos de esta especie tomando en consideración su sistema y terminología. El punto de partida debería ser la circunstancia de que estos derechos, como todos los demás derechos reales limitados, son derechos que pueden gravar otros derechos sobre cosas. El derecho gravado es en general (con posibles excepciones) la propiedad sobre una finca ajena. El derecho que constituye el gravamen, sin embargo, no confiere el poder de uso o aprovechamiento sobre esta finca, pues el espacio de actuación del propietario de la finca no queda restringido por la constitución de un derecho de este tipo; como mucho, al propietario solo se le puede prohibir dañar la cosa en perjuicio del titular del derecho. Para entender que los gravámenes mencionados anteriormente corresponden a derechos sobre cosas (y no a derechos obligacionales o a derechos de otras especies), se debe recordar que la propiedad es un derecho limitado con respecto al espacio, pero no en el contenido y en el tiempo. Esto nos hace ver que los derechos reales limitados no pueden referirse únicamente a la dimensión de contenido del derecho, sino también al factor tiempo que les es inherente. Un derecho, particularmente la propiedad, no solo puede gravarse en relación con las posibilidades de actuación reservadas para el propietario, sino también en relación con la

³⁶ Las deudas territoriales y de las rentas [*Grund- und Rentenschulden*] y en particular las cargas reales [*Reallasten*], que son consideradas en los sistemas «románicos» como figuras «germánicas», no son conocidas en todos los ordenamientos jurídicos. Pero también el concepto de *Reallast* en sí se entiende de manera diferente. Antes, por ejemplo, de la Ley del Suelo sueca (Jordabalk) todas las garantías contractuales inmobiliarias estaban agrupadas bajo el concepto de prenda (*panträtt*), era habitual referirse a todas ellas como categoría general con el término carga real (*reallast*) [*Undén, Svensk sakrätt II* (5. ed., Lund 1969), p. 256]. En este sentido, también la hipoteca era una carga real, pero hoy en Suecia, una carga real en el sentido del § 1105 del BGB alemán [sobre *Reallast*] es considerada una prenda [*Pfandrecht*].

garantía de permanencia de su derecho. En otras palabras, el Derecho de Cosas también permite a un propietario limitar la expectativa de perpetuidad de su derecho a favor de otro titular del derecho, y lo mismo se aplica al titular de los demás derechos sobre cosas a condición de que estos derechos puedan ser gravados con hipotecas (etc.) de acuerdo con el respectivo derecho nacional que deba aplicarse. Por tanto, creemos que aquí se trata de derechos de extinción y, dado el caso, de suspensión de otros derechos.

Los criterios de clasificación más conocidos en el Derecho de Cosas tienen naturalmente un enfoque diferente. No cuestionan en qué consiste el gravamen de la propiedad (etc.) en *el momento de la constitución* del derecho real limitado. Lo que se pregunta es por qué alguien debería tener un interés legítimo en poner en peligro su propio derecho de tal manera que permita a otros interrumpirlo o incluso llevarlo a la extinción. En definitiva, se trata de una categoría que no resulta muy evidente. A menudo se justifica y explica por su finalidad de garantía. La categorización de un derecho como «derecho de garantía (*Sicherungsrecht*)» se construye, sin embargo, sobre un pensamiento puramente jurídico real poco consistente por ser difuso. Esta forma de sistematización no permite diferenciar no solo entre los derechos sobre fincas y sobre otras cosas, sino tampoco entre los derechos sobre cosas y los derechos de obligaciones. El principal problema con este enfoque consiste fundamentalmente en que no es posible determinar a través de la finalidad de un derecho subjetivo cuál es exactamente el gravamen del derecho gravado por aquel. La finalidad de un derecho no permite sacar conclusiones acerca de su contenido jurídico-real. Tampoco la expresión «derechos de realización de valor (*Verwertungsrechte*)»³⁷ es más afortunada, porque no hay ningún derecho sobre el valor de una cosa. El valor no es un objeto posible del Derecho de Cosas. El valor de una

³⁷ En Alemania, actualmente predomina «para la naturaleza jurídica de los derechos de prenda inmobiliaria [*Grundpfandrechte*] ... la teoría del derecho real de realización de valor [*die Theorie vom dinglichen Verwertungsrecht*]» (*Wilhelm*, *Sachenrecht* (4. ed., Berlin 2010), p. 591 nr. 1434; cfr. detalles sobre la discusión en Staudinger [*-Wolfsteiner*], *BGB* (Berlin 2009), notas preliminares a los §§ 1113 ss., nr. 36). Lo mismo sucede en Grecia (*Georgiades*, *Emprágmato Dikaio I* (Atenas 1991), p. 50 nrs. 8 y 9). También los autores españoles consideran denominar los *derechos reales de garantía* [*die dinglichen Sicherungsrechte*] como *derechos de realización de valor* [*Verwertungsrechte*], cfr. por ejemplo *Albaladejo*, *Derecho Civil III* (10. ed., Madrid 2004), p. 694, que prefiere la expresión «derechos reales de garantía». Prenda, hipoteca y anticresis garantizan la satisfacción de un crédito a través del valor de la cosa. El art. 686 del CC portugués se refiere expresamente que «a hipoteca confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registro» // «la hipoteca confiere al acreedor el derecho de ser pagado por el valor de ciertas cosas inmuebles o equiparadas pertenecientes al deudor o a un tercero con preferencia sobre los demás acreedores que no gocen de privilegio especial o de prioridad del registro».

cosa no pertenece a nadie y, por lo tanto, no se le puede atribuir a nadie en el ámbito de un derecho absoluto. Ni siquiera la propiedad confiere a su titular el derecho de realización de valor, pues la realización de valor de una cosa, es decir, su «transformación» en dinero, requiere siempre de la otra parte (un comprador).

c) **Derechos de dominio limitados**

Otro grupo de derechos sobre cosas esencialmente limitados en su extensión se integra por los derechos de dominio limitados. Estos confieren a su titular poderes de exclusión (*Ausschließungsbefugnisse*), que son inherentes al derecho gravado, pero debido a su gravamen se convierten ahora en poderes de exclusividad (*Ausschließkeitsbefugnisse*) en el ámbito del derecho que constituye el gravamen. En este contexto, el titular del derecho gravado y del derecho que grava tomarían la posición el uno del otro en su relación entre sí y respecto de terceros.

Si la propiedad sobre la finca X está gravada a favor del propietario de la finca vecina Y, en el sentido del Derecho de Cosas de que en la finca X no se puede construir a menos de cinco metros del límite de la finca Y, entonces Y sufre un recorte del derecho que hasta entonces solo correspondía a X, en particular el derecho de impedir que otros realicen construcciones en su zona limítrofe. Hasta la constitución del gravamen, Y era «cualquier otro». Por lo tanto, cuando se trate de la construcción en la zona de cinco metros también X asume este papel, convirtiéndose X en relación a Y en cualquier tercero, en el sentido del Derecho de Cosas. El hecho de que X permanezca como propietario no cambia nada. Sin embargo, Y solo tiene el derecho de impedir construcciones, independientemente de quién las quiera realizar; Y no tiene el derecho de construir por sí mismo, y tampoco el derecho de permitir a alguien construir en suelo ajeno. Un consentimiento a una la violación de su derecho «negativo» no justificaría una intromisión simultánea en la propiedad ajena «positiva».

Las prohibiciones de disponer solo pueden constituir la parte no autónoma de otros derechos sobre cosas, pero no el contenido esencial de un derecho real. Rige la regla en contra para los derechos reales autónomos con prohibición de disponer. Los derechos sobre cosas no pueden existir sin una persona con poder de disposición; en este caso, no serían ya derechos sobre cosas y tendrían que extinguirse.

d) Derechos sobre cosas autónomos

Los derechos sobre cosas autónomos, que se dirigen a la adquisición de derechos sobre cosas de un tercero, se presentan principalmente como derechos de adquisición preferente [*Vorkaufsrechte*]. Con los *option rights* y el *Anwartschaftsrecht* (derecho sujeto a condición suspensiva) que tiene el comprador que adquiere bajo reserva de dominio se encuentran principalmente en Inglaterra y Alemania algunas de las especificidades regionales. De los derechos con limitación de disponer [*verfügungsbeschränkende Rechte*] difieren los derechos de adquisición autónomos de naturaleza real [*selbständige dingliche Erwerbsrechte*], en que estos no tienen el objetivo de mantener el *status quo*, sino el objetivo de cambiarlo. De los derechos de disposición [*Verfügungsrechte*] se diferencian los derechos de adquisición [*Erwerbsrechte*] en que estos no le proporcionan a su titular la facultad de disponer de un derecho ajeno, ni siquiera a favor de sí mismo.

Lo que es particularmente difícil de entender es el referido *Anwartschaftsrecht* del comprador, que como se sabe fue desarrollado en el derecho alemán, pero que mientras tanto se ha convertido en una cuestión controvertida en otros lugares: el comprador que adquirió la cosa real bajo la condición suspensiva del pago total del precio y que aún no ha pagado. Con esta construcción, algunos ordenamientos jurídicos continentales se acercan a los *interests at equity*, pero no entran en colisión con el principio del *numerus clausus* de los derechos sobre cosas³⁸, aunque sí con el denominado principio de la abstracción, allá donde este exista. En su sustancia, el derecho de expectativa del comprador bajo reserva de dominio como instituto del Derecho de Cosas alemán va a desembocar donde otros ordenamientos jurídicos desembocan, teniendo estos últimos como punto de partida (ciertamente «por el contrario») la regla de que los derechos reales se transmiten por efecto

³⁸ Impresionante, para Austria, la opinión de Klang (-Bydlinski), ABGB IV(2) (2. ed., Viena 1950), pp. 565-566 («El principio del ‘numerus clausus’ de los derechos sobre cosas [*Sachenrechte*], que nuestra ley establece (§ 308) y su proliferación a través de la voluntad de las partes de con él recusar eficacia también para terceros, es un indicio muy claro contra el reconocimiento insuficiente de nuevos derechos reales [*dingliche Rechte*]. Por tanto, la tesis del derecho de expectativa [*Anwartschaftsrecht*] como derecho real sobre la cosa no debe ser admitida»). En Portugal, sin embargo, la situación jurídica es controvertida. *Peralta*, A posição jurídica do comprador na compra e venda com reserva de propriedade (Coímbra 1990), pp. 167-168 defiende la tesis, al igual que *Oliveira Ascensão*, Direito Civil – Reais (5. ed., Coímbra 1993), p. 157, pero en claro contraste con *Menéres Campos*, A reserva da propriedade (Coímbra 2013), p. 276, de que la calificación de la expectativa jurídica [*Anwartschaftsrecht*] del comprador bajo reserva de dominio como un derecho real no es contraria al principio del *numerus clausus*. Es un derecho que no se crearía por la autonomía de las partes, pero que sería el resultado de las disposiciones legales existentes. Cfr. también *Mesquita*, Obrigações reais e ónus reais (Coímbra 1997), p. 235.

del contrato causal. Estos ordenamientos tienen que reconocer que la venta bajo reserva de dominio solo se puede llevar a cabo de manera constructiva basada en el principio de la separación (acordado autónomamente por las partes); el derecho alemán tiene que reconocer que no se puede concebir el *Anwartschaftsrecht* del comprador que adquiere bajo reserva de dominio, que tiene carácter estrictamente accesorio, sin crear excepciones a la doctrina de la abstracción del negocio real en relación con el obligacional. Todos se encuentran a medio camino.

e) **Derechos de disposición autónomos**

La lista de los derechos sobre cosas esencialmente limitados en su extensión termina con los derechos de disposición autónomos. Estos son los derechos sobre cosas que permiten a una persona autorizada [*Berechtigter*] disponer de un derecho ajeno, incluso contra la voluntad de su titular actual [*Rechtsinhaber*]. Puede ser tanto la transmisión del derecho ajeno, como su gravamen mediante otros derechos. Los *powers of appointment* constituyen, por regla general, derechos de disposición que sirven a intereses ajenos, mientras que los derechos prendarios [*Pfandrechte*] y *mortgages*, por regla general, son derechos de disposición que sirven a intereses propios. Un derecho de retención, por el contrario, es un fuerte candidato a ser un derecho real, si y solo si es oponible a todos, especialmente al adquirente del derecho gravado, que no tiene el deber obligacional de cumplimiento de la prestación, y también si puede ser transmitido (aunque accesorio). Pero esta no es la regla. Solo una minoría de los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea califica los derechos de retención como derechos sobre cosas, y esto en situaciones específicamente definidas.

El derecho de disposición más importante es el «derecho de prenda» [*Pfandrecht*], un término sobre el cual el Derecho Europeo de Cosas hace mucho tiempo que ha perdido el control. El concepto ahora está marcado por variaciones de significado tan considerables, que se hace urgente asegurarse nuevamente de lo que es. Esto también se aplica para la *façon de parler* de los «derechos de prenda inmobiliaria [*Grundpfandrechten*]», que se corresponde mejor con la *mortgage* del Common Law que con la hipoteca del Civil Law. Los «derechos de prenda [*Pfandrechte*]» demuestran, en nuestra opinión, tener un perfil autónomo en el Derecho de Cosas, solo cuando se interpretan como los derechos que permiten a su titular enajenar una cosa ajena para la satisfacción de su crédito a través del producto de la venta forzosa en caso

de incumplimiento de la prestación por parte del deudor. Es difícil analizar esta construcción en el ámbito del Derecho de Cosas, teniendo en cuenta que solo algunos, pero no todos los ordenamientos jurídicos de derecho privado, autorizan la *venta* de cosas ajenas³⁹. Donde cualquier persona puede vender cosas válidamente, sin considerar a quien pertenecen, ahí no hay ya necesidad de tener un derecho real de compraventa [*sachenrechtliches Verkaufsrecht*]. Solo es necesario un derecho de disposición [*Verfügungsrecht*]. Sin esta protección, las disposiciones podrían convertirse en una intervención ilegítima en el derecho en cuestión. Las disposiciones por sí solas no generan ningún derecho a una contraprestación, ni ningún derecho al pago en efectivo. Como ocurre con el *Anwartschaftsrecht* [derecho sujeto a condición suspensiva] que tiene el comprador que adquiere bajo reserva de dominio, tampoco en el derecho de prenda se permite armonizar sin romper con la separación de orden conceptual entre disposición [*Verfügung*] y obligación [*Verpflichtung*]. El derecho de disposición está inseparablemente unido a una modalidad legal del acto de disposición y solo puede ejercerse en el cumplimiento de determinadas obligaciones contractuales.

El poseedor en el derecho de prenda no está autorizado para donar la cosa pignorada, solo puede venderla, y esto únicamente siguiendo la forma legalmente establecida. Lo que proporciona puntos de discusión de *orden político* en relación con la prenda es la cuestión relativa a cuáles son las exigencias de publicidad a que se encuentra vinculada la constitución del derecho por vía negociada. (En cuanto a los derechos de prenda constituidos por ley, no se puede responder a esta pregunta en términos genéricos, porque las situaciones son demasiado diferentes; además no es seguro que esto tenga que ver en general con una parte del Derecho de Prenda objetivo). Se hace necesario diferenciar entre los gravámenes de la propiedad sobre cosas reales y los gravámenes de la titularidad de los derechos, especialmente de los créditos. En el primer grupo se confrontan la prenda con desplazamiento posesorio [*Faustpfand*] y la prenda inscrita [*Registerpfand*]; en el segundo grupo concurren, por regla general, los derechos de prenda de base registral [*registergestützte Pfandrechte*] con los derechos de prenda que requieren, para su constitución, la comunicación al deudor. Una vez más

³⁹ Los contratos de compraventa de cosas ajenas son nulos en Portugal y Francia, pero en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos son válidos, como en Alemania, Grecia, España (TS 13. 5. 2013, RAJ 2013 nr. 3699 p. 2660), Austria (OGH 24. 4. 2003, SZ 2003/43; Koziol/Bydlinski/Bollenberger [-*Bollenberger*], ABGB (4. ed., Viena 2014), § 878 nr. 3); Inglaterra (sec. 21(1) Sale of Goods Act 1979) e Irlanda (sec. 21(1) Sale of Goods Act 1893). Que los contratos no se puedan cumplir es una cuestión diferente, debiendo el vendedor indemnizar al comprador.

las diferentes orientaciones terminológicas verdaderamente generan el riesgo de numerosas incomprensiones recíprocas, en particular, en la relación entre prenda [*Pfandrecht*] e hipoteca [*Hypothek*].

V. LA IMAGEN TODAVÍA NO ESTÁ COMPLETA

La imagen aquí dibujada del Derecho Europeo de Cosas no solo ha tenido que limitarse a los trazos más gruesos, sino que además todavía no está completa. Aún faltan por tratar análisis transversales sobre el Derecho de posesión, la transmisión negocial de los derechos sobre cosas subjetivos y los remedios jurídicos establecidos para su protección.