

DUALIDAD: DERECHOS REALES Y PERSONALES

Miguel ALESSIO ROBLES

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Breve referencia a las diferencias tradicionalmente tratadas*. 1. *Opiniones generales*. 2. *La obligación pasiva universal*. III. *Postura científica para diferenciar los derechos subjetivos*. 1. *La conducta regulada como objeto del derecho*. 2. *Opinión personal*. 3. *Ciertos derechos de naturaleza discutida*, a) *El arrendamiento*. b) *El embargo*. c) *Concesión para la explotación de bienes*. IV. *Registro público*. V. *Numerus clausus, numerus apertus*. VI. *Las obligaciones reales o propter rem*. 1. *Naturaleza jurídica*. 2. *Características especiales*.

I. INTRODUCCIÓN

Pocas materias generales han sido tan debatidas por los civilistas de todas las épocas como aquella que busca diferenciar los derechos patrimoniales y, por tanto, cualquier tesis que sobre la misma se pretenda sostener, estará sujeta al juicio de las excepciones y a la crítica académica, basada en conceptos que pretendiendo ser característica de uno u otro derecho, correspondan asimismo a la naturaleza jurídica del otro.

Las tareas de investigación académica se ven usualmente matizadas por problemas que la práctica profesional a diario presenta, pero debe reconocerse que sólo firmes posiciones doctrinarias y legales permiten resolverlos, pues con frecuencia se presentan a los abogados, cualquiera que sea la especialidad, negocios en los que van de por medio derechos cuya naturaleza jurídica, en el plano académico, es al menos discutible, y que por tanto trascienden a la práctica para precisar si son oponibles a terceros y, en consecuencia, inscribibles en registros públicos para lograr tal efecto.

Otro punto de destacada importancia es el siguiente. En los términos de los artículos 750-XII, 754 y 759 del Código Civil para el Distrito Federal, todos los derechos son bienes incorpóreos y serán muebles o inmuebles según la naturaleza de su objeto indirecto. Así, si a un derecho de naturaleza discutible se le da el carácter de real,

ese derecho será, *per se*, un bien mueble o inmueble según la naturaleza del bien sobre el que se ejerce; en cambio, si a tal derecho se le considera de naturaleza personal, será siempre un bien incorpóreo mueble, independientemente de la naturaleza jurídica de su objeto indirecto. Esta clasificación académica no tendría sentido práctico, si no fuera por la importancia reflejada en las normas que regulan la forma de los actos jurídicos, como elemento de su validez. Si el derecho objeto del acto es bien inmueble requerirá, en términos generales, de formas de mayor regulación que las previstas para los actos cuyo objeto sea un bien mueble.

Decía líneas arriba que la discusión objeto del tema de este trabajo ha permanecido sin soluciones definitivas entre los tratadistas, como un reflejo de la dificultad de encontrar bases científicas que permitan establecer dogmas más o menos rigoristas en torno a aquellos problemas, con tendencia a resolverlos en base a principios de equidad, seguridad jurídica y justicia, primarios en el alcance del bien común como fin último. Por ello, consciente de tales dificultades, pero buscando un criterio personal definitivo que permita sentar bases normativas para regular la realidad, presento una opinión que concluye en criterios dogmáticos, para establecer las diferencias que existen en la clasificación de los derechos subjetivos patrimoniales. Posteriormente, en base a tales criterios, analizo la discutida naturaleza jurídica de algunos derechos, concluyendo con una breve referencia a la naturaleza de las obligaciones denominadas reales o *propter rem* y a los efectos prácticos de todo lo anterior, tomando en consideración la función de los registros públicos.

Pongo de relieve mi convencimiento de que esta opinión será seguramente objeto de reconsideraciones personales y de observaciones y críticas. Si esto último venturosamente sucede, su objeto primordial se habrá logrado.

II. BREVE REFERENCIA A LAS DIFERENCIAS TRADICIONALMENTE TRATADAS

Muy variadas son las diferencias que los diversos tratadistas han manejado para sostener la dualidad de los derechos subjetivos patrimoniales, pero las sentadas tradicionalmente son concretas y hasta cierto punto dogmáticas en el concepto, aunque poco aplicadas en casos reales dudosos. En el proceso histórico, las tesis monistas han

servido, casi exclusivamente, para despegar las posiciones dualistas, previa la crítica correspondiente a los postulados de aquéllas.

Cabe aclarar que no pretendo en este momento disertar sobre las tesis sostenidas desde los análisis primarios del Derecho romano, pasando por el *jus in re* de los glosadores, el *jus ad rem* de los canonistas y la teoría feudal de los derechos reales *in faciendo*; y ni siquiera sobre las tesis clásicas: las monistas, ya sean personalistas o realistas, o las tesis dualistas, o la clasificada como ecléctica de Planiol, o la económica de Bonnetcase, porque son de sobra conocidas y ameritan, exclusivamente, una somera referencia para analizar, posteriormente, posturas modernas que no se han divulgado suficientemente, quizá en razón de la poca aplicación práctica que esta discusión académica ha tenido como consecuencia de la falta de puntos de coincidencia.

De una clasificación sencilla, tomada de Felipe Sánchez Román,¹ pueden destacarse caracteres que en el mejor de los casos predominan en un derecho, pero que no lo distinguen definitivamente del otro.

1º Por el número de personas que intervienen en la relación jurídica. Normalmente esta diferencia está referida a ambos lados de la relación jurídica. En el derecho real el sujeto activo es determinado y el pasivo indeterminado en los absolutos, persistiendo éste en los relativos junto con un sujeto pasivo determinado. En los derechos personales, tanto el activo como el pasivo son determinados. Se ha criticado esta postura señalando que no se toman en cuenta las tesis y las legislaciones modernas que admiten la indeterminación provisional del acreedor.

Esta diferencia en lo referente al sujeto pasivo es parcialmente cierta, pero como se verá más adelante al analizar su situación, en uno y otro caso la misma no se centra precisamente en su número ni en el objeto de la relación, sino en la conducta que deben reportar los sujetos pasivos. Adelanto que la tesis dualista de Planiol ha sido criticada, señalándose que en los derechos personales, en virtud del principio de respeto al derecho ajeno, también existe un sujeto pasivo indeterminado, obligado a respetar el derecho del acreedor, obligación cuyo contenido no es patrimonial, al igual que sucede con la obligación real correlativa a los derechos reales.

2º Por el objeto de la relación jurídica. En los derechos reales, "generalmente" el objeto indirecto es una cosa o un bien corpóreo;

¹ Citado por DE GASPERI, Luis. *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones en General*. T. II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964, pp. 59 a 61.

en los personales, aquél puede ser incorpóreo. Basta señalar que como excepción a la regla para el caso de los derechos reales existen, por ejemplo, los derechos absolutos intelectuales, lo que produce duda en algunos derechos cuya naturaleza es difícil determinar.

3º Por el modo de obrar la voluntad del sujeto activo sobre la cosa, objeto inmediato o mediato de la relación. Sostiene el autor que en los derechos personales el sujeto activo actúa en forma mediata a través del compromiso del deudor, y en derechos reales, "generalmente" lo hace de modo directo respecto de la cosa.

Cabe apuntar dos aspectos. En los derechos reales el titular actúa efectivamente siempre en forma directa; sin embargo, nuevamente la falta de precisión obliga a la indeterminación de la naturaleza de ciertos derechos como en el caso del arrendamiento. Por otro lado, como más adelante señalaré, de estos conceptos parte una distinción científica y concreta, sólo que referida a la conducta regulada de los sujetos.

4º Por las cosas necesarias para constituirse la relación jurídica. En los derechos reales se requiere una causa próxima y remota, modo y título. En los derechos personales basta la causa remota o título. Luis de Gasperi añade: "Esta regla sería más clara si se dijere que en los derechos reales no basta a constituirlos el simple título, con excepción de la hipoteca, las servidumbres negativas y algunas positivas, como la de vista o la de recibir aguas de los predios superiores, todas las cuales no suponen la posesión de la cosa sobre la que recaen, añadiríamos nosotros, y en las personales sí".²

Destaca en este punto ante todo y nuevamente, el carácter general de la regla para el caso de los derechos reales. A mi entender se confunde aquí la fuente de los derechos con su naturaleza jurídica. En el caso de los derechos reales, en su constitución o transmisión, precisa distinguir la causa del efecto mismo, es decir, el acto o negocio en virtud del cual se crea o transmite y el derecho creado o transmitido. No interesa para estos efectos si el propio acto o negocio es consensual o real, según si el derecho se crea o transmite por efecto del contrato o hasta la entrega de la cosa. La obligación de entregar la cosa o de constituir el derecho es siempre de carácter crediticio; su objeto directo puede ser un dar o un hacer y su objeto mediato el derecho real a crearse o transmitirse. En el contrato de compraventa, por ejemplo, se obliga al vendedor a transmitir el derecho real

² *Idem*, p. 60.

de propiedad y, como consecuencia, el bien que constituye su objeto indirecto. Sólo por razones de orden práctico, sacrificando la técnica jurídica, se entiende que las legislaciones modernas regulen el objeto de los contratos a través del objeto de la obligación, es decir, la cosa o el hecho, positivo o negativo, tal como lo enseña en México Ramón Sánchez Medal.³

5º Por los modos de extinguirse la relación jurídica. Los derechos reales perecen con la extinción del bien sobre el que recaen. Los derechos personales no se extinguen ni con la insolvencia del deudor, ni con su muerte, ni con la extinción de la cosa. La regla para el caso de los derechos personales es generalmente cierta. En el caso de los derechos reales, obviamente el autor se refiere a uno de los casos de extinción. En consecuencia, también aquí la regla de extinción es válida pero no definitiva. Los derechos personales de dar, por ejemplo, se extinguen cuando la cosa se destruye sin culpa del deudor y éste no se encuentra en mora. Adicionalmente cabe señalar que estos argumentos no son en realidad causa de distinción, sino consecuencia de ella. Los derechos reales no lo son porque se extingan con la destrucción del bien, sino al contrario, terminan por esa causa en virtud de su naturaleza. Los derechos personales, por el otro lado, no lo son porque no se extingan por insolvencia o muerte, sino que éstas no son causa de extinción precisamente por la naturaleza crediticia de la relación jurídica. Esta última regla, por lo demás, participa de las características excepcionales de las otras y por tanto causa confusiones o dudas en el caso de derechos de naturaleza discutible. Un ejemplo es el caso de las obligaciones recíprocas que surgen del contrato de mandato, mismas que se extinguen con la muerte del mandante o del mandatario.

6º Por la naturaleza de las acciones de esta relación jurídica. Los derechos reales conllevan acciones reales, de persecución y preferencia, y los derechos personales, acciones personales.

Nuevamente se confunde aquí la naturaleza del derecho con sus consecuencias o efectos. Los derechos reales no lo son en razón de las acciones judiciales protectoras, sino que éstas existen como consecuencia de la naturaleza real del derecho.

³ *De los Contratos Civiles*, Ed. Porrúa, México, 1976, p. 76.

1. Opiniones generales

Conviene a mi entender hacer referencias específicas a la opinión de algunos autores respecto a ciertas diferencias concretas, que permitan un análisis respecto a los caracteres de los derechos subjetivos patrimoniales, que han sido sostenidos prácticamente como dogmas, pero que han mantenido el grado de confusión a que antes me he referido respecto a la naturaleza jurídica de ciertos derechos.

Héctor Lafaille sostiene que los jurisconsultos romanos no se ocuparon de formalizar una definición de los derechos reales, ni los descargaron científicamente de los personales; sin embargo manifiesta que a la luz de este Derecho, en los derechos personales el demandado debía ser siempre el deudor y que en los derechos reales, como consecuencia de las acciones *in re*, el demandado debía ser aquel que desconociese la existencia del derecho o afectase su plenitud o su libertad.⁴ El autor precisa además que el conocimiento de los derechos reales se basa fundamentalmente en las distinciones que tienen respecto de los derechos personales, pero participa de la opinión que, como he referido, es base de la falta de precisión respecto de la naturaleza jurídica de ciertos derechos, cuando manifiesta: "...En el ámbito jurídico, tanto como en muchos órdenes del conocimiento, la realidad no presenta divisiones absolutas y más bien ofrece grados insensibles".⁵ Respecto a las diferencias tradicionalmente tratadas, de manera destacada Lafaille señala que pocas de éstas son esenciales, y que las demás son "...simples tendencias —podríamos decir síntomas que reconocen a menudo restricciones de importancia".⁶ Lo anterior comprueba que a pesar de que a lo largo de la historia han sido manejados distintos caracteres de uno y de otro derecho, sólo los que se refieren a su naturaleza jurídica, es decir, a su esencia misma, permiten establecer diferencias de carácter científico. Sin embargo, el autor se refiere a los elementos constitutivos de los derechos reales, a sus ventajas judiciales o acciones protectoras, a las formas de adquirirlos, a la posesión, transmisibilidad y extinción, señalando una posición personal respecto al verdadero criterio que señala los dos tipos de relaciones, misma a la que haré referencia en breve.⁷

⁴ *Derecho Civil*, Tomo III. *Tratado de los Derechos Reales*, Volumen 1, Cia. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1943, p. 15.

⁵ *Idem*, p. 17.

⁶ *Idem*, p. 18.

⁷ *Idem*, pp. 18 a 23.

Por su parte José Castán Tobeñas dedicó gran parte de su atención a precisar la posibilidad de encontrar una diferencia de carácter científico en los derechos patrimoniales. Citando a Manuel Farién, se refiere a las tesis intermedias que distinguen en el derecho real un carácter interno, es decir la inmediatibilidad, y uno externo, refiriéndose a la absolutabilidad. Esta tesis, aceptada mayoritariamente por civilistas modernos en el continente europeo, busca sostener la incompatibilidad de ambos caracteres. La opinión de Vallet de Goytisoló respecto de este punto parece concluir en términos similares. Cualquier distinción se traduce en una mera cuestión de apreciación, puntualizando que cuando destaquen los elementos activos sobre los pasivos habrá derechos reales y, en caso contrario, derechos personales, soslayando con esto, en mi opinión, cualquier análisis de puntos concretos de distinción novedosos y aceptando como consecuencia, la imposibilidad científica de esta distinción y la consecuente falta de reglas generales para precisar la naturaleza de ciertos derechos.⁸ Al margen de las diferencias comentadas por Luis de Gasperi, en función de lo sostenido por el maestro Sánchez Román, conviene reiterar que es científicamente válido lo señalado en torno al modo de obrar del sujeto activo de cada relación jurídica respecto del objeto. Existe, sin embargo, la necesidad de precisar la naturaleza de la conducta regulada por la norma jurídica que de manera típica, o en función de las reglas generales, prevean determinada figura o institución.⁹

El maestro Juan Vallet de Goytisoló sostiene rotundamente que: "...En realidad hace ya mucho tiempo que no creíamos que sea posible clasificar todos los derechos patrimoniales en esos dos grandes grupos teóricamente antitéticos entre sí: Derechos reales y derechos de obligación. Creemos firmemente que hay que revisar esa clasificación, buscando su substitución por otras menos simplistas y más comprensivas".¹⁰

Por su parte el maestro Valverde sostiene que las diferencias que a lo largo de la historia han sido tratadas no alcanzan a demostrar la separación, formando relaciones jurídicas esencialmente diferentes,

⁸ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo II, *Derecho de Cosas*, V. 1, 11a. Ed. Reus, S.A., Madrid, 1978.

⁹ *Ob. cit.* (1), p. 60.

¹⁰ "Notas críticas a la pretensión de encasillar todos los derechos patrimoniales en las categorías de derechos reales y de crédito", En *Estudios sobre Derecho de Cosas*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1973, p. 141.

"...por el examen que acabamos de hacer queda suficientemente demostrado que no cabe separar a los derechos reales y personales formando relaciones jurídicas esencialmente diferentes, determinando con exactitud el alcance y los contornos, la extensión y el contenido de cada uno de esos grupos, pues bien claro está que las diferencias que la doctrina jurídica apunta para distinguirles no son fundamentales, sino más bien que se dan en la generalidad de las relaciones jurídicas, pero no en todas. Más aún; yo creo firmemente que no puede haberlas, que la técnica jurídica y la doctrina científicas han formado dos edificios o han querido construirles, y en realidad no hay más que uno, y buena prueba de ello es que si en el Derecho romano esta cuestión tenía una importancia grandísima, la va perdiendo en el derecho moderno y la llegará a perder del todo en el porvenir".¹¹ De las referencias anteriores se desprende un marcado contraste; por un lado existen tratadistas que buscan un criterio personal para establecer una diferencia científica; y por el otro, aquellos que ante la falta de convencimiento de una postura dogmática, o bien sostienen que las diferencias existen, pero que no son fundamentales o esenciales; o bien sostienen que la diferencia no puede existir por carecer todas las que la doctrina ha formulado de caracteres absolutos y, en consecuencia, este último grupo sostiene que las diferencias tratadas permiten diferenciar la mayoría de los derechos, pero acepta la posibilidad de posiciones eclécticas respecto a ciertos derechos y la posibilidad de sostener la naturaleza de estos derechos formalmente a través de la ley, ante la imposibilidad de dotar a ésta de valores que le permiten recoger la naturaleza de los derechos patrimoniales, con lo que se acude al expediente del formalismo o simple arbitrio legislativo.

2. La obligación pasiva universal

Antes de poner en relieve puntos esenciales de distinción, debe hacerse referencia específica a la posición que la doctrina ha reservado para el sujeto pasivo en ambos tipos de relación jurídica, en tanto considerada mayoritariamente como la distinción de máxima relevancia, aun cuando no definitiva.

¹¹ Citado por ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo III, *Bienes y Derechos Reales*, Volumen 1, 4ta. Edición, Cárdenas Editor, México 1969, pp. 74 y 75.

El antecedente más importante se encuentra en la reconsideración de la tesis monista personalista de Planiol en cuanto a este punto específico, aceptando que la relación jurídica en el caso de los derechos reales se da entre el titular y un sujeto pasivo indeterminado, en tanto que en los derechos personales dicha relación jurídica se da entre el titular y un sujeto pasivo determinado, tesis que recibió la doble crítica de que en los derechos reales absolutos relativos también existe un sujeto pasivo determinado y de que los derechos personales también son oponibles *erga omnes* en virtud del principio general de respeto al derecho ajeno. En este sentido parece inclinarse Héctor Lafaille, aunque admite la falta de relevancia de la obligación pasiva universal, en el caso de los derechos personales.¹²

Por otra parte, el autor citado, al hacer referencia a la posición del sujeto pasivo en la relación jurídica real, siguiendo a Vélez y a Freitas y al artículo 497 del Código civil argentino, apunta datos de verdadero interés. El precepto citado, categóricamente establece que no hay obligación correlativa a los derechos reales y al respecto sostiene que esta obligación, de existir "...sería general y negativa y no el objeto inmediato de aquellos (derechos reales), cuya existencia es independiente del cumplimiento de cualquier obligación".¹³ En mi opinión debe concluirse en la existencia jurídica de la obligación a cargo del sujeto pasivo de la relación jurídica real, en tanto necesaria para la viabilidad de tal relación. Dicha obligación carece de relevancia mientras se cumpla y, como consecuencia, no tiene contenido patrimonial.

Ahora bien, contra la posición unitaria, sostenida entre otros autores por Ginossar,¹⁴ en el sentido de considerar la existencia de un sujeto pasivo universal en las relaciones de crédito, Castán Tobeñas atinadamente enseña, siguiendo a Alquer que "...el tercero no obligado no puede violar la obligación; si impide por la fuerza que el deudor me pague o le quita la cosa que me debe, violará la libertad o la propiedad del deudor, pero no mi derecho de crédito, que le es ajeno".¹⁵ Cabría añadir como consecuencia de lo anterior que tal obligación general de respeto en las relaciones personales, carece en absoluto de relevancia jurídica por no formar parte de éstas. La

¹² *Ob. cit.* (4), p. 18.

¹³ *Idem*, p. 27.

¹⁴ *Droit Réel, Propriété et Créance*, Paris, 1960, citado por CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.* (8), p. 36.

¹⁵ *Idem*, p. 35.

violación de tal obligación generará, como en el caso de cualquier ilícito, una nueva relación de crédito, cuyo objeto será el resarcimiento o la indemnización de daños y perjuicios, y en la que el deudor será el violador y el acreedor el afectado.

En México, Rojina Villegas, al sostener que toda relación jurídica sólo puede darse entre personas y que el objeto directo de aquella sólo puede ser la conducta del hombre, enseña que en las relaciones reales, la conducta del sujeto pasivo constituye su objeto inmediato y da materia a la obligación real correlativa.¹⁶ Como consecuencia debe admitirse como objeto directo el derecho real correlativo, traducido en la conducta del titular. Sin embargo, el autor en cita, al tratar este punto en los derechos absolutos relativos, sostiene que la obligación pasiva universal pierde interés ante la presencia de un sujeto determinado que reporta obligaciones concretas de carácter patrimonial,¹⁷ coonfundiendo en mi opinión la obligación correlativa de carácter negativo, que es igual para el sujeto pasivo determinado que para el indeterminado, con las relaciones personales, que al lado del derecho real absoluto relativo, surgen entre el titular de ese derecho real y el sujeto pasivo determinado, que en este caso es deudor único y que debe realizar una conducta positiva de dar o de hacer o la negativa de no hacer. Por lo demás, estas relaciones personales "colaterales" se dan también a la inversa, es decir, las puede reportar como deudor el titular del derecho real y como acreedor el sujeto pasivo determinado.

III. POSTURA CIENTÍFICA PARA DIFERENCIAR LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Convengo en que la tarea de diferenciar científicamente los derechos subjetivos patrimoniales presenta problemas teóricos difíciles de resolver y, sobre todo, graves dificultades para aplicar los conceptos a la práctica. No pretendo como consecuencia ahora sentar un criterio definitivo, pero sí poner de relieve una opinión personal que permita partir a un estudio más profundo, con el fin de contar con elementos con los que eventualmente pueda intentarse allanar el difícil camino de la investigación de la naturaleza jurídica de ciertos derechos.

Teniendo en cuenta que cualquier criterio de distinción que permita catalogar a un derecho subjetivo patrimonial, como derecho real o como derecho personal, encontrará serias posiciones contradictorias, sobre todo si se analiza la relación jurídica desde el punto de

¹⁶ *Ob. cit.* (11), p. 23.

¹⁷ *Idem*, pp. 96 y 104.

vista del sujeto activo o desde el punto de vista del sujeto pasivo, a continuación me permito exponer alguna de las ideas que sobre este punto específico han sido tratadas por la doctrina, para concluir con una opinión personal.

"El verdadero criterio para separar las clases de relaciones que integran los derechos patrimoniales —dice Héctor Lafaille—, es siempre el de la manera como el sujeto obtiene la ventaja inherente a los mismos: en el primer caso (dominio y sus desmembraciones) la consigue en forma directa. En el segundo (créditos) requiere la intervención del sujeto pasivo, cuya actividad se encuentra limitada a consecuencia del nexo que le impone la prestación".¹⁸ Sin embargo, el autor citado, sin señalar razones específicas, admite la discutibilidad de la naturaleza jurídica de ciertos derechos en base al anterior criterio que él mismo señala como verdadero, refiriéndose a derechos tales como la locación o arrendamiento, la hipoteca, etc. Tal indeterminación en mi opinión deriva de la manera de postular el concepto de distinción. En el caso de los derechos reales, Rojina Villegas tiene razón cuando señala que el derecho real no contiene el poder de obtener el beneficio económico del bien, sino la facultad de hacerlo, porque pueden presentarse derechos nunca ejercidos por el titular. En lo personal añadiría el dato de la extinción por prescripción de los derechos relativos. En el arrendamiento, el concepto de distinción así enunciado admite ambivalencia. El titular del derecho obtiene el beneficio en forma directa y la duda se presenta al considerar la conducta que debe reportar el arrendador, es decir, o bien de no hacer sin contenido patrimonial, idéntica a la conducta del sujeto pasivo indeterminado, o bien una conducta de dar el uso y goce de una cosa con tracto sucesivo.

El maestro Vallet de Goytisolo, frente a su posición de no diferenciar en forma totalitaria y absoluta los derechos patrimoniales, propone la siguiente clasificación de las relaciones jurídicas que tienen por objeto bienes inmuebles: a) el dominio pleno y la copropiedad; b) las relaciones de uso y disfrute de la cosa; c) situaciones jurídicamente protegidas, sin inmediato goce o disfrute de la cosa, pero que pueden dar lugar a una sujeción en la cosa; y d) los permisos de realizar una prestación referida a un inmueble, identificándose en este último punto con la teoría germana, sostenida principalmente por Eneccerus, y manifiesta que todos estos derechos deben ser inscritos

¹⁸ *Ob. cit.* (4), p. 23.

en el Registro Público de la Propiedad, en forma definitiva o preventiva según el caso. En la misma línea, sostiene que esta clasificación no es dogmática por las razones apuntadas.¹⁹

En el mismo sentido, Hernández Gil sostiene que a la luz de la construcción jurídica la distinción puede formalizarse básicamente en base a la situación de los sujetos en la relación jurídica, pero reconoce que no puede ofrecerse una solución totalmente segura, con notas definidoras, porque sólo se presentan claras en el juicio hipotético, pero resulta difícil clasificar ciertos derechos *a priori*. No obstante lo anterior, el propio Hernández Gil manifiesta que en base a los derechos reales y personales, los sujetos gozan de facultades con las que realizan funciones sociales y económicas distintas y enseña, buscando datos para una resolución definitiva, que se requiere un análisis teleológico de los intereses en juego.²⁰

En otro lugar, Vallet de Goytisoló plantea distintas posibilidades de clasificación, según se vea la relación jurídica en su aspecto interno o externo, subjetivo u objetivo, o según se clasifique el fundamento de la solución jurídica, como conducta o como bien. Por esta razón, considera que las relaciones jurídicas pueden oscilar entre ambas naturalezas jurídicas.

Dicho autor fija su posición en los siguientes términos: "Así sucede cuando se quiere atender, a la vez, a la inmediatez y a la universalidad, y alguno de estos caracteres falla o aparece dudoso, limitado o mediatizado, y mucho más cuando se quieren multiplicar los datos característicos para la identificación de los derechos reales."²¹ Más adelante, para justificar esta posición, señala que cualquier criterio de distinción queda borrado totalmente con la concepción francesa de la compraventa consensual y traslativa de dominio.²²

En lo personal disiento con las posiciones anteriormente relacionadas. Me parece que es posible desde el punto de vista científico señalar una razón fundamental para diferenciar las relaciones jurídicas patrimoniales, porque admito con el propio Vallet que la multiplicación de los caracteres de una y otra relación resulta contraproducente. En la compraventa consensual, el vendedor tiene una obligación personal frente al comprador de entregar la cosa, cuya propiedad ha sido transmitida por mero efecto del contrato. El objeto de ese dere-

¹⁹ Citado por CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.* (8), pp. 37 y 38.

²⁰ Citado por DE GASPERI, Luis, *ob. cit.* (1), p. 61.

²¹ *Ob. cit.* (10), p. 145.

²² *Loc. cit.*

cho personal lo es, ya lo he apuntado en líneas anteriores, la cosa que se debe entregar. De dicho contrato, también surge para el vendedor la obligación personal de transmitir el derecho de propiedad respecto de la cosa. El objeto indirecto de esta otra obligación de dar lo es el derecho real de propiedad.

1. La conducta regulada como objeto del derecho

En mi opinión y siguiendo la línea marcada por algunos de los autores que he venido citando, la cuestión objeto de este estudio puede resolverse si se parte de la base de que sólo la conducta del hombre puede ser objeto del derecho, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

Lafaille así lo reconoce en forma indirecta cuando trata como hecho indiscutible que en el dominio y sus desmembraciones, se obtiene de los bienes una utilidad por obra directa del titular, sin requerir la intervención de otro individuo.²³ En mi opinión en este punto tiene razón Rojina Villegas cuando señala que la facultad contenida en un derecho real, no es la obtención de la utilidad que el bien produce, sino la posibilidad jurídica de hacerlo, puesto que en los derechos reales absolutos, aun cuando dicha utilidad nunca se produzca, el derecho subsiste, salvo que otro adquiera el bien por usucapión; en los derechos reales relativos el objeto de la relación también lo es la conducta del titular, pero como mera posibilidad facultada por la norma, y no como un hecho concreto y actual. En este último caso el derecho puede extinguirse no sólo por la usurpación que otro haga de él, sino por la simple prescripción o extinción de la obligación por el no uso.

Luis de Gasperi sostiene tajantemente que el objeto en los derechos personales consiste en la actividad del deudor, concentrada en el pago, que es el fin perseguido por el acreedor. Sin embargo, a pesar de esta absoluta verdad, en el caso de los derechos reales señala, indebidamente en mi opinión, que el objeto de la relación jurídica lo es el bien mueble o inmueble sobre el que dicho derecho real se ejerce confundiendo, como más adelante quedará demostrado, el objeto mediato y el inmediato.

En México, Oscar Morineau diferencia los derechos patrimoniales señalando que en los reales se crea una relación jurídica que deriva

²³ *Ob. cit.* (4), p. 18.

del derecho objetivo, e impone obligaciones a cargo de sujetos pasivos indeterminados, en tanto que en los derechos personales la relación jurídica que se constituye nace de una norma jurídica individual y se concreta a sujetos determinados.²⁴

En mi opinión, quien más se acerca a la distinción verdaderamente científica es el autor citado, quien adicionalmente sostiene que: "El derecho real tiene por objeto inmediato precisamente la actividad de su titular; es el derecho a la propia conducta cuando se refiere a las cosas y tiene por deber jurídico correlativo el deber de abstención impuesto a los demás sujetos dentro de cada orden jurídico. Esto se debe a la circunstancia de que la bilateralidad no significa identidad de actividades atribuidas como facultad y deber correlativos, según lo vimos en su oportunidad. Tampoco tiene por objeto inmediato la cosa, éste es el error de la tesis clásica. Tiene por objeto inmediato las actividades que el titular debe ejercer sobre las cosas".²⁵

Rojina Villegas reitera que el objeto del derecho real no es el aprovechamiento económico de la cosa sino la posibilidad jurídica de hacerlo.²⁶

2. Opinión personal

En base a las anteriores consideraciones, la única diferencia científicamente válida y definitiva que permite distinguir los derechos reales de los personales es, siguiendo la postura no precisada de Oscar Morineau y la de algunos otros que a continuación relaciono, la siguiente: habrá derecho real cuando la conducta regulada por la norma jurídica sea la del sujeto activo de la relación jurídica; habrá derecho personal cuando la conducta regulada sea la del sujeto pasivo de la relación jurídica.

Ciertamente es una posición dogmática, pero como se verá más adelante, en mi opinión permite clasificar con justicia y dar el carácter de reales a ciertos derechos que siendo oponibles a terceros, no se les da tal tratamiento y no son inscribibles como consecuencia en los registros públicos.

De esta manera, puede válidamente considerarse que en todos los casos en los que la norma jurídica regule la conducta del sujeto activo de la relación, la posición del sujeto pasivo, determinado o inde-

terminado, será siempre igual y carecerá de contenido patrimonial.

La norma jurídica reguladora de la conducta podrá ser la ley misma, cuando el Derecho tenga en ésta su fuente directa o el pacto que cree dicho derecho, como consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad. Consideración que también debe hacerse ante la posibilidad de aceptar la tesis del *numerus apertus* a la que más adelante me referiré.

Puig Brutau apunta que "en el derecho real el titular puede aprovechar directamente el contenido del interés protegido; es decir, puede satisfacer su interés con su propia manera de obrar; en cambio, en el derecho personal o de crédito, el titular sólo puede —de momento— recabar del obligado una conducta favorable a sus intereses; por tanto, el derecho de crédito es un derecho relativo, porque la satisfacción del interés protegido depende de actos ajenos, de ahí que se haya dicho que los derechos reales se ejercen por parte del titular, mientras que los derechos de crédito se cumplen por parte del obligado".²⁷

Rojina Villegas coincide brevemente con este punto cuando acepta que en los derechos reales debe estudiarse el aspecto activo, constituido por un conjunto de facultades jurídicas que tiene el titular.²⁸

Se ha llegado al grado de señalar que cuando se pretende clasificar un derecho su significado queda desvirtuado.²⁹ Y se ha criticado la posición adoptada señalándose que en el caso de los derechos reales, la conducta de uno y otro sujeto no es coincidente; que si el titular del derecho real, para gozar del bien, tuviere necesidad del cumplimiento de la obligación negativa correlativa, sería lógico concluir que incluso un sujeto activo requiere la colaboración de aquellos sujetos pasivos que quedan interpolados entre el sujeto activo y los bienes.³⁰

También difiero de este punto, porque es aquí donde se basa el carácter teleológico de la distinción en los derechos reales; precisamente porque la conducta regulada es la del acreedor, la conducta del sujeto pasivo no tiene por qué ser coincidente en el aspecto negativo; por esta razón, esta última conducta carece de contenido patrimonial.

²⁷ PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo III, vol. I, Bosch, casa Editorial, Barcelona, 1971, pp. 12-13.

²⁸ *Ob. cit.* (11), p. 91.

²⁹ VALLET DE GOYTISOLO, *ob. cit.* (10), p. 146.

³⁰ *Idem*, p. 152.

²⁴ Citado por ROJINA VILLEGAS. *Ob. cit.* (1), p. 86.

²⁵ *Loc. cit.*

²⁶ *Idem*, p. 21.

3. Ciertos derechos de naturaleza discutida

a) El arrendamiento

En mi opinión, con este criterio de distinción pueden sentarse pautas para catalogar los derechos de naturaleza dudosa, cuya indefinición trasciende a la práctica en forma importante.

Si la conducta regulada por la norma, sea ésta de derecho positivo o contractual, es la del sujeto activo de la relación jurídica, necesariamente la conducta del sujeto pasivo determinado y la del sujeto pasivo indeterminado, será siempre negativa y sin contenido patrimonial. El derecho regulado requerirá, necesariamente, de inscripción en registros públicos para ser oponibles a terceros.

En esta misma línea, sostengo que los derechos preferenciales, cualquiera que sea su característica o regulación, son de naturaleza crediticia, considerando la conducta del sujeto pasivo, regulada por la norma de derecho positivo o contractual.

Podríamos quizá hacer referencia a diversos derechos cuya naturaleza jurídica ha sido discutida a lo largo de la historia por diversos tratadistas. Basta sin embargo, en mi opinión, tratar exclusivamente aquellos derechos que considero de más delicada definición. Me refiero en especial a los derechos tradicionalmente considerados como personales de uso, en los que se considera que el deudor está obligado, con tracto sucesivo, a dar el uso y goce de una cosa cierta, a pesar de que el derecho correlativo es normalmente oponible *erga omnes*.

Definitiva en mi opinión, es en el caso del arrendamiento la tesis de Troplong,³¹ quien al sostener el carácter real de este derecho aporta datos de verdadero interés. En efecto, desde el punto de vista real no hay diferencia, para efectos de regulación normativa, entre los dos siguientes actos jurídicos: el usufructo dado respecto de un inmueble, por un plazo de un año y con una contraprestación mensual de mil pesos y el arrendamiento dado sobre un inmueble similar por el mismo periodo de un año y con la misma renta o precio mensual. En estos dos casos la conducta regulada necesariamente es la del titular del derecho, cuyo contenido es esencialmente igual, es decir, tanto usufructuario como arrendatario tienen el derecho de usar una cosa ajena. Sin embargo, y a pesar de que nadie discute la na-

³¹ Citado por LAFAILLE, Héctor, *ob. cit.* (4), p. 23.

turalidad real del derecho de usufructo, ha sido constante la discusión sobre la naturaleza del arrendamiento, que generalmente termina en la conclusión de que se trata de un derecho personal, dándosele mayor importancia a la obligación de conceder el uso y goce que al derecho correlativo.

En cambio, si se considera que el criterio de distinción adoptado es científicamente válido, tendrá que darse necesariamente al arrendamiento y a otros derechos de uso el carácter de real y tomarse la conducta del sujeto pasivo determinado, es decir del propietario, como simple negativa y carente de contenido patrimonial y de trascendencia jurídica hasta en tanto no es violada.

Vallet de Goytisolo confirma este criterio, siguiendo a Tilocca, cuando señala que si el goce del titular del derecho de arrendamiento se debiera al cumplimiento de la obligación del arrendador de abstenerse de gozar de la cosa, tal derecho debería cesar en tanto el arrendador manifestara su voluntad de no querer cumplir.³²

Con esto se suple también una preocupación que ha subsistido inclusive en el pensamiento de quienes han sostenido el carácter personal de los derechos de uso, es decir, la naturaleza absoluta de tales derechos y su consecuente oposición frente a terceros, quienes deben reportar la misma conducta que el propietario, esto es simplemente respetar el derecho. Este punto de absolutabilidad no es lo que caracteriza al derecho como real sino que es consecuencia de esta naturaleza. Así lo confirma también Vallet de Goytisolo en otro lugar, haciendo incluso referencia a la necesaria inscripción del derecho del arrendatario en registros públicos para ser oponible a terceros, citando los artículos 1352 del Código de la República Argentina y el antiguo 3024 del Código Civil mexicano.³³

En el caso del Derecho mexicano, a pesar de que el arrendamiento es oponible a cualquier adquirente, sólo es inscribible en el Registro Público de la Propiedad cuando se da por un plazo mayor de seis años o cuando existen anticipos de rentas por más de tres años, casos que en la práctica son de lo más importante. La inscripción del derecho del arrendatario es necesaria en cualquier caso en aras de la seguridad jurídica, con mayor razón en el caso del Distrito Federal, por la existencia del derecho del tanto para inquilinos de casa habitación que generalmente queda oculto para los terceros adquirentes y

³² *Ob. cit.* (10), p. 155.

³³ "Notas críticas sobre la pretendida naturaleza personal del derecho del arrendatario", en *Estudios sobre Cosas*, *ob. cit.* (10), p. 157.

cuya violación origina una "nulidad de pleno derecho". Tal necesidad de inscribir no deriva sino de la naturaleza real del derecho.³⁴

b) El embargo

Con algunas ambivalencias, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el embargo decretado sobre bienes del deudor, no hace nacer en favor del acreedor un derecho real,³⁵ aunque admite la absolutibilidad del derecho, lo que acarrea serios problemas de seguridad jurídica en los casos en que, respecto de los mismos bienes, se crean o transmiten derechos reales, ya sea con anterioridad o posterioridad al embargo.

Si a esta tesis se suma la compleja regulación que en aras de la propia seguridad jurídica existe en base a los principios registrales de tracto sucesivo y buena fe registral, en un plano general puede observarse la difícil situación sustantiva y procesal que se presenta para el embargante, misma que en mi opinión debe resolverse reconociendo la naturaleza real del derecho.

En efecto, como se verá, el argumento de la indisposición física y legal del bien por parte del deudor, no es suficiente para considerar al derecho del embargante como un derecho personal. En términos de la tesis sostenida, el deudor de la nueva relación jurídica nacida con la garantía judicial, no reporta ninguna conducta que deba ser regulada por la norma; la conducta regulada es la del acreedor garantizado, quien está facultado para solicitar a la autoridad judicial la venta del bien embargado para ver pagado el derecho personal garantizado.

La tesis "Embargos no inscritos en el Registro Público de la Propiedad"³⁶ muestra ya alguna ambivalencia. El texto es el siguiente:

"Si no se inscribió en el Registro de la Propiedad el embargo no se hizo pesar sobre un bien, (sic) el mismo no pudo surtir efectos con relación a un tercero, que hubiere adquirido posteriormente el propio bien; por lo que debe estimarse que dicho tercero lo adquirió libre de todo gravamen, aun admitiendo la tesis, rechazada ya por la Tercera Sala de la Suprema Corte, de que el embargo confiere un derecho real".

³⁴ Ver en este sentido *Idem*, pp. 518 y 555.

³⁵ Ver: *Jurisprudencia Registral Inmobiliaria*, Coordinación General Jurídica del Departamento del Distrito Federal, Instituto Mexicano de Derecho Registral, A. C., p. 113.

³⁶ *Idem*, p. 123.

A *contrario sensu*, independientemente de la naturaleza real del derecho del embargante, si éste se inscribe antes de que un tercero adquiera el derecho de propiedad del bien embargado, el embargo le es oponible al tercero adquirente, lo que denota la absolutibilidad del derecho, característica de los derechos reales.

Lo mismo sucede con la siguiente tesis titulada "Embargos, Prelación de los"³⁷ cuyo texto es el siguiente:

"Embargos, prelación de los"

La Suprema Corte ha sentado la tesis de que la concurrencia de derechos sobre un elemento determinado del patrimonio del deudor, y que se resuelve atendiendo a los datos del Registro Público de la Propiedad, sólo puede tener lugar entre titulares de derechos reales que graven la misma, o sea entre acreedores de igual calidad; pero no entre un acreedor hipotecario y un acreedor quirografario, por más que este último haya embargado y registrado su embargo, antes de la inscripción de la hipoteca, pero con posterioridad a su constitución ya que el embargo no constituye un derecho real; y si bien limita o modifica el derecho de la propiedad, tal limitación no puede oponerse a quien invoca una causa de preferencia, sino cuando el embargo se ha registrado con anterioridad a la fecha de la celebración del contrato, en que el tercero funda su preferencia, porque, en tal caso, el tercero ha estado en posibilidad de conocer la situación real del inmueble o elemento determinado del patrimonio de su deudor, en atención al cual ha contratado; tesis que tiende a rectificar un error muy generalizado, que atribuye al Registro Público de la Propiedad efectos que son propios de la naturaleza del derecho real, y rectifica también el falso concepto de tercero para efectos del Registro.

Precedentes:

Quinta Epoca:

Tomo LXV, Pág. 921 Mederos Lorenzo José Manuel.

La tesis admite en consecuencia la oponibilidad frente al tercero del derecho del embargante, una vez inscrito.

Comentario aparte merece el enunciado "...Tesis que tiende a rectificar un error muy generalizado, que atribuye al Registro Público de la Propiedad efectos que son propios de la naturaleza del

³⁷ *Idem*, p. 124.

derecho real...". La función del Registro Público es la de informar a terceros eventualmente interesados, de los derechos existentes respecto de un bien, que les son oponibles por su naturaleza real. En concreto: la función es en consecuencia informadora y el efecto deriva de la naturaleza del derecho.

Sentido similar tienen las tesis "Embargo, debe recaer sobre Bienes del Deudor (Registro Público)"; "Causahabientes, Embargos Cancelados y Posteriormente Reinscritos". y "Compraventa".³⁸

Parecen en consecuencia irrefutables los argumentos de Rafael Rojina Villegas quien, al comentar la jurisprudencia de la Corte, sostiene el carácter real del derecho del embargante, porque no es característica del derecho real conferir un poder directo o inmediato sobre el bien, tal y como sostuvo la escuela de la exégesis en Francia, sino la facultad del titular, regulada por la norma, de solicitar la venta del bien para lograr el pago de la obligación garantizada, lo que a su vez le atribuye al derecho una serie de características similares a los derechos reales de garantía.³⁹

"Sería admitir actos fraudulentos para burlar los derechos del embargante, el desconocer la prioridad que éste adquiere por virtud del embargo registrado, dado que en este supuesto, el dueño de la cosa asegurada, podría enajenarla o constituir hipoteca, para evitar las consecuencias del secuestro. Si así fuere, carecería de todo objeto la inscripción del embargo de bienes raíces. Por la misma razón, sería potestativo del embargado sufrir las consecuencias del secuestro, o evitarlas mediante una enajenación".⁴⁰

c) *Concesión para la explotación de bienes*

En esta materia Rojina Villegas sostiene una tesis aparentemente ecléctica, confundiendo en mi opinión, la naturaleza jurídica de las relaciones crediticias que surgen colateralmente entre el Estado y el concesionario con motivo de la concesión y, en el fondo, es decir, en el análisis de la naturaleza del derecho mismo del concesionario, confundiendo el carácter real del derecho de aprovechamiento, con la posición nacionalista adoptada por el gobierno mexicano, a través de la Ley de Bienes Nacionales y de la jurisprudencia de la Corte,

³⁸ *Idem*, pp. 127 a 129 y 189 a 190.

³⁹ *Ob. cit.* (11), pp. 225 y 226.

⁴⁰ *Idem*, p. 27.

en el sentido de negar tal naturaleza en virtud de que la relación jurídica no desaparece dado el carácter inalienable de los bienes.⁴¹

Contra la opinión generalizada de los especialistas en materia de concesiones mineras que el autor cita como antecedente de su argumentación,⁴² se incurre en el común error de confundir la naturaleza jurídica del derecho sujeto a análisis, con la naturaleza jurídica de aquellas relaciones jurídicas, que con aquel motivo principal, no dejan de ser de carácter personal. En otras palabras y a manera de ejemplo, la relación jurídica que surge entre el usufructuario y el nudo propietario, respecto de la obligación de aquel de hacer ciertas reparaciones en la cosa usufrutuada y que necesariamente es de naturaleza crediticia, porque la conducta regulada es la del sujeto pasivo de esa relación jurídica, (el usufructuario), no impide el considerar la naturaleza jurídica real del derecho mismo del usufructuario de usar y disfrutar la cosa ajena, dado que en este caso la conducta regulada por la norma es la del propio usufructuario, como sujeto activo de la relación jurídica analizada.

Por otro lado, pienso que la naturaleza jurídica real de los derechos de explotación de bienes del dominio público del Estado, no priva a éstos de su carácter de inalienables. Lejos de una posición jurídica, con argumentos políticos, tanto la ley como la jurisprudencia han negado a los derechos derivados de la concesión para la explotación de bienes, su verdadera naturaleza real, suponiendo erróneamente que con ello se contrarían los principios revolucionarios y constitucionales que motivaron la clasificación de tales bienes como del dominio público del Estado.

En mi opinión sucede lo mismo con los derechos derivados de fideicomisos traslativos de dominio en especial aquellos respecto de bienes ubicados en la hoy denominada "zona restringida".

En este caso, como sucede en los otros derechos de uso y goce de cosa ajena, la conducta regulada por la norma de derecho positivo y por la norma contractual, es la del titular del derecho de fideicomisario, y por tanto se trata de un derecho de naturaleza real. Aún así, como en los otros casos, se ha pretendido considerar al derecho como de naturaleza personal, suponiendo la conducta del fiduciario o del fideicomitente como la regulada, aun cuando ésta queda debidamente satisfecha con la mera celebración del contrato que le da

⁴¹ *Idem*, pp. 234 a 237.

⁴² *Idem*, pp. 228 a 234.

origen; en lo sucesivo, su conducta será, como sujeto pasivo de la relación jurídica, de carácter negativo y sin contenido patrimonial como obligación real correlativa a un derecho real que reporta en carácter determinado, pero idéntica a la del sujeto pasivo indeterminado *erga omnes*. A la vez, por las mismas razones de orden político-constitucional, se niega al derecho de fideicomisario respecto de tales bienes su naturaleza real, como consecuencia de la prohibición constitucional para los extranjeros de adquirir el dominio de bienes en dicha zona. Se desconoce, sin embargo, que tal prohibición tiene bases históricas hoy en desuso y que la razón de ser de la norma constitucional prohibitiva de todas formas queda vulnerada con la estancia prácticamente permanente del extranjero en el área de protección.

También por idénticas razones se ha considerado que el derecho del denominado "tiempo compartido" es de naturaleza personal y tal posición sería válida si pudiera afirmarse que el sujeto pasivo de la relación jurídica continúa obligado, con tracto sucesivo y durante el plazo pactado, a dar el uso y goce de la cosa, pues en tal caso su conducta sería la regulada y bastaría su voluntad de dejar de cumplir para violar el derecho correlativo.

Debe, sin embargo, en mi opinión, distinguirse entre la obligación de dar el uso y goce de la cosa y la de entregarla, y que la primera nace con el contrato, pero en lo sucesivo, el deudor de la relación deberá reportar una conducta pasiva, de respeto al derecho, al igual que sucede con el sujeto pasivo indeterminado.

Por otro lado, en virtud de la interpretación constitucional que se ha dado al concepto de dominio, resulta imposible reconocer la verdadera naturaleza jurídica de este derecho y, al mismo tiempo, permitir a extranjeros detentarlo en zona restringida; resultaría necesario recurrir al expediente de conceder tal derecho a través de fideicomiso, con lo que todas formas se trasgrede el espíritu o razón de ser de la prohibición constitucional y se confiere al extranjero un derecho real, según se indicó líneas arriba.

IV. REGISTRO PÚBLICO

He dicho líneas arriba que la función del Registro Público es meramente informativa y consecuencia de la naturaleza real de ciertos derechos, lo que no impide que sean inscribibles algunos derechos de carácter personal. Basta entonces anotar algunos puntos concretos.

Casi todos los derechos considerados como personales, pero que se ha sostenido deben ser inscribibles para tener efectos frente a terceros, en realidad lo son porque se trata de derechos de naturaleza real. En México éste es el caso del derecho del arrendatario y del embargante.

Derechos personales inscribibles son, por ejemplo, el caso del derecho que deriva de la presentación de una demanda judicial, porque cualquier persona que pretenda un derecho real respecto del bien sobre el que versa la demanda, debe de estar a las resultas del juicio.

Por otro lado, debe en mi opinión entenderse bien cuál es la función informadora del Registro Público. La falta de inscripción produce la inoponibilidad del derecho frente a terceros de buena fe, registral y no registral. Prevalece el principio de seguridad jurídica respecto de los principios de justicia y equidad. En el caso por ejemplo de la doble venta, cuando la segunda venta, que no lo es, prevalece por efectos de la inscripción, no quiere esto decir que el registro haya convalidado el defecto de la venta con falta de objeto jurídicamente posible. Tal inscripción simplemente supone la inoponibilidad frente al tercero de la primera venta por la falta de inscripción. Paradójicamente, sin embargo, tal inscripción se convierte en este caso y en otros de excepción, en constitutiva del derecho.

Conviene analizar algunas interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia.

Según la jurisprudencia número 254,⁴³ interpretando el actual artículo 3009 del Código Civil, el principio del tercero de buena fe registral no puede ser invocado, cuando la causa de la nulidad del derecho del otorgante deriva del mismo registro, o cuando se demuestra que el tercero conocía la causa de la nulidad por un medio distinto al del registro, precisamente porque en estos casos el tercero deja de ser de buena fe. Tampoco puede hacerse valer el derecho de la buena fe registral, cuando no existe continuidad o tracto sucesivo en las inscripciones, porque también en este caso la causa de la nulidad derivaría del mismo registro.

Por último, en el texto legal actual existe la excepción al principio, consistente en actos gratuitos o en aquellos que se hubieren otorgado violando la ley. La jurisprudencia sin embargo está referida al derogado artículo 3007, que contenía el principio, en cuyo párrafo

⁴³ Ver: *ob. cit.* (35), p. 22.

final se refería a esta excepción respecto de actas o contratos otorgados violando una ley prohibitiva o de interés público y, como consecuencia, indica que por tal excepción debe entenderse "...cuando la anulación del derecho del otorgante proviene de un hecho delictuoso, como fabricación de firmas o suplantación de una persona". Me parece que en este mismo sentido debe interpretarse el actual artículo 3009, dado que de otra manera la excepción dejaría de serlo para romper totalmente con el principio, toda vez que todos los actos nulos, se otorgan violando la norma jurídica que prevé el elemento de validez del acto.

La jurisprudencia número 255,⁴⁴ se refiere al principio de los efectos declarativos de las inscripciones, lo que se reitera en la tesis denominada "Registro Público, Carece en Principio de Efectos Constitutivos en el Derecho Mexicano",⁴⁵ por lo que se refiere a la venta no inscrita, aunque ya el solo título admite excepción, derivada del principio de la inoponibilidad de los derechos no inscritos frente a terceros con derecho inscrito. De ahí que en mi opinión, la inscripción de derechos nulos, no sujetos a los casos de excepción del artículo 3009, sí tiene efectos constitutivos del propio derecho, aun cuando la inoponibilidad del derecho no inscrito sólo lo sea frente a quien sí inscribió su derecho. Es decir, el acto no inscrito surte efectos entre las partes y frente a terceros que no tengan derecho inscrito en el Registro Público; pero ese derecho es inoponible frente al tercero que sí inscribió su derecho, aun cuando éste sea nulo y siempre que no se encuentra en los casos de excepción al principio. Así lo establece claramente la siguiente tesis:

"Registro Público de la Propiedad, Efectos de los Contratos No Inscritos en él. (Legislación de Puebla).

Cuando se trata de actos por los cuales se crean, modifican, extinguen o transmiten, derechos reales sobre inmuebles, tales actos producen todos sus efectos entre las partes, aunque no se inscriban, pero los mismos, si no están inscritos, no pueden surtir efectos contra un tercero que tiene inscrito en el Registro Público, a su nombre, un derecho real sobre el inmueble".⁴⁶

⁴⁴ *Idem*, p. 50.

⁴⁵ *Idem*, p. 61.

⁴⁶ *Idem*, p. 66. En el mismo sentido, tesis "Registro Público de la Propiedad. Terceros de Buena Fe. (Legislación del Estado de Querétaro)". *Idem*, p. 20.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de la doble venta, (artículos 2264 a 2266 del Código Civil). Soslayando la discusión de la validez o invalidez de la segunda venta, (en mi opinión ésta no existe porque el objeto del acto, es decir, transmitir el derecho de propiedad a través de una obligación de dos, no es jurídicamente posible), debe concluirse que aun cuando la primera venta sólo le es inoponible al segundo comprador por la falta de inscripción, esa falta de inscripción y la inscripción de la segunda venta han sido elementos constitutivos del derecho de propiedad del segundo comprador. Considero que en base al principio de seguridad jurídica, no debe considerarse actualizada la excepción que deriva de los actos que se otorgan violando la ley, interpretada en los términos de la Suprema Corte, según ya se comentó, porque el acto fraudulento lo realiza el vendedor y no el segundo comprador, a quien protege el principio.

V. NUMERUS CLAUSUS, NUMERUS APERTUS

Haré una breve referencia a estas tesis, sólo para sostener que en mi opinión los particulares pueden crear, en base al criterio de distinción que he propuesto, derechos reales diversos a los regulados por el derecho positivo.

Raymundo M. Salvat,⁴⁷ para sostener la tesis del *numerus clausus* da uno de los dos argumentos fundamentales que se han seguido en este punto. Podría crearse un derecho real de usufructo en el que se estableciese que el propio derecho no se extingue con la muerte del usufructuario. Por mi parte considero que los particulares pueden crear cuantos derechos reales les convenga, pero sin ir en contra de las disposiciones legales cuando aquellos estén regulados. El criterio es el siguiente: Cuando un derecho real no está regulado es porque el legislador considera que su creación y efectos pueden dejarse al libre arbitrio de la autonomía de la voluntad; cuando considera necesario imponer ciertos límites a ésta, entonces el derecho real se regula positivamente, y *las normas que regulan la institución deben ser respetadas por esa razón*. A este último punto es adonde debe dirigirse la crítica de Salvat, es decir, a la imposibilidad para los particulares de varias los postulados esenciales de la regulación normativa de ciertos derechos reales, precisamente porque en estos casos

⁴⁷ *Tratado de Derecho Civil Argentino: Derechos Reales*, 5a. Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1961, p. 7.

el legislador sí considera necesaria la regulación; pero la crítica no debe dirigirse a la imposibilidad de crear nuevos derechos reales, ni siquiera con el argumento poco convincente de que los particulares no pueden crear obligaciones a cargo de terceros contra su voluntad, porque ya hemos visto que esas obligaciones correlativas son de carácter genérico, carecen de contenido patrimonial y no tienen trascendencia jurídica en tanto no se interfiere en la esfera jurídica del titular del derecho.⁴⁸

A pesar de la actual corriente española, Castán Tobeñas se inclina por el sistema del *numerus clausus*, manifestando que es el más conforme con la naturaleza del derecho real y los intereses de los terceros, aun cuando acepta que, como en el caso de México, la legislación vigente no impone límite alguno para la creación de los derechos reales por voluntad de los particulares.⁴⁹

En México, Rojina Villegas sostiene la tesis del *numerus apertus*, concretamente en base a los principios de legalidad y de la autonomía de la voluntad, y siguiendo la postura de Kelsen, quien utiliza el argumento positivista de que nadie está obligado a lo imposible sólo porque el derecho así lo establece y no porque se trate de un principio de buen sentido común; "...con mayor razón se puede concluir que para el problema planteado, no existiendo ninguna ley que impida crear derechos reales distintos de los que reglamenta el legislador, sí será posible llegar a ese resultado a través del contrato".⁵⁰

De esta manera acepta la posibilidad de crear a través de contratos, incluso tipos intermedios de usufructo, uso y enfiteusis, para facultar al titular del derecho para disponer de sólo parte de los frutos, pero pudiendo disponer del propio derecho, que a la vez no se extinguiría con su muerte, o derechos de garantía desregulados como la anticresis; o secuestros convencionales de garantía, o bien pactar, en los casos de retención regulada, derecho a la venta y persecución de la cosa para el pago.⁵¹

Por su parte, Antonio de Ibarrola sostiene la tesis contraria, limitándose en principio a señalar que es más conforme a la naturaleza de los derechos reales y a los intereses de terceros;⁵² posteriormente

⁴⁸ En contra ver PUIG PEÑA, Federico. *Compendio de Derecho Civil*, Tomo II: *Derechos Reales*, Ed. Aranzadi 1972, p. 43.

⁴⁹ *Ob. cit.* (10), pp. 73 y 74.

⁵⁰ *Ob. cit.* (11), p. 201.

⁵¹ *Idem*, p. 202 y ss.

⁵² *Cosas y Sucesiones*, Ed. Porrúa, 4a. ed. México, 1977, p. 595.

sostiene que los particulares no pueden crear derechos reales por voluntad, por el principio de que los particulares no pueden ir en contra de disposiciones de orden público, previsto en el artículo 6 del Código Civil. Esta opinión debe rechazarse por la misma razón antes expuesta; no existe ninguna disposición de orden público que prohíba la creación de derechos reales diversos a los regulados en ley; adicionalmente, debe indicarse que tal posición crea conflicto frente a la naturaleza jurídica de ciertos derechos novedosos derivados de contratos; el propio de Ibarrola admite la naturaleza real de los derechos derivados de certificados de participación inmobiliaria, denominados derechos de aportación en el caso del Estadio Azteca.⁵³

VI. LAS OBLIGACIONES REALES O *propter rem*

Para terminar, siguiendo siempre el criterio de distinción que me he permitido apuntar, haré una breve referencia a las siempre insuficientemente tratadas obligaciones *propter rem*, es decir, aquellas que le derivan al titular de un derecho real respecto de una cosa, por el solo hecho de esa titularidad o como consecuencia del ejercicio del derecho. Adelanto así, en términos dogmáticos, que a pesar de las diferencias secundarias a que más adelante me referiré, este tipo de obligaciones son de naturaleza personal y que pueden darse correlativamente entre los titulares de derechos reales respecto de una cosa, al titular del derecho de propiedad como resultado de límites a éste impuestos por la ley y que pueden tener también como fuente a la voluntad del particular. Seguiré en este punto muy de cerca el extraordinario trabajo presentado por el Lic. Luis Agustín Báez Avilés en el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil convocado por el Colegio de Profesores de Derecho Civil, A.C.⁵⁴

En resumen este autor sostiene que las acciones derivadas de la violación a una obligación *propter rem* son de carácter personal, porque están dirigidas contra un sujeto determinado y basado en un derecho de crédito;⁵⁵ estas obligaciones no derivan directamente del Derecho romano sino que han sido derivadas por la romanística;⁵⁶

⁵³ *Idem*, p. 598.

⁵⁴ "Las obligaciones reales o *propter rem*. Necesidad de su regulación en derecho positivo".

⁵⁵ *Idem*, p. 9.

⁵⁶ *Idem*, pp. 10 y 11.

siguiendo a Bonecasse sostiene que este tipo de obligaciones sólo pueden tener como fuente a la ley.⁵⁷

En cuanto a la naturaleza jurídica, difiero de la opinión del autor cuando sostiene que el sujeto activo se individualiza hasta que se incumple la obligación real, porque confunde la obligación real, de carácter genérico, negativa y sin contenido patrimonial, con las obligaciones *propter rem*. Cuando la ley impone una obligación al titular de un derecho real, sea ésta de dar, de hacer o de no hacer, dicha obligación surge siempre necesariamente frente a un sujeto activo determinado, que puede ser el titular de un derecho real igual o distinto respecto de la misma cosa o un tercero pero con relaciones de interdependencia subjetiva u objetiva, como sucede por ejemplo en los llamados límites a la propiedad privada como consecuencia del derecho de vecindad. Lo que es efectivamente cierto es que el incumplimiento de la obligación real trae como consecuencia el pago de daños y perjuicios como en el caso de cualquier obligación personal.⁵⁸

Comentario aparte pero de absoluta importancia para este punto específico merece el límite al derecho de propiedad impuesto por el artículo 839 del Código Civil, que impone al propietario la obligación de hacer las obras necesarias para impedir que, al construir, la propiedad del vecino sufra menoscabo. En este caso sí se está frente a una obligación *propter rem*, en la que el sujeto pasivo es el propietario que construye y el sujeto activo de la relación el vecino. Lo que no es una obligación *propter rem* son los derechos que surgen por la violación de dicha obligación. Estos siguen siendo de naturaleza personal pero no se transmiten al nuevo dueño de la cosa, precisamente porque no son *propter rem*, sino que continúa vigente hasta su pago entre el constructor, antiguo dueño de la cosa y el tercero perjudicado.⁵⁹ Debe tomarse en cuenta que la Suprema Corte de Justicia ha sostenido que en este caso la obligación de reparar sí es *propter rem* y se transmite como consecuencia al nuevo adquirente y en el mismo sentido opina Araujo Valdivia.⁶⁰

⁵⁷ *Idem*, p. 26.

⁵⁸ *Idem*, p. 34.

⁵⁹ *Idem*, p. 38.

⁶⁰ *Idem*, p. 39. Sosteniendo injustamente que se llamaría engaño al tercero perjudicado y que además el nuevo adquirente podría pedir del responsable la evicción, lo que en mi opinión resulta totalmente injusto porque puede mantenerse el derecho a la indemnización frente al antiguo dueño responsable de un menoscabo. El maestro Castro Estrada sostiene con otros argumentos que la obligación de indem-

1. Naturaleza jurídica

Por el carácter personal de las obligaciones *propter rem* parece inclinarse Lafaille.⁶¹

Cuando la obligación de hacer se impone por la ley al titular de un derecho real, lo único que resulta es que paralelamente al derecho real y dependiendo de éste, se da un derecho de crédito, en el que el titular o sujeto activo es el que puede exigir del titular del derecho real la conducta regulada. Por ejemplo, en las servidumbres voluntarias el titular del derecho de servidumbre puede quedar obligado exclusivamente frente al dueño del predio sirviente a realizar alguna obra o a pagar una contraprestación. Tal obligación no es correlativa al derecho real, sino paralela a éste; es de carácter personal porque la conducta regulada es la del deudor, existe un sujeto activo perfectamente determinado y es *propter rem* porque por sus características se transmiten junto con el derecho real del que deriva.⁶²

También se inclina por el carácter personal de las obligaciones *propter rem* Hernández Gil a pesar de las características propias de este tipo de relaciones jurídicas.⁶³

Vallet de Goytisolo parece también inclinarse por la tesis personalista de las obligaciones *propter rem*, pero sólo en lo que se refiere a su aspecto activo.⁶⁴

Sin embargo, parece definitiva la opinión de Aberkane, quien sostiene que las obligaciones *propter rem* son de naturaleza personal aun a pesar de ser consecuencia de la titularidad o del ejercicio de un derecho real, lo que sólo introduce ciertas reglas que diferencian su régimen de los derechos de crédito, como en los casos de transmisión y el abandono, reglas que no varían su naturaleza porque no derivan de esa misma naturaleza sino del origen de la relación jurídica.⁶⁵

2. Características especiales

Por último, siguiendo al propio Báez Avilés, haré unas breves reflexiones respecto a las características de las obligaciones *propter rem*.

nizar no es *propter rem*. Ver *Estudios Jurídicos en Homenaje a Manuel Borja Sotomayor*, Editorial Porrúa, México, 1974.

⁶¹ *Ob. cit.* (4).

⁶² Ver en este sentido CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.* (8), p. 53.

⁶³ Citado por PUIG PEÑA, *ob. cit.* (48), pp. 30 y 31.

⁶⁴ *Ob. cit.* (10), p. 157.

⁶⁵ Citado por BÁEZ AVILÉS, *ob. cit.* (34), pp. 27 y 28.

Sin duda la institución del abandono ha sido abandonada. La dificultad de su regulación normativa debe salvarse, porque la interpretación tradicional que la doctrina le ha dado presenta graves problemas de aplicación práctica. La *derelictio* que permitía que el deudor, en algunas obligaciones derivadas de la titularidad de un derecho real sobre la cosa, la abandonase en cumplimiento de dicha obligación, hace surgir otra característica no menos importante, que es la de que las obligaciones reales sólo valen hasta donde vale la cosa de la que derivan. Debe sin embargo apuntarse que en el antiguo Derecho clásico pocas eran estas obligaciones y no se encontraban perfectamente determinadas. Sin duda esto hizo pensar a Biondi que se trataba de obligaciones de carácter real porque el deudor no respondía con todo su patrimonio.

Para salvar lo anterior cabe señalar que estas obligaciones son de carácter ambulatorio, pero no por el hecho de que el sujeto pasivo permanezca indeterminado, sino porque éste puede variar en la medida en que se transmita el derecho real del que derivan. El sujeto pasivo es, en consecuencia, siempre determinado.⁶⁶

El abandono en mi opinión sólo puede utilizarse como forma de extinción de la obligación *propter rem*, cuando la ley lo permite y no puede considerarse como una forma genérica de cumplimiento de todas las obligaciones *propter rem*; esto es así porque, salvo cuando ordenado o permitido por el derecho positivo, no puede obligarse al acreedor a recibir a cambio algo distinto a lo que se le debe. De todas formas tendría que considerarse la razón axiológica de la institución del abandono, considerando hasta dónde es justo obligar al acreedor a recibir en pago la cosa de la que se deriva la obligación.⁶⁷

Por otro lado, debe tomarse en cuenta que en todo caso la única obligación que puede extinguirse mediante el abandono, cuando esto está permitido, es la obligación *propter rem*, no así la obligación personal de reparar el daño causado por el incumplimiento de una obligación *propter rem*, porque aquella, la obligación de indemnizar, ya no es *propter rem* según se ha apuntado líneas arriba.

También es necesario regular la segunda característica, es decir, la dependencia del valor de la obligación al valor de la cosa de la que deriva. Hernández Gil de plano sostiene que no existe fundamento para esto y que el acreedor no puede pretender satisfacer su crédito sólo con la cosa, cuando ésta es de valor menor a la obligación.⁶⁸

⁶⁶ Ver BÁEZ AVILÉS, ob. cit. (34), pp. 9 a 15.

⁶⁷ Ver en este sentido a JUGLART, citado en *idem*, p. 17.

⁶⁸ *Idem*, p. 18.

Al regularse esta característica junto con la del abandono, debe señalarse como lo propuso Michon, que el abandono siempre será en favor del acreedor de la relación jurídica *propter rem*. Opera una dación en pago forzosa. Por ejemplo, un copropietario tiene obligación de cumplir con la parte que le corresponde en la reparación del muro medianero. Esta es una obligación *propter rem* en la que correlativamente son sujetos pasivos y activos los copropietarios. Uno de ellos puede liberarse de dicha obligación abandonando su derecho de copropiedad al otro copropietario.

En México la institución del abandono, hasta donde he podido investigar, sólo está regulada en los siguientes artículos del Código Civil de 1928: en el 944, por lo que se refiere a la obligación de contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común; en el 960 y 961 por lo que se refiere a la misma obligación, pero específicamente referida al muro medianero; en el artículo 1121 por lo que toca a la obligación voluntaria que hubiera asumido el dueño del predio sirviente de hacer alguna cosa o de costear alguna obra y en el artículo 2368 por lo que se refiere a las obligaciones que pueden derivar al donatario de las cargas que se le hayan impuesto al hacer la donación.

No estamos de acuerdo con el autor que hemos venido citando cuando justifica la institución del abandono sosteniendo que por medio de esta figura se extingue el derecho de la que deriva la obligación *propter rem*. Abandonar el derecho no significa extinguirlo porque alguno debe quedar como titular de éste, sobre todo si se trata del derecho de propiedad;⁶⁹ por ello sostengo que el abandono significa dar, en lugar de la obligación *propter rem*, el derecho real del que deriva aquella y que el propio abandono siempre debe de realizarse en favor del acreedor de esa obligación *propter rem*.

⁶⁹ *Idem*, pp. 32 y 37.